جامعـة محمـد خيضر - بسكـرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

حمايـــة الطفـــل المحضـــون في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون أحوال الشخصية

من إعداد الطالب (ة)
- أمينة ونوغي

إشراف الأستاذة:
بلجراف سامية

السنة الجامعية : 2014/ 2015

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــــداء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات وبتوفيقه تنجز الاعمال

احمده سبحانه وتعالى ان وفقني في انجاز هذا العمل وأسأله أن يتقبل مني قبولا حسنا .

و اعترافا بالجميل اتقدم بالشكر الجزيل لأستاذتي بلجراف سامية على نصائحها القيمة ومتابعتها المستمرة لي.

واهدي ثمرة هذا الجهد الى أغلى الناس والدي الكريمين ، والى كل عائلتي وعائلة زوجي العزيز الذي شجعني طوال مدة إنجاز هذا العمل دون ان أ ننسى خالي بوخالفة الشاوش الذي لم يبخل علي بعلمه فله جزيل الشكر .

ولكل من ساعدني من قريب أو بعيد في انجاز هذا البحث .والى جميع القائمين على كلية الحقوق وكل الطلبة والأساتذة الكرام

والى كل اطفال الجزائر.

مقدمة

إن حماية الطفل المحضون من المواضيع التي إهتمت بها الشريعة الإسلامية و أولاها المشرع الجزائري عناية خاصة، وشغل هذا الموضوع فكر الكثير من الباحثين القانونيين، فكانت الحماية القانونية للطفل محل دراسة في عدة مؤلفات وبحوث، منها ما تناول الحماية على المستوى الداخلي سواء في قانون الأسرة أو في القانون الجزائي، ومنها ما تناول حماية الطفل في الاتفاقيات الدولية .

حيث الأصل أن تتبلور شخصية الطفل في كنف أسرته الصغيرة، وفي مكان يسوده الاستقرار والطمأنينة، ولكن هذا الاستقرار قد لا يتوفر دائما، ففي كثير من الأحيان يحدث أن يحرم الطفل الصغير من أحد والديه، أو كلاهم، فقد يفقدهما بالموت، أو بالطلاق .

فلابد أن يتوفر من يحل محل الأبوين في رعاية الطفل ويعوضه عن هذا الحرمان ، و الحضانة شرّعت للتخفيف من حدة الآثار المترتبة عن انتهاء العلاقة الزوجية كنوع أنواع من التكفل الاجتماعي، والنفسي، والتربوي بالطفل، ولمساعدته على تحمل الوضع الجديد والقاسي، ومساعدته على التأقلم .

وأحكام الحضانة يحكمها مبدأ هام هو مبدأ مراعاة القاضي لمصلحة المحضون سواء عند إسناد الحضانة أو عند إسقاطها عمن أسندت إليه، وقد أشار إليه المشرع الجزائري في خمسة(5) مواد من أصل إحدى عشر (11) مادة تناول فيها أحكام الحضانة من المواد 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة .

ونظرا لأهمية مصلحة المحضون في أحكام الحضانة نجد أن معظم الأحكام القضائية الخاصة بإسناد الحضانة و إسقاطها وتحديد آثارها تشير إلى إعمال هذا المبدأ و العمل على حسن تطبيقه، وبالتالي فإن أحكام الحضانة كلها اجتهادية، فمن خلالها يظهر لنا دور القاضي في تقدير هذه المصلحة التي اكتفى المشرع بالنص عليها دون تحديد مفهومها ولا معيار تطبيقها .

لذلك إرتأينا خلال مرحلة إعداد البحث الربط بين الجانب النظري، والجانب التطبيقي، من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية الصادرة من المحكمة العليا.

أهمية الموضوع النظرية:

. يعتبر الطفل ثروة مهمة في المجتمع يتعين على هذا الأخير أن يوفر له الحماية الكافية لتنشئته تنشئة صالحة و توفير بيئة صحية و مناسبة له، وتعتبر العائلة البيئة المثالية لتنشئة الأطفال، غير أن العلاقة الزوجية التي تقوم عليها الأسرة كثيرا ما تنتهي بالطلاق مما يخلف تشتت العائلة، وهو ما يفرض ضرورة البحث عن حلول تضمن للطرف الضعيف في الأسرة أي الطفل قدرا من الحماية وتعتبر أحكام " الحضانة " الحل القانوني والسليم لذلك.

. إن هذا البحث هو محاولة للإحاطة بالإطار القانوني للحماية القانونية للطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، والوقوف على الآليات القانونية لها .

الأهمية العملية للموضوع:

1. إن المواضيع المتعلقة بالأسرة عموما لا يمكن أن تدرس بالاعتماد على القانون وحده، بل لابد من الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي يعتبر مرجعا مهما لا يمكن إغفاله، نظرا لأهمية الحلول التي يعطيها والتي يعتمد عليها القاضي في حال عدم وجود نص قانوني، و من ثمَّ فإنه من الأهمية بمكان أن نبين مَواطِن النقص والغموض في النص القانوني والذي يتطلب الرجوع إلى الفقه الإسلامي.

2. إن موضوع الحضانة من أكثر المواضيع التي تطرح أمام القضاء في حال انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق خاصة وأن المشرع ترك أمر تقدير مصلحة الطفل المحضون للقاضي، مما يفرض علينا البحث عن موقف القضاء من بعض المسائل المتعلقة بالحضانة.

و **تهدف** دراستنا إلى:

1. البحث في مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان الحماية للطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، والآليات القانونية التي وضعها المشرع لتوفير هذه الحماية.

2. بحث الإشكالات العملية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وبيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري في حال غموض النص أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة، وما إذا كانت هناك إشكالات عملية فرضها الواقع وأهملها النص وتصدى لها الاجتهاد القضائي .

. الوقوف على مكانة موضوع حماية الطفل المحضون من الدراسات القانونية في مجال حماية الأسرة .

. الوقوف على مدى الانسجام بين قانون الأسرة و غيره من فروع القانون من جهة وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

ومن هنا نطرح من خلال هذه الدراسة الإشكالية التالية:**هل وُفِّق المشرع من خلال قانون الأسرة الجزائري في توفير الحماية القانونية و الكافية للطفل المحضون ؟**

تندرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية :

. ما هي الشروط الواجب توفرها في مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي ؟

. كيف كرس المشرع الجزائري معيار مصلحة المحضون من خلال الأحكام المتعلقة بإسناد الحضانة، وحالات سقوطها؟

. ما هي الإشكالات العملية التي تعترض القضاة عند النظر في قضايا الحضانة ؟

. ما هي مواطن النقص و الغموض في الأحكام القانونية للحضانة في التشريع الجزائري ؟

المنـهج المعتمد :

وسنحاول الإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية من خلال الاعتماد على المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية التي تهدف إلى التعرف عل موقف المشرع من بعض المسائل القانونية، كما استخدمنا أيضا المنهج التحليلي باعتباره أكثر المناهج اعتمادا عند تحليل النصوص القانونية، وهو منهج رأيناه مناسبا عند البحث في موقف القضاء من مسألة الحضانة.

أسباب اختيار الموضوع :

إن أهم ما دفعني للبحث في هذا الموضوع هو خطورة الطلاق على الأطفال عموما، خاصة وأن المطلع على أحكام القضاء يجد أن أكثر قضايا الأسرة التي تطرح أمامه متعلقة بالآثار المترتبة عن الطلاق كالنفقة والزيارة وغيرها، مما ينعكس سلبا على الجانب النفسي للطفل الذي ينشد العيش في عائلة يسودها الاستقرار لا الصراع الدائم.

صعوبات الدراسة :

. الدراسات المتعلقة بالأسرة عموما تمتاز بجمعها بين الجانب القانوني والجانب الشرعي لدرجة عدم إمكانية الفصل بينهما ، مما يفرض على الباحث توسيع بحثه ليشمل موقف الفقه الإسلامي منها.

. قلة المراجع الحديثة المتعلقة بالموضوع في مكتبة الكلية مما فرض علينا ضرورة البحث في المكتبات الخارجية، والتي لاحظنا أن أغلب الإصدارات فيها قديمة.

. تميز كتب الفقه القديمة بصعوبة الأسلوب و غموض العبارات.

إطار الدراسة :

نتناول موضوع حماية المحضون من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة مرحلة ما بعد تعديله بالقانون 05 . 02، و نظرا لارتباط الموضوع محل الدراسة بالفقه الإسلامي، و نظرا لكون الشريعة الإسلامية مصدرا مهما من مصادر قانون الأسرة وفقا

لنص المادة 222 من قانون الأسرة ، فإننا سنرجع إلى الفقه الإسلامي كلما اقتضى الأمر ذلك، كما أننا و تدعيما لموضوع الدراسة قد حاولنا الجمع بين الإطار القانوني الموضوعي لأحكام الحضانة و المذكورة في قانون الأسرة ، و الأحكام الإجرائية للموضوع و التي نجدها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

الدراسات السابقة :

من خلال بحثنا في موضوع حماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري وقفنا على بعض الدراسات المهمة في موضوع الحضانة والتي كانت مرجعا مهما لنا نذكر منها:

1. أطروحة دكتوراه للباحثة زكية حميدو بعنوان **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة** ، تمت مناقشتها بكلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، خلال السنة الجامعية 2004 . 2005.

تناولت فيها الباحثة مبدأ تطبيق مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، وبعض القوانين المغاربية معتمدة أسلوب المقارنة بين هذه التشريعات من جهة والفقه الإسلامي من جهة أخرى .

وقد كانت هذه الأطروحة عونا لنا في بيان عدة نقاط و قضايا مهمة في الموضوع، خاصة فيما يتعلق بكيفية تطبيق مبدأ مصلحة المحضون أمام القضاء.

2. أطروح دكتوراه للباحث محفوظ بن صغير، بعنوان **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، تمت مناقشتها بجامعة الحاج لخضر، خلال السنة الجامعية 2009/2008.

تعتبر هذه الأطروحة مرجعا فقهيا مهما جمع فيه الباحث آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في عدة قضايا تتعلق بالأسرة كالزواج والطلاق وآثاره والولاية بنوعيها ولاية عن النفس وولاية عن المال وغيرها من القضايا، وركز فيها الباحث على دور القاضي الإجتهادي في فقه الأسرة، والأسس والمعايير التي يعتمد عليها في أحكامه القضائية.

تقسيم الدراسة:

وللإجابة على إشكالية الدراسة قسمنا الموضوع إلى فصلين مع مبحث تمهيدي تناولنا فيه الإطار المفاهيمي للحضانة بكل ما يشتمله من عناصر تمهيدا للدخول في صلب الموضوع.

أما الفصل الأول فقد تناولنا فيه حماية المحضون من خلال أحكام إسناد الحضانة ومسقطاتها وقسَّمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول أحكام إسناد الحضانة بينما تناولنا في المبحث الثاني حالات سقوط الحضانة حماية للطفل المحضون

أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه آثار الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، تناولنا في المبحث الأول حق المحضون في النفقة وأجرة الحضانة، بينما تناولنا في المبحث الثاني حق المحضون في السكن والزيارة.

المبحث التمهيدي

الإطار المفاهيمي للحضانة

إن من أهم آثار انحلال عقد الزواج وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به و العناية بشؤونه ، والحضانة هي نوع من أنواع الرعاية التي يمكن أن تقدم للطفل بحيث تكفل للطفل التربية الصحيحة و الخلقية السلمية، ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية بالطفل .

وعليه سنحاول في هذا المبحث أن نبين مفهوم الحضانة في (المطلب الأول)، بينما نتناول تحديد مدة الحضانة ومستحقيها فقها و قانونا في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

في هذا المطلب سوف نتناول تعريف الحضانة، و تمييزها عما يشابهها من المصطلحات القانونية، ومدى مشروعيتها.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

نستعرض في هذا الفرع تعريف الحضانة لغة وفي اصطلاح الفقهاء ، كما نتناول تعريفها في قانون الأسرة الجزائري.

أ-تعريفها لغة: الحضانة من الفعل حَضن والحِضن بالكسر مادون الإبط أو الصدر والعضدان وما بينهم، والحاضن: اسم فاعل والحاضنة الموكلة بالصبي وحفظه وتربيته.[1]

وهي مأخوذة من الحضن وهو الجنب، والجمع أحضان، والمصدر حضن، ومنه حضن الطائر بيضه ، إذا ضمه إلى نفسه و تحت جناحيه.[2]

ونقول حَضَنْتَ الشيء أو إحتَضَنْتَه إذا ضممته إلى جنبك وحَضَنت الأم طفلها أي ضمَّته إلى صدرها.[3]

ب- تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي : عُرفت الحضانة عند فقهاء الشريعة عدة تعريفات استخدمت فيها ألفاظ تختلف في دلالتها ، فقد عرَّفها الكاساني بأنها "حضانة الأم

---

[1] . محمد علوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص24

[2] . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، **الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص05.

[3] . أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام،الطلاق وحقوق الأولاد و نفقة الأقارب**، منشأة المعارف، الإسكندرية 1988، ص220.

لولدها ووضعها إياه إلى جنبها، وإعتزالها إياه عن أبيه ليكون عندها، تقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه ".[1]

وعرفها فقهاء المالكية بأنها الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون، ومصالحه وهي فرض كفاية، ولا يحل أن يترك الطفل بغير حضانة.[2]

والحضانة نوع من الولاية والسلطة، ولكن الإناث أليق بها لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال ، فإذا بلغ الطفل سنا معينة كان الحق في تربيته للرجل لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء.[3]

وهي حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه وهي حفظ من لا يستقل بما يصلحه.[4]

كما عرفها الشافعية بأنها: هي تربية من لا يستقل بأموره و بما يصلحه، و قال الحنابلة: هي حفظ صغير عما يضره و تربيته بالقيام بمصالحه.[5]

ومن هذه التعاريف نستطيع أن نعرف الحضانة بأنها هي القيام بحفظ الصغير والصغيرة الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا، كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والقيام بمسؤولياتها.

ج . تعريف الحضانة قانونا:

لم يختلف تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي عن تعريفها في قانون الأسرة، حيث عرَّفتها المادة 62 بأنها:" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

---

[1] . عبد القادر بن حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 356 .

[2] . المرجع نفسه ، ص 357 .

[3] . رمضان علي الشرنباصي ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء " دراسة لقوانين الأقوال الشخصية "** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2012، ص170.

