جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع : حقوق
التخصص: قانون أسرة
رقم : .....

إعداد الطالبة :
عاشور دراجي كلثوم

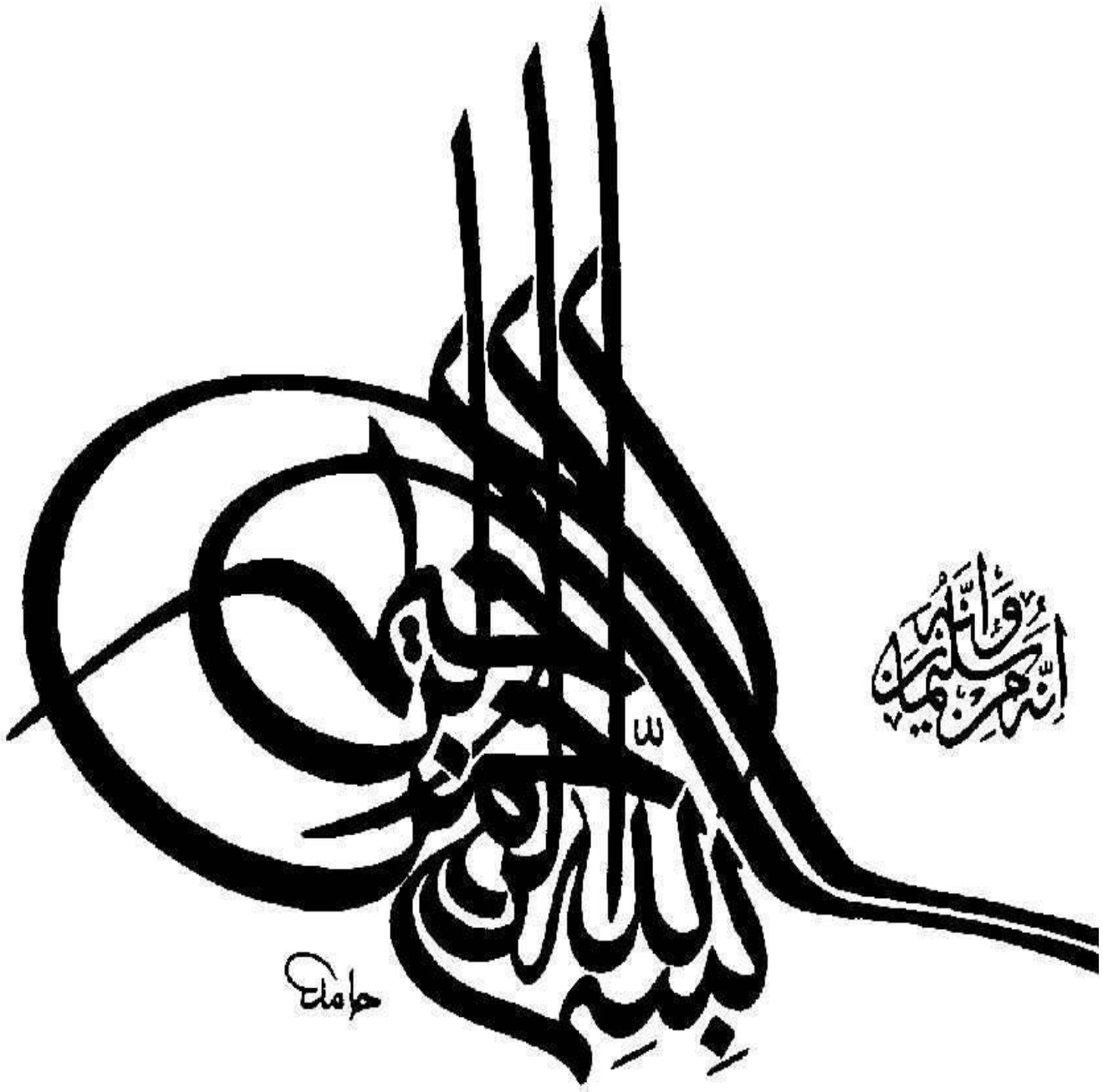
يوم : تاريخ الإيداع

حمايــة الطّفل المحضــون في التشريــع الجزائــري

لجنة المناقشة:

عاشور نصر الدين	رتبة أستاذ	جامعة بسكرة	رئيسا
لمعيني محمد	محاضر أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
مستاري عادل	رتبة أستاذ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية:2023 - 2024


بسم الله الرحمن الرحيم
إنه من سليمان وإنه
حامد

اللهم لك الحمد و الشكر على ما أنعمت به عليا و أوليت.

بداية ، أتقدم بخالص الشكر و التقدير لكل من قدم إليا يد العون و المساعدة لإنجاز هذه المذكرة.

و أخص بالذكر الأستاذ المشرف: الدكتور لمعيني محمد على كل ما قدمه لي من عون ومساعدة و نصائح و توجيهات كانت لها بالغ الأثر في إثراء الرسالة رغم كثرة مشاغله.

كما أتوجه بالشكر و العرفان إلى جميع أساتذة كلية الحقوق بسكرة على وقوفهم إلى جانبي و تشجيعهم لي.

هذا، و إن كان قد حالفني التوفيق في إعداد هذه المذكرة فذلك فضل من الله و نعمه ، و إن كان قد اعتراها بعض القصور فإن ذلك من نفسي .

و ما توفيقي إلا بالله عليه توكلت و إليه أنبت.

الطالبة: عاشور دراجي كلثوم

إهداء

أهدي ثمرة نجاحي

إلى اللفظ الخالد أمي بما صبرت و بما تحملت إلى حب تغلغل في عمق الوجدان إلى من إختارها الله لي عينا ساهرة ترعاني إلى شمعة التي تنير دربي إلى نبع الحب و المودة جوهرتي الغالية " أمي"

و إلى صاحب الجود أبي، تلبيتا إلى ما كان يرجوه و استجابة إلى ما كان يدعوه عزي و تاج رأسي و كنزي في الدنيا قرة عيني " أبي الحبيب الغالي"

كما لا أنسى صاحب الفضل و السند زوجي الغالي و أبنائي فلذة كبدي و سر سعادتي" إياد و توأم روحي جواد و رواد و إبنتي الغالية ريناد"

إلى أخوتي الأعزاء الذين كانوا سندي وفرحتي" عاطف، وليد، خليل، يعقوب، عبد الجليل وأختي العزيزة عواطف"

وكما لا أنسى إبن خالي " سعد الله ياسين" الداعم لي في مشواري الدراسي وكل الفضل له

الطالبة : عاشور دراجي كلثوم

مقدمة

تعتبر الحضانة وسيلة مهمة لرعاية المحضون، بحكم عجز الطفل عن القيام بشؤونه بمفرده، تماشيا مع سنة الله في خلقه، الذي شاءت حكمته أن يتدرج الإنسان في حياته من الضعف إلى القوة إلى الضعف مرة أخرى ثم الفناء، مصداقا لقوله: " اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُم مِنَ ضعف ثُمَ جَعلِ منَ بعِدَ ضعف قُوةً ثُمَ جَعلِ منَ بعِد قُوةٍ ضعفًا وَشْيَبةً يخلُقَ ما يشاءَ وُهَو ٱلَعلِيُم ٱلقَدِيُر[1]"

وتزداد الحضانة أهمية وضرورة عند انفصال الوالدين، لما يمكن أن يحصل من نزاع بينهما بشأنها، لذلك حرصت الشريعة الإسلامية بداية على تنظيمها وبيان أحكامها، وكذلك فعل المشرع الجزائري في قانون الأسرة، حيث عمد إلى تنظيمها من خلال العديد من المواد التي بينت تفاصيلها، مستلهما ذلك من الشريعة الغراء، والتي نصت على ضرورة مراعاة مصلحة المحضون.

اعتبرت مسألة الحضانة من المسائل المعقدة، فطرحت عّدة إشكالات تتعلق بمصلحة المحضون، خاصة عندما تكون الحضانة بذاتها محل نزاع، بين الوالدين أو ورثتهم أو من يدعي حقه فيها، الأمر الذي يجعل القاضي يتعامل مع هذه المسألة بكل جدية مراعيا قدر الإمكان أفضلية مصلحة المحضون، في مقابل مصالح الأطراف الأخرى.

وعرفت الحضانة بمفهومها العام أنها رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقًا، وتكمن أهميتها في رعاية الطّفل اجتماعًيا، نفسًيا وجسدًيا، كذلك العمل على تنمية مواهبه وقدراته وتهيئته للتعلّم بما يتوافق مع أهداف المجتمع وقيمه الدينية والاجتماعية.

قام القانون بوضع قواعد قانونية من اجل حماية الولد أثناء انحلال الرابطة الزوجية، فكما هو معلوم يعد الولد الحلقة الأضعف في الأربطة الأسرية، لذلك فهو أولى بالرعاية والحماية،

[1] سورة الروم، الآية 54.

وقد عرّفت المادة الأولى من القانون رقم 15-12 مصطلح الطّفل بأنّه:« كل شخص لم يبلغ الثمانية عشر (18) سنة كاملة»، إذا فالطّفل المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عن غيره، حيث لا يملك القدرة على القيام بشؤونه لوحده، نظرا لعدم تمييزه كالصبي أو المجنون أو المعتوه، أو عدم رشده كطفل، لذلك لا تثبت الحضانة إلا على الصبي أو الطفل أو المعتوه، أما البالغ الراشد فلا حضانة له.

وعليه فموضوع "حماية الطّفل المحضون في التشريع الجزائري " قد احتل حيزا لا بأس به، خاصة ما تعلق بمسألة الحضانة، حيث تناول كيفية ممارستها حتى يتحقق الغرض المقصود منها، وهو تنشئة الطفل نشأة سليمة بعيًدا عن التأثيرات السلبية التي تنتج عادة عن فك الرابطة الزوجية، بالإضافة إلى إبراز دور القضاء وسلطة القاضي التّقديرية في تطبيق وتجسيد النصوص القانونية المقررة لحق الطفل المحضون، لتتحقق له الحياة المطلوبة ومن ثم العيش في استقرار وطمأنينة.

وقد ارتأينا اختيار هذا الموضوع أملا في تحقيق جملة من الأهداف أهمها الرغبة في زيادة التحصيل القانوني في مجال قانون الأسرة بوجه عام، وإبراز مكانة الحضانة ضمن هذا المجال بوجه خاص، باعتبارها تتعلق بشريحة لها مركز خاص في قانون الأسرة، إذ يعد هذا الأخير القانون الأكثر تنظيما للمسائل الخاصة بهذه الشريحة – الطفولة – رغم عدم استيعابها لذلك.

وقد دفعتنا إلى اختيار ودراسة هذا الموضوع أسباب عّدة، منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي، أما الأسباب الذاتية فتمثلت في الميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة وطبيعته التي لها علاقة بتخصصنا، والرغبة الملحة التي نجدها في أنفسنا لمعالجة المواضيع المتعلقة بالشأن الأسري، وبالأخص على هذه الفئة من الأطفال التي راحت ضحية المشاكل الزوجية، فارتأينا أن نعرف آليات حمايتهم في التشريع الجزائري.

أما الأسباب الموضوعية فمنها كثرة القضايا المتعلقة بمنازعات الحضانة في مجتمعنا، نظرا لارتفاع معدل حالات الطلاق، وأيضا محاولة استعراض مجمل النصوص التي اعتمدها المشرع الجزائري في تحديد وضعية الطفل المحضون، وكذا معرفة الآليات القضائية المتخذة ضمن دعاوى الحضانة لحماية مصلحة الطّفل، هذا النوع من الدعاوى الذي أصبح أكثر إحالة أمام القضاء كما سلف القول.

بناءا على ما سبق، تتضح لنا الأهمية البالغة التي تستوجب دراسة هكذا موضوع، وفي سبيل ذلك، نطرح الإشكالية التالية:

ماهي الآليات المعتمدة على مستوى التشريع والقضاء من أجل حماية مصلحة الطفل المحضون في الجزائر؟

اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي من خلال توظيفه في سرد مجمل المفاهيم المتعلقة بالحضانة وحماية الطفل بوجه عام، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي المناسب للدراسات القانونية غالبا، من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، وكذا طرح أقوال الفقهاء والترجيح بينها، كما وظفنا إلى حد ما المنهج المقارن من خلال الإشارة إلى ما ورد في الفقه الإسلامي ومقارنته بنظيره المعتمد في القانون، وكذا الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا.

في هذا الإطار عالجنا البحث وفق تقسيم ثنائي، يتضمن فصلين، سلطنا الضوء في الفصل الأوّل على أهم المفاهيم العامة المتعلقة بالحضانة ومبدأ مراعاة مصلحة المحضون، وقسمناه إلى مبحثين: فتطرقنا في المبحث الأوّل إلى التعريف بالحضانة، والمبحث الثاني خصصناه للتعريف بمبدأ مراعاة مصلحة الطفل المحضون، أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه الآليات القانونية والقضائية لحماية مصلحة الطفل المحضون، وقسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول الآليات القانونية، وفي المبحث الثاني الآليات القضائية.

الفصل الأول
المفهوم القانوني و القضائي للحضانة

تمهيد:

إن الحضانة تعّد من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة المحضون، لأن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل أنه حتى عند اللّجوء إلى القضاء نجد القاضي يتعامل مع هذه المسائل بكل جدية مراعيا قدر الإمكان تحقيق مصلحة الطفل المحضون، وتبيان الوضع الأصلح له فيما يخص الحضانة، وتوضيح النصوص القانونية المنظمة لها في قانون الأسرة الجزائري، وكذا إظهار دور القاضي في تقدير ومراعاة مصلحة المحضون، ومدى معرفة توافق أحكام الحضانة في القانون مع التطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري.

فقد أولى المشرع الجزائري اهتماًما خاصا بالطفل، وكفل اهتمامه بنصوص قانونية لحمايته وضمان حقوقه من الناحية المدنية والجنائية، حيث أقر المشرع هذا الحق في قانون الأسرة ووضع له نصوص قانونية وذلك في الكتاب الأول من المادة 62 إلى غاية المادة 72[1] منه.

لكن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف مصلحة المحضون، ولهذا على القاضي باعتباره لمصلحة أمينا على هذه المصلحة أن يبحث عن معايير تسهل عليه تحديد المعنى الحقيقي المحضون وذلك بالوقوف على اعتبارات معنوية واجتماعية ومادية كذلك[2].

[1] القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، صادر بالجريدة الرسمية، ع 15، المؤرخ بتاريخ 2005/02/27.

[2] قرار أصدرته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في 2008/02/13، في الملف رقم 424222، منشور بالمجلة القضائية، ع01، 2008،ص267 .

المبحث الأول: مفهوم الحضانة في الفقه والقانون

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري، وهي تلك الرعاية التي يتلقاها الطفل الصغير منذ أول مرحلة في حياته كما نجد حضانة الطفل والقيام بأمره تعتبر كواجب نحوه، لأن بغيابه يهلك الطفل فيجب حفظه عن الهلاك ويتكفل بذلك أهل الطفل أقاربه.

المطلب الأول: تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها

شرعت الحضانة لتولي شؤون الطفل العاجز عن القيام بحاجاته لوحده، وكلف كلا من الأبوين أمر رعاية الطفل والاعتناء به كل حسب طاقته.

الحديث عن الحضانة من خلال تعريفها واثبات دليل مشروعيتها، يجعلنا نقسم هذا المطلب إلى تقديم تعريف الحضانة وتميزها عن المصطلحات ذات الصلة كذلك التركيز على دليل مشروعيتها

الفرع الأول: تعريف الحضانة وتمييزها عن المصطلحات ذات الصلة

أولا: تعريف الحضانة

أ_ لغة:

الحضن في اللغة ما دون الإبط إلى الكشح و(الكشح ما بين الحاضرة والضلوع) والحضن هو الجنب وحضن الطائر إذا ضم بيضه إلى نفسه تحت جناحه[1].

[1] محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، **مختار صحيح**، مكتبة لبنان،1989، ص 125.

وحضن الرجل الصبي: رعاه ورباه، فهو حاضن، وجمعه حضان والحاضنة جمعها حواضن ويقال: احتضن هذا الأمر وتولى رعايته والدفاع عنه، والحاضن والحاضنة هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه، والحاضنة: التي تقوم مقام الأم في تربية الولد.

والحاضنة في الأصل مصدر للفعل حضن، أي ضم، وهو يدل على الاحتضان والحفظ والرعاية، فقال حضنت المرأة ولدها حضانة، إذا ضمته إليها، فإن المعنى اللغوي للحاضنة أنها (تربية الولد)[1].

ب_ شرعا

الحضانة هي القيام بتربية من لا يستطيع الاعتناء بنفسه لصغر سنه كالطفل أو لمرض أصابه كالجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسل ثيابه[2].

وقد عرفها الشافعية بأنها حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه ويدفع عنه الضرر، وذلك بغسل جسده وثيابه وذهنه وكحله وربطه في المهد وتحريكه لينام[3].

وعرفها المالكية بأنها صيانة العاجز والقيام بمصالحه.

أما الحنابلة فقد عرفها بأنها حفظ الولد في نفسه وتأمين طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده.

وعرفها الأحناف بأنها تربية الأم أو غيرها للطفل الصغير.

---

[1] رمضان علي السيد، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشو ارت الحلبي الحقوقية، 2001، ص332.

[2] عبد العظيم بن بدوي الخليفة، **الوحيد في فقه السنة والكتاب العزيز**، ط2، دار ابن رجب ،2001، ص3322.

[3] اسماعيل أبا بكر البامرني، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق)**، دار الحامد للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص442.

ج_ قانونا

جاء تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري حسب المادة 62 على أنها: رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. كما عرفها قانون الأسرة البحريني في مادته 123 بقوله: « **الحضانة حفظ الولد، وتربيته، ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس** ».

يتضح من التعريف القانوني للحضانة مقاربته لتعريف الفقهاء لها، فهي عبارة عن حفظ الولد، وتربيته، ورعايته، إلاّ أنه نص على ألا تكون الحضانة تتعارض مع دين الأب، أو حقه في ولايته على ابنه أو إبنته، فعلى سبيل المثال لا يجوز أن تتعارض الحضانة إن كانت عند أما ، مع حق الولي في تزويج ابنته لمن يرى صلاحه، وترضي به زوًجا لها.

ثانيا: تمييز الحضانة عن المصطلحات ذات الصلة

نميز مصطلح الحضانة عن باقي المصطلحات المشابهة لها والتي هي: الكفالة، الولاية عن النفس، وأخيرا التبني .

أولا: التفرقة بين الحضانة والكفالة.

ولد تعريف الكفالة في المادة 116 قانون الأسرة الجزائري التي تنص على التزام وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي، وهذا يكون أمام القاضي أو الموثق.

ويميز المشرع الجزائري، بين كفالة الطفل معلوم النسب والطفل المجهول النسب الطفل.