[4] . نور الدين أبو لحية ، **الزواج وحقوق الأولاد الصغار**، دار الكتاب الحديث ، 2009 ، ص102.

[5] . أحمد ناصر الجندي ، **الطلاق والتطليق وآثارها**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 586 .

حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمَّنها هذا التعريف.[1]

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف للحضانة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها ، وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره، حيث أنه تعريف يتَّسم بالعمومية ، و يجمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية و الخلقية والتربوية و المادية .[2]

ومن هنا فإن أهداف الحضانة تظهر في ما يلي:

أولا: تعليم الولد: ويقصد به التعليم الرسمي والتمدرس.

ثانيا: تربية الولد على دين أبيه: حيث يجب أن يربى على قيم الدين الإسلامي.

ثالثا: السهر على حماية المحضون، فإذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تشمل هذه الحماية على أشكالها ، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي.

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

خامسا: حماية المحضون صحيا: حيث يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة من قبل حاضنه ، خاصة في السنوات الأولى من حياته.[3]

الفرع الثاني: تمييز الحضانة عن غيرها من المفاهيم

سبق أن عرَّفنا الحضانة وسنتطرق فيما يلي إلى الفرق بين الحضانة و الولاية و بين الحضانة و الكفالة .

---

[1] . أحمد فراج حسين ، المرجع السابق، ص 225 .

[2] . عبد العزيز سعد ، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة ، دارهومة ، الجزائر ،1996، ص21.

[3] . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، المرجع السابق ، ص 06 .

أ-الولاية القانونية :

تتخذ الولاية القانونية صورتين ولاية على النفس وولاية على المال .

1 . الولاية على النفس : تشبه الحضانة إذ تسمى ولاية التربية والحفظ وتثبت للولد منذ ولادته حيا ، وتستمر إلى سن البلوغ النفسي وتشمل الإرضاع والحضانة.

وجعل الله سبحانه وتعالى ولاية تربية الصغير وحفظه لمن هو أشفق عليه، وهما الأبوان أو من يقوم مقامهما ، ووزع الأعباء عليهما فيما يصلح له ويتناسب مع طبيعته ويحقق به مصلحة الصغير، من غير ضرر ولا ضرار، لقوله تعالى "لا تضار والدة بولدها ولا مولود بولده"، والولاية على النفس تشمل تسميات فرعية هي الحضانة والكفالة وهي أشمل لأنها تعد ولاية تربية وحفظ.[1]

2-الولاية على المال: تثبت الولاية بقوة القانون مباشرة دون تدخل المحكمة فهي ولاية مفوضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة ، ويتفرع عن ذلك عدم جواز التخلي عن الولاية إلا بإذن المحكمة ، فللولي أن يطلب إقالته من الولاية إذا كان في ظروفه ما يقتضي ذلك كمرض أو كبر سن أو عدم دراية، والمحكمة لها مطلق السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلب التنحي بعد أن تمحص الأسباب التي بني عليها.

ولا تثبت للولي الولاية على مال القاصر إلا إذا كانت تتوافر لديه الأهلية الكاملة لمباشرة التصرفات القانونية .

ويجب الحصول على إذن من المحكمة لمباشرة بعض التصرفات والأعمال فلا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي بإذن المحكمة.

وعدم حصول الولي على إذن المحكمة في جميع الحالات التي يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الوالي غير نافذ في حق الصغير.

كما أن هناك حالات توقف الولاية ومنها ما يكون قضائيا، كحالة اعتبار الولي غائبا، أو في حالة إعتقال الولي تنفيذا لعقوبة جنائية، أو لحبسه مدة تزيد عن سنة، وفي هذه الحالة تعين المحكمة وصيا لإدارة أموال القاصر.

---

[1] . عبد الرحمان الشواربي ، **مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2001، ص391 .

وقد نص قانون الأسرة الجزائري في مواده على الولاية على المال وذلك من المواد من 87إلى 91منه.[1]

و أُسندت الولاية على مال الصغير لأبيه، و في حال وفاته أو فقده أو سقوط السلطة الأبوية عليه تحل محله الأم في إدارة أموال الصغير حيث قضت المحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة. ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب ودون إثبات مصالح القاصر ومصالح الولي فإنهم خالفوا القانون.[2]

ب - الكفالة:

نقصد بالكفالة لغة الضم، وذلك كقوله عز وجل: "وكفلها زكريا".

أما معناها شرعا فهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس، أودين، أو عين، أوعمل، وهذا التعريف خاص بفقهاء الأحناف، أما باقي الأئمة فيعرفونها بأنه " ضم الذمتين في المطالبة والدين ولها أسماء أخرى فهي تسمى بالجمالة والزعامة.[3]

ولها أنواع : كفالة بالنفس، وكفالة بالمال

***كفالة بالنفس**:وهي تعرف بضمان الوجه، وهي التزام بإحضار الشخص المكفول إلى المكفول له .

* **كفالة المال**: وهي يلتزم فيها الكفيل التزما ماليا وهي نوعين: كفالة بالدين وكفالة بالعين.[4]

و ما يهمنا هنا هو التفريق بين الحضانة والكفالة المنصوص عليها قانونا في قانون الأسرة الجزائري في مواد 116إلى 125 منه.

---

[1] . باديس ديابي ، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية** ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، ص 598 .

[2] . ملف رقم176515 قرار بتاريخ 14-01-2009، **المجلة القضائية** ، الصادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01، لسنة2009، ص265

[3] . عبد الرحمان الشواربي ،المرجع سابق ، ص934

[4] . العربي بالحاج ، **قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا**، بن عكنون ، الجزائر ،2000، ص265.

فالكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي.

وعلى هذا فالكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه .

إذ تمنح الكفالة بناًء على طلب المعني، وتكون سواء أمام قاضي شؤون الأسرة أو الموثق، فهي إختيارية وليست إجبارية، كما أن الكافل يكفل من ليس إننا له، فالطفل المكفول قد يكون ابنا شرعيا يتولى الكافل رعايته على وجه التبرع بموافقة أبويه، وقد يكون طفلا مجهول النسب، بينما نجد أن الحاضن يقوم بحضانة ابنه بعد انتهاء العلاقة الزوجية .

الفرع الثالث: مشروعية الحضانة

سنتناول في هذا الفرع الحكم الشرعي للحضانة و الأدلة التي اعتمد عليها الفقهاء لتقرير هذا الحكم.

أولا . حكم الحضانة: الحضانة واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، والواجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه كأثر من آثار الحضانة.

وتتطلب الحضانة الحكمة، واليقظة، والانتباه، والصبر، والخلق لدى الحاضن، لأنها تتعلق بحفظ حياة الإنسان فيُكره للحاضن الإساءة إلى المحضون ولو كانت هذه الإساءة بسيطة.

وهي واجبه على الحاضن اتجاه المحضون فهي جزء من حقه، ولا يجب التخلي عنها أو تركها لأنها لا تتعلق به بل تتعلق بغيره أي الطفل وإهمالها يسبب ضررا له.[1]

ثانيا - مشروعية الحضانة

وردت العديد من الآيات القرآنية الكريمة، والأحاديث النبوية تحث على العناية بالصغير ورعاية شؤونه كما أجمع فقهاء الشريعة على وجوب الحضانة.

[1] . القانون رقم84/11 ، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404الموافق لـ 9يونيو 1984 المتضمن **قانون الأسرة** المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 ، الموافق في 18 محرم1426الموافق لـ27فبراير2005 ، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة في صادرة في 22 يونيو2005.

أ-دليل مشرعية الحضانة من القرآن الكريم:

يتضح لنا دليل مشروعية ووجوب الحضانة من خلال العديد من الآيات منها:

قوله تعالى: " فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا "[1] ، أي جعل الله تعالى النبي زكريا عليه السلام متكفلا وحاضنا للسيدة مريم ، أي ملتزما بمصالحها فكانت في حضانته وتحت رعايته".[2]

وقوله تعالى :" والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف". [3]

وفي هذه الآية الكريمة هناك إشارة إلى أن الأم عليها احتضان طفلها والتكفل به.

ب- دليل مشروعية الحضانة من السنة النبوية:

لقد حدثت في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم مواقف نستطيع أن نستشف من خلالها أهمية الحضانة ووجوبها لمصلحة المحضون، ورويت عدة أحاديث في هذا الصدد نذكر منها:

روى ابن داود في سننة من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطي له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء، وأن أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنحكي" [4]، وفي الصحيحين حديث البراء بن عازب أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد فقال علي" أنا أحق بها وهي ابنة عمي " وقال جعفر " ابنة عمي وخالتها تحتي"، وقال زيد" ابنة أختي " فقضى بها رسول صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال " الخالة بمنزلة الأم ".[5]

---

[1] . محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، الطبعة الأولى، دار السلام، الرياض، 1997، ص114.

[2] . الآية رقم 37 ، من سورة آل عمران.

[3] . الآية 233، من سورة البقرة .

[4]. حسن بن عودة الحواشي، **الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة**، الجزء الخامس، بن حزم، بيروت، 2004، ص414.

[5]. إبن قيم الجوزية ، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، **زاد المعاد في الهدى خير العباد** ، دار الفكر، بيروت، 2003، ص304.

وعن أبي هريرة أن امرأة قالت "يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة فجاء زوجها وفي رواية أخرى" من يجافني في ولدي " فقال النبي عليه الصلاة والسلام" ياغلام هذا أبوك، وهذه أمك فخد بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه وانطلقت به "[1]، وفي الحديث دلالة على أن الأم أحق بحضانة ولدها من غيرها، فإذا لم توجد الأم كانت لمن يليها من النساء الأقرب إلى المحضون.

ج- دليل مشروعية الحضانة من الإجماع:

ما روي عمر بن الخطاب –رضي الله عنه- أنه فارق امرأته بعد أن أنجب منها ابنه "عاصم "، ثم قام نزاع بين عمر ومطلقته بشأن حضانته فكل منها يود أن يضمه إليه ومن ثمَّ رفع النزاع إلى أبي بكر الصديق –رضي الله عنه- فمنع عمر من ضمه إليه، وقال لعمر ريحها ومنها مسحها خير له من الشهد عندك، وكان الصحابة حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك فكان إجماعا.[2]

المطلب الثاني: مدة الحضانة ومستحقيها فقها و قانونا

إن الحضانة واجبة لكل من الصغير والصغيرة للقيام بحاجيات نفسه من أكل ولباس وغيرها مما يحتاج إليه الصغير، ولقد اختلف الفقهاء حول المدة التي يستطيع أثناءها الصغير القيام بشؤونه فما موقف الشريعة والقانون من مدة الحضانة؟ وما هي شروط استحقاقها؟

الفرع الأول: مدة الحضانة

من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز و غير مستغني عن خدمات الحاضن، كذلك من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر لتباين التكوين النفسي والجسدي لكل واحد منهما.[3]

---

[1] . محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ص1142.

[2] . ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص305.

[3]. فضل سعد الله، **شرح قانون الأسرة الجزائرية الزواج والطلاق**، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة1996، ص377

أولا : مدة الحضانة في الفقه الإسلامي:

نميز هنا بين ما إذا كان المحضون ذكرا أو أنثى.

أ. إذا كان المحضون ذكرا:

لقد اختلف الفقهاء في حضانة الطفل بعد سن التمييز على ثلاثة أقوال :

1. الحضانة تبقى للأم أو أي حاضنة أخرى من النساء حتى يبلغ الذكر:

وهذا قول المالكية والظاهرية لأنه إذا بلغ المحضون، وكان عاقلا فهو هنا ليس بحاجة إلى حضانة، أما إذا كان قد بلغ و لكنه مجنون أو معتوه أو مريض مرض مزمن سقطت حضانته عن الأم، واستمرت النفقة على الأب، وهذا لما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم حيث قال له رجل: يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحبتي ؟ قال أمك، قال ثم من ؟ قال أمك، قال ثم من ؟ قال ثم أمك فأباك، ومنه فإن أحق الناس بالصحبة هي الأم فالحضانة نوع من الصحبة و الأم أحق بها من الأب.[1]

2. الحضانة بعد الاستغناء عن خدمة النساء تعود للأب:

أي أن الصغير إذا بلغ السن التي يستغني فيها عن الحضانة يسلم إلى أبيه، ويجبر الأب على أخذ ولده لأنه هو من يجب عليه النفقة، أما المعتوه أو المجنون يبقى عند أمه حتى ولو بلغ، وذلك لحاجته للرعاية، وقد قال الحنفية بذلك لأن الأب عندهم أقدر على تعويد ابنه على طبائع الرجال.

3. تخيير الذكر بعد بلوغه سن التمييز بين أبيه و أمه:

فلو كان أحدهما أفضل من الآخر دينا و مالا خُيِّر الصغير، هذا ما استدل به الشافعية من حديث الرسول "صلى الله عليه وسلم أن امرأة قالت:

"يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة، قال النبي ""صلى الله عليه وسلم" يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما تشاء، فأخذ بيد أمه فانطلقت به."[2]

---

[1]. محمد سمارة ، **أحكام و آثار الزوجية:شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2005 ، ص ص387.398

[2] . محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة في الفقه والمذاهب السيرة، ومذهب الجعفري**، الطبعة الرابعة ، دار الجامعية ، بيروت ، 1983، ص 184 .

ويرى الحنفية أن حضانة المولود من حين ولادته تنتهي بالنسبة للغلام عندما يستغنى عن خدمة النساء ، أي يقوم بتلبية حاجاته البسيطة والأولوية بنفسه من أكل ولباس ونظافة، وقد قدَّر الحنفية سن الحضانة عند الغلام بـ7 سنوات.[1]

أما أبو بكر الرازي فقدرها بـ 9 سنوات ، ولكن الواقع أن تقديرها بهذا السن في هذا الزمان يكون موافق لمصلحة الصغير ، أما المالكية فيرون أن الطفل يبقى عند أمه و من يحل محلها في الحضانة حتى يبلغ ثم يذهب إلى أين يشاء.[2]

ب . إذا كان المحضون أنثى:

الحضانة بالنسبة للأنثى تستمر إلى سن المراهقة ، فلا فرق بين أن تكون الحاضنة الأم أو الجدة أو غيرها، لأن البنت إذا بلغت احتاجت إلى الحفظ والصيانة، وقد اختلف الفقهاء في تقدير هذه السن منهم من قدرها بـ 11 سنة و الآخرون بـ 9 سنوات، وقد زيدت سن حضانة الفتاة عن سن حضانة الطفل لأنها لا تزال بحاجة إلى تعليمها خدمة البيت وتعويدها ما يليق بها.[3]

وقال المالكية تستمر الحضانة على الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها زوجها لأنها بعد الاستغناء عن خدمة الحاضنة تحتاج إلى من يعلمها آداب النساء، وتكون الحاضنة هي الأم لأنها أحق بالأنثى حتى تبلغ ثم تكون الحضانة للأب.[4]

والفتاة فيضمها الأب أو الجد إذا كانت بكرا، وكذا إذا كانت بنتا يخشى عليها الفتنة، فإن كان لا يخشى عليها ذلك، وكانت ذات خلق مستقيم وعقل سليم فلها أن تنفرد بالسكن حيث شاءت، ولا يلزم الأب بالإنفاق على الفتاة إذا رفضت السكن معه أو متابعته بغير حق.[5]

---

[1] . أحمد قندوز، **الأحول الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح**، الكويت، 1976، ص ص 601، 602

[2]. عبد الفتاح تقية ، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكاما الفقه الإسلامي**، دار ثالة ،الجزائر 2000، ص 274 .

[3] . مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ص 261 ، 262 .

[4] . محمد سمارة ، المرجع السابق ، ص400 .

[5] . محفوظ بن صغير ، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري** ، شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية (غير منشورة) ، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، سنة 2009/2008 ، ص 608 .

ثانيا – مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

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

وما ذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد مدة الحضانة لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي، ومنه فإن مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر10سنوات والأنثى سن الزواج أي 18سنة وفقا للمادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

لكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد من 10سنوات إلى سن 16سنة.

إن المشرع الجزائري في المادة 2/65 قانون الأسرة نص على أنه يجب أن يراعى في الحكم بانتهاء الحضانة مصلحة المحضون في الرعاية والتربية، كما أن المادة 60 من قانون الأسرة تقضى بأنه يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة.

فجاء في نص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري، بأنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من 500دج الأب وأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة. [1]

الفرع الثاني: مستحقي الحضانة

و سنتناول في هذا الفرع مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة.

أولا - مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي

اتفق الفقه الإسلامي على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال، وحجتهم في ذلك أنه إذا كانت الحضانة حق للأم دون الأب فإن القياس يقتضي أن تكون للنساء دون

[1]. الأمر رقم 66 . 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 **المتضمن قانون العقوبات**، الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة في 20 صفر 1386 الموافق 10 يونيو 1966 المعدل و المتمم.

الرجال.[1] وفي الواقع ليس في ذلك غرابة ، فالنساء أليق بالحضانة لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة، وهن أقدر على التربية والصبر على القيام بها، وإتباعا لذلك رتبوا الحاضنات من النساء، وجعلوا بعضهن مقدم على بعض حسب القرابة، ومن ثمَّ الرجال حسب ترتيبهم في الإرث.[2]

أ . ترتيب الحاضنات من النساء:

إتفق الفقه الإسلامي على أن الأم أحق بالولد من غيرها سواء كانت متزوجة بأب الصغير ، أو مطلقة في عدة أو منقضية عدتها متى كانت أهلا للحضانة ، ومن ثمَّ يثبت لها حق التقدم لكونها أرفق النـاس بالصغير .[3]

وعليه فلا يحق لأحد حرمان المحضون من أقرب الناس إليه إلا بعد أن يتعذر ضمان ذلك الحق[4]، ثم تأتي النسوة اللواتي هن قريبات الأم لأنهن أرحم بالمحضون ، فإن لم تكن الأم أهلا للحضانة تليها مباشرة أمها، وهي أقرب وأكثر شفقة على المحضون من غيرها.

وإذا لم توجد أو لم تكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة للأخوات، ويكن أحق من الخالات والعمات، وإذا لم يكن للصغير أو الصغيرة أخت انتقل حق الحضانة إلى بنات الأخوات الشقيقات والأخوات لأم.[5]

ب –حضانة الرجال:

إذا لم يوجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبة على حسب ترتيبهم في الإرث، فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم الأخ لأم و ما نزل، وإذا انعدمت العصبات آل حق الحضانة للمحارم ذوي الأرحام.[6]

---

[1] . زكية حميدو ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة** ، أطروحة دكتوراه (غير منشورة) ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2004 . 2005 ، ص 326.

[2] . وهبة الزحيلي، **نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي** ، دار الفكر المعاصر ، بيروت الطبعة الرابعة ، 1997، ص 225 .

[3] . أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص224.

[4] . أحمد نصر الجندي، **الطلاق و التطليق و آثارهما**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 225 .

[5] . أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص 224.

[6] . عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 268 .

وإذا لم يكن للمحضون أحد من المحارم ذوي الأرحام كانت الحضانة لأقربائه غير المحارم على أنه لاحق للإناث في حضانة الذكور، كما أنه لاحق للرجال في حضانة البنات، مع الإشارة إلى أنه إذا وجدت أنثى محضونة لا قريب لها إلا ابن عم لها فالقاضي يختار من هو الأصلح.[1]

ثانيا - مستحقي الحضانة في القانون الجزائري

نص المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن أصحاب حق الحضانة وفقا للقانون عديدون ولهم مراتب ودرجات محددة في القانون[2] ، فقد منحت المادة 64 من قانون الأسرة الأب حق الحضانة بعد الأم مباشرة تليه أم الأم ثم أم الأب.[3]

وقضت المحكمة العليا " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج.

ومن ثمَّ فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة من جديد و إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوصهم الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطؤوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري" .[4]

---

[1] . حميدو زكية، المرجع السابق، ص 328 .

[2] . أحمد فراج حسين، المرجع السابق ، ص 226 .

[3]. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 31997 بتاريخ 09-01- 1984، **المجلة القضائية**، الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، العدد 01 ، 1993 ص 48 .

[4] . ملف رقم 5221 قرار بتاريخ 13-03-1989 ، **المجلة القضائية**، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ، العدد 01 ، لسنة 1993، ص48 .

كما قضت في حكم آخر أن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم واعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا صحيح.[1]

كما قضت في حكم آخر أن " الحضانة لا يجوز تجزئتها دون مبرر وأن الأولاد الأربعة هم صغار السن وغير مميزين وضمهم لأمهم أولى ، وأحق من تجزئة الحضانة بين الأم والأب ، وهذا ملائمة للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب " .[2]

إذ لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من الفئات التي سبق ذكرها ، وذلك لوجود مانع مادي كعدم قدرتهم على التكفل بالطفل المحضون أو لم يكونوا أهلا لذلك ، نص المشرع في المادة 64 من القانون الأسرة على أن للقاضي أن يختار من يراه يصلح لرعاية المحضون ولو كان من الأقارب الذين ليست لهم حق الحضانة مثل ابن العم.[3]

فعلى القاضي في غموض نص المادة السابقة التي اكتفت بالنص على أن القاضي يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون دون تحديدهم، ولا ذكر مراتب إستحقاقهم أن يرجع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلها إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وأن يبحث في الكتب الفقهية على إختلاف أنواعها في ترتيب الأشخاص المستحقين للحضانة من غير المذكورين في قانون الأسرة ، وهذا ما سيؤدي حتما إلى تضارب الأحكام في هذا الشأن لعدم وجود ترتيب واحد لهؤلاء المستحقين، ولكن القاضي سيراعي في كل الأحوال مصلحة الطفل.[4]

ولكن المشرع لم يشر في باب الحضانة إلى مصير المحضون بعد إنتهاء مدة الحضانة ولا شك أن الإجابة تكون في المواد المتعلقة بالولاية.

---

[1] . ملف رقم 153640 ، قرار بتاريخ 18-02-1997 ، **المجلة القضائية** ، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ، العدد1 ، لسنة 1997 ، ص39 .

[2]. ملف رقم 32594 قراربتاريخ 02-04-1984 ،**المجلة القضائية** ، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ، العدد 01 ، سنة 1989، ص 77 .

[3] . أحمد فراج حسين، المرجع السابق ، ص 219 .

[4] . عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 229 .

كما تكون أيضا من خلال المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقرر في هذه الحالة إما ضم المحضون إلى الرجال ، ويقدم الأب عليهم وإما ترك الخيار له بالبقاء مع حاضنته أو الالتحاق بأبيه.

ولقد اختلفت المذاهب الأربعة في ترتيبهم القريبات فالمذهب المالكي يرتب القريبات من المحارم ، ابتداء من الأخت وتقدم الشقيقة على التي لأم، وهذه الأخيرة على التي لأب ثم عمته أخت أبيه ثم عمة أبيه وأخت الجدة ثم خالة أبيهم، و بنت الأخ الشقيق ثم التي لأم وبعدها التي للأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم التي لأم وتليها التي لأب[1]، وإذا اجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح للحضانة، وبعضهم رجح بنات الأخ على بنات الأخت.[2]

أما المذهب الحنفي، فيرتب القريبات الحاضنات بداية بأخوات المحضون ثم بنات الأخوات ثم الخالات على خلاف المذهب المالكي، ثم بنات الإخوة ثم عمات المحضون فخالات الأم، ثم خالات الأب ثم عمات الأم فعمات الأب، وتقدم دوما الشقيقة على التي لأم والتي لأم على التي لأب .[3]

أما المذهب الحنبلي، فقد قدم الأم وأمهاتها، والأب وأمهاته، ثم الأخوات بدءً بالشقيقة فالخالة فالعمة ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخواته ثم بنات إخوته ، ثم بنات أعمامه، ثم بنات أخواته.

وأخيرا المذهب الشافعي فقد ذهب إلى أن الأم أولى بحضانة إبنها، أما عن القريبات من المحارم فهن الأخت ثم بنت العمة ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب على التي لأم.[4]

---

[1] . عبد الرحمان الصابوني، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الجزء الثاني، المطبعة الجديدة ، دمشق، ص 218 .

[2] . محمد أبو زهرة ، **مباحث في أحكام الفتوى**، دار إبن حزم للطباعة و النشر ، لبنان ، بدون سنة نشر، ص406

[3] . عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 260.

[4] . أحمد نصر الجندي ،المرجع السابق ،ص ص 225 ، 226 .

الفصل الأول

حماية الطفل المحضون من خلال أحكام إسناد الحضانة وسقطاتها

تخضع الحضانة من حيث أحكام إسنادها وحالات سقوطها إلى مبدأ هام في الشريعة والقانون ألا وهو مبدأ " مصلحة المحضون "، ونظرا لكون هذا المبدأ له أهمية في الحياة الاجتماعية فقد أكدت كل من الشريعة الإسلامية والقانون على وضع قواعد لحماية هذه المصلحة .

والجدير بالذكر أن من مصلحة المحضون توفير الرعاية المادية، والمعنوية للصغار، وذلك في حالة الوفاة أو الطلاق الذي يحدث بين الزوجين، والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة حضانة الصغار.

لذلك اعتنى الفقه والتشريع والقضاء بالحضانة وأجمعوا كلهم على وجوب العمل على حماية مصلحة المحضون، إعمالا للقاعدة الشرعية، جلب المصلحة مصلحة، ودرء المفسدة أيضا مصلحة.

فكلما كانت المصلحة حاضرة كانت الحضانة قائمة، وكلما انتفت المصلحة سقطت الحضانة، وسقوط الحضانة لها أسباب كثيرةظ ّمها المشرع، وكذا الشريعة الإسلامية، وعلق القانون سقوطها على حكم قضائي، ويجب على كل من ادعى توفر حالة من حالالت سقوط الحضانة إثبات ذلك أمام القضاء، إذ أن القول بعدم أحقية الحاضن للحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب قانوني، وبالتالي سنعالج في هذا الفصل إسناد الحضانة وكيفية إعمال معيار المصلحة وذلك في (المبحث الأول)، ثم نتناول أسباب سقوط الحضانة عن الحاضن في(المبحث الثاني).

المبحث الأول : أحكام إسناد الحضانة

إن مصلحة المحضون قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية ، فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمصلحة يكون مفهومها بحسب الظروف الاجتماعية والثقافية التي تؤثر في تحديدها، ولا يمكن حصرها في تعريف دقيق وموحد وهذا راجع لأسباب عديدة.

المطلب الأول: مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نتناول في هذا المطلب تعريف مصلحة المحضون في (الفرع الأول)، بينما نتناول تطبيق معيار مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تعريف مصلحة المحضون

نبين في هذا الفرع مفهوم المصلحة من الناحية اللغوية، والاصطلاحية والقانونية، وموقف التشريع الجزائري من المصلحة.

أولا- التعريف اللغوي للمصلحة:

المصلحة لغة تعني المنفعة وهي مثلها لفظا، و المصدر بمعنى الصلاح، و هي إسم لواحدة من المصالح ، وتطلق أيضا على المنفعة ، وكل ما يبعث على الصلاح وكل ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.[1]

ثانيا -التعريف الاصطلاحي للمصلحة:

قد عرفها الغزالي بأنها " عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ونعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمس: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه المصلحة فهو مفسدة ودفعه مصلحة " . [2]

---

[1] . محمد سعيد رمضان البوطي ، **ضوابط المصلحة في الشريعة** ، دار الرسالة ، بيروت 1936، ص 04 .

[2]. حامد محمد بن محمد الغزالي ، **المستصفى من علم الأصول** ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،1324هـ، ص ص286-287.

وقد عرفها الطوفي بقوله:" السبب المؤدي إلى مقصود الشارع من عبادة أو عادة ، ثم هي تقسم إلى ما يقصده الشارع بحقه كالعبادات ، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين و انتظام أحوالهم كالعادات" .[1]

و عرفت أيضا بأنها " المصلحة الملائمة لجنس إعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وليست هي المصلحة الغريبة التي سكتت عنها الشواهد الشرعية" .[2]

ولقد حاول آخرون عرض رأيهم حول الموضوع ذاته فتقدم الأستاذ محمد مصطفى شلبي بالقول بأن " المصلحة في اصطلاح الفقهاء و الأصولين تطلق بإطلاقين الأول مجازي وهو السبب الموصل للنفع ، والثاني حقيقي وهو نفس السبب الذي يترتب على الفعل من خير أو منفعة ، ويعبر عنه باللذة أو النفع.[3]

ثالثا -التعريف القانوني للمصلحة :

نعالج المصلحة كما عرَّفها الفقه القانوني ثم نتكلم على المصلحة التي أوردها المشرع الجزائري.