معلوم النسب يكفل برضى والديه ويحتفظ بنسبه، أما الطفل مجهول النسب فيخضع للأحكام الواردة ضمن قانون الحالة المدنية الخاصة بإثبات ولادة الطفل المهمل، حيث يكون

له اسم خاص به مع إمكانية منحه لقب الكافل، مع الإشارة إلى ذلك في سجل عقود الميلاد على الهامش[1] .

ويمكن تمييز الحضانة عن الكفالة في نظامهما المتشابه والمتداخل في بعض الأحكام والجوانب التي تجعلهما يبدوان وكأنهما نظام واحد[2] .

فكلاهما يهدفان إلى حماية مصلحة الطفل[3] وكلا النظامين مؤقتين لكونهما ليسا أبديين، فكل منهما ينتهي لسبب من الأسباب المنصوص عليها في القانون، وبالرغم من نقاط التشابه من النظامين إلا أنهما يختلفان في جوانب عدة منها:

- ✓ الكفالة تطلق على الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين[4]، أما الحضانة فتطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرهما تسند الحضانة بحكم قضائي، بينما عقد الكفالة لا تتم إلا بموجب عقد توثيقي يحّرره الموثق بحضور شاهدين أو حكم صادر عن رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية[5]، بعد تلقي القاضي طلب الكفالة.
- ✓ يلزم الكافل بالاتفاق على طفل القاصر المكفول بينما في الحضانة تكون نفقة المحضون واجب على أبيه أو على من يلزمه نفقته[6] .

---

[1] قانون رقم 07/05 المؤرخ في 05/13 المعدل والمتمم للأمر رقم 85/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن قانون الحالة المدنية، الجريدة الرسمية، ع 31، الصادر في 2007/05/16.

[2] وهبة الزحيلي، **الفقه الاسلامي وأدلته، قسم الأحوال الشخصية**، ج3، د.ط، دار الفكر، دمشق، 1992، ص

[3] محمد حميد الرصيفات العبادي، **حقوق الطفل في التشريعات الوضعية والمواثق الدولية**، دراسة مقارنة، دار وائل، الأردن، 2013، ص107.

[4] لحسن بن شيخ آث مليويا، **المرشد في الأسرة**، ط3، دار هومة، الجزائر، 2016، ص336.

[5] عبد الفتاح تقية، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الاسلامي**، ط3، مطبعة الكاهنة، قسنطينة، 1999، ص226.

[6] العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية**، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص132.

- ✓ الحضانة أثر من أثار انحلال الرابطة الزوجية بينما الكفالة نظام مستقل دون أن يكون أثر لعقد آخر.

ثانيا: التفرقة بين الحضانة والولاية على النفس.

الولاية على النفس هي سلطة الولي المتعلقة بنفس المولى عليه من صيانته وحفظه وتزويجه، ومدار ثبوتها عجز المولى عليه من إدراك وجه المصلحة، فيما يحتاج إليه، فتثبت على كل عاجز سواء صغير أو من يحكمه، فتثبت على الصغير حتى يبلغ عاقلا مأمونا على نفسه وعلى الصغيرة والكبيرة حتى تتزوج، كما تثبت على المجانين والمعاقين حتى يزول عنهم سبب حجرهم وعجزهم[1] .

ويمكن تمييز الحضانة على الولاية على النفس بنظامها المتشابه، كاشتراكهما في الهدف المراد من تشريعهما، إلا وهو حفظ مصلحة الطفل المحضون[2]. كما يختلفان في نقاط مختلفة مثل:

- ➢ توزيع الاختصاص، فعلى الحاضنة الرعاية والقيام على شؤونه الحيوية من مأكل وملبس وإيواء، وعلى الولي على النفس العناية بالتهذيب والإصلاح والحماية والإنفاق، فتمكن الحاضنة مما تحتاجه من مال[3].

[1] حسين طاهري، **الأوسط في شرح قانون، الأسرة الجزائرية**، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 177.

[2] محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ط4، الدار الجامعية، لبنان، 1983،ص781 .

[3] محمد أبو زهرة، **الولاية علم النفس**، د.ط، دار الرائد العربي، بيروت، 1970،ص 07.

- تنسب الولاية على النفس إلى الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث[1] بينما تسند الحضانة للنساء، أي للأم وجهتها[2]، فتسمى ولاية الإرضاع والحضانة ولاية النساء وولاية الاتفاق والحفظ والرعاية ولاية الرجال[3].

تنتهي الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية ببلوغ الذكر وزواج الأنثى[4]. بينما الحضانة تستمر مشاركة الولاية على النفس حتى تنتهي مدتها.

ثالثا :التفرقة بين الحضانة والتبني.

عرف التبني بأنه اتخاذ المرء ابنا له ليس من صلبه، ويسمى الابن متبنى وسماه الإسلام داعيا، أي ابنا بالدعوى لا بالحقيقة بلفظ اللّسان لا بسلالة الدم[5] .

عرف أيضا على أنه:« عملية استلحاق شخص آخر به، معلوم النسب كان أو مجهولة مع علمه يقينا أنه ليس منه، وهي علاقة بين الطرفين أحدهما هو الشخص الكثير امرأة أو رجل ويسمى المتبني، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى[6].

يتميز التبني عن الحضانة في كون كليهما ينصبان على الطفل، ويهدفان إلى حمايته ورعايته ماديا ومعنويا، غير أن هذا الاتفاق لا ينفي الفروق الجوهرية القائمة بينهما:

– الحضانة مشروعة شرعا وقانونا، أما التبني محرم شرعا وقانونا.

---

[1] محمد الكيشور، **الوسيط في قانون الأحوال الشخصية**، د.ط، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، المغرب، 1999، ص470.

[2] صبحي محمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**، ط2، مكتبة الكشاف، بيروت، 1974، ص58

[3] نصر فريد، **واصل للولايات الخاصة الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية**، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2022، ص54.

[4] محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ط4، الدار الجامعية، لبنان، 1983، ص 791–792.

[5] أحمد حمد، **موضوع النسب في الشريعة والقانون**، ط1، دار القلم، كويت، 1983، ص 213.

[6] فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، ج1، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص242

– الحضانة بنوة شرعية تنشأ بسبب رابطة النسب[1]، أما التبني تصرف قانوني[2] يقم بإدعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص أو إدعاء بنوة طفل مجهول النسب بإسناده إلى شخص أخر معلوم النسب دون مسوغ شرعي[3].

– التبني بنوة ولد معروفه أو مجهول النسب[4] مع التصريح بأنه يتخذه ولدا له[5] فالطفل المتبني يأخذ نسب العائلة المتبنية[6] على خلاف الحضانة التي يحتفظ من خلالها المحضون بنسبه.

الفرع الثاني:أدلة مشروعية الحضانة

ثبتت مشروعية الحضانة في القرآن الكريم، والسنة النبوية والإجماع، والمعقول كالآتي:

أولا: القرآن الكريم:

تثبت الحضانة من الكتاب من قوله تعالى :« واخِفض لَهُماَ جَناح الذلِ من الَّرْحَمِةَ وَقل رِبِ أْرَحمهُماَ كَما رَّبَيانِيَ صغيرا » (الإسراء، الآية 24)

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الولد الصغير، وهذه التربية حضانته والقيام بشؤونه[7] .

---

[1] هدى عصمت محمد أمين، **الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية دراسة تحليلية مقارنة**، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص50–51.

[2] عبد الواحد كرم، **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**، ط2، دار الثقافة، الأردن، 1998،ص 100.

[3] سعد عبد العزيز، **الجرائم الواقعة على الأسرة**، د.ط، دار هومة، الجزائر، ص 151.

[4] التواتي بن التواتي، **المبسط في الفقه الملكي بالأدلة**، مرجع سابق، ص 85–86.

[5] إبراهيم عبد الرحمن، ابن إبراهيم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج، الغرفة، وحقوق الأقارب)**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1991،ص 362.

[6] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 294.

[7] حمد علي داود، **الأحوال الشخصية**، ج3، ط1، الأردن، دار الثقافة، عمان، 2009، ص11.

وقوله تعالى:" وٱلْوَالِدات يُرضعن أَوْلَادهنَ حوْلَينَ كامِلَين لِمن أَراد أَن يُتِم الرضاعةَ وَعلَى ٱلْمَولُود لَهُ رِزقُهُنَ وِكسَوتُهُن بِٱلْمعُروفَ لا تُكلَّفَ نَفس إِلاُ وسعهَاَ لا تُضارَّ وَالِدةٌ بِولَدهاَ وَلاَ مَولُوٌد لَهُ بِولَدِهَ وَعلَى ٱلْوَارِثِ مِثلَ ذلِك فَإِن أَرادا فصاًلاَ عن تَراضٍ مِنهُماَ وتَشاُوِر فَلاُ جَناحَ علَيهِمَا وان أَرْدتُم أَن تَستَرضعوا أَوْلاَدُكُم فَلاُ جَناحَ علَيُكُم إِذاَ سلمتُم ما آتَيتُم بِٱلْمعُروفَ واتَّقُوا اللَّهَ واعلَموا أَن اللَّهَ بِما تَعمَلُونَ بصيٌر" [1].

وجه الشاهد أن الآية أوجبت إرضاع الطفل من والدته أو غيرها، والرضاعة من صميم أعمال الحضانة، لضرورتها في نمو جسد الطفل وحفظ صحته.

ثانيا: السنة:

عن عبد الله بن عمر أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أن ينزعه منى، قال:« أنت أحق به ما لْم تُنكحي[2]» وبناء على هذا الحديث يدل على مشروعية الحضانة باعتبار لأم أنا أحق بالطفل ما لم تتزوج.

ثالثا: الإجماع:

أجمع الصحابة – رضي الله عنهم – على مشروعية الحضانة، وأن أول من يستحق حضانة الطفل أمه[3] .

ونجد ما رواه بن سعيد بن المسيب، وابن شيبه، وعبد الرزاق في مصنفيهما أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، ثم أتى عليها في حجرها عاصم، فأراد أن يأخذه، فتجاذباه

---

[1] سورة البقرة، الآية 233.

[2] عبد الرحمن ناصر السعدي، **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان**، ط1، السعودية، مؤسسة الرسالة، 2000.

[3] التواتي بن التواتي، **المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المجلد الرابع**، دار الوعي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص862.

بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر فقال:« ريحها وحرمها وفراشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه ».

رابعا: المعقول:

حيث يحتاج الطفل من يرعاه ويربيه ولا يستغني بنفسه عن غيره، وخصوصا الأم أو من يقوم مقامها من النساء، كونهن الأقدر على ذلك من الرجال، بسبب حنانهن وعطفهن، وشاءت إرادة الله تعالى أن جعل الحضانة سببا في بقاء النوع الإنساني لأن الطفل لا يمكنه أن يعيش من غير أم أو أب ليقوموا برعايته حال حياته، ويسهلون له أسباب معيشته.

ولهذا فالحاضنة حق من حقوق المحضون، وواجب على الوالدين أو أحدهما إن كانت الحضانة بيد أحدهم، وأيضا هي حق من حقوق الحاضن، بحيث يكون الولد في حضنه وتحت ويعينه، وفي رعايته، ويربيه التربية الحسنة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للحضانة.

يقتضي التكييف الفقهي والقانوني للحضانة بحفظ المحضون ورعايته وتحديد من له الحق في حضانته، فإذا قلنا أن المحضون هو صاحب الحق في الحضانة، فان مقتضي مصلحة الصغير أن يكون في حضانته، ليس له أن يمتنع عن قبولها، وللقاضي أن يجبره على ذلك، وإذا قلنا أن الحضانة حق الحاضن أو الحاضنة فانه لا يجبر عليها ويملك إسقاط الحق فيها، لان صاحب الحق لا يجبر على استيفاءه وهذا ما سنراه في (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى قد عالج المشرع الجزائري مسالة الحضانة واعتبرها ذات طبيعة مزدوجة، وهذا ما سنعالجه في(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التكييف الفقهي للحضانة

اختلفت آراء الفقه الإسلامي حول صاحب الحق فيها إلى أراء وفقا لمايلي:

أولا: الحضانة حق لله تعالى:

إن الحضانة شرعت حفظا للنفوس ولا شك أن حفظ النفس يعتبر حقا من حقوق الله تعالى[1]،لأنها ولاية شرعية مقدرة بحكم الشرع على وجه الإلزام، فلا يجوز التحلل منها إلاّ بإذن الشارع.

ثانيا: الحضانة حق للحاضنة:

ويرى فريق آخر أن الحضانة حق للحاضنة لا تجيز عليها إن امتنعت أو تنازلت عن غيرها حقها إلاّ إذا لم يوجد غيرها، أو لم يقبل الصغير حضانة غيرها أو لم يكن للأب أو للصغير مالاً يكفي لاستئجار حاضنة، ممن ذهب إلى هذا القول جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية ورواية عن مالك[2].

ويترتب عن كون الحضانة حقا للحاضنة مايلي:

- ليس للأب حق في أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هي دونها في الدرجة[3]،لأن في ذلك تفويت للحاضنة.
- إذا كان الصغير يرضع من غير الحاضنة فعلى المرضعة أن ترضع الصغير عند الحضانة[4] .

---

[1] رشدي شحاتة، أبو زيد، **شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)**، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص101.

[2] خالد عبد العظيم، أبوغاية أحمد، **حقوق المحضون**، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص159.

[3] كمال صالح البنا، **المشكلات العملية في دعاوي الحضانة للصغار في ضوء الفقه والقانون والقضاء**، د.ط، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2005، ص48.

[4] أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2014، ص151.

- لا يجوز للأب أن يأخذ الطفل من الحاضنة صاحبة الحق في الحضانة ويعطيه لغيرها إلاّ لمبرر شرعي[1].

ثالثا :الحضانة حق للمحضون:

ذهب بعض الحنفية[2]، وبعض المالكية[3]، وبعض الشافعية[4]، إلى أنّها حق للصغير فليس للأم الامتناع عن حضانة طفلها، وتجبر عليها، فالحضانة بهذا تصبح واجًبا[5]، ويؤديه الحاضن بالتراضي أو التقاضي[6]، ويتفرع عن أن الحضانة حق للصغير ما يلي:

* إذا خلعت الأم زوجها على أن يبقى عنده ولدها الصغير الذي في سن الحضانة في المدة المقررة لحضانة النساء، فالخلع صحيح والشرط باطل لا يعمل به، لأن بقاء الصغير في يدها مدة حضانة النساء حق له فلا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الحق[7].

* إذا رغبت الأم التي لها الحق في الحضانة في مصالحة الأب على إسقاط حقها في الحضانة وتركه عند الأب مدة حضانتها له نظير مقابل مبلغ من المال تأخذه منه، كان هذا

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص102.

[2] ابن نجيم، البحر الرائق، **تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي**، ج1، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2002، ص256.

[3] عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي، **الشرح الكبير على متن المقنع**، ج2، د.ط، دار احياء العربية، بيروت، د.ت.ت، ص532.

[4] محي الدين يحي بن شرف النووي، **المجموع شرح المهذب**، ج18، د.ط، دار احياء الكتب العربية، بيروت، د.ت.ن، ص532

[5] توفيق حسن فرج، **أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين**، د.ط، الدار الجامعية، للطباعة والنشر، لبنان، 1982، ص364

[6] محمد كمال الدين إمام، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007ص .

[7] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، **الوسيط في شرح الأحوال الشخصية (الزواج، الفرقة، وحقوق الأقارب)**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص355.

الشرط باطلاً مراعاةً لحق الولد، لأن في ذلك تفويتا لحق الصغير في الحضانة وإسقاطه، وتفويتا لحق من يلي الأم في الحضانة، وهي لا تملك إسقاط حق غيرها[1].

ومما لا شك فيه أن النساء الحاضنات هن أولى بالحضانة وتربية المحضون في أدوار حياته الأولى، هذا المحضون الذي فرضت عليه ظروفه أن يقوم أحد بتعهده بعد ولادته ليحفظه ويدبر شؤونه كلّها، لأنه عاجز عن قضاء مصالحه وحاجاته بنفسه وقضاء هذه الحاجات وتلك المصالح يحتاج إلى شخص من نوع خاص يتميز بالرفق والحنان والشفقة على هذا المحضون من أجل ذلك نجد الشرع جعل الأم أولى الحاضنات وأحقهن بالحضانة[2].

رابعا: الحضانة حق للمحضون والحاضنة مًعا:

يرى بعض الحنفية[3] والحنابلة[4] إلى أنها حق مزدوج لكل من الأم والمحضون، فإذا أسقطت الأم حقها بقي حقه هو، وهذا يعني أنها تجبر على الحضانة إذا لم يوجد غيرها من ذوي الأرحام كي لا يضيع الولد[5]، فلو وجد من يقوم به غير الأم فلها حق إسقاطها والتنازل عنها، والامتناع عن القيام بها، وإلا تعينت، فلا حق لها في تركها وإسقاطها لأن حق الصغير أقوى من حقها[6].

وبعد استعراض الآراء السابقة الذكر يلاحظ أن القول المختار هو القول الذي يجعل الحضانة حقا للحاضنة والمحضون معا، وهذا التكييف يتماشى مع مصلحة كل منهما

---

[1] بدران أبو العنين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق)**، ج1، د.ط، دار النهضة العربية، لبنان، 1967، ص545.

[2] أحمد نصر الجندي، **حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة**، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 16.

[3] علاء الدين الحصكفي، **الدار المختار في شرح تنوين**، الأبصار، ج3، دار الفكر بيروت، د.ت.ن، ص614.

[4] علاء الدين المرداوي، **الإنصاف، ج9**، ط1، دار الأحياء، التراث العربي، بيروت ،1998، ص314.

[5] خالد عبد العظيم، أبو غاية، مرجع سابق، ص160.

[6] محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 50.

فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه التي وضعته وأشفق الناس عليه أو في حضانة النساء عمومًا في هذه الفترة المعنية من حياته، إذ أن النساء أقدر على أمور الحضانة من الرجال، ومن ناحية أخرى هي حق للحاضنة لأن الشرع جعل لها ذلك على سبيل الاشتراك[1].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحضانة

تعد الأسرة أهم وسط من أوساط التنشئة الاجتماعية، حيث تساهم في تشكيل سلوك الأبناء خاصة في السنوات الأولى من عمرهم، وتؤثر بدرجة كبيرة على تطوير شخصيتهم ونموهم، لهذا قررت الحضانة لصالح الأطفال الناتجين عن زواج فاشل ببسط القانون حمايته عليهم، فبالرجوع إلى الأحكام التي جاء بها قانون الأسرة يمكن أن نستخلص منه موقف المشرع الذي اعتبرها ذات طبيعة مزدوجة، أي حق وواجب في آن واحد على الأخص ما يتعلق منه برعاية الأطفال والحفاظ عليهم من خلال:

- المادة 66 من قانون الأسرة التي تنص بأنه: « **يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون**»،

فهذه المادة أقرت ازدواجية طبيعة الحضانة بكونها حق وواجب، حيث نستشف ذلك من خلال الألفاظ المستعملة، فنص على حق الحضانة صراحة باللفظ، واتبعها بالسماح لها بالتنازل عن حضانتها، وعليه يفهم من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي وبقريب غير محرم، ومما لا شك فيه أن القضاء يعكس صورة التشريع باعتباره أداة لتطبيق القانون ووسيلة لتحصيل الحق، فالمحكمة العليا كرست هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في 1986/05/05.