أ -تعريف الفقه القانوني للمصلحة :

إنقسم مفهوم المصلحة عند فقهاء القانون إلى نظريتين:

الأولى تعتبرالمصلحة كل مايصلح به المرء من شأنه بمنفعة تأتيه إذا هو مارس حقا أو أقام دعوى أو أنها السبب الذي من أجله يرفع المتقاضي دعواه ، فرفع الدعوى لما يطلبه المدعي يحقق له مصلحة بصيانة حق قانوني ، أو مركز قانوني يخصه.

أما الثانية فالمصلحة هي طلب التعويض عن الضرر الذي يصيب الشخص.[4]

و من الصعب تحديد تعريف لقاعدة مصلحة الطفل لأن الأمر يتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة ، والحياة مشكَّلة من ملامح و ذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا. و مصلحة الطفل مسألة مستقبل، وهذا ما يزيد من صعوبتها فالبالغ موجود بحاضره

---

1. محمد إبن علي الشوكاني ، **إرشاد الفحول الى تحقيق حق من علم الاصول**، دار الفضيلة ، السعودية، 2000 ص 242 .

[2] . محمد كمال الدين إمام ، **أصول الفقه الإسلامي** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007، ص 229 .

[3] . مصطفى شلبي، المرجع السابق ،ص 279 .

[4] . حميدو زكية، المرجع السابق، ص78 .

ومصلحته تتحدد انطلاقا من هذا الحاضر، لكن مصلحة الطفل تتحدد بما سيكون عليه في المستقبل ، فحاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله ، وهذا ما يجعل القاعدة متغيرة وغير ثابتة.[1]

ب -تعريف المشرع الجزائري للمصلحة:

وظّ ف المشرع كلمة المصلحة في نفس المسألة في بعض المواضع ، ومثال ذلك المادة 07من قانون الأسرة ، وكذلك بالنسبة لولاية الزواج فقد ذكر المشرع المصلحة فيها كما أشار إلى حماية مصلحة الأسرة في المادة 04من قانون الأسرة.

فقد أخذ المشرع بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا ، فقاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية ، أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى ، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات ، والمحيط الذي يترعرع فيه ، كما يجب أن ينظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان ، فتطور الحياة أدى إلى تطور متطلباتها وإلى تعقيدها أيضا.

وما يمكن قوله هو أن قاعدة مصلحة الطفل قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمانية ، فهي تختلف من زمان إلى آخر و من مكان إلى آخر ، و من طفل إلى آخر.[2]

ويظهر أن المشرع الجزائري قد تأثر إلى حد بعيد بقاعدة مصلحة المحضون شأنه شأن القوانين الحديثة ، إلا أنه لم يفتح الباب على مصراعيه كما فعلت بعض التشريعات العربية ، بل جعل القاعدة أداة يرجع إليها القاضي كلما رأى في ذلك ضررا على مصالح الطفل ، ولذا نص في المادة 65 من قانون الأسرة على الأخذ بعين الإعتبار مصلحة المحضون في قبول أو عدم قبول طلب الحاضن ، إذا كان ذكرا فالقاضي بذلك يعتبر الحامي الأول للطفل المحضون ، فإذا رأى أنه بقبوله لطلب الحاضنة بتمديد حضانة طفلها ضررا له رفض ذلك الطلب ، ولكن وجب عليه أن يعلل سبب رفضه.[3]

---

[1] ـ كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون (غير منشورة) ، جـامعة البويرة ، كلية الحقوق ، 2013. ص 30 .

[2] . عبد العزيز سعد،المرجع السابق، ص 299 .

[3] . بن عصمان نسرين إيناس، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجستيرفي قانون الأسرة المقارن (غير منشورة) ، كلية الحقوق 2008 ،2009،ص28.

فقاعدة مصلحة المحضون كما سبق وذكرنا هي قاعدة مرنة ومطاطة وبما أن المشرع لم يعطي تعريفا دقيقا لهذه القاعدة فهذا يفتح المجال لكل قاضي أن يعبر عنها حسب قناعته الفكرية وطريقته في التربية ، وصدرت الأحكام القضائية تطبيقا لذلك .

حيث قضت المحكمة العليا أن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ، وهو ما يستوجب نقض القرار المطعون فيه ، لأن عملية اسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه.[1]

رابعا -تقسيمات المصلحة:

تم اعتماد عدة معايير لتقسيم المصلحة نذكر منها: [2]

أ/ تقسيم المصلحة باعتبار الشارع لها إلى ثلاثة أنواع:

1. مصلحة معتبرة: وهي التي قام الدليل الشرعي على رعايتها كالمحافظة على النفس و العقل.

2 . مصلحة ملغاة: أي تدخل تحت قاعدة أوأصل شهدت ودلت عدة نصوص شرعية على بطلانها.

3 . مصلحة مرسلة: وهي مصلحة تدخل في مقاصد الشرع ، ولكن لا يقوم الدليل الخاص على إلغائها أو إبقائها، وسميت مرسلة لأنها مطلقة عن دليل إعتبارها أو إلغائها من قبل الشارع.

ب/ تقسيم المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها إلى ثلاثة أنواع:

قسم الفقهاء المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها إلى ثلاث أقسام هي:

1 . المصلحة الضرورية: والتي بدونها لا تقوم أمور الدين وتفوت أمور الآخرة وهي الكليات الخمسة التي قصدها الشارع الحكيم.

2 . المصلحة الحاجية: والتي أساسها رفع الحرج عن الأمة، فلا تضيع الحياة بانتفائها ولكنها تضيق .

---

[1]. ملف رقم 59013 المؤرخ في 19 . 02 . 1990 ، نبيل صقر و قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 138 .

[2] ـ محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 231 و مايليها .

3 المصلحة التحسينية: وهي تنزل عن حد الحاجة، و تثبت الأخلاق الفاضلة والصفات الرفيعة والتي هي من سمات الكمال الفردي.

ج/ تقسيم المصلحة من حيث شمولها إلى ثلاثة أقسام:

1 . **مصلحة عامة في حق كافة الناس**: ومثّلها الإمام "الغزالي" بالمصلحة العامة في قتل المبتدع الداعي لبدعته".

2 . **مصلحة تتعلق بغالبية الأمة**: و مثالها تضمين الصناع ما يتلف بأيديهم من السلع ما لم يثبتوا عدم التعدي والتقصير، فالتضمين يحقق مصلحة لأصحاب السلع وليس كل الأمة أو كافة الخلق.

3. مصلحة نادرة خاصة بفرد معين في واقعة نادرة: ومثاله المصلحة الخاصة النادرة في فسخ نكاح زوجة المفقود.[1]

الفرع الثاني: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة التي تنص على " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك." فقد ذكر وركز على أسباب الحضانة وأهدافها.[2]

كما أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا دقيقا للمصلحة بل ذكر من خلال المادة المذكورة أعلاه معايير وأسس موضوعية يمكن الإستعانة بها لتحقيق مصلحة المحضون، دون أن ننسى نص المادة 222 من قانون الأسرة الذي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي سبقت التشريع في تنظيم أحكام الحضانة وأصحاب الحق فيها، وشروطها، أجرتها، وحالات إسقاطها، وحالات عودتها، ووضع معايير للمصلحة ليتأكد منها القاضي عند اسناد الحضانة.[3]

---

[1] . محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 332 و ما يليها.

[2] . حميدو زكية ، المرجع السابق، ص110

[3] . محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 725و ما يليها.

إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد معايير يعمل بها لذا نرجع إلى القاعدة العامة الواردة في الشريعة الإسلامية، والتي تجملها في معيارين أساسين هما المعيار المعنوي أومعيار الاستقرار القائم على تعليم الولد و تربيتة ، أما المعيار الثاني هو المعيار المادي.

أ-المعيار المعنوي:

لقد ذكره المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بنصه:" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته وحفظه صحة خلقا."

فأول معيار يلجأ إليه القاضي لكشف موقع المصلحة هو العنصر المعنوي ، الذي يشكل معيارا جوهريا لها، لهذا له أهمية في حياة الطفل، فكلما كان الطفل في سن صغيرة إزدادت الحاجة إلى التربية والرعاية بما يضمن نموهم السليم وإعطائهم متطلبات الحياة الضرورية[1] .

وأكد الفقه الإسلامي هذا المعيار في القرآن الكريم والسنة النبوية ، بحيث يقول الله تعالى: " والذين هم لأمناتهم وعهدهم راعون"[2]، وقوله تعالى " فما رعوها حق رعايتها"، أي فما قاموا بها حق القيام.

فهو يهدف إلى رعاية وحماية الصغار، والإصلاح يكون بالحفاظ على الكليات الخمس من نسل، ونفس، وعرض، وعقل، ومال، والقيام على تربيتهم من كافة نواحي التربية، فمصلحة المحضون تقتضي توفير المحيط العائلي والمنسجم والمتشبع بالقيم الدينية والأخلاقية.[3]

وقد سبق النبي صلى الله عليه وسلم هؤلاء العلماء والباحثين في حديثهم على ما للمحيط الأسري من تأثير على الطفل في قوله:" كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء، هل يحسون فيها من جدعاء."[4]

فمصلحة المحضون أيضا تقتضي وجوبا توفر الإستقرار والأمن مثل الرعاية المعنوية .[5]

---

[1] . عيسى طعيبة ، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد والقضائي**، مذكرة ماجيستير في الحقوق (غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.2011، ص69

[2] . الآية 72من سورة الحديد.

[3] . عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص 69 .

[4] . أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، **صحيح البخاري**، المجلد الأول، الجزء الأول، دار الفكر، ص97 .

[5] . عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص 69 .

ومن ثمَّ فإن الاستقرار يتولد من الإستمرارية والدوام في التصرفات المعتادة في الحياة ، والواقع أن استقرار الأسرة يعد عنصرا أساسيا للأمن إذ يلعب الإطار الثابت للحياة دورا فعالا في هذا الميدان.[1]

وقد أجمع علماء النفس على أن أقوى هذه العناصر في توفير أمن الطفل وفي نموه هو حب الأم، وأن حاجة الطفل لهذا الحب كحاجته للغداء، حيث أن الملاحظات الواردة على الأطفال المنحرفين تثبت أن التوازن العاطفي يكتسب عن طريق تشبع الطفل بهذه المشاعر داخل الأسرة ، ومن أهم مقومات الاستقرار والثبات في حياتهم هو الاحترام المتبادل بين أفراد الأسرة ، وأن ذلك يشكل إنعكاسا إيجابي على تربية الأطفال.

وهكذا فالاستقرار والأمن ينتجان عن الديمومة في التصرفات اليومية الصادرة عن الأشخاص الذين سيعيش معهم المحضون، فعلى الحاضن أن يوفر للمحضون الأمن والاستقرار ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان الحاضن ذاته مستقرا.

ويستنتج من ذلك كله أن مصلحة المحضون هدفها هو إيجاد الشخص لعلاقة وطيدة بينه وبين المحضون، ومده بالراحة النفسية والاستقرار الروحي والعقلي بتخفيف حدة الوجع الذي أصابه جراء انفصال والديه أو موت أحدهم وحمايته من الانحراف في المجتمع.

ونظرا لأهمية هذه الرعاية و بإعتبار أن النساء هن الأقدر عليها تم تقديمهن في ترتيب الحواضن، وهذا ما جاءت به القواعد الفقهية والنصوص القانونية .

كما نص القانون على أنه إذا كان أحد الوالدين يعرض صحة أولاده أو خلقهم أو أمنهم لخطر أو يسئ معاملتهم، أو يكون مثالا سيء لهم بسلوكه المشين، أو بأن يهمل رعايتهم سواء قضى بسقوط السلطة الأبوية أو لم يقضي بإسقاطها يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى5000دج حماية له ، وتقديمها قانونيا وفعليا على أي اعتبار آخر مع منح السلطة للقاضي الذي هو أدرى بمصلحة المحضون وظروفه، وهذا ما أخذه بعين الاعتبار عند تعرضه للمعيار المادي.

[1] . حميدو زكية ، المرجع السابق، ص 113 .

ب- المعيار المادي:

إذا كان الفقهاءيغلّبون المصلحة المعنوية على المادية فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي ، لأن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح و لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لابد منها.[1]

فالمشرع الجزائري لم يتوان في النص على هذا الجانب المهم ، إذ أقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد، أو كان غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه بسبب آفة عقلية او بدنية، وهذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

ويمكن التبرع بالحضانة اذا أبت أم الولد أن تحضنه إلا بأجر، ووجدت من محارمه من هي أهل لحضانته كجدته او خالته أو عمته تتبرع بحضانته، فإن كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله إن كان له مال، ونفقته بأنواعها واجبة فيه فإنه يسلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة ماله دون الاضرار به، فالمتبرعة لحضانته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه.

وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحقا على الأب، فإن كان الأب موسرا لا يعطى للمتبرعة، ويبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرته لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيره لتوفر الشفقة، ولا ضرر على الأب لأنه موسر، وإن كان معسرا يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجرة مع إعساره إضرار له .

أما أجرة الرضاعة فنجد أن المشرع الجزائري لم يتناولها، وإنما أشار إليها كأحد واجبات الزوجة وهو إرضاع الأولاد عند استطاعتها، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة قبل إلغائها .

مع العلم أن الرضاعة لا تقف عند التغذية المادية فحسب، وإنما تتعداها إلى التغذية الروحية، والأم في إرضاع ابنها أشفق وأحن من غيرها.

ومن هنا فالأفضل للمحضون أن يرضع من أمه إذا كانت قادرة على ذلك، وطلبها أجرة لا يجب أن يحول دون إرضاعها لابنها المحضون.[2]

---

[1] . حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 118 .

[2] - المرجع نفسه ، صفحة نفسها.

المطلب الثاني : تطبيق معيار مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

إن المشرع الجزائري أعطى أهمية كبيرة للطفل، وقد نص في عدة مواد على مراعاة مصلحة المحضون إلا أنه لم يضع تعريفا لها تاركا كما سبق وبيَّنا السلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي فهناك فراغ قانوني يدفع القاضي للاجتهاد باحثا عن كيفية تطبيق المعايير التي يعتمد عليها، و سنتناول الشروط القانونية لإسناد الحضانة في (الفرع الاول) ، وكذلك الدعاوى المترتبة عليها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط القانونية الواجب توافرها في إسناد الحضانة

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا:الشروط الواجب توافرها في النساء والرجال معا

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء ، وإن تقدمت النساء على الرجال وذلك بحكم الفطرة ، وهن الأقدر على تربية الصغير وحفظه ، وكذلك الأقدر على توفير إحتياجاته وتتمثل هذه الشروط في :

أ-الأهلية و العقل

1 . **الأهلية**: الحضانة هي رعاية الولد ، لذلك لايعقل لمن هو ليس أهلا للولاية أن تسند له الحضانة ، لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا [1] ، والبلوغ المقصود هو بلوغ سن الرشد، ووفقا للقانون الجزائري هو تمام 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري.[2]

كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية على أنه " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، إذ المقصود بأن الأهلية هي القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

---

[1] . محمد كمال الدين إمام ، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء " دراسة لقوانين الأحوال الشخصية "** ، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص149.

2 . الأمر رقم 75. 58 المؤرخ في 20 رمضان 1393 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 **المتضمن القانون المدني** ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، المؤرخ في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر1975 المعدل و المتمم .

ب- **العقل:** هذا الشرط يتماشى والمنطق ، فقد يبلغ الشخص السن القانوني ولكنه لايتمع بكامل قواه العقلية لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته،[1]و المجنون لا يستطيع أن يتولى ويرعى شؤون المحضون لأنه هو في حذ ذاته في حاجة إلى من يرعاه حسب ما أوضحته المواد 82-83-84 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي لايكون له تولي شؤون غيره، وإلى جانب العقل إشترط المالكية الرشد فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه على غير مقتضى الشرع.

وإشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفر كالجذام والبرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات.

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة ، فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على القيام بشؤونه ، إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه، وهو ماورد في نص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، إن صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه" .

كما أنه لافرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا، لأن الحضانة هي رعاية المحضون و حفظ مصلحته.

ب-القدرة والأمانة: يقصد بها الاستطاعة، فإذا كان عمل الحاضنة مثلا يمنعها من تربية الصغير و العناية بأمره فلا تكون لديها أهلية الحضانة، ويرى الفقهاء أن الحاضن يجب أن يكون أهلا لممارسة الحضانة بأن يتحلى بالأمانة والأخلاق.

1-القدرة: ويقصد بها القدرة والإستطاعة على حماية الصغير وصيانته في خلقه وصحته، فرعاية الطفل والإعتناء به يحتاج أن يكون قادرا على ذلك، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومالية، ويجب التفرقة بين المرض الذي لايخشى منه خطر أو يتوقع من إصابته ضرر، كالصداع اليسير والحمى الطارئة، وهذا النوع من المرض لا يؤثر على حق الحضانة.[2]

[1] . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، المرجع السابق، ص30 .

[2] . نور الدين أبو لحية ، المرجع السابق ،ص 30 .

أما المرض الذي يطول فهو ذلك الذي يخشى منه على المصاب به بل وعلى غيره كالجذام و السل والجرب، ويكون مانعا لحق الحضانة.

أما عن موقف القضاء الجزائري في إعتبار القدرة شرطا أساسيا لممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا ، إذ جاء في قرارها المؤرخ في09 . 07 . 1984 " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثمَّ فإن القضاء بتقرير حق ممارسة الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرق لقواعد الفقه الإسلامي" .[1]

2-الأمانة: الأمانة في الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة وعليه فلا حضانة لغير أمين.

فقد إتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة ، إلا انهم إختلفوا حول درجة الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة وبين الفسق الأقل حدة.

أما المالكية والشافعية والحنابلة فإتفقوا على أن الفسق مانع من الموانع.[2]

وتقدير الفسق الذي يَضيع به الولد والذي لايضيع به متروك أمره للقاضي، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 30 . 09 .1997 أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، حيث قضت " متى ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكموم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري" .[3]

ج-الإسلام: يرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولايته ولا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى:" ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا."[4] وهي كالولاية على الزواج والمال ولأنه يخشى على دين المحضون من الحاضن، وحرصهم على تنشئته على دين

---

[1] . كربال سهام ، المرجع السابق ، ص23 .

[2] . أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 999 .

[3] . باديس ديابي، المرجع السابق ، ص60

[4] . الآية 141من سورة النساء .

أبيه فرسول الله صلى الله عليه وسلم قال" كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"، إلا أن المالكية ذهبوا الى عدم اعتبار هذا الشرط، وأنه لا أثر لاختلاف الدين في الحضانة، فتجوز الحضانة من الكتابية وغير الكتابية، وحتى ولو كان الحاضن كافرا أو مجوسيا أو غيره، وكان المحضون مسلما سواء كان الحاضن ذكرا أو انثى. [1]

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى التفريق بين حضانة النساء وحضانة الرجال، ففي حضانة النساء لايشترط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، أي أن الإسلام في حضانة النساء ليس شرطا، لأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة ولا تختلف في الحاضنة باختلاف الدين فلو كانت الحاضنة كتابية والولد المحضون مسلما فهي كالمسلمين في إستحقاق الحضانة.[2]

وفي حضانة الرجال يشترط إتحاد الدين ، فلا حق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه ، فاختلاف الدين يمنع استحقاق الحضانة، لأن اختلاف الدين يمنع من التعصيب.[3]

أما موقف القانون فقد جاء في نص المادة 62 من قانون الأسرة " ...والقيام بتربيته على دين أبيه..."، على الرغم من عدم وجود نص صريح حول إشتراط الدين الإسلاي في ممارسة الحضانة إلا أن قضاء المحكمة العليا لم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة.[4] بل أعطى لها الأولوية في الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون خاصة إذا كانت الأم تسكن بالجزائر إلا إذا خشي على دينه، كما رأى المشرع أنه إذا كانت الأم قاطنة في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب فإن ذلك يعد مخالفا للقانون، ولذلك يجب أن تراعي مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه.[5]

---

[1]. محمود علي السرطاوي ، **فقه الاحوال الشخصية الزواج والطلاق**، دار الفكر،الأردن ، 2008، ص 256 .

[2] . أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الظاهري ، **محلى بالاثار**، دار إدارة الطباعة ، مصر، بدون سنة نشر ، ص323.

[3]. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، المرجع السابق ، ص 32 .

[4] . ملف رقم 50876 بتاريخ 1989/11/07 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 ، سنة 1991 ، ص 48 .

[5] . ملف رقم 59013 قرار بتاريخ 19 . 02 . 1990 ، نبيل صقر و قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 138 .

وجاء في قرار آخر بتاريخ 25 . 12 . 1989 من المقرر قضاءً في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بالجزائر أحق ولو كانت الأم غير مسلمة.[1]

ثانيا- الشروط الخاصة بالنساء :

هناك جملة من الشروط خاصة بالنساء تتمثل فيمايلي:

أ-شرط عدم التزوج بأجنبي عن الصغير:

إختلف الفقهاء في حكم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون على آراء منها:

*الرأي الاول قولهم أن الحضانة تسقط بالزواج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهو ما إتفق عليه الأئمة الأربعة المالكية، الشافعية، الحنابلة، والحنفية وحجتهم في ذلك مارواه عبد الله بن عمر أن إمرأة قالت: يارسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء وحجري له هواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أن ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أنت أحق به ما لم تنكحي"[2]، فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى تتزوج وعندها لا يكون لها هذا الحق فيسقط حقها في الحضانة[3]، ويدل على ذلك قول المرغاني: " وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها، لأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا "، ثم يقول" إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قام مقام أبيه وكذلك إذا كان الزوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظر إلى القرابة القريبة.[4]

*الرأي الثاني قيل أن الحضانة لا تسقط بالزواج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهو رأي الحسن البصري وإبن حزم الظاهري والذي احتج لرأيه بقوله تعالى :" وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن"[5]، لأنه صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها، وقد أشار إبن حزم على عدم سقوط الحضانة بالزواج فقال الأم أحق بحضانة الولد الصغير والإبنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض

---

[1]. ملف رقم 86597 مؤرخ في 25 . 12 . 1989، **المجلة القضائية**، عدد 04، 1991، المرجع السابق، ص117.

[2]. صالح بوغرارة ، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجيستير في القانون (غير منشورة) ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ص78.

[3]. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 39 .

[4]. محمد عليوي ناصر، المرجع السابق ، ص98 .

[5]. سورة النساء ، الآية 23 .

والاحتلام، وإثبات التمييز وصحة الجسم سواء أكانت أمه متزوجة أو لم تتزوج، رحل الأب عن ذلك البلد أو لم يرحل ثم يقول:(ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم، إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة).[1]

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتنص المادة 66 من قانون الأسرة على أنه،" يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وعليه يفهم من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي وبقريب غير محرم وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ 05 . 05 . 1986 يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف هذا المبدأ وإسناد حضانة البنت لجدتها لا لأمها المتزوجة بأجنبي عن المحضون.[2]

وجاء في قرار آخر مؤرخ في 20 . 04 . 1999 أن تنازل الأم عن الحضانة لايحرمها نهائيا من إعادة إسنادها لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك.[3]

وجاء أيضا في القرار المؤرخ في18 . 05 . 2005 أنه: يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم.[4]

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بموقف الجمهور والحنفية، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب للمحضون، وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون و خدمة لمصلحته.

---

[1] . محمد علي بن احمد سعيد بن حزم الظاهري، مرجع سابق ص 323 .

[2] . ملف رقم40438 قرار 05 . 05 . 1986 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم النشر بالمحكمة العليا ، العدد 02 ، سنة 1986، ص 75 .

[3] . ملف رقم2204070 قرار بتاريخ 20.04.1999 ، **مجلة الإجتهاد القضائي**، صادرة عن قسم النشر بالمحكمة العليا ، العدد 01 ، بدون سنة نشر ، ص181

[4]. ملف رقم331058 قرار بتاريخ 18.05.2005، **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم النشر بالمحكمة العليا، العدد 02 ، سنة 2005 ، ص 383 .

ب . شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون:

ويشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم محرم للطفل، كأمه وأخته، أو خالته وجدته، لأن مبنى الحضانة على الشفقة فلا حضانة لبنت العم والعمة، ولا لبنات الخال والخالة لكن لهن الحق في حضانة الذكور، إلا الحنفية فقد قالوا أن لهن الحق بحضانة الأنثى.[1]

ج-شرط عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه:

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير أو يعرضه للأذى والضياع سببا مسقطا لممارسة الحق في الحضانة، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع إبنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها، وهذا ما نصت عليه المادة 70من قانون الأسرة الجزائري " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم."

د-شرط ألا تمتنع الحاضنة عن تربية الولد مجانا عند إعسار أبيه:

يرى الفقهاء أن حق الأم في حضانة الصغير يسقط إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب ووجود متبرعة بالحضانة ، وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب بإبقاء الصغير عند أمه وهو معسرا.[2]

هـ- عدم الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي:

اختلف الفقهاء في حكم انتقال الحاضنة أو الولي إلى مكان آخر على الأقوال التالية:

*القول الأول: التفريق بين سفر الحاضنة أو الولي للنقلة والانقطاع والسكن في مكان آخر وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة ، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة فإن كان سفر أحدهما للنقلة والانقطاع سقطت الحضانة.

وقد ذهبوا إلى أنها في سفر الانقطاع تنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها، وفي السفر لحاجة يشترط أن يكون الطريق آمنا والمكان المتنقل إليه مأمونا بالنسبة للصغير.[3]

وقد اختلفوا في تحديد مسافة السفر على الآراء التالية:

---

[1]. عبد الطلب عبد الرزاق حمدان، ص ص40 .41.

[2] . أحمد نصر الجندي، المرجع السابق،ص 598 .

[3] . نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 122.

*الرأي الأول: بستة برد فأكثر على المعتمد أو المسافة بردين على قول، وهو تحديد المالكية.

*الرأي الثاني: أنه لا فرق بين السفر الطويل والقصير وهو الأصح عند الشافعية.

*الرأي الثالث: تحديدها بمسافة القصر وهو الصحيح عند الحنابلة وقول عند الشافعية.

*الرأي الرابع: إن كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الأب كل يوم، ويرونه فتكون الأم على حضانتها وهو قول الإمام أحمد.[1]

وقد ورد في نص المادة 69 قانون الأسرة الجزائري ، إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه..." فالمشرع لم يجعل الحضانة تسقط بمجرد سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي بل اشترط نية الاستيطان به في بلد أجنبي، وهذا يعني الإقامة الدائمة ولمدة غير محددة.

في حين أغلب الفقهاء يرون أن التنقل بالمحضون لمسافة تزيد عن ستة (6) برد ومايعادل 20كلم مسقط للحضانة.[2]

فإذا كان الأبويه يقيمان في نفس البلد الأجنبي فإن ذلك لن يضر بمصلحته ولن يسقط حق الحاضن فذلك يسهل حتما التكفل بالمحضون على أحسن وجه ومراعاة حقوقه ، وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا أن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن ثمَّ فإن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا صحيح القانون.[3]

ثالثا -الشروط الخاصة بالرجال:

يشترط في الرجال بالإضافة إلى شروط العامة " العقل والأمانة والدين "، شروطا خاصة بهم وهي:

أ -أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى:

---

[1] . نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 122.

[2] . ملف رقم 43594 بتاريخ 1986/09/22 ، نبيل صقر و قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص139 .

[3] . ملف رقم56397 قرار بتاريخ 1989/12/25 ، **المجلة القضائية** ، العدد 03 لسنة 1991، المرجع السابق ، ص61.

يشترط في الحاضن إذا كان رجلا والمحضونة أنثى بلغت سنا معينة أن يكون محرما لها[1]، وقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين حذرا من الخلوة لانتفاء المحرمية بينهما،[2] وإذا لم تبلغ هذه السن أعطيت له بالاتفاق فلا يكون لإبن العم حضانة إبنة عمه.[3]

ب-اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما ، فليس له حق في الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمة من عامة أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه فلا توراث بينهما، إذ قد يبني حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث.[4]

وإذا توافرت هذه الشروط فإن الحضانة تسند إليه، ولكن مع مراعاة مصلحة المحضون، وذلك لكي لا يترك ما يصعب مهمة القاضي وذلك لحمايته بممارسة الدعاوي المدينة كما سيأتي بيانها.