[1] خالد عبد العظيم، أبو غاية أحمد، مرجع سابق، ص162.

« من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق الحكم الشرعي عن القضاء في مسائل الحضانة لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ، وأسند حضانة البنت لجدتها للأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة[1].»

كما نص عن حق المحضون في الحضانة في حالة تنازل الحاضن شريطة عدم الإضرار به، وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا، حيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة، حيث قضت أنه :« من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فإن لم يوجد فإن مل معا تنازلها لا يكون مقبول وتعامل نقيضها[2].

تأكيد المشرع على حق الحاضنة في الحضانة في المادة 67 فقره 02 قانون الأسرة التي تنص على:« **أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يكون سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسه الحضانة»**، وهذا ما أكده موقف القضاء الجزائري في العديد من القرارات منها القرار الصادر في 2022/07/03 [3]« **عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، فلم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية.»**

---

[1] المحكمة العليا، غرفه الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1986/05/05 ملف رقم 40430، المجلة القضائية 1989،ع2، ص 75، نقلا عن جمال سايس، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، ج1، مرجع سابق، ص257.

[2] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1988/12/19 ملف رقم 51894، المجلة القضائية 1990، ع70، نقلا عن جمال سايس، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، نفس المرجع ، ص430.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 03 قرار بتاريخ ../2002/07 الملف رقم 274207، المجلة القضائية 2004،ع01،ص262، نقلا عن جمال سايس، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، نفس المرجع، ص1232.

المبحث الثاني: مفهوم مراعاة مصلحة المحضون في النطاقين القانوني والقضائي

لقد حاول المشرع الجزائري الإلمام بكل جوانب الحضانة التي تكفل للمحضون العيش الكريم وحياة خالية من المشاكل وحتى لا ينشأ ذلك الطفل كشخصية مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع بأسره، قامت الجزائر بإصدار قوانين كثيرة بمختلف المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية[1] .

بالإضافة إلى أن حماية مصلحة الطفل تعّد محط عناية بالغة على المستوى التشريعي والفقهي قضى بها النبي صلى الله عليه وسلم وعمل بها الصحابة وفقهاء الشريعة وبنو عليها أكثر الأحكام المتعلقة بالطفل المحضون.

المطلب الأول: حماية مصلحة الطفل المحضون في إطار الشريعة والقانون

جاءت أحكام الشريعة بمراعاة مصلحة المحضون ودرء المفسدة عنه، وقد أولت الشريعة الطفل ومصلحته عناية خاصة، وهذا ما أكدته النصوص الشرعية والأحكام الفقهية.

بالإضافة إلى أن مصلحة الطفل قد لقيت عناية قانونية خاصة سواء على الصعيد الدولي أو على مستوى التشريعات الوطنية.

الفرع الأول: معنى الطفل المحضون والمصلحة محل الاعتبار

أولا: تعريف الطفل المحضون شرعا وقانونا

أ_ شرعا:

الطفولة في الشريعة الإسلامية تبدأ من لحظة الولادة لقوله تعالى:« ثم يخرجكم طفلا[2].»

---

[1] د. بصبيعات سوسن، **حماية المحضون بين إجحاف النص التشريعي واجتهادات قاضي شؤون الأسرة**، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة01، المجلد31،ع04، ديسمبر 2020، ص 239-260.

[2] سورة غافر، الآية 28.

وبالتالي فالمحضون هو الطفل العاجز عن القيام بمصالحه وغير مدرك لما يضره أو ينفعه[1].

وقد قسم الفقهاء مرحلة الطفولة إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى: ما قبل التمييز ويكون الطفل فيها غير مدرك لما يدور حوله وما يضره وينفعه، لهذا سمي بغير المميز وغير العاقل.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة التمييز ويبدأ فيها الطفل بمعرفة ما يدور حوله، ويستطيع إلى حد ما التمييز بين النافع والضار، وتنتهي هذه المرحلة بالبلوغ [2].

إلا أن مرحلة نهاية البلوغ عند جمهور العلماء تنتهي في سن15 سنة بالنسبة للصغير والصغيرة، فبالنسبة للذكر هي الاحتلام والإنبات، وأما الأنثى فهي بالحيض والإحبال، واستدلوا بذلك على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم« عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربعة عشرة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشرة فأجازني[3].»

وبالتالي فجمهور العلماء قد استدلوا بحديث النبي لمعرفة مرحلة نهاية البلوغ بالنسبة للطفل المحضون خاص جازة الفقهاء لتلك المرحلة مرتبطة إلى حد بعيد بمصلحة الطفل المحضون الذي لا يقوى على تدبير شؤونه والاستقلال بأمره حتى يتم التمكن من معرفة من يتولى أمره في فترة فك العصمة الزوجية من أصحاب الحضانة حسب شروط استحقاقهم

---

[1] خالد عبد العظيم، أحمد أبو غاية، **حقوق المحضون**، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط213، ص 15 وما يليها.

[2] العربي بختي، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ط2011، ص132.

[3] محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر**، ج03، دار طوق النجاة، بيروت 1422هـ، ص177.

ودرجة قرابتهم للمحضون، فتجديد مرحلة البلوغ مرتبط إلى حد ما بتحديد مجموعة من الحقوق الآتي حرصت الشرائع السماوية على حمايتها منذ الأزل وحتى لا تهضم حفاظًا على مصلحته[1].

ب_ قانونا:

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الطفل، لكن بالرجوع إلى نص المادة 40 فقرة 02 من القانون المدني نجدها قد حددت سن الرشد بـ 19سنة كاملة[2]. ما يفيد أن مرحلة الطفولة ما كان أقل من ذلك، غير أن المادة الثانية 02 من القانون 12/15 أقرت خلاف ذلك، حيث نصت على أنه:« **يقصد في مفهوم هذا القانون مايلي :الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة (18) سنة كاملة[3].**»

وعليه يفهم من النص أن المحضون هو كل من لم يبلغ ثمانية عشر سنة، وهو السن المفترض للبلوغ قانونا، وليس الرشد الذي أشارت إليه المادة 40 من القانون المدني.

كما ورد تعريف الطفل في اتفاقيه حقوق الطفل في المادة 01 التي نصت على أنه:« **الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز 18سنه ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه[4].**» ما يفهم من النص _ خلافا للقانون_ أنه لا فرق بين البلوغ والرشد وفقا لهذه الاتفاقية.

وهناك تعريف آخر للطفل وهو ذلك الصغير العاجز عن القيام بمصالحه بنفسه ولا يستقل بأمره غير مدرك لما يضره أو ينفعه.

---

[1] الهاشمو فاطمة الزهراء نجاة، عتو سامية، **مصلحة المحضون بين الشرع والقانون**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة مصطفى اسطنبولي، معسكر، كلية العلوم السياسية والحقوق، 2017، ص18.

[2] المادة 40 فقره 2 من ق.م، 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم وفق الأمر رقم 27 يونيو 2015.

[3] قانون 12/15 المؤرخ في 2015/07/15 متعلق بحماية الطفل، ج ر، ع39، صادرة في 2015/07/19.

[4] برقوق نسرين، **مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ماستر، بسكرة، 2015، ص30.

إذن ومن خلال ما سبق فالمحضون هو طفل صغير قاصر من وقت خروجه من بطن أمه إلى أن يصبح بالغا قادر على الاهتمام بنفسه والتكفل بشؤونه.

الفرع الثاني: مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة والقانون

جاءت أحكام الشريعة بمراعاة مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم، وقد أولت الشريعة الطفل ومصلحته عناية خاصة، وهذا ما أكدته النصوص الشرعية والأحكام الفقهية.

بالإضافة إلى أن مصلحة الطفل قد لقيت عناية قانونية خاصة سواء على الصعيد الدولي أو على مستوى التشريعات الوطنية.

أولا: مراعاة مصلحة الطفل المحضون.

تعتبر قاعدة مراعاة مصلحة المحضون الأساس الذي تبنى عليه أكثر أحكام الحضانة، للمصلحة عامة لذا سنحاول هنا تقديم مفاهيم .

أ_ تعريف المصلحة لغة وشرعا

1_التعريف اللغوي.

المصلحة لغة من الصلاح، وهي كل ما يصلح به المرء من شأنه بمنفعة ما، وهي مفردة مصالح، وتشمل جلب النفع ودفع الضرر، وكل ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال القائمة على النفع تسمى مصلحة[1]، ومقاصد الشريعة الإسلامية، كلها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد.

[1] مسعود جبران الرائد، **معجم لغوي عصري**، المجلد02، ط3، دار العلم للملايين بيروت 1987، ص1389.

بمعنى آخر للمصلحة، فهي كالمنفعة لفظا ومعنى، فهي على هذا الإطلاق أما مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، وإما للواحدة من المصالح، كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع [1].

ثانيًا: التعريف الشرعي.

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية وأساسها، فقد عرفها الإمام الغزالي رحمه الله بأنها:« جلب المنفعة ودفع المضرة» أي المحافظة على مقصود الشرع، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفوسهم وعقولهم وأعراضهم وأموالهم[2]، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة، فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه المصلحة فهو مفسدة، كما عرفها الأستاذ محمد مصطفى شلبي:« المصلحة في اصطلاح الفقهاء والأصوليين تطلق بطلاقين، الأول مجازي وهو السبب الموصل للنفع، والثاني حقيقي وهو الهدف أو ما يترتب على الفعل من خير أو منفعة، ويعبر عنه باللّذة أو النفع [3].

وعرفها كذلك الخوارزمي بقوله:« المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق[4]»

وعرفها التوفيق بقوله:« هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة[5]»

---

[1] فوزي خليل، **المصلحة العامة من منظور إسلامي**، بيروت، دار ابن حزم، 2006، ص45-46.

[2] أنجز هذا البحث في إطار مشروع فرقة البحث :« الاجتهاد القضائي بالفقه الإسلامي وتطبيقاته في شؤون الأسرة دراسة مقارنة » ضمن برنامج وزارة التعليم العالي والبحث العلمي الجزائر

[3] ابن منظور، **لسان عرب، تحقيق عبد الله علي الكبير**، ومعه ج11، د.ط، دار المعارف، القاهرة، د.ت، ص911.

[4] حميدو زكية، مرجع سابق، ص69.

[5] المرجع نفسه، ص 68.

وعرفها من المعاصر محمد سعيد رمضان البوطي بقوله:« المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم، ونسلهم وأموالهم، طبق ترتيب معين لها، والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها.[1]»

ب_ اعتبار مصلحة المحضون في القرآن الكريم والسنة النبوية

1 -1القرآن الكريم:

لقد تظافرت العديد من النصوص القرآنية على إثبات مراعاة مصلحة الطفل ومنها قوله تعالى:« يسألون عن اليتامى قل إصلاح لهم خير[2]»، ووجه الدلالة في قوله تعالى:« قُل إصلاح لهم خير»، أي مداخلتهم على وجه الإصلاح لهم ولأموالهم خير من مجانبتهم، حيث أن من حقوق الأخوة المخالطة بالإصلاح والنفع[3]، وفي قوله تعالى :« فإن أَراد فصالاً عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتمَ ما أتيتم بالمعروف واتقوا اللهَ واعلموا أن اللهَ بما تعملون بصير[4]» ووجه الدلالة من هذا الحكم جواز الفطام للمصلحة قبل الحولين[5]»

كما نجد قوله تعالى أيضا في آية المواريث:" يوصيكُم اللَّهُ في أَوَلِادُكُم لِلذَّكَرِ مْثلَ حظِّ ٱلأُنثَيَينِ[6] "...الشاهد أن الآية يخبرنا الله سبحانه وتعالى من خلالها في قوله: يوصيكم أنه أعلم وأحرص على مصالح الأبناء من حرص والديهم عليهم، بما يدل على أن الشريعة قد راعت مصالح الأولاد، أكثر من رعاية من هم أقرب إليهم وهم الأولياء، ويتأكد ذلك في الجزء

[1] محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، دمشق الفكر، 2007، ص37.

[2] سورة البقرة، الآية 220.

[3] حمد جمال الدين القاسمي، **محاسن التأويل**، ج2، ط1،(تحقيق محمد باسل عيون السود، بيروت، دار الكتب العلمية،1418 هـ، ص114.

[4] سورة البقرة، الآية 233.

[5] محمد الدين القاسمي، محاسن التأويل، مرجع سابق، ص154.

[6] سورة النساء، الآية 11.

الموالي من الآية السالفة الذكر في قوله تعالى: " آَبآؤُكُمَ وأَبَنآؤُكُمَ لا تَدُروَن أَيهُم أَقَرب لَكُمَ نْفعا فَريضةً من الله إن اللَّهَ كانَ علِيَماَ حِكيًما."

2 –السنة النبوية:

لقد نال الطّفل في السنة النبوية مكانة خاصة، وظهرت العناية بحقوقه ومصالحه في السنة القولية والفعلية، والتقريرية، ونجد من الأمثلة في ذلك مالا سبيل لحصره، فقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على رعاية الطفل وحسن تربيته لما في ذلك من تأثير على حياته ومصالحه الدنيوية والأخروية وقد قال عليه الصلاة والسلام :«أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم[1]».

كما أسند الحضانة إلى مصلحة الطفل ومن أمثلة لذلك ما رواه ابن عمرو، أن امرأة قالت: « يا رسول الله، أن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني»، فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلّم:« أنت أحق ما لم تنكحي[2]» فقد حكم عليها بالحضانة لأنها أكثر شفقة وحرصا على الطفل مما يحقق مصلحته، أما عندما تنشغل الأم بخدمة الزوج وتعجز عن بذل الرعاية الكاملة والعناية اللاّزمة بالطفل فإن الحضانة تذهب إلى من يستطيع تحملها ويحقق فيها مصلحة الطفل فهذا الأخير هو المعيار الأساسي للحضانة، كما شرعت الولاية على مال الطفل لرعاية مصالحه المالية حيث أن الطفل الصغير يعجز عن إدراك وجه الخير في الأمور المالية التي تتعلق به لضعفه وحداثة سنه، فيتولها وليه أو وصيه، وقد جاء في الحديث « كلكم ارع وكلكم

[1] محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، ج4،(تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الرسالة العالمية، بيروت، 2009، ص663.

[2] سليمان بن الأشعث أبو داود، **سنن أبي داود**، ط (،1،(تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قرد بللي)، جيروت، دار الرسالة العالمية، 283–2276.

مسؤول عن رعيته[1]»، فعلى الولي والوصي أن يراعي حق الطّفل ويحفظ مصالحه حتى يبلغ سن الرشد فتسلم له أمواله.

ثانًيا: مراعاة مصلحة المحضون قانونا.

أ_ تعريف المصلحة قانونا.

ركز المشرع الجزائري على مراعاة مصلحة المحضون برعايته وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته، دون أن يضع لها تعريفا عاما محددا[2]، فهي قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمنية، فتختلف من زمن لآخر، ومن مكان لآخر ومن طفل لآخر، وجعل المشرع الجزائري هذه القاعدة معيارا يرجع إليه القاضي كلما رأى في ذلك ضرار على مصالح الطفل ووسعه من السلطة التقديرية في ذلك إلى أبعد مدى، فلم يعطي قانون الأسرة الجزائري تعريفا لمصطلح المصلحة ولكن نص عليها في كثير من المواد أغلبها ما تتعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطها بالقصر، كما ربطت المادة 64 من نفس القانون ترتيب الحواضن بشرط مراعاة مصلحة المحضون[3] .

ونجد في التشريعات العربية كما في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[4]، النص على مصلحة المحضون في المادة 164 منه، والمادة /70ف 02 التي نصت على مصلحة المحضون، بما يفيد أن التشريعات العربية جعلت هذا المبدأ خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

---

[1] محمد ابن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، ج2، مرجع سابق، ص893.

[2] وهذا أدب المشرع أنه لا يعرف، وذلك حتى تبقى القاعدة القانونية تمتاز بالعمومية والتجريد، وحتى يمكن تطبيقها على أكبر عدد ممكن من الحالات، وإذا فعل فإنه يفعل ذلك استثناء الأهمية القصوى التي تكتسبها المسألة المعرفة، ومصلحة المحضون تكتسي هذه الأهمية

[3] في هذا الاتجاه حكمت المحكمة العليا أنه :« من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين، إلا إذا ثبت بالدليل من هو الأجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون

[4] أنظر: الغوتي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط1، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص133.

كما أنه جاء تعريفها في فقه القانون على عدة أوجه، حيث يرى الأستاذ "دونييه" أنه من الصعب تحديد تعريف لقاعدة مصلحة الطفل لأن الأمر يتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا ويستدرج في طرحه معتبرا مصلحة الطفل مسألة مستقبل، وهذا ما يزيد صعوبتها، فالبالغ موجود بحاضره ومصلحته تتحدد انطلاقا من هذا الحاضر، لكن مصلحة الطفل تتحد بما سيكون عليه في المستقبل فحاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله، وهذا ما يجعل القاعدة متغيرة غير ثابتة[1].

أما "المبارك" فيرى « مصطلح المصلحة يحتوي على مصطلح آخر، وهو الفائدة فالمصلحة هي الفائدة أو ما يعود بالفائدة على شخص ما أو شيء ما، والمصلحة هي أيضا الارتباط والعناية والرفق والإحساس الذي يجعلنا نبحث عن ما هو ضروري ومهم ومريح فمصلحة الطفل قاعدة عامة وعملية تطرح عّدة عناصر متنوعة موضوعية وذاتية ولا تعني مصلحة مالية فحسب، بل يجب أن تؤخذ بمعناها العام والواسع[2] .

ومما سبق من التعريفات نستخلص ما يلي:

1- أن المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع بحفظ الضروريات الخمس.

2- أن المصلحة لا تقتصر على جلب المنفعة فقط بل تشتمل على درء المفاسد أيضا.

ومن خلال كل تلك التعريفات يمكن تحديد معنى عام لمصلحة المحضون بأنها :« جلب المنفعة له ودرء المفسدة عنه، بحيث يحرص القاضي على حماية مصالح الطفل ومنع كل ما يؤدي إلى الإضرار به.

[1] كبريال سهام، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماستر، البويرة، 2015، ص31.

[2] المرجع نفسه، ص31.

وبهذا المعنى العام لن نحدد العناصر المكونة لهذه المصلحة، فالمصلحة كما هو معلوم مفهوم نسبي يمكن أن يتغير بتغير الظروف والأحوال والعادات والزمان والمكان، وبالتالي ترك الحرية للقاضي في تقديرها وتفسيرها حسب كل حالة وكل ظرف، والوقائع المطروحة أمامه في كل دعوى على حده ومن خلال الأهداف التي حددها المشروع عند تعريفه للحضانة كأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[1].