الفرع الثاني : دعاوى إسناد و تمديد الحضانة

كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان، لاسيما أمام الفراغات القانونية الموجودة في قانون الأسرة الجزائري ، مما يصعب من مهمة القاضي، ولابد من مراعاة مصلحة المحضون دائما وحمايته بتطبيق الدعاوي المدينة.

فصاحب دعوى الحضانة يكون إما مطالبا بالحضانة لنفسه أو إسقاطها عن غيره، وسوف نتطرق في هذا الفرع إلى الدعاوي المدنية المتعلقة بالحضانة والمتمثلة في الإسناد والتمديد.

أولا –دعوى إسناد الحضانة:

يتم اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية: حالة الطلاق ومافي حكمه من تطليق أو خلع، أو في حالة الوفاة، أو حالة الفقدان.

---

[1] . بن عصمان نسرين إيناس ، المرجع السابق ، ص 07 .

[2] . كربال سهام ، المرجع السابق ، ص37 .

[3] . عبد المطلب عبد الزراق حمدان، المرجع السابق ، ص 42 .

[4] . محمد أبوزهرة ، المرجع السابق ، ص 408 .

أ . حالة الطلاق و ما في حكمه:

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي وإذا رفعت الزوجة دعوى ضد زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، أو خلعها طبقا للمادة 54 ، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدِّية التي ينظر فيها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى، ذلك أنه من آثار فك الرابطة الزوجية لأحد الأسباب السابقة الذكر ضرورة النظر في أمر الحضانة، فيكون القاضي ملزما بالفصل في أمر الأولاد.[1]

فحسب قانون الأسرة الجزائري وتحديدا نص 64 منه فإن الأم دوما تكون أولى وأحق بإسناد الحضانة لها، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى الحالات التي يسقط عنها هذا الامتياز المحددة قانونا وشرعا، وقد يتنازل الأب تلقائيا عن حضانة أطفاله ويطالب القضاء بإسناد كفالتهم للأم **.(الملحق رقم 01)**.[2]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها فيما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون حيث جاء في أحد قراراتها: " إن الأم أحق بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج، ومن ثمَّ فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية".[3]

كما يمكن إسناد الحضانة لغير الأم مثلما جاء في قرار المحكمة العليا :" إن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم، واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا صحيح القانون"[4].

---

[1] . بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 200 .

[2] ـ عريضة إفتتاح دعوى طلاق و إسناد الحضانة للأم .

[3] . ملف رقم 52221، قرار بتاريخ 13 . 03 . 1989 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01 ، سنة 1993، ص 48 .

4 ـ ملف رقم 52221، قرار بتاريخ 1989/03/13، نفس المرجع و نفس الصفحة.

وفي إطار مصلحة المحضون وحمايته قررت المحكمة العليا لأمسلّمت البنتين لأب من وقت الطلاق مؤقتا وذلك لعدم وجود سكن لها، وبعد خمس سنوات أرادت استرجاعهما إليها فرفض القضاة دعوى الطاعنة.[1]

2-حالة الوفاة أو الفقدان:

فمسألة الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية، وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه ، فيكون من حق أي شخصا آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانوينة أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار الحكم به.[2]

ثانيا- دعوى تمديد الحضانة:

نصت المادة 65 من القانون الأسرة الجزائري على " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشرة سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

وبالتالي فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي يمكنها أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى المطالبة بتمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشرة سنة من عمره ، حيث جاء في قرار المحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسية للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضي بالطلاق وإسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب، حيث جاء فيه:"

---

[1] . ملف رقم 153640قرار بتاريخ 1997/04/18 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا ، العدد 01 ، سنة 1997 ، ص39.

1 . ملف رقم134951 قرار بتاريخ 1996/05/21، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا ، العدد 02 ، سنة2007، ص 86 .

إن لقضاء الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة.[1]

المبحث الثاني: حالات سقوط الحضانة حماية للطفل المحضون

لقد أخذ كل من الفقه والقانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة، ولهذا يجب أن يكون للحاضن شروطا لتحقيق الهدف الذي لأجله شرِّعت الحضانة.

وإذا اختل أحد الشروط فإن مصلحة المحضون تصبح مهددة ، لذا يجب إسقاطها وتسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط .

ومن هنا سنبين أسباب إسقاط الحضانة التي وردت في التشريع الجزائري، وبالأخص قانون الأسرة الجزائري مع الاستعانة برأي الفقهاء في هذه المسألة وذلك في المطلب الأول).

كما سنتناول في (المطلب الثاني) حالات عودة المحضون إلى حاضن.

المطلب الأول: أسباب إسقاط الحق في الحضانة

إذا حصل طلاق بين الوالدين يلتحق الطفل بمن يقدر على رعايته من أحد الأبوين، وذلك إذا اجتمعت الشروط الواجبة قانونا، إلا أن هناك ظروفا قد تمنع من إتمام ممارسة الحضانة، فتسقط عن الحاضن فيلجأ صاحب الصفة إلى رفع دعوى إسقاط الحضانة فلا حكم قضائي لتقرير ذلك وتكون دعوى الإسقاط دعوى أصلية بخلاف دعوى إسنادها.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نرى أن المشرع قد أورد حالات وأسباب إسقاط الحضانة عن صاحبها وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال الفروع التالية مع الآراء الفقهية بهذا الشأن.

[1] . بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق ، ص 143 .

الفرع الأول:أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 62 و 68 من قانون الأسرة الجزائري

تسقط الحضانة عن الحاضن إذ فقد أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 من قانون الأسرة كالقدرة على الرعاية والحفظ، كما تسقط إذا لم يطالب من له حق فيها بها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، حسب نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري وأيضا من أسباب سقوط الحضانة بالتقادم.

أولا: اختلال أحد الشروط النصوص عليها في المادة 62 القانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 62 على جملة من الشروط التي يجب أن يتصف بها الحاضن، إذا اختل أحد هذه الشروط يسقط حق الحاضن في ممارسة الحضانة.[1] كما أن المادة 67 من قانون الأسرة نصت في فقرتها الأولى على التربية والرعاية الصحية والخلقية التي يوفرها الحاضن للمحضون، فإذا افتقر للقدرة على رعاية المحضون وعلى تربيته على دين أبيه يسقط حقه في حضانة[2]، ومن المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثمَّ فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة العليا " إن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمَّ فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية" .[3]

كما أن جريمة الزنا تعتبر من أهم مسقطات الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون .[4]

وقضت المحكمة العليا " إن عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في الحضانة ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية فضلا عن

---

[1] . صالح بوغرارة ، المرجع السابق ، ص 100 .

[2] . كربال سهام ، المرجع السابق ، ص 95 .

[3]. نبيل صقر و قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 149 .

[4]. ملف رقم 171684، قرار بتاريخ 30.09.1997 ، **الإجتهاد القضائي** ، العدد 01 ،المرجع السابق ، ص 169 .

ذلك أن الحضانة ليست حقا للحاضنين فقط، وإنما هي حق للمحضون أيضا ، كما في الفقه والاجتهاد" ،[1] وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 67 من قانون الأسرة.

أما الفقه الإسلامي في هذا الشأن فاتجه إلى ثلاث آراء بخصوص عمل المرأة: فاتجه الرأي الأول إلى القول أن على المرأة التي تعمل خارج المنزل أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها، دون الإخلال بواجباتها الأساسية، غير أن الاتجاه الثاني يرى خلاف للرأي الأول فدور المرأة الأساسي هو رعاية الأسرة والأطفال، ولا يحق لها العمل إلا استثناءً، وفي حالة الضرورة القصوى التي تقدر بقدرها لما في ذلك من إخلال بواجبها الجوهري ودورها الطبيعي في الحياة.[2]

أما أنصار الاتجاه الثالث فيبيح عمل المرأة لعموم الآيات والأحاديث نبوية حيث يقول الله تعالى: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور"[3]، ويقول صلى الله عليه وسلم" خير الناس أنفعهم للناس"، ويقول تعالى "من عمل صالحا من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة "[4].

ومن هنا نقول أنه يجب تقديم مراعاة مصلحة المحضون التي نص عليها المشرع الجزائري، والاجتهادات القضائية والمعتمدة على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، فلا يكون للمرأة العاملة الاحتفاظ بحقها في الحضانة إلا أن تتحقق مصلحة المحضون.[5]

ثانيا -زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

تنص المادة 66 من قانون الأسرة على " يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"، ففي حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي يسقط حقها في الحضانة، لكن هذا السبب لم يكن محل إجماع من طرف كل فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ منهم من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة، حتى ولو بالقريب المحرم.

---

[1] . ملف رقم 74207بتاريخ03.07.2002 ، نبيل صقر و قمراوي عز الدين ،المرجع السابق ، ص132

[2] . حميدو زكية ، المرجع السابق، ص 444 .

[3] . الآية 15من سورة الملك.

[4] . الآية 97من سورة النحل .

[5] . محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص681.

ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الإطلاق، ومنهم من يربط الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون.

ففقهاء المالكية وكذلك جمهور الحنفية قيدوا سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم واستندوا فيما ذهبوا إليه بحديث روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال " كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل عنها زوجها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها فأنكحها الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: انكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فؤخذ مني ولدي، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها فقال: أنكحت فلان فلانة ؟ فقال: " نعم، فقال: أنت الذي لا نكاح بك اذهبي انكحي عم ولدك. فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الولد منها لوتزوجت بالغير بل أنكحها عم ولدها لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم.

أما الشافعية فقد وسعوا في السبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم، أما الظاهرية فلم يأخذوا بهذا السبب مطلقا.[1]

أما المشرع الجزائري فقد جعل زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون من أسباب سقوط الحضانة.

ثالثا– التنازل عن الحضانة:

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه بحيث إعتبرها المشرع الجزائري حقا له فإذا تنازلت الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها.[2] وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به.[3]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 21-08-1998 " من المقرر قانونا أنه لايعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثمَّ فإن القضاة لما

[1] . كربال سهام ، المرجع السابق ، ص 92 .

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

[3] . كربال سهام ، المرجع السابق، ص54 .

قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنهما مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون ".[1]

كما أن القرار الصادر بتاريخ 1999/04/08 بدعوى أن القضاة إعتمدوا فقط الإتفاق الذي لم تم بين الطرفين سنة 1996فيما يخص تنازل المطعون ضده عن الحضانة دون أن يراعوا مصلحة المحضون وفقا للمادتين 66-76 من قانون الأسرة الجزائري مع أن الطاعنة دفعت أن الأب أعاد الزواج بإمرأة أخرى وإسناد حضانة البنت للأم لمصلحة البنت.

حيث أنه بالفعل فقضاة المجلس حكموا بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإسقاط حضانة البنت عن الأب وإسنادها للأم، ومن جديد حكموا برفض الدعوى على أساس البحث الذي قاموا بإجرائه الذي إستخلصوا منه أن الطاعنة تنازلت عن الحضانة سنة 1996 أثناء الحكم بالطلاق.

حيث أن تنازل الحاضنة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها، إذ مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وهذا تطبيقا لأحكام المادتين 66-67 من قانون الأسرة، وبالتالي فقضاة المجلس بإعتمادهم فقط على تنازل المطعون فيه عن الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد اخطئوا في تطبيق القانون مما جعل الفرع مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة، ودون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني.[2]

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

---

[1] . ملف رقم 89234 قرار بتاريخ 21.07. 1998 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات النشر بالمحكمة العليا ، عدد خاص ،2001 ، ص 175 .

[2] . قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص128 .

رابعا - سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

من أسباب سقوط الحضانة أيضا مانصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: إذا لم يطلب من له حق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.[1]

وهنا اشترط على المتقاضي للمطالبة بحق ما أن يحترم مواعيد محددة[2]، باعتبار أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي ، فإن التاريخ المحدد لهذا السريان مدة سنة من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة.

وأن القاضي هو الذي يقدر الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تتنازل عليها أو لم يتنازل عنه، وهذه السلطة إستمدت بالخصوص من عبارة بدون عذر التي توسع من سلطة القاضي، ولهذا فإنه لايمكن أن نقول بأن حق الحاضن يسقط بقوة القانون.[3]

كما أنهم إعتبروا السكوت بأنه بدون عذر في حالتين:

-أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها وسكت عن المطالبة بها، إما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة، فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

-أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا الأمر فرعي يعذر الناس بجهله.[4]

ويرى عبد العبد العزيز سعد أن حق الحاضنة في هذه الحالة يسقط بقوة القانون إذا قدمت الدعوى إلى القضاء، إلى أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة.

ومن هنا يتضح لنا أن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذ لم يطالب بها من له الحق فيها.

---

[1] . كربال سهام ، المرجع السابق ، ص 97 .

[2] . صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 98 .

[3] . حميدو زكية ، المرجع السابق، ص 507 .

[4] . عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل "** ، دار هومة ، الجزائر، 2007 ، ص 142 .

ويعتبر عدم الرد على الدفوع قصورا في الأسباب[1]، وقضت المحكمة العليا أن مطالبة الجدة لأم بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة، فإن قضاة الموضوع بعدم ردهم على الدفوع التي تمسكت بها الطاعنة وخاصة فيما يتعلق بالطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ إسناد الحضانة يعتبر تطبيقا سليما للقانون.[2]

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا أن الطاعنة عندما سلمت البنت لأبيها مؤقتا من وقت الطلاق سنة1988 لعدم وجود سكن لها لممارسة الحضانة، ولم تطالب بها إلى سنة 1993 أي بعد خمس سنوات، فإن طعنها إستوجب الرفض إعتبارا لمصلحة المحضون.[3]

وجاء في حكم آخر للمحكمة العليا " ومتى كان المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، ولما ثبت أن الجدة لأم طلبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها لأب مايترتب عنه سقوط حقها في الحضانة".[4]

الفرع الثاني:أسباب السقوط الواردة في المادتين69 و70من قانون الأسرة الجزائري

جاء في نص المادة 69: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

كما أن من مسقطات الحضانة أيضا المساكنة ويقصد بها مساكنة الحاضنة للمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة، وهي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 70 حيث نصت على" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

---

[1] . قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص ص135 ، 136 .

[2] . ملف 33636 بتاريخ 25 . 06 . 1984 ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 136 .

[3] . ملف رقم 134931، قرار بتاريخ 21 . 05 . 1996، **المجلة القضائية**، العدد 02، سنة 2007، المرجع السابق، ص 86 .

[4] . ملف رقم 33636 قرار بتاريخ 25.06.1984 ، **المجلة القضائية** ، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ، العدد 03 ، سنة ،1989 ، المرجع السابق، ص 45 .

ونستشف من هذه المادة أنها قريبة من المادة 66 من قانون الأسرة فلهما علة وحكم واحد، إلا أنهما يختلفان في أن المادة 66 تتكلم على الحاضنات ككل أما المادة 70 فقد خصصت الجدة والخالة.[1]

أولا : سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي :

يسقط حق الحضانة عند الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي بسبب استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة الطفل المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته، بحيث يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن حتى ولو خرج به إلى بلد أجنبي.[2]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/02/23 " من المقرر قانون أنه إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع الشرط ".[3]

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك من خلال حكم آخر لها جاء فيه: " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمَّ فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه.

وأن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن ثمَّ فإن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة البنت والولد لأمهما طبق القواعد الشرعية وصحيح القانون" .[4]

---

[1] . حميدو زكية ، المرجع السابق، ص 545 .

[2] . عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل "** ، المرجع السابق ، ص 142 .

[3] . قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص 138 .

[4] . ملف رقم 56597 قرار بتاريخ 25.12.1989 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا ، العدد 03 ، سنة 1995 ، ص61.

ومن هنا نستنتج أن هذا الحق ليس مطلقا، بل هو أداء أوجبه القانون ، فإن أخذ الحاضن بما أورده الشرع والقانون لا يلغى حقه إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني لنهاية الحضانة، وإن أخل بما أقره القانون أو فقد شرطا وجب إسقاطها و منحها من يليه بالرتبة مع تحليه بالشروط الواجبة لممارسة الحضانة كما ذكرنا سابقا.

ثانيا: سقوط الحضانة إذا كانت الجدة أو الخالة مقيمة مع أم المحضون:

فإسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين ينبغي أن يتوفر فيه شروط وهي أن تكون الحاضنة أما لأم المحضون أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، و هذا ما قضت به المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري.[1]

ونستخلص من هذه المادة أنه يشترط في الجدة لأم أو الخالة المراد المساكنة معها أن تكون غير متزوجة بقريب محرم طبقا للمادة 66 السالفة الذكر، ويجب أن تكون المساكنة مستمرة، فنجد نفس الأسباب التي من أجلها سقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا ، لذا ينبغي أن يشملها نفس الحكم .

فبخصوص هذه الحالة المشرع الجزائري لم يبين مراده من ذكر مثل هذا السبب و حصره بالذات في الجدة و الخالة و سكنهما مع أم المحضون في حالة زواجها مع غير قريب محرم.

غير أنه إذا سقطت الحضانة على من له حق فيها لسبب من الأسباب المذكورة أعلاه ثم زال هذا الحق يمكن أن يعود إلى صاحبه[2]، وهو ما سنتطرق له ونفصل فيه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: عودة الحضانة لمستحقيها

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الغير الاختياري"، أي بمعنى أن يكون مجبرا على ذلك وليس بملء إرادته كأن يكون هناك سبب يمنعه من ممارسة هذا الحق ، كعدم القدرة على حسن التربية على دين

---

[1] . عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل "** ، المرجع السابق ، ص 143 .

[2] . كربال سهام، المرجع السابق، ص 98 .

أبيه ، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و الذي سلب حق الحضانة من أجله.

وعليه وجب أن نميز بين حالتين: الأولى تتمثل في سقوطها غير الإختياري و هذه الحالة تمكن الحاضن من استرجاع حقه في الحضانة، أما الثانية هي سقوط الحق بسبب مستحق الحضانة وهو سبب اختياري.

الفرع الأول : سقوط حق الحضانة غير اختياري

والمقصود في هذه الحالة هو توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66 و ما يليها من قانون الأسرة الجزائري.

فقد اختلف الفقهاء في حكم ما إذا للحاضن حق في عودة الحضانة أم لا ؟

فقد ذهب جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا أسقطت الحضانة عن الحاضن لمانع ثم زال هذا المانع كأن يكون بالحاضن جنون، أو فسق أو مرض، فزال الجنون، وتاب الفاسق، وشفى المريض، عاد إليه حقه في الحضانة، لأنه زال المانع عملا بالقاعدة الفقهية "إذا زال المانع عاد الممنوع".[1]

أما المالكية: فقد ذهبوا إلى أنه إذا زالت الحضانة عن الحاضن بعذر اضطراري، كمرض وسفر و نحوهما، مما يصعب على الحاضن القيام بأعمال المحضون، ثم زال هذا العذر عاد حق الحضانة للحاضن، لأن المانع هو العذر الاضطراري، وإذا زال المانع عاد الممنوع.

أما المشرع الجزائري فتكلم على حالتين يمكن فيهما أن يعود حق الحضانة للحاضن: **فالحالة الأولى**: ذكر أنه إذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت، أو توفي زوجها ولم تتزوج من شخص غريب عن المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2000/02/21 أن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط، ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم

[1] . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق ، ص ص 84- 85 .

رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة الجزائري يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبب.[1]

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

الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة هو تصرف مستحق الحضانة وذلك بإرادته المنفردة، ويضر مصلحة المحضون، وفي هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد والأساس وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وتكون هنا الحاضنة غير متهيئة للحضانة مما يتوجب رفض الطلب، إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك بخلاف ما قرره القاضي.[2]

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

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم سقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون" .[3]

ولا يسري على الأم وحدها وإنما المستحقين للحضانة من الخالة أو الأب وغيرهم الذين لا يستفيدون من أحكام المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري ، أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط، وهذا ما أقرت المحكمة العليا في قراراها الصادر بتاريخ 27 . 02 . 1989 أنه " من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها استرجاع الأولاد.

---

[1] . قرار رقم 252308 بتاريخ في 24 . 11.2000 ، نبيل صقر و قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص141.

[2] . حميدو زكية، المرجع السابق، ص478 .

[3] . نبيل صقر وقمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص 141 .

ولما ثبت أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها إلى الأولاد رغم تنازلها عن حقها وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون" .[1]

إلا أن هناك استثناء يمكّن عودة الحضانة للحاضن بعد سقوطها، وهو وجود المبرر الشرعي، وبالتالي فإنه لا يجوز لأي أحد بأي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا كان قد قرر التراجع عن التنازل أو قرر أن يطلبها بعد منحها لغيره، وفي هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 . 06 . 1984 أنه" تسقط الحضانة على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، ولما ثبت أن الجدة لأم طلبت إسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب ما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة" .[2]

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

[1] . ملف رقم 53340 قرار بتاريخ 27 . 03 . 1989 ، **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03، سنة 1990، ص 85.

[2] . باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية** دراسة **مدعمة بالاجتهاد القضائي (تعويض نفقة، حضانة ، متاع)** ، دار الهدى، 2008، ص 67 .

الفصل الثاني

أثار الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

بعد أن بيَّنا كيفية توفير الحماية القانونية للطفل من خلال تطبيق معيار مصلحة المحضون سواء عند إسناد الحضانة إلى مستحقيها أو عند إسقاطها عنهم ، سنبين في هذا الفصل حقوق المحضون التي أقرتها الشريعة الإسلامية للأولاد على الآباء من خلال بيان آثار الحضانة والتي تتمثل بالمقام الأول في النفقة، فالأولاد يستفيدون من نفقة الأب والأقارب سواء كانوا ذكورا أو إناثا إلى حين بلوغهم سن الرشد القانوني، أي مرحلة الاعتماد على النفس، غير أنه لا تسقط في كل الأحوال نفقة البنت إلا بقدرتها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها، فالنفقة تبقى مستمرة حتى تتزوج، وحينئذ تسقط عن الأب النفقة المفروضة لها لأن نفقتها تجب على زوجها بمجرد البناء وهو ما سنبينه في حينه.

كما أن انحلال ميثاق الزوجية بسبب الطلاق أو التطليق يطرح قضية حق المحضون في السكن الملائم ، حيث يجب على القاضي أن يحدد مستحق الحضانة ومبلغ النفقة وكذا السكن، لكن المشرع اعتبر تكاليف سكن المحضون منفصلة من حيث تقديرها عن بقية التكاليف، وعلى هذا الأساس فإنه ملزم بأن تحدد المحكمة "للأولاد" محلا لسكناهم، وأن يؤدي المبلغ الذي تحدده المحكمة والذي يقدر حسب يسر أو عسر الأب.

هذا إضافة إلى حق رؤية الصغير، أوحق الزيارة التي أقرها الشرع والقانون له، حتى لا ينقطع عن والديه.

وسنتناول في هذا الفصل حق المحضون في النفقة وأجرة الحضانة في(المبحث الأول)، بينما نتناول حق المحضون في السكن والزيارة و ذلك في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حق المحضون في النفقة و أجرة الحضانة

رتب المشرع الجزائري حقوق المحضون وكيفية ممارستها لكل من الزوجين المنفصلين، وهي نوع من التكافل الاجتماعي الذي أرسى الإسلام قواعده ورشَّد أركانه، وأصل وجوب هذه النفقة مقرر في كتاب الله في أكثر من آية، كما جاءت السنة مفصلة وشارحة ذلك في أحاديث عديدة، فالحضانة تتطلب مجهودا كبيرا في تربية المحضون، فهي تتطلب النفقة لصالح المحضون، إضاف إلى عمل الحاضنة الشاق والمتعب الذي يأخذ منها مجهودا ماديا، ومعنويا، وطاقة جسدية فنجد الحاضنة تحتاج إلى أجرة لما تبذله من عمل في سبيل رعاية الطفل والسهر على مصالحه.

المطلب الأول: حق المحضون في النفقة

يقصد بنفقة المحضون الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل من ملبس ومأكل، ومصارف العلاج...الخ ، فالنفقة في المرحلة الأولى من الحضانة واجبة على الأصل نحو الفرع فسنتناول في هذا الفرع مفهوم النفقة أولا، ثم تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها .

الفرع الأول: مفهوم النفقة

سنتناول في هذا الفرع كلا من التعريف اللغوي والاصطلاحي، ودليل وجوب النفقة من القرآن الكريم والسنة النبوية، و شروط وجوبها عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

أولا: تعريف النفقة:

سنتناول هنا تعريف النفقة من الناحية اللغوية وفي اصطلاح الفقهاء.

أ . تعريف النفقة لغة :

النفقة مشتقة منالذ ُفوق بمعنى الهلاك يقال : نفقت الدابة تنفق نفوقا أي ماتت ونفقت الدراهم، أي نفذت ونفقت السلعة أي راحت.[1]

والنفقة من الإنفاق وهو الإخراج ولا يستعمل إلا في الخير، وجمعها نفقات، وهي ما ينفقه الإنسان على عياله، وهي في الأصل تكون من الأموال.[2]

كما أن النفقة: ما يبذله الإنسان من دراهم فيما يحتاجه هو أو غيره.[3]

---

[1] . محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق، ص108.

[2] . وهبة زحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، الجزء 7، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية ، 1985، ص65.

[3] . بدران أبو العينين بدران ، **حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون**، مؤسسة الشباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1987، ص93.

ب . تعريف النفقة شرعا:

هي الإدرار على شخص بشيء فيه بقاؤه، كما تعرَّف بأنها كفاية مؤونة من الطعام والكسوة والسكن.[1]

فإذا أطلق لفظ النفقة أنما يقصد به هذه الأمور الثلاثة، فهي لفظ عام يتناول جميع أفراد مفهومه دفعة واحدة، والقانون لما عرَّف النفقة لم يحدد طبيعتها ، وإنما جاء ببعض مشتملاتها وألحق بها ما يعتبر من الضروريات حسب العرف وحسب العادة الجارية بين الناس.[2]

ثانيا: دليل وجوب النفقة:

ثبت وجوب النفقة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

أ- **دليل وجوب النفقة من القرآن الكريم**

هناك الكثير من الآيات التي تدل على وجوب النفقة: كقوله تعالى:" وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك".[3]

وقوله تعالى:" وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، والضمير هنا يعود على الزوجات بلا شك، وقوله تعالى:" لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها" [4]، ففي هذه الآية أمر بالإنفاق وهو أمر مطلق يفيد الوجوب .

ب- **دليل وجوب النفقة من السنة النبوية** :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث حجة الوداع عن جابر" اتقو الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" .[5]

---

[1] . بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص93.

[2] . أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية ، مصر، 2009، ص ص 162، 163 .

[3] . الآية 233 من سورة البقرة.

[4] . الآية 07 من سورة الطلاق.

[5] . مالك بن أنس ، **شرح الموطأ** ، دار الهجرة ، مصر ، سنة 1332 هـ، ص ص 339، 340.

وعن عمرو بن الأحوص قال:" ألا أن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حق، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهم و طعامهم".[1]

وجاءت هند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت" يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" وفيه دلالة على وجوب النفقة.[2]

ومارواه أبو داود عن معاوية القشري قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول في نسائنا؟ قال أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبوحهن".

ج . دليل وجوب النفقة من الإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية في كل العصور على وجوب نفقة على الأب ولم يخالف في ذلك أحد.[3]

وقد نص المشرع الجزائري على النفقة في المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري وأعطى تعريفا عاما لمفهوم النفقة، حيث نص على أن النفقة تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وهو ما يدل على أن النفقة هي كل ما يحتاجه الإنسان في حياته، وكذلك ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه.

وهذا ما نص عليه المشرع أيضا في مواده 74، 75، 76، 77 من نفس القانون.

أما بخصوص نفقة المحضون فإن المشرع الجزائري نص على وجوبها من مال أبيه إذا لم يكن له مال، وهو ما ذهب إليه الجمهور، حيث نص في مادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على:" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، وتسقط النفقة الواجبة على الأب إذا كان معسرا، فلابد أن يكون

[1] . مالك بن أنس ، المرجع السابق ، ص 340 . .