ب_ اعتبار مصلحة الطفل المحضون في القانون الدولي:

الحقيقة أن القانون الدولي لم يبدي اهتماما خاصا بحماية الطفل ومصالحه إلاّ ابتدءا من سنة 1924 ضمن إعلان "جنيف" الخاص بحقوق الطفل، ثم توالى الاهتمام بحماية الطفل في الشرعية الدولية، حيث أنشأت منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسيف، 1946) كما توالت المعاهدات والمواثيق الدولية التي تعني الطفل ومنها إعلان حقوق الطفل لسنة 1959[2] حيث تضمن المبدأ الثاني منه وجوب أن يتمتع الطفل بحماية خاصة وتكون مصلحته الفضلى محل الاعتبار الأول في سن القوانين لهذه الغاية، وكذلك قضى المبدأ السابع من ذات الإعلان على أنه يجب أن تكون مصلحة الطفل الفضلى هي المبدأ الذي يسترشد به المسؤولين عن تعليمه وتوجيهه، وتقع هذه المسؤولية بالدرجة الأولى على أبويه كما أكدت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989على ضرورة حماية مصلحة الطفل وكرسته كمبدأ أساسي تضمنته الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية، حيث أكدت على ضرورة إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول في الإجراءات التي تخص الطفل، وهو التزام

[1] أمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية)، ع15، 2005.

[2] إعلان حقوق الطفل، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة، 1386(د15) مؤرخ في 1959/11/20.

شامل يقع على الدول الأعضاء، يشمل جميع سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية والمؤسسات التي تتعاطى مع شؤون الطفل[1].

ج_ اعتبار مصلحة الطفل المحضون في القانون الجزائري:

بالرجوع إلى التعديل الدستوري 2020[2] نجده قد نص في المادة 71 على أنه:" ...حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل.

- تحمي وتكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب.

- تحت طائلة المتابعات الجزائية، يلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم.

- يعاقب القانون كل أشكال العنف ضد الأطفال واستغلالهم والتخلي عنهم

يلاحظ في هذا النص أن الدستور قد نص صراحة على مراعاة المصلحة العليا للطفل، وان الدولة تسهر على حماية هذه المصلحة، وأنه قد يقع تحت طائلة المتابعة الجزائية كل ما يهددها أو يخل بها، وللإشارة فإن صيغة هذا النص جديدة بالمقارنة مع الدساتير الجزائرية السابقة.

كما اعتنى المشرع الجزائري بمصلحة الطفل في العديد من النصوص القانونية، حيث تضمنت العديد من القوانين حماية مصلحة الطفل في مختلف الجوانب التي تعالجها، كالقانون المدني وقانون العقوبات وقانون الحالة المدنية....، وأفرد المشرع قانون خاص بحماية الطفل رقم بموجب القانون 12-15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 ويهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد وآليات حماية الطفل وهو ما نصت عليه المادة الأولى من هذا القانون كما تضمن الباب الأول منه دور ومكانة الأسرة بالنسبة للطفل، وما يقع على الوالدين من

[1] فؤاد بونس، **مصالح الطفل الفضلى**، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، 2019، ص 97.

[2] مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج ر، ع82، صادرة في 2020/12/30.

واجبات وما يقع على مسؤولية في حماية الطفل على عاتق الدولة والجماعات المحلية، وركز هذا القانون على أن تكون مصلحة الأسرة الفضلى هي الغاية من كل إجراء أو تدبير أو حكم يخصه.

أما قانون الأسرة .فقد تناول الأحكام المتعلقة بحماية حقوق الطفل في جل مواده، كما تبنى قاعدة مصلحة المحضون في الأحكام المتعلقة بالحضانة.

المطلب الثاني: الحماية القضائية للطفل المحضون

يعد الدور المنوط للقضاء في حماية مصلحة المحضون في الأدوار الأساسية المخولة له من خلال اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لجعل المحضون يعيش في جو مناسب متمتعا بالرعاية الكاملة والمستمرة إلا أن يصبح كامل الأهلية[1]. هذا وقد قام القاضي بمراعاة مصلحة المحضون وذلك بإتباعه لمجموعة من الضوابط التي وضعها المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

الفرع الأول: دور القضاء في حماية مصلحة الطفل المحضون

لقد خص المشرع الطفل المحضون بعناية مميزة، إذ كلف قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بحماية مصالحه وقيامه بالإجراءات الايجابية اللاّزمة لحماية الطفل المحضون والسهر على حقوقه المادية والمعنوية والتربوية، وهذا بالتدخل كلما تطلب الأمر الاتخاذ ما يراه مناسبا له وترك له المجال الواسع للبحث على مصلحة المحضون في جميع المجالات وللقاضي السلطة التقديرية في اختيار الأصلح للمحضون انطلاقا من الوسائل المناسبة في استجلاء الحقيقة مع تقدير من هو الأصلح والأنسب لمصلحة المحضون.

[1] عبد المجيد العزوزي، **الحضانة وحق المحضون من خلال التطبيق العملي لمقتضيات**، مدونة الأسرة من قضايا الأسرة من خلال اجتهادات، المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية، القصر البلدي، مكناس يومي 08-2007/03/09، ص323.

أولا: دور النيابة العامة في حماية الطفل المحضون.

نص المشرع الجزائري على مجموعة من المقتضيات قصد حماية حقوق الطفل عموما والمحضون خصوصا، ومن بينها المادة 03 مكرر من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي:« تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ».

إن هذه المادة لا نجد لها مقابل سواء في المادة 03 من قانون الأسرة ولا في مشروع القانون للأحوال الشخصية، وهي تبين مدى اعتماد مصلحة المحضون، حيث أن الطفل المحضون تحول من موضوع للحق إلى صاحب الحق. فالقضاء لم يكن يتدخل إلاّ إذا كان هناك نزاع بين طالبي الحضانة، وبالتالي فغير طالب الحضانة لم يكن بإمكانهم التدخل لحماية مصالح المحضون وذلك برفع دعوى بخصوص الأضرار لأن يخبر النيابة العامة عضوا فاعلا في حماية مصلحة المحضون واقتضى الأمر المطالبة من المحكمة بإسقاط الحضانة، ولو كان ذلك في مواجهة الأب، أو الأم، ويلاحظ هناك أن المشرع قد تأثر بالاتفاقية الدولية لحقوق الطفل[1].

بموجب المادة 03 من قانون الأسرة أصبحت النيابة العامة طرفًا رئيسًيا في دعوى إسقاط الحضانة لها أن تتقدم بالطلب أمام المحكمة المختصة، كلما بلغ إلى علمها أن المحضون يتعرض لتهديد ما، وما إذا كانت تتوفر فيه صفة الفعل الجرمي لتحرك الدعوى العمومية لمواجهة الفاعل طبقًا لمقتضيات القانون الجنائي، كما يمكن للنيابة أن تقدم موازاة مع قانون الإجراءات الجزائية بدعوى إسقاط الحضانة اعتمادا على محضر الضبطية القضائية المنجز في الموضوع، كما يمكن لها أن تتقدم بدعوى إسقاط الحضانة بعد صدور الحكم الجنحي القاضي بإدانة الحاضن، وقد تتقدم بهذه الدعوى دون إثارة المتابعة، إذا كانت

[1] تنص المادة 16من اتفاقية حقوق الطفل العالمية على ما يلي :« للطفل الحق في أن يحميه القانون من مثل هذا التعرض والمساس» .

الأفعال المرتكبة من طرف الحاضن في حق المحضون لا تصل حد الفعل الجرمي، كما لو تبث لها أن الحاضن لا يقوم بواجبه في تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه أو أن تغييرا طرأ على وضعيته يخشى منه إلحاق الضرر به[1] .

ثانًيا: دور قاضي شؤون الأسرة في حماية الطفل المحضون.

خول المشرع الجزائري للقاضي سلطات واسعة حتى يستطيع تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحه المحضون بصفة دقيقة خصوصا مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتمثل في:

1 –الخبرة:

هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبث في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي الخبير أو صاحب الاختصاص رأيه بشأنها، أو يتثبت من وقائع مادية، أو حالة واقعية معينة تكون محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في المستقبل القريب، وتتناول الخبرة عن الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده[2]، ومنه للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وجمع المعطيات المادية والاجتماعية قبل البت في تحديد الأصلح.

2 –الانتقال للمعاينة:

وتعرف المعاينة بأنها مشاهدة المحكمة بنفسها لمحل النزاع على الطبيعة حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها يساعدها على الفصل فيها، إذا لم

[1] وتنص المادة 19من نفس الاتفاقية :« تتخذ دول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية التعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافه أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة... ».

[2] عبده جميل غصوب، **الوجيز في قانون الإجراءات المدنية**، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2010، ص362.

تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لذلك[1]، فإذا كانت الخبرة لا تكفي ولا تفي بالغرض المطلوب أو أن الخبرة التي قام بها الخبير لم تتصل إلى تبيان توضيح المعلومات الفنية المطلوبة يمكن للقاضي المعروض عليه النزاع أن يأمر بالانتقال لمعاينة أماكن النزاع لكي يتعرف شخصيا على وقائع وجوانب النزاع المعروض عليه فللقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة للمعاينة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه كذلك ومدى قرب المسكن من المدرسة وبعده، وهذه كلها يدخلها القاضي في الحساب عند تقديره إسناد الحضانة لأحد مستحقيها[2] .

3 –سماع الشهود:

نصت المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجواز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون طبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها حائزا ومفيدا للقضية[3] .

أ– الاستماع إلى أطراف النزاع:

فللقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد أيهما الأصلح لمراعاة مصلحة الطفل، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته، فيما هو أصلح للطفل وتنص المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:« يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

---

[1] مراد محمود سنيكات، **الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني**، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008، ص45.

[2] صالح بوغرارة، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة**، دار الفكر الجامعي الجزائر، 2012، ص113.

[3] عماري سناء، **الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الإجراءات الجزائرية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، كلية بسكرة، 2022، ص306.

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

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

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

ب- الاستماع إلى أفراد العائلة:

يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى أخوه وأخوات أو أبناء عموم الخصوم كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه، وهذا عملا بالمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص « يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين ».

الفرع الثاني: معايير ضبط مصلحة المحضون في إطار الاجتهاد القضائي

أولا: المعيار الاجتماعي.

يتفرع المعيار الاجتماعي إلى المعيار الأخلاقي، والمعيار الجسمي:

أ- المعيار الأخلاقي:

لقد أوجب المشرع على الآباء تربية أبنائهم ورعايتهم، وحتى يتحقق ذلك يجب على القائم بالرعاية، أي الحاضن أن يتجلى بأخلاق عالية، وبصفات حميدة تؤهله إلى القيام بواجبه على أحسن وجه، بحيث يجب أن يكون الحاضن مستقيم السلوك، مهذب الأخلاق، فإذا كان لاّ يجوز أن تكون الحاضن أنثى، فيجب أن تكون عفيفة، تقيم للأخلاق الفاضلة وزنا، عفتها حاضنة للصغير لأن عدم تؤثر على نفسية الصغير فيشقى، ويكون عرضة للهلاك، خاصة

إذا كان الصغير يعقل تلك التصرفات السيئة[1]، أو خوفًا من أن يألف على ما تفعله من المساوئ[2].

فيشب على الرذيلة، لذلك يجب صرف الحضانة إلى من يليها في الترتيب.

ب- المعيار الجسمي:

يتمثل المعيار الجسمي في تأكد القاضي من مدى حرص الحاضن بإمداد المحضون بالوسائل الكفيلة التي تحفظ جسمه من الأمراض، وكذا صرف كل أذى يتعرض إليه في بدنه أوفي صحته.

ولهذا أوجب المشرع الجزائري على الحاضن طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة حفظ المحضون صحة، وذلك إقتداء بتعاليم الشريعة الإسلامية التي حثت على رعاية المحضون وحفظه جسميا، وحذرت من تعرضه إلى العقاب البدني، مصداقا لقوله تعالى :« قد خسَر الذين قتلوا أولادهم سفها بغير علم، وحرموا ما رزقهم الله افتراء على الله، قد ضلوا وما كانوا مهتدين[3]».

فأمر الله بإرضاع الصغير حولين كاملين لمن أراد أن يتّم الرضاعة، لأن الله سبحانه وتعالى يعلم أن هذه الفترة هي المثلى في جميع الوجوه.

كما أمر الله عز وجل بضرورة اهتمام بصحة المحضون فبّين فوائد حليب الأم الطبيعي، إذ يقوي جسم الطفل ويكسبه قدرة على مقاومة الأمراض التي تصيبه لأنه غذاء كامل يتضمن مجموعة أجسام مضادة تكفل حماية الطفل من أمراض عديدة حتى في مراحل

---

[1] أ. محمد بشير إقبال وسلمى محمد جمعة، **الخدمة الاجتماعية ورعاية الأسرة والطفولة**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، دون ذكر تاريخ الطبع، ص133.

[2] د. بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون،"الزواج والطلاق"**، دار النهضة، بيروت، د.ت، ص 321 .والسيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، بيروت، ط 2، 2000، ص484.

[3] سورة الأنعام، الآية 140.

متقدمة من العمر، مثل التهاب الصدر والالتهابات المعدية[1]. وكذلك علاجه إذا كان مريضا، وهذا ما أكده القضاء عند أصدر قرار بهذا الخصوص يحّمل فيه الوالد بالتكفل بمصاريف العلاج.

هذا ما نصه:« يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابت بشهادة طبية[2]»

وهو الأمر الذي يتطلب من القاضي التأكد من ماده حرص الحاضن على الاهتمام بصحة المحضون وذلك وقوفا على عدة اعتبارات معايير مادية ملموسة، والتي تختلف باختلاف دورها بنمو جسم الطفل.

ثانيا: المعيار النفسي.

يشمل المعيار النفسي الجانب العاطفي الذي يحتاجه المحضون، وجانب الاستقرار الذي ويقويها ينمي شخصيته .

أ- الجانب العاطفي:

لقد اكتفى المشرع الجزائري في المادة 62/01 من قانون الأسرة بذكر عبارة« **:الحضانة هي رعاية الولد** ....»، فلفظ "رعاية " يفيد الاهتمام بالمحضون من عّدة جوانب من بينها الجانب العاطفي، ولهذا يقول الأستاذ رابح تركي:« تعتبر السنوات الأولى من حياة الطفل أي سنوات السنة الأولى من أخطر مراحل نموه، لما لها من أهمية قصوى في تكوين شخصيته بصورة تترك طابعها على نفسه وسلوكه طوال حياته في المستقبل، ذلك أن الطفل خلال تلك السنوات يكون أكثر قابلية للتأثر بالعوامل التي تحيط به[3]».

[1] الأستاذ ماجد طيفور، أولى أسابيع الحياة، مرجع سابق، ص71.

[2] قرار أصدرته المحكمة العليا غرفة (الأحوال الشخصية)، بتاريخ 2006/11/15، في الملف رقم 3722292، منشور بالمجلة القضائية، ع01، 2007، ص493.

[3] د. اربح تركي، **أصول التربية والتعليم**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص84.

وهذا ما أثبته أيضا أحد الباحثين بقوله:« إن من أهم عواقب حرمان الطفل من العطف والحنان والمحبة في السنوات الأولى هو عدم قدرته على محبة الآخرين أو تلقي المحبة منهم فيما بعد[1]»، وهو أخطر سلوك يهدد شخصية المحضون مستقبلا ويهدم مبدأ التضامن الاجتماعي في المجتمع.

وان حرمان المحضون من الجانب العاطفي، يؤدي به إلى عدم قدرته على التكيف مع الوسط الذي يعيش فيه، كما يتعلّم أنماط سلوكية غير سوّية ومضادة للمجتمع العدواني نحوه.

وبما أن مناط الحضانة هو مصلحة المحضون، فعلى القاضي السعي لتحقيقها فقبل أن يسند الحضانة إلى حاضن معين، وعملا بالمادة 01/62 من قانون الأسرة، يجب أن يكون مطلّعا على تلك الجوانب النفسية التي يؤثّر نفسية المحضون التي ترتسم في وجدانه منذ ولادته وتتطور عبر مراحل حياته، مستعينا في ذلك بتلك النتائج المتوصل إليها عن طريق تجارب ميدانية قام بها علماء النفس وعلى هذا الأساس، ونظرا لحاجة المحضون إلى تغذية جسمه بالحنان والحب، لابد على القاضي وهو يسند الحضانة إلى حاضن، أن يراعي هذا الجانب العاطفي، وأن يتأكد منه مدى توافره في الحاضن.

فإذا أبدى الحاضن رغبته في إمساك المحضون عنده للتكفل برعايته، فبدون الشك أنه سوف لا يحرم المحضون من العطف، لأنه سوف ينشأ في بيت يسوده جو عائلي هادئ

[1] السيدة أم جابر، مقال بعنوان:" **مخاطر انشغال الأم عن تربية الأبناء**"، منشور بمجلة منار الإسلام، الإمارات العربية المتحدة السنة الثامنة عشر، ع07، يناير، 1993، ص 104.

مغمور بالعطاء العاطفي[1]، بما يساعد المحضون على النمو بطريقة أيسر، فينتقل إلى مرحلة أخرى مكتسبا ما يحتاجه من ثقة بنفسه ومن خبرة في شتى مجالات الحياة[2].

أما إذا تبين للقاضي أن المحضون غير مرغوب فيه، ذلك بأن يرفض الحاضن إمساكه، فلا يجوز للقاضي إجباره على ذلك، وإن أجبره على الحضانة رغم إصرار الحاضن على الرفض، فبدون شك سوف يحرم المحضون من الحب والعطف والرعاية، وهو لا يزال صغيرا ضعيفا.

ب- جانب الاستقرار:

لقد جعل المشرع الجزائري مدار الحضانة على نفع الولد، فمتى تحققت مصلحة المحضون وجب الحكم بها، والقاضي وحده الذي يقدر ذلك، لأن المصلحة تقتضي العمل على استقرار المحضون حتى يتوفّر له الأمن والاطمئنان[3] .

وهذا ما يوضحه منطوق القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 لذي جاء نصه على النحو التالي:« من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة يراعي في إسنادها توفر مصلحة المحضون[4]».

ويعتبر الاستقرار النفسي للمحضون جانبا مكمل للجانب العاطفي، فكلما أمّد الحاضن للمحضون العطف والحنانة، وسهر على رعايته وتوجيهه كلما وفّر له وسائل الأمن والراحة النفسية، وبالتالي يكون المحضون أكثر هدوء وسعادة، وأكثر قدرة على التكيف مع مطالب

---

[1] أ. زكية عزيز، **حقوق الطفل خلال الأعوام الأولى**، مكتبة النهضة، القاهرة، 1956، ب.ط، ص 13.

[2] د. محمد علي حسن، **علاقة الوالدين بالطفل وأثرها في جناح الأحداث**، مكتبة أنجلو المصرية القاهرة، 1970، ص 104.

[3] د. عبد الرحمن عيساوي، **علم النفس الأسري وفقا للتصور الإسلامي والعلمي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص57.

[4] قرار أصدرته المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 18/06/1991، في الملف رقم 75171، (غير منشور).

الحياة فالثبات والاستقرار في الأسرة يعتبر معيارا لتقدير مصلحة المحضون في استقرار نفسيته، لأن المحضون يترعرع عن طريق مشاعر الرضا والثقة بالنفس التي تشع فيه من رعاية الحاضن إياه، وإشباعه حاجاته الماسة إلى الشعور بالأمن[1].

إذا فشعور الطفل بالحنان والأمن والاستقرار في أسرته يبعد عن القلق والاضطراب ويفتح أمامه الطريق لضبط انفعالاته وتقويم أخطائه واكتساب الصفات المحمودة التي تجعله محل مقبول من الآخرين، فيتوفر له الأمن النفسي والسكينة والطمأنينة، كما يمكنه أن ينمي قدراته وإمكانياته ليكون مواطنا ناجعا نافعا سويا[2].

[1] د. عباس محجوب مقال بعنوان :**توجيهات الإسلام للطفولة**، منشور بمجلة من منار الإسلام والإمارات العربية المتحدة، السنة العاشرة، ع04، يناير 1985، ص89.

[2] د. محمد علي حسن، **علاقة الوالدين بالطفل وأثارها في جناح الأحداث**، مرجع سابق، ص151.

الفصل الثاني
الحماية القانونية والقضائية للطفل المحضون في الجزائر

تمهيد:

على الرغم من سعي المشرع الجزائري جاهدا لتنظيم الحضانة والحقوق المتعلقة بها بموجب نصوص قانونية، إلا أنها تبقى نسبية وغير كافية للتطلعات المرجوة، بالرغم من تكريسها دستوريا وتجسيدها في عدة تشريعات قانونية، فقد ركز المشرع الجزائري على دراسة حماية المحضون وبذل مجهودا كبيرا في تحقيق ذلك[1]، لذا وضع شروطا عامة وخاصة تتعلق بكيفية استحقاق الحضانة وتحديد مسقطاتها وكيفية ترتيب الحاضنين في ما يتعلق بمصلحة المحضون غير أن النص القانوني ترك الأمر للقاضي بما له من سلطة تقديرية تتجلى في تقرير جميع التفاصيل المتعلقة بالحضانة كالزيارة، النفقة وتوفير السكن للمحضون، ومن هذا المنطلق يتدخل القاضي في إطار سلطته التقديرية من أجل تقريب مسائل جوهرية للحضانة.

[1] عماري سناء، **الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في ق.أ.ج**، أطروحة مقدمه لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيدر، بسكرة، 2022، ص 243-314.

المبحث الأول: حماية مصلحة الطفل المحضون في النصوص التشريعية

يمر الطفل في حضانته بمراحل عدة غير أن أهم وأخطر مرحلة فيها هي مرحلة إسناد وتسليم المحضون لحاضنه الشرعي قبل سن التمييز وفق الترتيب الذي وضعته التشريعات القانونية لمستحقي الحضانة، بالإضافة إلى ذلك قد حرصت الشريعة الاسلامية كذا القوانين الوضعية على وضع الشروط والضوابط التي تضمن حماية مصلحة الطفل المحضون، لأن مصلحته تقضي بالضرورة دفع كل ما يلحق به من ضرر، ولهذا إشترط الفقهاء شروطا عامة وخاصة تثبت أهلية الرجال والنساء بالحضانة[1].

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يكتفي بإسناد أو تمديد الحضانة بل ذهب إلى أبعد من ذلك مراعيا مصلحة المحضون، وذلك بإسقاط الحضانة عن من أسندت إليه[2]، وهذا ما سنعالجه في هذا المبحث.

المطلب الأول: حماية مصلحة الطفل المحضون في إطار تحديد شروط استحقاق الحضانة

بالنسبة إلى شروط الحضانة، فإن قانون الأسرة الجزائري اكتفى بالقول أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة، وهو قول كما يبدو عام ومبهم ولا يدل على اشتراط أي شرط بشكل واضح وصريح [3].

إذ يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة في الرجال والنساء وأخرى تختص بها النساء والبعض الآخر لابد من توافرها في الرجال، وعليه يمكننا القول بأنها تثبت للرجل كما تثبت للنساء، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة.

---

[1] حمد كمال الدين أمام، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة مصر، 2007، ص184.

[2] محمد الكشور، **الوسيط في الأحوال الشخصية**، دط، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1999، ص470.

[3] أحمد الناصر الجندي، **شرح قانون أسرة جزائري**، دار الكتب القانونية،2005.

الفرع الأول: حماية الطفل المحضون في إطار تحديد الشروط العامة للحضانة

كل من الرجال والنساء لهم الحق في الحضانة لكن ذلك بتوفر هذه الشروط لكل منهما:

أولا: الرشد القانوني أو البلوغ

والمقصود بذلك أهلية الأداء التي تسمح باعتبار شخص قادرا على تولي شؤونه بنفسه، وبالتالي يمكن له تولي شؤون غيره، وبما أن الحضانة مهمة صعبة لا يمكن للصغير أن يتحملها، ونجده لا يتولى شؤون نفسه، فكيف له أن يتولى شؤون غيره والاعتماد عليه؟

لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا[1].

والمقصود بالبلوغ في قانون الأسرة الجزائري هو سن الرشد المدني، وهو اتمام 19 سنة كاملة حسب المادة 40 تقنيين مدني جزائري[2].

وعليه فلابد أن يكون الحاضن أو الحاضنة بالغان، ويشترط فقهاء المالكية أن يكون الحاضن رشيدا في حفظ المال وإن لم يكن بالغا، لأن الحضانة تشمل المال وحسن التصرف فيه، ولهذا لا حضانة لسفيه مبذر يتلف مال المحضون[3]، وجاء في حاشية الدسوقي: « إذا ثبت للصبي حفظ المال، ثبت له حضانة غيره[4] ».

إضافة إلى ذلك نجد أن شرط الرشد القانوني لا خلاف فيه بين الفقهاء، فيشترط في مستحق الحضانة أن يكون بالغا عاقلا، فلا حضانة لصغير أو مجنون أو معتوه لأن كل

---

[1] بوغرارة صالح، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة**، مذكرة ماجستر في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص68.

[2] أمر رقم 75- 85 المؤرخ في 20رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26سبتمبر 1975م يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم إلى غاية القانون 07-05 المؤرخ في 13مايو سنة 2007.

[3] جرجس جرجس، **معجم مصطلحات الفقهية والقانونية**، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1996، ص187.

[4] محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج02، دار الفكر، بيروت (د.س)، ص529.

هؤلاء في حاجة إلى من يرعاهم ويقوم بشؤونهم، وقد اشترط المالكية[1]، والشافعية[2]، إلى جانب بلوغ العقل الرشد، ولم يشترط ذلك باقي الفقهاء.

ثانيا: الاستقامة

المقصود بالاستقامة هو الأمانة، وهي أن يكون الحاضن أمينا على المحضون، أي أمينا في خلقه وسلوكه معه، والاهتمام به ورعاية مصالحه، لأن الحاضن الذي لا يهتم بالمحضون ويغيب عليه طوال اليوم ولا يرعاه فيهمله، هنا يمكن الحكم عليه أنه ليس أمينا ولا قادرا على الحضانة، فالمرأة الفاسقة أو الرجل السكير لا يستحقان الحضانة، لأن ذلك يؤدي إلى فساد أخلاق المحضون، وذلك عن طريق جلبه إلى أماكن تقع بداخلها ممارسة الفسق والفجور، مما يؤثر عليه سلبا ويثير شكوك حول سلامته [3].

وقد اتفق الفقهاء على من يقوم بحضانة الصغير لابد أن يكون أمينا عليه وأن يحافظ عليه ويصونه من كل ما يضره وفي صحته أو سلوكه أو نفسيته أو دينه، وعليه لا تثبت الحضانة لمن لا يكون أمينا على تربية ورعاية الصغير وتقويم أخلاقه لأن الحضانة قررت لمصلحة المحضون وحضانة الفاسق تضر بمصلحته[4] .

وقد تشدد القضاء الجزائري أيضا في اعتبار الاستقامة في الأخلاق شرطا جوهريا في الحاضن، وكرس ذلك في العديد من الأحكام والقرارات إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة الشرف، لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه، فينشأ على طريقتها ومتخلفا بخلقها، فأسقط القضاء الحضانة على الأم لأنها مرتكبة لجريمة الزنا، فجاء في قرار المحكمة العليا :« من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة

[1] الدرير، **الشرح الكبير**، ج2، د.ط، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، د.ت، ص526.

[2] الشربيقي، **مغني المحتاج**، ج5، ط1، بيروت، دار إحياء، التراث العربي، د.ت، ص277.

[3] سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية**، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،1996 ، ص199.

[4] علاء الدين الحصكفي، **الدر المختار**، ج2، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص610.

الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاث للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم، كما فعلوا خالفوا القانون[1].»

ثالثا: القدرة على الحضانة

تعد القدرة على القيام بمتطلبات الحضانة من الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وهي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته[2]، فيشترط في الحاضن أن تكون له الاستطاعة البدنية والقدرة الكاملة على حفظ المحضون ورعايته[3]، وبالتالي لا يجب أن يكون الحاضن مصاب بعاهة تمنعه من القيام بشؤون المحضون، كما أن الحضانة لا يمكن إسنادها إلى شخص مسن أم مريض بمرض معدي لأنه بذلك لا يستطيع رعاية غيره.

ويظهر في موقف القضاء الجزائري حول شرط القدرة، العديد من القرارات ومنها أن المريض ضعيف القوة لا حضانة له، وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والمقعد، والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها[4].

ودوما القدرة شرط مشترك بين قوة البدن وسلامته وما يوفر الرعاية والعيش الأفضل من الجانب المادي واجتماعهما في الحاضن يجعله مفضلا على غيره عند التنازع[5]، فقدرة الحاضنة على الحضانة أو عدمها متروك لقاضي الموضوع لكونها مسألة تقديرية يستطيع من خلال حكمه أن يحقق مصلحة المحضون أو المحضونة.

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1987/09/30 ملف رقم 171684، المجلة القضائية، 12001، عدد خاص، ص169.

[2] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له**، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص359.

[3] راشدي شحاتة، أبو زيد، مرجع سابق، ص204.

[4] المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم (غير موجود)، المجلة القضائية، 1989، عدد04، ص78، نقلا عن زكية حميدو، مرجع سابق، ص262.

[5] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص97.

الفرع الثاني: حماية الطفل المحضون في إطار تحديد الشروط الخاصة بالحضانة

أولا: الشروط الخاصة بالنساء

بالإضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في الحاضن، هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء نذكرها فيما يلي:

أ_ ألا تكون المرأة متزوجة بغير محرم

وقد تم النص على هذا الشرط في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، وجاء فيما يلي:« **يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون»**، وعليه يفهم من نص هذه المادة أن حق الحضانة يسقط زواجها بالأجنبي أو بقريب غير محرم، وبالتالي إذا أرادت الاحتفاظ بحضانة ولدها لابد من زواجها بقريب محرم للمحضون[1]، لأن الطفل إذا فقد حنان الأبوين باجتماعهما فلا أقل من أن يكون بعيدا عمن يبغضه[2]، وذلك لأن زوج الأم يتضرر عادة من وجود صغير مع أمه فيشعر الصغير بالجفاء منه، ولهذا له تأثير سيء على نفسيته[3].

كما أن الزواج بالقريب المحرم يجعل الأم تحتفظ بحضانة أولادها ولا يسقط حقها فيها لأن من تزوجته له الحق في الحضانة، وبالتالي يتعاونان على رعايته[4].

---

[1] عمر البوريني وآخرون، **الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح**، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص326.

[2] عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص40.

[3] عبد القادر بين حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، المرجع السابق، ص359.

[4] لوعيل محمد لمين، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة**، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2004 ، ص114.

ب_ أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون.

أي أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم على الصغير كأمه وأخته أو جدته، فلا يحق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال حضانة الذكور لعدم الحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لإبن الخال و ابن العم في حضانة الإناث ولكنهم الحق في حضانة الذكور[1].

ج_ عدم سكن الحاضن مع من سقطت حضانته

ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه لأن التربية السليمة لا تقوم بغذاء البدن، بل بسلامة الروح أيضا، ونفس الصغير تتضرر[2]، فإذا أقيمت الحاضنة شرعا لمصلحة الصغير وصيانته، وفي إقامتها مع المبغض أين يتعرض الولد للأذى والضياع، فإذا تزوجت أم الصغير بأجنبي وسقط حقها في حضانته، وحضنته جدته (أم أمه)[3] ، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع إبنتها أم الطفل بعد سقوط حضانتها بسبب الزواج، أما إذا استقلت بالسكن كان لها حق الحضانة[4]، وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه :« تسقط حضانة الجدة والخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ».

---

[1] لوعيل محمد لمين، مرجع سابق، ص114.

[2] محمد كمال الدين إمام، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية**، د.ط، الجامعة الجديدة، مصر، 2007،ص40.

[3] بدران أبو العنين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية المذهب الجعفري والقانون**، الزواج والطلاق، ج1، د.ط، دار النهضة العربية، لبنان، 1967،ص552.

[4] قندوزي دلال، **التطبيقات القضائية للحضانة واستحالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02** ،مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2010، ص08.

ثانيا: الشروط الخاصة

- الرجال:

أ_ أن يكون ذا رحم محرم للصغير

يشترط في الحاضن الصعب أن يكون ذي رحم محرم للصغيرة المحضونة أي لا يجوز له الزواج بها شرعا وينحصر ذلك في إبن العم الشقيق وابن العم الأب[1]، فلا حضانة لإبن العم لأنه ليس محرم، ولأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها[2]، ولقد فرق الفقهاء بين مرحلتين من حياة الأنثى المحضونة كما يلي:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل الرغبة فيها:

بأن تكون غير مشتهاة أو غير مطيقة، وقد حددها الحنابلة والحنفية بما دون السابعة[3]، أي حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع(07) سنوات تفاديا للخلوة بها لعدم المحرمية، وإن لم تبلغ البنت الفتنة أعطيت له بالإتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لإبن العم حضانةِ ابنة عمه، وأجاز الحنفية إذ لم يكن لبنت العم غير إبن إبقاءها عنده بأمر من القاضي إذا كان مؤمن عليها من الفتنة منه[4] .

وقد إختلف الفقهاء حول إستحقاق الحاضن الرجل للمحضون على قولين:

---

[1] حاتم صبحي الأرناؤوطي، **دعاوي النفس أمام محكمة الأسرة**، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، د.ت.ن، ص 405.

[2] نور الدين أبو لحية، **الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار**، د.ط، دار الكتاب الحديث، القاهرة،2009 ، م.ص143.

[3] منصور دين يونس بن إدريس البهوتي، **كاشف القناع عن متن الإقناع**، ج ،3دط، المطبعة الشرقية، القاهرة، 264هـ، ص1320.

[4] بوغ ارزة صالح، مرجع سابق، ص76.

القول الأول: يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم في كل الحالات بدون إعتداء بسن الصغيرة، وهو قول لبعض الأحناف والزيدية[1] .

القول الثاني: لا يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للأنثى لأنها غير مشتهاة طالما أنه مأمون عليها، وهو قول الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف والمالكية[2].

المرحلة الثانية: تكون المحضونة فيها مشتهاة أو مطيقة أو بلغت سن السابعة فأكثر، وفي هذه المرحلة يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة وهو يكون كذلك بنسب أو مصاهرة أو رضاع .

أما في التشريع الجزائري فلا يوجد نص صريح يقرر هذا الشرط، وبالتالي للقاضي السلطة التقديرية في القضية المعروضة أمامه، بالاستئناس بالآراء الفقهية الإسلامية في حالة عدم وجود نص صريح في ذلك.

ثالثا: شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث بين مسلم وغير مسلم وذلك إذا كان الولد غير مسلم، وكان ذو رحم محرم مسلما، فليس له الحق في الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحم غير مسلم لم تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد يبني حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث[3].

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، **شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية لدراسة مقارنة**، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص52.

[2] أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي، **بلغه السلك الأقرب المسالك، تحقيق وضبط وتصحيح**، محمد عبد السلام شاهين، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ- 1995م، ص529.

[3] بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص281.

أ_ يرى الفقهاء وجوب اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

يقول الله عز وجل:« الذين كفروا بعضهم أولياء بعض»، إنطلاقا من هذه الآية الكريمة يتبين أن الله تعالى قضى بثبوت ولاية الكافر على الكافر، ونفي ثبوت ولاية الكافر على المسلم. ولكن استثنيت من ولاية المسلم على الكافر ولاية الترويج وولاية التصرف في الأموال، إلا إذا كان المسلم حاكما للأمة.

ب_ موقف التشريع

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يكن واضحا في هذه المسألة، ولكن بالرجوع إلى المادة 62 من قانون الأسرة التي أوردت عبارة:« والقيام بتربيته على دين أبيه»، بين حرص المشرع على تلقين الصغير الدين الإسلامي وتربيته على تعاليمه، والإخلال بهذا الشرط يعد مسقطا للحضانة، ومن ثم يمكن القول: إن المشرع وإن لم ينص على شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون صراحة، إلا أنه أراد ضمنيا بهذه العبارة توافره في الحاضن حتى يترعرع المحضون في جو إسلامي[1].

المطلب الثاني: حماية مصلحة الطفل المحضون في إطار تحديد موجبات إسقاط الحضانة

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على أسباب سقوط الحضانة ونظمها في خمس مواد من المادة 66 إلى المادة 70.

إن حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما نص عليه المشرع والتزم بشروطه بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون سن القانون المنصوص عليه في المادة 65 من قانون الأسرة، وإن أخل باحد الالتزامات المرمية على عاتقه، أو فقد شرطا من الشروط المحددة لإستحقاق الحضانة هنا وجب

[1] سورة النساء، الآية 141.

إسقاطها.

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها حق ممارسة الحضانة إذا ما استندت إليها ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون[1].

إلى جانب المرأة العاملة، نجد عنصران آخران لسقوط الحضانة وهما التنازل عن الحضانة والسفر بالمحضون، وهذا ما سنعالجه في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: حماية الطفل المحضون في إطار إسقاط الحضانة بسبب عمل المرأة

لم يعد في عصرنا الحالي النظر إلى عمل الأم كمسقط للحضانة، إذ ينظر في الفقه لعمل المرأة على أنه إذا كانت الحاضنة محترفة لحرفة لا تحول بينها وبين رعاية الصغير، فلا يسقط حقها في الحضانة، ومما يعني أن الفقهاء لم يشترطوا في إسقاط الحضانة أن تكون المرأة صاحبة حرفة، بل إنما المسقط لهذا الحق في مجال الحضانة هو ضياع المحضون وإهماله عند حاضنته، وخاصة أن الفقه الإسلامي لا يمنع المرأة من الاحتراف للعيش إذا كانت مطلقة ولا عائل لها[2] .

إلى جانب ذلك استدرك المشرع النص على عمل المرأة من خلال الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري مسايرا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18 وجاء فيه:« **من المستقر عليه قضاء، أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق**

[1] سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص142.

[2] قرار رقم 742013 المؤرخ في 2013/04/11 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، غير منشور

القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[1]».

ولأن الفقه الإسلامي حريص على إيجاد أحسن جو وأحسن بنية ينتفع بها الطفل وهذا الجو لا يكون إلا عند الأم بدافع الأمومة، كما نلاحظ أن انتقال الطفل للجدة الأم في ذهاب الأم للعمل فيه مصلحة كبيرة للطفل، لأن لها كل الشفقة والحنان مثل الأم.

ونص القانون الجزائري في المادة 02/67 من قانون الأسرة على أنه:« **لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ».**

ومن المفيد ملاحظته أن التعديل الجديد لقانون الأسرة يؤكد أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة، لكونه يتماشى مع تطور المجتمع، وحماية المرأة في حقها في العمل وحقها في حضانة أبنائها، وعليه فإن الفقرة الثانية من المادة المذكورة سابقا، وضعت حدا للآباء الذين يطالبون بإسقاط الحضانة عن الزوجات المطلقات العاملات خارج البيت، فالعمل الشريف لا يمنع ولا يسقط حقها في حضانة أولادها[2] .

ولقد قضت المحكمة العليا في هذا الصدد قبل تعديل قانون الأسرة على أن:« **عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية[3]** »، وأكدت ذلك في قراراتها بعد التعديل فورد في

---

[1] قرار رقم 245156 لسنة 2011، عدد خاص، ص188.

[2] عبد القادر بن داود، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد**، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2006، ص178.

[3] قرار رقم 07 42 27 المؤرخ في 2002/07/03 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع01، 2007، ص270.

أنظر كذلك إلى: قرار رقم 56 51 24 المؤرخ في 2000/07/18، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص188.

قراراتها أن:« **عمل المرأة ليس سببا من أسباب سقوط الحضانة**[1] » و« **أن عمل المطعون ضدها كمضيفة في الخطوط الجوية الجزائرية الذي لا يستغرق سوى ساعات قليلة من اليوم، لا يمكنه أن يشكل عائقا لخدماتها من حضانة ابنتها، مما يستوجب رفض الطعن**[2].»

الفرع الثاني: حماية الطفل المحضون في إطار إسقاط الحضانة بسبب التنازل والسفر

إن حق الحضانة ليس بالحق المطلق، بل أنه نسبي قد لا يتمسك به صاحبه، بل يستغني عنه لسبب من الأسباب، والتي من أهمها التنازل والسفر.

أولا: التنازل

أجاز المشرع من خلال المادة 66 من ق.أ.ج للحاضنة التنازل عن الحضانة، وقيد هذا التنازل بعدم الإضرار بمصلحة المحضون، فإذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، لأنه يضر بمصلحة المحضون، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2010/10/14[3] بأنه: « **تقضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة** ».

ينصرف مفهوم التنازل إلى تخلي من له حق الحضانة عن التمسك بها، فالتنازل يتم بقرار ذاتي من مستحق الحضانة ومن الطبيعي أن تثار العديد من الأسئلة حول جواز التنازل عن الحضانة من عدمه، وما يرد على هذا التنازل من استثناءات، هذا إضافة إلى

[1] قرار رقم 94 93 35 المؤرخ في 2006/04/12 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بالمحكمة العليا، غير منشور

[2] قرار رقم 13 20 74 المؤرخ في 2013/04/11 الصادر عن غرفة الشؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، غير منشور

[3] قرار رقم 222 581 صادر بتاريخ 2010/10/14 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2011، ص248.

الحكمة من وراء التنازل من قبل الحاضن، لما لهذا التنازل من آثار على مصلحة المحضون[1] .

لذلك فإن الفقهاء _ كقاعدة عامة _ يرون بوجوب إلزام الأم بالحضانة وإجبارها عليها، إلا أن هذا الحكم مقيد بعدم إلحاق الضرر بالطفل فتجبر على ذلك.

وتسقط الحضانة أيضا بتنازل الحاضنة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون ويبقى للقاضي السلطة التقديرية في قبول التنازل من عدمه، وهذا الاستقصاء من السبب الحقيقي للتنازل مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات[2] .

والمشرع الجزائري أقر للحاضنة حق التنازل عن الحضانة، إذ لم يكن مضرا بمصلحة المحضون شرط وجود حاضن آخر تستند له الحضانة، ويكون أهلا للحضانة وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1989/03/27 بأنه من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانتها أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها، وله القدرة ثم على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة النقيض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة[3].

إن صاحب الحق في الحضانة قد يتنازل عن حقه فيها، وفي هذه الحالة فإن هذا الحق سوف يسقط بقوة القانون والحكم الذي يصدر بإسقاط الحضانة بناءا على طلب من له الحق فيها هو حكم مقرر وليس منشأ له.

---

[1] نشوان عارم محمود، **حضانية، حضانة الأطفال في قطاع غزة، دراسة تحليلية تطبيقية**، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، غزة، 2010، ص49-50.

[2] لحسن بن شيخ آن ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، د.ط، دار الهومة، الجزائر، 2004، ص77.

[3] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1989/03/27 في الملف رقم 5334، المجلة القضائية 1990، ع03، ص85، عن جمال سايس ،**الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، ج1، مرجع سابق، ص411.

هذا وإن كان القانون قد أقر التنازل عن الحضانة، إلاّ أنه قيده بشرط أن لا يضر بمصلحة المحضون، فإن تبين للقاضي أن مصلحة المحضون مع المتنازل عنها فإن هذا الحق يبقى قائما في حق التنازل.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها .

حيث ذهبت إلى أنه:« **إذا قررت أن تتنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر تقبل الحضانة وله القدرة عليها بعد مخالفا للأحكام الحضانة، ومن المقر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحاضنة فإن لم يجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها**[1].»

ثانيا: السفر

السفر بالمحضون في الشريعة الإسلامية: لكلا الأبوين حق في المحضون، فللأم حق حضانته، وللأب حق رعايته وتأديبه، مما يستلزم أن تسكن الحاضنة في مكان يمّكن الأب من رؤيته إبنه ورعايته، لذلك نجد الفقهاء اختلفوا في أمر انتقال الحاضنة بالمضمون إلى بلد آخر للإقامة والاستقرار فيه.

فبالنسبة لفقهاء الحنفية: ذهب الحنفية في مسألة سفر الحاضنة بالمحضون إلى حالتين:

الحالة الأولى: لا يجوز للأم السفر إلا إذا كانت مطلقة ومكان السفر الذي تنوي الذهاب إليه قريب، والضابط في ذلك أن يستطيع الأب زيارته لابنه والرجوع في يومه، بإستثناء البلد الذي تم فيه عقد النكاح أو يكون هذا البلد موطن لها.

[1] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ملف رقم 1849، بتاريخ 1988/12/19.

الحالة الثانية: في حالة وفاة الأب ولم تنقضي عدة الوفاة بعد، يمكنها السفر بإذن من الذي يحل محل الأب[1].

2- المالكية

لقد فرق المالكية بين سفر النقلة للسكن والاستقرار وسفر التجارة والزيارة، وقد حدد المالكية مسافة السفر المسقطة بستة برد أو أكثر[2].

ويرون أنها يجب أن تكون أقل من ستة برود، وإذا تعدى ذلك فإن الحضانة تسقط، أي أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا سافرت بالمحضون إلى مكان بعيد قدر ستة برود فأكثر، وكان سفر كسفر نقلة وانقطاع[3] .

فإن تجاوز السفر هذا الحد جاز للولي انتزاع الصغير من أمه، لأن حضانتها تسقط بسفرها هذا، واذا أراد الولي السفر بالمحضون إلى بلد مأمون وطريقه مأمونة جاز له ذلك، وللأم الخيار في الذهاب معهم، وإن كان سفر الأم أقل من ستة برود وطريقه غير مأمونة يسقط حق الأم في الحضانة خوفا على الصغير إلا إذا كانت المسافة قصيرة بما حددها المالكية، بحيث يمكن للأب الاطلاع على أخباره وزيارته[4].

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، **كتاب الفقه على المذهب الأربعة**، ج4،(لا، ط ، لا، م)، دار الإرشاد للطباعة والنشر، د.ت، ص525.

[2] ينظر :عايدة سليمان أبو سالم، **الحاضنة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني**، مذكرة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة، قصص الفقه، فلسطين، 1424هـ- 2003م، ص102.

[3] محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، **الشرح الكبير**، مرجع سابق،ص2، 531.

[4] ينظر :عايدة سليمان، أبو سالم، **الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني**، مرجع سابق، ص102.

3- الشافعية

وذهب الشافعية إلى أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا سافر بالمحضون مكان خطير، أو كان سفرها سفر نقلة وانقطاع سواء كان هذا السفر قصيرا أو طويلا[1] .

ويرون أنه إذا كان سفر أحد الزوجين المفترقين بالطلاق سفر حاجة كالتجارة أو الحج، يبقى الولد عند من لم يسافر حتى يعود، وإن كان السفر، سفر نقلة كان الأب أولى من الأم بالحضانة، شرط أن يكون الطريق والبلد المقصود بالسفر آمنين[2].

4- الحنابلة

وفصل الحنابلة في سفر الأم بالمحضون على النحو التالي:

أ- سفر الحاجة:

- إن أرادت الأم الحاضنة السفر إلى بلد آخر وطريقه غير آمن، فالولد يتبع أباه المقيم.

- إذا سافرت الأم سفر حاجة بعيد أو قريب، فالصغير يتبع أباه إلى حين عودت أمه مخافة عدم تحمله مشقة السفر.

ب- السفر للنقلة:

- إذا سافرت الأم إلى بلد أخر آمن وطريقه آمنة للسكنى، تسقط حضانتها وتنتقل إلى الأب.

- إذا انتقل الوالدان معا إلى السفر تبقى الحضانة من حق الأم.

- إذا كان سفر الأم للسكنى والمكان قريب أقل من مسافة قصر الصلاة[3].

---

[1] محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت، ص5 ، 281.

[2] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته (الأحوال الشخصية)**، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص373.

[3] ينظر: ابن قدامة، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، 1994م، ص248.

– وإن كان أبعد من ذلك، فظاهر كلام واهم انقطاع حق أمه من الحضانة، لعجز الأب عن مراعاة ولده، فهو كالسفر البعيد، وإن كان دون مسافة القصر فالأم على حضانتها، لأنه في حكم القريب ».

موقف القانون:

لم ينص القانون على مسافة معينة ينتهي عندها حق الحضانة بإصطحاب المحضون، وإنما جعل الاستيطان في بلد أجنبي خاضع للسلطة التقديرية للقاضي .حيث يمكن للقاضي اسقاط حق الحاضنة أو عدم اسقاطه إذا رأى في ذلك مصلحة المحضون فيسلمه للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي وهذا ما جاء في نص المادة 69 من ق.أ.ج « **إذا أراد الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون** ».

وقد اعتبر المشرع في المادة 69 إن إستطان الحاضن في بلد أجنبي بعد ثبوت الحاضنة له قد يكون سببا في اسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون وذلك لأن هذا الأمر قد يؤدي إلى عدم تمكنه من زيارته كما لحقه في ذلك وفقا للقانون.

فالمسألة جوازيه للقاضي والأمر راجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[1].

[1] العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج، الطلاق)**، ديوان المطبوعات، الجامعة الجزائرية،ط 2002، ص38.

فلا تسند حضانة الأولاد لأم تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا في1993/03/19[1].

وقد استقر الإجتهاد القضائي الجزائري على مبدأ عدم جوازية تجزئة الحضانة بدون مبرر شرعي.

المبحث الثاني: حماية مصلحة الطفل المحضون في نطاق السلطة التقديرية للقاضي

يحرص القاضي من خلال الحكم بإسناد الحضانة بما تقتضيه مصلحة المحضون النظر إلى المعيار الشخصي لمستحقي الحضانة، من حيث الترتيب الذي نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة، ومدى الخضوع لأحكام هذه المادة تغليبا لمصلحته.

إذ وضعت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ترتيبا لمستحقي الحضانة، حيث أن المعيار في اختيار الحاضنين هو مراعاة مصلحة المحضون[2]. حيث يمكن أن تنتقل الحضانة إلى غير الأم ومخالفة الترتيب الوارد، وهو ما يعتبر خروجا عن النص القانوني.

إضافة إلى ذلك فالقاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة عليه أن يحكم بحق الزيارة[3] وتوفير السكن إلى جانب تقدير نفقة المحضون إذ تعتبر كلها من الحقوق الأساسية التي رعتها الشريعة الإسلامية وتضمنتها كتب الفقهاء في مسائل تتعلق بمستحقات المحضون.

المطلب الأول: سلطة القاضي في ترتيب أحقية الحضانة وإسقاطها

سنتناول في هذا المطلب سلطة القاضي التقديرية في المسائل المتعلقة بترتيب أحقية الحضانة وإسقاطها والسلطة المخولة له في إجراءات مصلحة المحضون، فقد جعل المشرع

---

[1] صقر نبيل، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب.ط، ، 2006، ص226.

[2] لحسين بن شيخ آث مليويا، **المرشد في قانون الأسرة**، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، ط2، 2015، ص202.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2005/05/18 ملف رقم 581033، المجلة القضائية لسنة 2005، ع02، ص383.

الجزائري هذه الأخيرة عند انحلال الرابطة الزوجية على عاتق قاضي شؤون الأسرة نظرا لأهميتها، حيث منحه سلطة تقدير هذه المصلحة، وذلك بإبراز سلطته في ترتيب الحاضنين الذي نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة إذ يتضح لنا أن الحضانة وان كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الوارد في المادة، فيجوز للقاضي مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها مراعاة لمصلحة المحضون[1]، كما خول المشرع للقاضي سلطة إسقاط الحضانة بقوة القانون في حالة عدم توفر شروط فيها الحضانة في الحاضن، كما أن هناك حالات تستجد بعد إسناد الحضانة تسقط الحق[2]، فيعالجها القاضي مراعاة لمصلحة المحضون.

الفرع الأول: سلطة القاضي في ترتيب الحاضنين

إن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة والقانون أشخاص متعددون ولهم مراتب ودرجات محددة، غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة بدرجة، ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاتهم.

ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون، حيث تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أن: « **الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة الأم، ثم الجدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون بدرجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[3].**»

– منه يتبين من نص هذه المادة أن أصحاب الحق في الحضانة مراتب ثلاثة مرتبة الأعلى درجة مخصصة للوالدين، ثم درجة الأجداد ثم الأقارب.

---

[1] سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص293.

[2] عيسى طعيبة، **سكن المحضون في التشريع، قانون الأسرة والاجتهاد القضائي**، مذكرة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2009، ص84.

[3] قرار مجلس قضاء المدية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 101/2002، الصادر بتاريخ 2020/06/08.

أن المشرع الجزائري قد وضع تعديل في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري وقد جاء بترتيب جديد خلافا للنص القديم، حيث قدم حق الأب على أم الأم وعلى الخالة أخت الأم، ثم احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، هذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار ومن شأنها أن تغير حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يتيح حق الحضانة إلى الخالة التي هي المرتبة الخامسة، إذ طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون[1] .

ولقد أجمع الفقهاء على أن الأم أحق بحضانة ولدها من غيرها، سواء في حالة الطلاق أو الوفاة لما رزقها الله سبحانه وتعالى من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان، فعدت بذلك الملاذ المحبذ للمحضون، فدرجة الأم لا ينازعها فيها أحد وهذا راجع لعظمة دورها في تربية الأبناء وتنشئتهم صحيا واجتماعيا وأخلاقيا[2] .

أما بخصوص درجة الأب يتضح من خلال المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري « **أنها رتبت أب المحضون بعد الأم مباشرة، وإن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين**»، لكن ما نلاحظه هو أن المشرع أضاف في المادة المذكورة أعلاه عبارة مع مراعاة مصلحة المحضون، فهذا دليل على أن الترتيب الوارد في المادة 64 ليس من النظام العام، ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة بها الحضانة ليس أهلا للقيام بها.

على هذا الأساس جعل المشرع ترتيب مستحقي الحضانة موجها للقاضي، فمتى رأى مصلحة المحضون قضى بذلك استجابة لنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري[3]، أي

---

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص104.

[2] عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص69.

[3] بن عمار محمد، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد04، ع02، 2019، ص236.

أن المشروع هنا قد غلب جانب النساء على جانب الرجال[1]، حيث أعطى الأولوية في حضانة الصغير بعد الأم للنساء اللواتي يدلين بالقرابة إلى الأم وجعل الأب يليهن في المرتبة، ذلك بدلالة القرآن الكريم بقوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة :« والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة[2]».

ذلك أن الطفل قبل سن العاشرة يحتاج إلى رعاية خاصة وحنان لا يتوفر كأصل عام الا عند النساء بحكم الطبيعة[3]، وقد جرى تطبيق هذه القاعدة في القضاء الجزائري بحيث قضي المجلس الأعلى في قراره الصادر في: 1968/09/25 أنه« **:من المقرر شرعا أن الأسبقية في الحضانة تعطى شرعا لجهة الأم مع مراعاة مصلحة المحضون[4]».**

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إسقاط الحضانة

يمكن للقاضي إسقاط الحضانة مع مراعاة المصلحة، حيث قد تتعرض الحضانة لعوارض تجعل من استمرار متوليها أمرا صعب التحقيق، ومتعارض مع مصلحة المحضون.

لقد حدد قانون الأسرة الجزائري حالات سقوط الحضانة عن الأم صاحبة حق الامتياز في ممارستها ضمن المادة 66 بنصها:« **يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون»**، وذلك دون الإخلال بأحكام المادة 67 التي تجعل من احتلال أحد شروط الحضانة سببا لسقوطها، وأحكام المادة 69 التي تجعل من استيطان الحاضن بما في ذلك الأم، في بلد أجنبي سببا آخر للسقوط ويرجع الأمر في كل

---

[1] سليمان ولد خسال، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

[2] سورة البقرة، الآية 233.

[3] أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحداث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص306.

[4] المجلس الأعلى للقضاء، ع.ق.ج، قرار بتاريخ 1968/10/09، المجلة الجزائرية،1969، نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص334.

الأحوال للسلطة التقديرية للقاضي حيث أن كل إسقاط للحضانة يكون بموجب حكم قضائي فيمكن لكل ذي مصلحة أن يطالب بإسقاط الحضانة عن الأم إسنادها إليه أو إلى الغير[1].

أولا: سلطة القاضي في تقدير ضوابط إسقاط الحضانة وضمان عدم مساسها بمصلحة المحضون.

يتولى القاضي إسقاط الحضانة في عدة حالات، كأن تتزوج الأم بقريب غير محرم بالنسبة للمحضون، وهذا ما عالجه القرار:« يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم[2]»، فهي صاحبة أولوية في وتولي الحضانة، غير أن هذا الحق ينتهي بزواجها بقريب غير محرم وفقا للقرار:« إذا كان القانون قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم[3].»

وهذا ما جاء في الحديث النبوي الشريف في قوله صلى الله عليه وسلم:« أنت أحق به ما لم تنحكي ».

كما يراعي القاضي مدة سنة واحدة للمطالبة بتولي الحضانة وفقا للقرار:« إن الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها، إذ لم يمارسوا ذلك الحق في خلال السنة، وبناءا على ذلك فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا خالفوا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للبطلان[4].»

---

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص370.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2005/05/18، ملف رقم 331058،المجلة القضائية لسنة 2005، ع02، ص383.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2005/07/13، ملف رقم 311320،نشرة القضاة لسنة 2008، ع62، ص385.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1979/02/05، ملف رقم19303، نشرة القضاة لسنة1981، ع01، ص77.

تجدر الإشارة إلاّ أنه إذا كان الزوجان يقطنان في الخارج، فلا طائل من سقوط الحضانة لتعارض ذلك مع مصلحة المحضون، وفقا للقرار التالي :« لا تسقط الحضانة، بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطننا في نفس البلد الأجنبي[1].»

كما أشارت المادة 65 من قانون الأسرة إلى انقضاء الحضانة ببلوغ الذكر سن العاشرة وإمكانية تمديدها لسن السادسة عشر، وبالنسبة للأنثى لحين بلوغها سن الزواج، ما لم تتزوج الحاضنة ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون دائما، وهو ما تبناه قرار المحكمة العليا الذي نص على :« أن لقضاة موضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من ق.أ»[2].

إن الأصل هو سقوط الحضانة متى تم الدخول بالأم الحاضنة، وهو قول جمهور الفقهاء، إلا أن القضاء الجزائري لا يجعل الزواج برجل أجنبي سببا للسقوط الا إذا تم بموجب عقد رسمي، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ :1994/04/19 « إن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته الا بعقد زواج محدد طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة[3].»

لكن يرد على هذه القاعدة استثناءات، فلم يأخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء الذين جعلوا زواج الأم بغير قريب محرم يسقط عنها الحضانة مطلقا متى تحققت بعض القيود التي وضعوها لاستغلالها بحقوق الزوج[4]، بل منح القانون الحق للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون وذلك بإمكانية الحكم ببقاء الحضانة للأم بالرغم من زواجها بغير قريب

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم ،282033، المجلة القضائية لسنة 2004، ع02، ص363.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 24/12/1995، ملف رقم123889، نشرة القضاة لسنة 1997، ع52، ص111.

[3] قرار المحكمة العليا رقم 102886، صادر بتاريخ 19/04/1994، نشرة القضاة، ع51، 1994.

[4] بن صغير محفوظ، **مصلحة المصلحة في الاجتهاد الفقهي المعاصر، وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع09،جوان 2018، ص109.

محرم، متى ما تأكد القاضي من استقامة الزوج وتمسك المحضون بالحاضنة، أو في الحالة التي لا يكون في الحاضن محضون غير أمه أو أن له محضون أخر لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة لممارسة الحضانة أو صاحب عاهة يحتاج لرعاية مستمرة لا تصلح للقيام بذلك الا الأم.

ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في تقرير إسقاط الحضانة

يجدر بقاضي شؤون الأسرة تقصي مصلحة المحضون أثناء الحكم بإسقاط الحضانة، ولاسيما إذا ما لمس سوء نية للتحايل على التهرب من الواجبات، وهو ما شمله القرار: « إن قضاة المجلس بقضاتهم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة عن الطاعنة قد سهوا أن المطعون ضده كان هدفه التهرب من الاتفاق دون مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين.

فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة للنفقة يكونون قد خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة الجزائرية[1].»

ويتحمل القاضي المسؤولية في الرد على الدفوع المتعلقة بإسقاط الحضانة، تحقيقا لمصلحة المحضون ووفقا للقرار:« إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة ».

بعد مخالفة للقانون وقصور في التسبيب[2]، فبزوال سبب سقوطها تعود للأم الحضانة وهو ما تبناه القرار:« من المقرر قانونا أن يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، لما كان من

[1] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2001/02/12، ملف رقم 257693، المجلة القضائية لسنة 1991، ع03، ص48.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2000/11/21، ملف رقم 252308، المجلة القضائية لسنة 2001، ع02، ص284.

الثابت في قضية الحال، أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون[1].»

كما أنه ليس للقاضي أن يجعل من عمل المرأة الحاضنة سببا في إسقاط الحضانة عنها وفقا للمادة 67 من قانون الأسرة، ووفقا لما قضت به المحكمة العليا:« **عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية**[2] »، خاصة إذا أثبتت الحاضنة عدم استغناءها عن حضانة ولدها صوتا لمصلحته، وهذا ما أكد عليه قرار المحكمة العليا:« **إن الحكم يرفض لكونها دعوى الزوج إلزامية إلى إسقاط الحضانة عن الأم لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة يعتبر تطبيق سليم للقانون**[3].»

المطلب الثاني: سلطة القاضي في ضبط مستحقات الحضانة

سنتناول في هذا المطلب سلطة القاضي في تقدير نفقة المحضون وضمانات حق الزيارة وتوفير السكن.

[1] المحكمة العليا، عرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم 58812، المجلة القضائية لسنة 1992، ع04، ص58.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 03/07/2002، ملف رقم 2742، المجلة القضائية لسنة 2004، ع01، ص263.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 23/10/2002، ملف رقم 295996، نشرة القضاة لسنة 2006، ع57، ص219.

إن الطفل بحاجة إلى رعاية والاهتمام من قبل الحاضن، بما ينطوي عليه من تغذية وكسوة وعلاج وسكن، وكل ما يتطلبه المحضون من احتياجات الضرورية للمعيشة وتربية ملائمة في ظروف[1] .

بالإضافة إلى ضمانات حق الزيارة إذ تعد الزيارة من أهم الحقوق التي تضمن للطفل استمرار روابطه بالمحيط العائلي والحفاظ على هويته وإشباع حاجاته المعنوية وحرصا على ضمان هذا الحق فقد أحاطه المشرع بالعديد من الضمانات أهمها مراعاة مصلحة المحضون موكلا إلى القضاء مسؤولية حماية وتكريس هذه المصلحة في إطار سلطته التقديرية الواسعة، وليس هذا فقط بل توفير السكن للمحضون أيضا، فهذا الأخير يعتبر كذلك من مستحقات الحضانة هو من أهم الأمور التي يحتاجها المحضون[2].

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير نفقة المحضون

تعتبر النفقة من الضروريات في العرف والعادة وهي كل ما يحتاج إليه الإنسان من طعام وكسوة وعلاج ...لإقامة حياته.

أولا: شروط استحقاق النفقة

1- وجوب نفقة الأب على الأولاد إذا كان موجودا وغيرها جزء من الكسب:

نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري « **تجنب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور تجب نفقة الولد على الأب إلى غاية بلوغه سن الرشد في القانون هو 19 سنة ميلادية كاملة، وحتى عند بلوغه تلك السن يبقى الأب ملزما بالنفقة إن كان الولد عاجز عن الكسب بسبب مرض عقلي أو بدني أو يكون مزاولا للدراسة** ».

[1] شتوان حميد وزكية، **مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية**، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2008، ص 139.

[2] لحسن بن الشيخ أث ملويا، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية**، ج1، دار هومة، الجزائر، 2001، ص440.

بالنسبة للإناث تمتد النفقة الواجبة على الأب إلى غاية الدخول، أي زواج البنت ودخول زوجها بها حتى ولو كانت غير بالغة سن الرشد القانونية كأن تتزوج في سن السادس العشرة بعد ترخيص لها من طرف القاضي بالزواج[1] .

2- المرض الذي يمنعه من العمل:

إذا كنا بصدد عجز الأب وكانت الأم غير قادرة، فإن واجب النفقة ينتقل إلى أقارب الأولاد والآخرين. وعن قيمة النفقة: فالأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون حاجة لحكم قضائي لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حتى المطالبة بنفقة المحضون لإرتباط هذا الحق بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة ممارسة الحضانة على الطفل إلا بالإنفاق عليه وبهذا الصدد نصت المادة 79 من نفس القانون:« **يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**»، فلا مانع من اتخاذ هذه المعايير في تقدير النفقة إلاّ أنه يجب من جهة أخرى مراعاة أو الأخذ بعين الاعتبار احتياجات هذا الأخير.

وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه:« أنه على قضاة الموضوع مناقشة الحالة المادية للأب عند تجديدهم النفقة الغذائية الخاصة لابن المحضون، خاصة وأن النفقة الغذائية للمحضون تبقى مستمرة إلى أمد بعيد ولا نزول بالسقوط الشرعي للحضانة[2]».

كما أقرت المحكمة العليا أيضا في قرار آخر لها أن المنحة العائلية هي حق المحضون أيضا أن يقبضها من له الحق في الحضانة، فجاء في حيثياتها:« أنه من المعمول قانونا أن المنحة العائلية تدفع بقوة القانون للأم الحاضنة لأبنائها ولا يوجد نص قانوني يحرمها من

[1] الحسين بن الشيخ، شامطوي، **المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص53.

[2] قرار المحكمة العليا، رقم 343907، بتاريخ 2006/06/14.

ذلك مهما كان مبلغ النفقة الذي تتقاضاه لأن المنحة العائلية شرعت لفائدة الأبناء قصد الإنفاق عليهم[1]».

ثانيا: تقدير النفقة

نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على مايلي:

« يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقدير قبل مضي سنة الحكم ».

مراعاة حال الزوجين يتوجب من القاضي التحري عن حالها لمعرفة مصدر معيشة الزوج والزوجة ومداخليهما كالإطلاع على قسيمة الأجرة أو كشف الممتلكات وللقاضي الاستعانة بالخبراء في ذلك ولتماشي النفقة مع تغيير ظروف المعيشة باستطاعة القاضي مراجعة تقديره مع مطلع كل سنة جديدة ابتداءا من النطق بالحكم المقدر للنفقة أو الحكم المراجع لها[2].

والقاضي وحده هو الذي لديه صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا كما أنه ليس للأب أن يدفع مبلغ الذي يحدده هو بنفسه ومع ذلك بإمكان الأب إن كان مقتدرا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاءا ولكن ليس له أن يمنحهم أقل منه[3] .

[1] قرار المحكمة العليا، رقم 356900، بتاريخ 2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2006، ص485.

[2] لحسن بن الشيخ، آث موليا، **المرشد في قانون الأسرة**، د.ط، دار الهومة، الجزائر، ص285-286.

[3] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص163.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في ضمان حق الزيارة وتوفير السكن

أولا: توفير السكن.

حفاظا على مصلحة المحضون، ومن أجل رعايته وجب أن تمارس الحضانة تحت سقف بيت يحمي المضحون، فإذا كانت الزوجية قائمة من الأب والأم فإن مسكن ممارسة الحضانة هو مسكن الزوجية، وكذا الحال في حالة العدة من طلاق بائن أو رجعي[1].

حيث نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على في:« **حالة طلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة أن تقدر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي في المتعلق بالسكن.**»

إذا لم يكن له مسكن يوفره للحضانة فإنه يجب عليه في هذه الحالة أن يدفع لها مساوي قيمة إيجار سكن بمثل حالة زواجها ولمثلها[2].

حيث يمكن للقاضي أن يقدر كل حالة بحسب خصوصيتها، وبحسب الظروف فلو كانت الحاضنة غنية ولديها مسكنا، فيمكن الأخذ بالاتجاه الذي يرى بعدم وجوب أجرة السكن، لو كانت الحاضنة فقيرة وليس لديها سكنا خاص بها، فهنا ينبغي على الأب أن يوفر سكنا لولده المحضون وللحاضنة معه، وفي المقابل لو كانت الحاضنة ليست لديها سكنا بها خاصا لكنها غنية ومكتفية عندها من مال، فهنا يمكن الأخذ بالاتجاه الذي يرى وجوب النفقة على الأب تجاه المحضون فقط، وهنا تلزمه قيمة سكن ابنه مع الحاضنة، وهي تدفع الباقي.

---

[1] لحسين بن الشيخ، آث ملويا، **بمنتقي في قضاء الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص440.

[2] فاطمة حداد، **حق المطلقة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري**، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2007، ص200.

ثانيا: ضمان حق الزيارة

زيارة المحضون حق لغير الحاضن من الأبوين، فإن كانت الأم هي الحاضنة فللأب حق في زيارة ولده المحضون عند أمه، والعكس صحيح، ومن جانب آخر تعذر زيارة المحضون أحد حقوق المحضون لتتكامل له صورة الوالدين، فقد يكون غالب الوقت مع أمه ولا يرى أبوه كثيرا، فكما أنه يحتاج لرعاية أمه، فهو بحاجة لرعاية أبيه، وحنانه، وسؤاله عنه ورعاية مصالحه.

إن الولد بعد طلاق والديه يبقى مع أحد الوالدين دون الآخر، وعليه إذا أسندت الحضانة لأحدهما يكون للطرف الآخر حق الزيارة لولده، فرعاية المحضون لا يشمل فقط الرعاية المادية فقط بل تتطلب الرعاية المعنوية خلال الزيارة.

كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الآخر، الذي تستند إليه الحضانة ذلك تطبيقا لمضمونه المادة 64 من قانون الأسرة، أما بعد التعديل أضاف المشرع المادة 57 مكرر وكذا نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيها الأب والأم، أو غيرها أن يتقدم بطلب في شكل عريضة فيفصل القاضي بموجب أمر ويمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تسند له الحاضنة[1] .

أما الحق في الزيارة هو قيام من بيده المحضون بتمكين صاحب الحق في الزيارة من رؤيته والجلوس إليه والتحدث معها[2]، فهي رؤية المحضون الإطلاع على أحواله

[1] بن هبري عبد الحكيم، **أحكام الصلح في شؤون الأسرة، وفق التشريع والقضاء الجزائري**، د.ط، دار هومة، الجزائر،2018، ص262.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص31.

المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون[1]، والنظر في أمور المحضون وتربيته وتعليمه، ومراعاة أحواله وتوجيهه ومعاينته بممارسة الأم أو الولي ولايته كاملة على ولده، لشد أوامر التعاطف والتألق الأسري وصلة الرحم.

حيث جاء في نص المادة 64 السالفة الذكر:« **وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة** ». الجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر فإن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرسا لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن تنقطع على أهله نهائيا.

وحق الزيارة المنوه عليه في المادة 64 لم يكن حصريا على الأب والأم ما لم تسند إليه الحضانة، بل يتعدى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به[2].

ويجب على القاضي شؤون الأسرة عندما يحكم بالزيارة التي قد تكون للأب أو الجدة أو لغيره من مستحقي الحضانة، فجاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 21 أفريل 1988 **«المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد الابن يكون له حق الزيارة أيضا....»**[3] .

---

[1] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص297.

– أنظر: محمد أمين عمر عبد العزيز ابن عابدين، **رد المختار على الدر المختار**، ط3، بيروت، دار الفكر ،1992، ص569.

[2] باديس ديابي، **صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة**، الجزائر، دار الهدي، 2012، ص11.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189181، بتاريخ 1988/04/21، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، 2001، ص192، عن يعقوبي عبد الرازق، **قضاء المحكمة في مادة شؤون الأسرة**، دار الهومة، الجزائر، 2008، ص125.

أولا: مدة الزيارة.

لم يتم تحديد مدة الزيارة لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا.

ثانيا: مكان ممارسة الزيارة.

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع المحضون برعاية زائره ولم تتطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر لمسكن المطلقة مثلا لأنها أصبحت أجنبية عنه[1] .

حيث جاء في قرار المحكمة العليا:« **من المقرر فقها وقضاء أن حق الشخص لا تقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم والأب لأولاده من كل منهما، وعلى من كان عنده الولدان يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالمشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده[2]».**

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه:« أنه لا يجوز شرعا ولا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة[3]»، فالأصل في مكان الزيارة أن تكون بالاتفاق على مكان أو طريقة معينة لتمكين صاحب الحق في الزيارة منها وإلا إذا أمر

[1] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص160.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 78991، بتاريخ 1990/06/30، المجلة القضائية، ع01، 1992، ص55.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998/12/15، في الملف رقم 214290، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص194.

ذلك للقاضي[1]. الذي يضبط فترات الزيارة والوقت والمكان بما يمنع قدر المستطاع التحايل في التنفيذ، مراعيا في ذلك وضعية الطليقين بالإضافة إلى سن المحضون وحالته الصحية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها 1990/04/30 بأن من المستقر فقها وقضاء أن حق لكل منهما، وعلى من كل عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالمشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرق للقانون ولما كان في قضية الحال.

أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

وعليه فللقاضي على سبيل المثال أن يقرر بأن تتم الزيارة في مقر مسكن الحاضن إذا كان الطفل المحضون رضيعا لا يستطيع الاستغناء عن أمه ولا يتحمل إبعاده عنها، وإذا تجاوز المحضون تلك المرحلة لقاضي شؤون الأسرة كذلك أن يأذن لصاحب حق الزيارة بالخروج مع المحضون خاصة أيام العطل والأعياد، كما هو معمول به في الواقع المعاش.

ففي الواقع القضائي أن من يملك حق الزيارة هو من يأخذ ولده لرؤيته وتفقده ويرده للحاضنة عند إنهاء الوقت المحدد له لممارسة الزيارة زيادة عليه بالأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة

---

[1] عثمان التكروري، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط3، دار الثقافة، عمان،2010، ص280.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1990/04/30، في الملف رقم 79891، المجلة القضائية 1992، ع01، ص55، نقلا عن جمال سايس، **الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية**، ج02، مرجع سابق، ص571.

كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية حتى يتمكن من الإطلاع بشكل سليم على أحوالهم[1].

أما زيارة المحضون في حالة بعد المسافة فترجع للسلطة التقديرية للقاضي ودور كبير في تحديد مواعيد الزيارة وبنايتها ونهايتها مع مراعاة مصلحة كل محضون على حدى[2].

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/01/04، في الملف رقم 350942، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2006، ص455.

[2] الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات بين شويخ**، شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

الخاتمة

بعد ما رأينا أهم المسائل المتعلقة بحماية الطفل المحضون في القانون الجزائري، وأهم تطبيقاته القضائية في المحاكم، وجدنا هذا الأخيرة لها أهمية كبرى في رعاية الطفل وحمايته صحة وخلقا، وهي من أعقد المسائل بالنظر إلى حساسية الموضوع الذي تعالجه وهو مصير الطفل بعد انفصال أبويه، وتتعلق من جهة أخرى بمستقبله، ولأن الأبناء هم شباب المستقبل خيرة الوطن، وضع القانون أحكاًما لرعايتهم والمحافظة عليهم حتى بعد فك الرابطة الزوجية.

والحضانة من المواضيع الدقيقة أيضا ذلك أنها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، وهو المصطلح الذي ذكره المشرع في مواد عديدة في القانون، تاركا تقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي، الذي هو ملزم أن يبحث عن مصلحة المحضون من جهة، ومن جهة أخرى عليه أن يسند الحضانة للأجر والأحق بها.

إلاّ أنه نظرا لتفشي ظاهرة الطلاق في المجتمع، أصبحت قضايا الحضانة كثيرة، مما يجعل القاضي لا يعطي الملفات المعروضة أمامه العناية اللاّزمة، هذا ما قد يؤثر على مصلحة المحضون.

قبل أن نختتم يمكننا أن نتوصل إلى أهم نتائج هذا البحث، حيث تبين لنا من كل ما سبق أن:

- ❖ الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل نظرا لما لها من أهمية في حفظ الولد ورعايته وفقا لما تقتضيه مصلحته.
- ❖ الحاضنة حق مشترك بين الحاضن والمحضون إلاّ أنه في حالة تعارض مصالحهم يقدم حق المحضون ومصالحه على حق الحاضن والمحضون الحاضن إعمالاً بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

- ❖ مراعاة مصلحة المحضون في مدار مسائل المحضون كلها، فحينما وجدت تلك المصلحة وجب على القاضي مراعاتها والحكم بمقتضاها.
- ❖ نظرا لصغر سن المحضون وعجزه عن توفير حاجياته وحفاظًا على مصلحته أوجبت الشريعة الإسلامية على والده الاتفاق عليه واعتبرت الشريعة الإسلامية السكن من مستهلات النفقة وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.
- ❖ كذلك لم يحدد مكان وزمان الزيارة التي تجرى فيه حضانة الولد الصغير، مما قد يتسبب في نزاعات بين الحاضن والمحضون له.
- ❖ اختصاص الحاضنة لمسكن ممارسة الحضانة التي تعد كنقطة إيجابية فيما يخص الطفل المحضون.

وفي الختام يمكننا التوقف عند أهم اقتراحاتنا لموضوع بحثنا لذا نقترح:

- إسقاط الحضانة عن الحاضن أو الحاضنة في اختلال احد الشروط الواجب توفرها أو الإخلال بواجبات عليه.
- وجوب على القاضي مراعاة مصلحة المحضون والحكم بمقتضاها في جميع المسائل المتعلقة بالمحضون.
- لجوء الزوجين إلى حلول ايجابية غير مضرة بالمحضون من اجل الوصول إلى حل يرضي كلا الحاضنين وبالأخص المحضون.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم:

أولا – باللغة العربية:

- **الكتب:**

أ- المصادر:

1- ابراهيم عبد الرحمن، ابن ابراهيم، الوسيط في قانون الاحوال الشخصية، الزواج، وحقوق الاقارب، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 1991.

2- ابن قدامه، الكافي في فقه الامام احمد، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م

3- ابن منظور، لسان العرب تحقيق عبد الله علي الكبير، ج11، د.ط القاهرة، دار المعارف، د.س.ن.

4- ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق احمد عزو عناية الدمشقي، ج1، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، 2002.

5- احمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي، بلغة السالك لاقرب المسالك، تحقيق وضبط وتصحيح، محمد عبد السلام شاهين، ج1،ط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415-1995م.

6- سليمان بن الاشعت ابي داود، سنن ابي داود، ط1، (تحقيق شعيب الارنؤوط محمد كامل قرد بللي)، بيروت، دار الرسالة العالمية د.س.ن

7- عبد الرحمن بن محمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج2، د.ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن.

8- علاء الدين المرداوي، الانصاف، ج9، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت،1998.

9- محي الدين يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج18، د.ط، دار احياء الكتب العربية، بيروت، د.ت.ن.

10- محمد بني اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير ناصر، دار طوق النجاة، بيروت، 1422هـ.

11- محمد بن بني بكر عبد القادر الرازي، مختار صحيح، مكتبة لبنان، 1989.

12- محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج 2،تحقيق محمد فؤاد، وباقي المترجمون، دار احياء الكتب العربية، د.ت.ن.

13- محمد امين عمر عبد العزيز ابن عابدين، رد المختار، ط3، دار الفكر، بيروت،1992.

14- محمد بن احمد الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن.

15- منصور دين يونس بن ادريس البهوتي، كاشف القناع عن متن الاقناع، ج3 ،د.ط، المطبعة الشرقية القاهرة، 1319-1320هـ.

ب- المراجع:

1- أحمد الناصر الجندي، شرح قانون أسرة جزائري، دار الكتب القانونية، 2005.

2- أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دار القلم، كويت، 1983.

3- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحداث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

4- أحمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3، ط1، الأردن، دار الثقافة، عمان، 2009.

5- أحمد نصر الجندي، حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة، دط، دار الكتب القانونية، مصر،2013.

6- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دط، دار الكتب القانونية، مصر،2014.

7- اسماعيل أبا بكر البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق)، دار الحامد للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

8- باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر، دار الهدي، 2012.

9- بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق)، ج1، د.ط، دار النهضة العربية، لبنان، 1967.

10- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، وفق التشريع والقضاء الجزائري، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2018.

11- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المجلد الرابع، دار الوعي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

12- توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دط، الدار الجامعية، لطباعة والنشر، لبنان، 1982.

13- جرجس جرجس، معجم مصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1996.

14- حاتم صبحي الأرناؤوطي، عاوي النفس أمام محكمة الأسرة، دط، دار الكتب القانونية، مصر، د.ت.ن.

15- الحسين بن الشيخ ابن مطوي، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، ط 2005.

16- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون، الأسرة الجزائرية، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

17- خالد عبد العظيم، أبوغاية أحمد، حقوق المحضون، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

18- رابح تركي، أصول التربية والتعليم، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982.

19- رشدي شحاتة، أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط1 ،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.

20- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1،دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

21- زكية عزيز، حقوق الطفل خلال الأعوام الأولى، مكتبة النهضة، القاهرة، د.ط، 1956.

22- سعد عبد العزيز الجرائم الواقعة على الأسرة، دط، دار هومة، الجزائر.

23- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة

24- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري، ط2، الاصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

25- شتوان حميد وزكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2008.

26- صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الجزائر، 2013.

27- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ط2، مكتبه الكشاف، بيروت، 1974.

28- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ب.ط، 2006.

29- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذهب الأربعة، ج4،(لا. ط)، دار الإرشاد للطباعة والنشر، د.ت.ن.

30- عبد الرحمن عيساوي، علم النفس الأسري وفقا للتصور الإسلامي والعلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

31- عبد الرحمن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ط1، السعودية، مؤسسة الرسالة، 2000.

32- عبد العظيم بن بدوي الخليفة، الوحيد في فقه السنة والكتاب العزيز، ط2، دار ابن رجب، 2001.

33- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط3، مطبعة الكاهنة، قسنطينة، 1999.

34- عبد القادر بن حرز الله، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية الجزائر، 2007.

35- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2006.

36- عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ط2، دار الثقافة، الأردن،1998.

37- عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2010.

38- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الثقافة، عمان، 2010.

39- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

40- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج، الطلاق)، ديوان المطبوعات، الجامعة الجزائرية، د.ط، 2002.

41- عمر البوريني وآخرون، الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

42- الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 1، د.م.ج، الجزائر،2005.

43- فاطمة حداد، حق المطلقة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2007.

44- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

45- فؤاد بونس، مصالح الطفل الفضلى، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، 2019.

46- فوزي خليل، المصلحة العامة من منظور إسلامي، ابن حزم، بيروت، 2006.

47- قمراوي عز الدين، قانون الأسرة، قانون الأسرة نصا وتطبيقًا، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2008.

48- كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوي الحضانة للصغار في ضوء الفقه والقانون والقضاء، د.ط، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2005.

49- لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، ط2، 2015.

50- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2011.

51- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

52- محمد أبو زهرة، الولاية علم النفس، د.ط، دار الرائد العربي، بيروت، 1970.

53- محمد بشير إقبال وسلمى محمد جمعة، الخدمة الاجتماعية ورعاية الأسرة والطفولة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، د.ت.ن.

54- محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، ج2، ط1، تحقيق :محمد باسل عيون السود، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418هـ.

55- محمد حميد الرصيفات العبادي، حقوق الطفل في التشريعات الوضعية والمواثق الدولية، دراسة مقارنة، دار وائل، الأردن، 2013.

56- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دمشق الفكر، 2007.

57- محمد علي حسن، علاقة الوالدين بالطفل وأثرها في جناح الأحداث، مكتبة أنجلو المصرية القاهرة، 1970.

58- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010.

59- محمد كمال الدين، إمام أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د.ط، الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

60- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، لبنان، 1983.

61- مراد محمود سنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة،ط1، دار الثقافة، عمان، 2008.

62- مسعود جبران الرائد، معجم لغوي عصري، المجلد02، ط3، دار العلم للملايين بيروت 1987.

63- نبيل صقر، تصرفات المريض، مرض الموت، دار الهدى والجزائر، 2008.

64- نشوان عارم محمود، حضانة الأطفال في قطاع غزة، دراسة تحليلية تطبيقية، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، غزة، 2010.

65- نصر فريد، واصل للولايات الخاصة الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2022.

66- نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار، د.ط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.

67- هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية دراسة تحليلية مقارنة، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

68- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الأحوال الشخصية)، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985.

•الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه :

1- حميدو زكية (مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

2- عماري سناء، الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون، في قانون الإجراءات الجزائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، كلية بسكرة، 2022.

ب- مذكرات الماستر:

1- برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر، بسكرة، 2015.

2- قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة واستحالاتها القانونية، مذكرة نهاية التخرج لنيل جائزة المدرسة العليا للقضاء، 2010.

3- كريال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، 2010.

4-الهاشمي فاطمة الزهراء نجاة، عتو سامية، مصلحة المحضون بين الشرع والقانون، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة مصطفى اسطنبولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017.

ج – رسائل الماجستير:

1- عيسى طعيبة، سكن المحضون في التشريع الجزائري، قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة الماجستير، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2009.

2- عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة، قصص الفقه، فلسطين، 1424هـ-2003م.

د- المقالات:

1- أم جابر، مقال بعنوان: " مخاطر انشغال الأم عن تربية الأبناء"، منشور بمجلة منار الإسلام، الإمارات العربية المتحدة السنة الثامنة عشر، ع07، يناير، 1993.

2- بوصبيعات سوسن، حماية المحضون بين إجحاف النص التشريعي واجتهادات قاضي شؤون الأسرة، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة01، المجلد31، ع04، ديسمبر 2020.

3- عمار محمد، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد04،ع02، 2019.

4- عبد المجيد العزوزي، الحضانة وحق المحضون من خلال التطبيق العملي ، مدونة الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية، القصر البلدي، مكناس يومي: 08-2007/03/09.

هـ- النصوص القانونية:

1- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرى الجزائري، المعدل والمتمم رقم 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005 صادر بالجريدة الرسمية، ع15، المؤرخ بتاريخ2005/02/27.

2- قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، ظهير شريف رقم 22-04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 03 فبراير2004، جريدة رسمية، ع 5184، صادر في 05 فبراير 2004.

و- الاجتهادات القضائية:

1- قرار أصدرته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في2008/02/13 في الملف رقم 424222، منشور بالمجلة القضائية، ع 01، 2008.

2- قرار صادر من المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1986/05/05 ملف رقم 40430، المجلة القضائية 1989، ع2، الاجتهاد الجزائري، ج1.

3- قرار أصدرته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1988/12/19 ملف رقم 51894، المجلة القضائية 1990، ع70، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية.

4- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في2002/07/03، الملف رقم 274207، المجلة القضائية 2004،ع01، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية.

5- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في2006/11/15 في الملف رقم 3722292، منشور بالمجلة القضائية، ع01، 2007.

6- قرار أصدرته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1991/06/18، ملف رقم 75171.

7- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، في2003/04/11 ملف رقم 742013

8- قرار أصدرته المحكمة العليا، المؤرخ في2011، عدد خاص، رقم الملف 245156.

9- قرار أصدرته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في2002/07/03، المجلة القضائية، ملف رقم 274207، ع01، 2004.

10- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في2006/04/12، ملف رقم 359394.

11- قرار أصدرته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في2010/10/14، ع01، قرار رقم 581222

12- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في2005/05/18 ملف رقم 331058ع 02، المجلة القضائية 2005.

13- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1989/03/27 ملف رقم 5334، ع03، المجلة القضائية 1990.

14- قرار أصدرته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في2005/07/13، ع62، ملف رقم 311320

15- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1979/02/05، ع01، ملف رقم19303

16- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1995/12/24، ع52، ملف رقم123889

17- قرار المحكمة العليا، في1994/04/19، ع51، ملف رقم 102886.

18- قرار المحكمة العليا، في2001/02/12، المجلة القضائية لسنة2001، ع02، ملف رقم257693.

19- قرار صادر من المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في2000/11/21، المجلة القضائية لسنة2001، ع02، ملف رقم 252308.

20- قرار صادر من المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1990/02/05، ع04، ملف رقم 58812

21- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في2002/10/23 ملف رقم 295996، ع57.

22- قرار أصدرته المحكمة العليا في2006/06/14، ملف رقم 343907.

23- قرار أصدرته المحكمة العليا، في2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، ملف رقم 356900، ع01.

24- قرار أصدرته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1988/04/21 العدد رقم الخاص، ملف رقم 189181.

25- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1990/06/30، المجلة القضائية، ملف رقم 78991

26- قرار أصدرته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في1998/12/15، المجلة القضائية 2001، ملف رقم 214290.

27- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في04/01/2006 مجلة المحكمة العليا، ع01، ملف رقم 350942.

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر وعرفان إهداء	
مقدمة	أ-ج
الفصل الأول :الحماية القانونية و القضائية للطفل المحضون	05
المبحث الأول :مفهوم الحضانة	06
المطلب الأول :تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها	06
الفرع الأول :تعريف الحضانة وتمييزها عن المصطلحات ذات صلة	06
الفرع الثاني :أدلة مشروعية الحضانة	12
المطلب الثاني :التكييف الفقهي والقانوني للحضانة	14
الفرع الأول :التكييف الفقهي للحضانة	14
الفرع الثاني :الطبيعة القانونية للحضانة	18
المبحث الثاني :مفهوم مراعاة مصلحة المحضون في النطاقين القانوني والقضائي	20
المطلب الأول :حماية مصلحة الطفل المحضون في إطار الشريعة والقانون	20
الفرع الأول :معنى الطفل المحضون والمصلحة محل الاعتبار	20
الفرع الثاني :مصلحة الطفل المحضون في الشريعة والقانون	23
المطلب الثاني :حماية مصلحة الطفل المحضون في إطار القضاء	31
الفرع الأول :دور القضاء في حماية مصلحة الطفل المحضون	31
الفرع الثاني :معايير ضبط مصلحة المحضون في إطار الاجتهاد القضائي	35
الفصل الثاني :الآليات القانونية والقضائية لحماية مصلحة الطفل المحضون	42
المبحث الأول :حماية المحضون في النصوص التشريعية	43
المطلب الأول :حماية المحضون في إطار تحديد شروط استحقاق الحضانة	43
الفرع الأول :حماية الطفل المحضون في إطار تحديد الشروط العامة للحضانة	44
الفرع الثاني :حماية الطفل المحضون في إطار تحديد الشروط الخاصة للحضانة	47
المطلب الثاني :حماية المحضون في إطار تحديد موجبات إسقاط الحضانة	51
الفرع الأول :حماية الطفل المحضون في إطار إسقاط الحضانة بسبب عمل المرأة	52
الفرع الثاني :حماية الطفل المحضون في إطار إسقاط الحضانة بسبب التنازل والسفر	54

المبحث الثاني :حماية مصلحة الطفل المحضون في السلطة التقديرية القاضي	60
المطلب الأول: سلطة القاضي في ترتيب أحقية الحضانة وإسقاطها	60
الفرع الأول: سلطة القاضي في ترتيب الحاضنين	61
الفرع الثاني: سلطة القاضي في إسقاط الحاضنين	63
المطلب الثاني: سلطة القاضي في ضبط مستحقات الحضانة	67
الفرع الأول :سلطة القاضي في تقدير نفقة المحضون	68
الفرع الثاني :سلطة القاضي في ضمان حق الزيارة والسكن	71
خاتمة	**78**
قائمة المراجع	**81**
الفهرس	**94**
ملخص الدراسة	

ملخص:

تتجه الجهود نحو الاهتمام بالطفل المحضون و السعي نحو توفير أفضل الطرق الممكنة لتحقيق بيئة مستقرة خالية من المشاكل بكل أشكاله، فهذه الحماية من شانها أن تجعله يعيش كريمة حياة وسط أسرته و مجتمعه، و للحفاظ على هذه الحقوق عملت الشريعة الإسلامية على ذكر أهم الصور و الشواهد الواردة في النصوص التشريعية، والتي تعكس الاهتمام بالطفل المحضون على ارض الواقع، فقد اعتنت الشريعة بالطفولة و حفظها و هذا من خلال وضع الشروط و الضوابط التي تضمن حماية مصلحة المحضون؛ و على ضوء تلك الأحكام جاءت الممارسات و الاجتهادات القضائية على وضع حماية خاصة لحقوق الطفل المحضون و السعي إلى تحقيق مصلحته و الإلمام بمشاكل و ظروف الطفل، حرصا منه على الحفاظ على حقوقه، و هذا من خلال تعاون كل من المشرع بوضعه نصوص قانونية، تطبيقها وكذا القاضي الذي يسعى إلى تفسيرها و مراعيا في ذلك مصلحة الطفل.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، الأسرة، الطفل، الرعاية، القضاء.

Résumé:

Les efforts sont orientés vers la prise en charge de l'enfant en famille d'accueil et s'efforcent de fournir les meilleurs moyens possibles pour parvenir à un environnement stable et exempt de problèmes sous toutes ses formes. Cette protection lui permettra de vivre une vie décente au sein de sa famille et de sa communauté. ces droits, la loi islamique s'est efforcée de mentionner les images et les preuves les plus importantes contenues dans les textes législatifs, qui reflètent le souci de l'enfant en détention sur le terrain, a pris soin de l'enfance et de sa préservation, et ce en la fixant. des conditions et des contrôles qui garantissent la protection des intérêts de l'enfant placé en garde. À la lumière de ces arrêts, la pratique judiciaire et la jurisprudence ont établi une protection particulière des droits de l'enfant en détention, en cherchant à réaliser ses intérêts et en se familiarisant avec les problèmes et les circonstances de l'enfant, dans le souci de préserver ses droits. , et cela grâce à la coopération à la fois du législateur en formulant les textes juridiques et en les mettant en œuvre, ainsi que du juge qui cherche à l'expliquer, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

Mots-clés : garde, famille, enfant, soins, pouvoir judiciaire.