[2] . وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص787.

[3] . محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق، ص419.

الأب قادرا على النفقة والإبن محتاجا لها، لأنه لا مال له لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة .

أما نفقة البنت فتجب على الأب إلى حين زواجها والدخول بها لتصبح بعد ذلك واجبة على الزوج.[1]

ثالثا: شروط وجوب النفقة

تجب نفقة الزوجة كأصل عام على الزوج بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون بين الزوجين عقد نكاح صحيح ولو مع اختلاف الدين بينهما فتجب للزوجة الكتابية على زوجها المسلم، وإذا كان عقد الزواج فاسدا لم تجب النفقة إلا إذا كان هناك حمل فوجبت النفقة للحمل"[2]

الشرط الثاني : التمكين من الاستمتاع : فإذا امتنعت الزوجة من الانتقال إلى بيت الزوجية من غير عذر مشروع لم تجب لها النفقة ، أما إذا كان امتناعها من الانتقال لأن الزوج لم يدفع لها المهر المعجل ، فلها النفقة وإذا قبلت بالانتقال قبل دفع المهر المعجل ، ثم امتنعت بعد الزفاف حتى تقبض المهر المعجل فلا نفقة لها عند صاحبي أبي حنيفة وبعض الحنابلة، لأنها قد تنازلت عن هذا الحق بانتقالها إلى بيت الزوجية ، وذهب أبو حنيفة وبعض الحنابلة إلى أنه تجب لها النفقة حتى تقبض معجل الصداق.[3]

كما اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الأولاد الصغار الذين لا مال لهم على أبيهم، وعلى وجوبها للأب المعسر على أولاده الموسرين، وذلك لورود ما يفيد وجوبها في القرآن الكريم، واختلفوا في مدى هذه القرابة الموجبة للإنفاق على الوجه الآتي:

فبالنسبة لوجوب نفقة الأصول على الفروع ذهب الإمام مالك إلى أن النفقة تجب على الولد الموسر لأبيه المباشر ولأمه التي ولدته خاصة إذا كان الأبوان معسرين، كما تجب على الأولاد الصلبيين على الأب وحده، أما نفقة الأبناء فتجب للإبن حتى يبلغ وللبنت حتى تتزوج أما الأم فلا تجبر على نفقة أي من أبنائها ، ولا يجبر الولد على الإنفاق على جده وجدته لأبيه أو لأمه ، أما عند الشافعية: فتجب للأصول وهو الوالدان والأجداد والجدات وإن علو، أما مذهب

---

[1] . عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص431.

[2] . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة " تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو " ، **المغني** ، الجزء الثامن ، الطبعة الثالثة ، دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع ، الرياض، 1997 ، ص210.

[3] . محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق، ص110.

الحنفية فقد رأوا أن النفقة تجب للأصول على فروعهم وإن بعدوا كما تجب للفروع على الأصول وإن نزلوا وفضلا عن هؤلاء تجب لغيرهم من قرابة ذوي الرحم المحرم فقط [1]

أما في مذهب الحنابلة فذهبوا إلى أن النفقة تجب للأصول على الفروع وإن علوا ، وللفروع على الأصول وإن نزلوا سواء كانوا وارثين متوافقين في الدين أم مخالفين على إحدى الروايتين ، كما تجب لكل قريب معسر من غير الأصول والفروع على قريبه الموسر سواء كانوا يتوارثون أو من ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب.[2]

أما بالنسبة لنفقة الفروع على الأصول فقد اختلف الفقهاء بخصوص اجتماع عدد من الأصول ممن تجب عليهم النفقة ، فمذهب الحنفية إلى أنه إذا اجتمع للمحتاج أصول متعددون يتوفر فيهم اليسار فإن كان الأب منهم فالنفقة عليه وحده ولا يلتفت إلى الأصول الآخرين ، أما إذا كان الأب معسرا غير عاجز عن الكسب فله قولان الأول: قيل أنه كالميت ، والثاني قيل لا تسقط النفقة عنه .[3]

أما إذا كان الأب غير موجود واعتبر في حكم الميت فهنا نراعي إذا كانوا الأصول كلهم وارثون أو بعضهم فقط ، فإذا كانوا كلهم وارثين وجبت النفقة عليهم جميعا وكانت النفقة واجبة على كل منهم على قدر حصته من الميراث ، أما مذهب المالكية فإن النفقة لا تجب على واحد من الأصول سوى الأب المباشر دون الأم والجد والجدة حتى ولوكان الأب معسرا والأم موسرة ، أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أنه إذا كان الأقارب المجتمعون كلهم أصولا وكانوا موسرين جميعا فكان من بينهم الأب فالنفقة على الأب وحده ، فإن لم يكن فيهم أب ولم تتوفر فيه شروط المطالبة بالنفقة بأن كان معسرا، وكان فيهم جد فلا يطالب الأب بالنفقة ، وإنما تنتقل إلى الجد دون الأم والجدة لأنه أقدر على القيام بالنفقة وتليه الأم لقربها ثم الجدة.[4]

وذهب الحنابلة إذا كان للمحتاج أصول مجتمعون فإن كان فيهم أب موسر فالنفقة تجب عليه وحده ، ولا يشارك الأب أحد في وجوب الإنفاق على أولاده في حالة وجود الأب الموسر، فان

---

[1] . بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق، ص ص 100،101.

[2] . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة " تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو " ، **المغني** ، الجزء التاسع ، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع، الرياض، 1997، ص 260 .

[3] . وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص775.

[4] . بدران ابو العينين بدران ، المرجع السابق، ص131.

لم يكن فيهم أب أو كان موجودا لكنه فقير عاجز عن الكسب ، فالنفقة على غيره على قدر الإرث من المنفق عليه، لأن الله تعالى رتب النفقة على الإرث.[1]

والمشرع الجزائري و كذا القضاء لم يخرجا عن هذه الشروط ، فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17 . 01 . 2007 إلى وجوب النفقة على الأب من بدءِ الحضانة وانتقالها إلى الأم حيث جاء في قرار لها " تسري نفقة الأبناء المقيمين عند والدهم بعد الطلاق من تاريخ التحاقهم بوالدتهم الحاضنة" .[2]

كما استقر العمل على أن نفقة البنت تظل واجبة على والدها وملازمة له، ولا تسقط عنه الا بالدخول وبالاستغناء عنها بالكسب.[3]

كما ذهبت المحكمة العليا إلى أنه من المقرر شرعا أن نفقة الأولاد على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ عن عقد صحيح شرعا.[4] و لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد فالنفقة حق للمحضون[5] ويرى الفقهاء القانونيين أن عبارة "عجز" إنما قصد بها المشرع الإعسار، والمقصود بها عدم القدرة التامة عن الاسترزاق لا لكونه فقيرا أو لتقاعس الآباء على النفقة على المحضونين من الأبناء لدى مطلقاتهم لأن النفقة واجبة على الأب ولا تنتقل إلى الأم في هاتين الحالتين .[6]

الفرع الثاني: تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها

إن من أهم المسائل التي تطرح في موضوع النفقة هو كيفية تقدير النفقة، وكيفية إلزام المدين بها بتسديدها و تاريخ إلزامه .

أولا: تقدير النفقة

الأصل أن ينفق الأب على إبنه المحضون دون الحاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذه

---

[1] . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، **المغني** ، الجزء التاسع ، المرجع السابق ، ص 267.

[2] . ملف رقم 37789، قرار بتاريخ 2007/01/17، **المجلة القضائية** ، العدد 02 ، لسنة 2007، المرجع السابق ، ص469.

[3] . ملف رقم 318418، قرار بتاريخ 2005/02/23، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا العدد 01 ، لسنة 2005 ، ص282.

[4] . ملف رقم 47915، قرار بتاريخ 1987/02/07، **المجلة القضائية** ، العدد 03 ، سنة 1990، المرجع السابق ، ص 65.

[5] . ملف رقم 311418، قرار بتاريخ 2004/01/21، **المجلة القضائية** صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا ، العدد 02 ، لسنة 2004، ص 373.

[6] . بن عصمان نسرين ايناس، المرجع السابق، ص 118.

النفقة بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الانفاق عليه.**(الملحق رقم 02) .**[1]

وهذا ما ذهب إليه المشرع في المادة 79 من قانون الأسرة و التي نصت على " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " ، والقاضي يقدر النفقة حسب حال الطرفين ومسألة النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع[2] ، لذلك استقرت المحكمة العليا على أن من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجية يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية. [3]

والقاضي إذ قدَّر النفقة وقضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها زيادة أو نقصان إلا بعد مرور سنة من تاريخ الحكم السابق ، ومؤدي هذا أن الدعوى بطلب زيادة النفقة ، والدعوى بطلب تحقيق النفقة لا يكون مقبولا قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بتقديرها وفرضها على من تجب عليه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا من أنه من المقرر قانون أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بفرضها.[4]

ثانيا: تاريخ استحقاق النفقة

نصت عليه المادة 80 من قانون الأسرة:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

وهو المبدأ الذي أكدته المحكمة العليا حيث جاء في قرار لها: " من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيِّنة لمدة لاتتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ، ومن ثمَّ فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب ليس في محله...

ولما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته النفقة ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون، وسببوا قرارهم التسبيب الكافي ومتى كان ذلك يستوجب رفض الطعن".[5]

---

[1] . عريضة افتتاح الدعوى للمطالبة بالنفقة .

[2] . نبيل صقر و قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص161.

[3] . ملف رقم 446630، قرار بتاريخ 1987/04/09، **المجلة القضائية** ، العدد 03 ، لسنة 1990، المرجع السابق، ص 55.

[4] . أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق، ص163.

[5] . نبيل صقر و قمراوي عز الدين ، المرجع السابق، ص183

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري حصر حق المحضون في النفقة والضروريات بموجب المادة 78 من قانون الأسرة المذكور سابقا، وهذا على عكس موقف الشريعة الإسلامية والمتمثل في تلبية كل حاجات الطفل، ورفض التضحية بأي منها دون مبرر على أن ينتقل واجب إشباعها في حالة عجز والد الطفل إلى أقاربه ثم الدولة.

كما أن المشرع الجزائري ركز على ظروف المنفق المعسر، وجعل من وضعه المالي مقياسا لتحديد النفقة التي تضمن للطفل ضرورات الحياة.

أما بخصوص كيفية استحقاق النفقة فتخضع إلى طرق عدة فإما أن يكون بالاتفاق بين الطرفين وقد يتم بمقتضى حكم قضائي.

1- بموجب الاتفاق: وهذا المعمول به عادة بحيث أن المدين بالنفقة ومستحقها يتفقان على كيفية أداء النفقة ومقدارها، ومدتها، ويجوز أن يحل الغير محل المدين بها، وحكم الاتفاقات التي تتعلق بأداء النفقة هو حكم الالتزامات المدنية.

2- تثبيت الاستحقاق عن طريق القضاء: إذا امتنع من تجب عليه النفقة يتعين اللجوء إلى القضاء.

وإذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة مكان إقامته، فيمكن للحاضنة أن تلجأ اليوم إلى ما يعرف بصندوق النفقة الذي نص عليه المشرع في القانون 15 . 01 [1]، و يتم إثبات تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره المحضر القضائي .

وتتم الاستفادة من صندوق النفقة بإتباع الإجراءات التالية:

. تقديم طلب الاستفادة من قبل الحاضنة أو المطلقة.

. تقديم الطلب إلى قاضي شؤون الأسرة .

. أن يكون الطلب مرفقا بالوثائق القانونية المحددة قانونا بما فيها المحضر المحرر من قبل المحضر القضائي.

وما يميز عملية الاستفادة من هذا الصندوق هو سرعة دفع النفقة، بحيث لا تظطر الحاضنة إلى الانتظار طويلا للحصول عليها، حيث حدد القانون السابق مدة 05 أيام

[1] . القانون رقم 15 . 01 مؤرخ في 13ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير 2015 ، **يتضمن إنشاء صندوق النفقة،** الجريدة الرسمية ، العدد 01 ، الصادر بتاريخ 16 ربيع الأول 1436 الموافقة لـ 07 يناير 2015.

يتعين فيه على القاضي أن يبت فيه في طلب النفقة بناء على أمر ولائي غير قابل للاستئناف، و يبلغ هذا الأمر إلى المدين بالنفقة في مدة 48 ساعة من تاريخ صدوره .
وتتولى المصالح المختصة الأمر بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه 25 يوما من تاريخ تبليغ هذا الأمر، وتطبق هذه الإجراءات سواء امتنع المدين بالنفقة عن سدادها ابتداءً ، أو انقطع عن تسديدها بعد صدور حكم من القضاء يلزمه بها .
وما يميز هذا القانون أن المشرع منح للحاضنة الحق في مراجعة مبلغ النفقة بتقديم طلب إلى القاضي لتعديلها إذا طرأ أي تغيير على الحالة القانونية و الاجتماعية للمحضون، و يتم تبليغ قرار المراجعة إلى المصالح المعنية بموجب أمر من القاضي في مدة 48 ساعة من تاريخ صدوره .
ويجب على المشرع أن يعمل على وضع القانون حيز التنفيذ بوضع النصوص القانونية التنظيمية الخاصة به، وتسريع تفعيله، لما في ذلك من رفع للمشقة والحرج على الكثير من المطلقات الحاضنات.

المطلب الثاني: أجرة الحضانة

إن الحضانة هي خدمة الطفل وتربية فهو عمل مشروع يمكن تقييمه بالمال، فيخول لصاحبه ممارسته سواء بأجر أو تبرعا ، كما أن أجرة الحضانة تختلف عن نفقة المحضون لأنها جزء من نفقة الصغير ، وتجب من مال الصغير إن كان له مال، أو في مال من يجب عليه نفقته إن لم يكن للصغير مال فما موقف الشريعة والقانون الجزائري بخصوص أجرة الحضانة.

الفرع الأول : أجرة الحضانة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء حول أجرة الحضانة بين مؤيد لها وبين معارض، فالمالكية يرون أنه ليس للحاضنة أجرة على الحضانة سواء كانت أما أو غيرها، فإذا كانت الحاضنة أما، و كان لولدها المحضون مال فإنه ينفق عليها من ماله لفقرها لا للحضانة، أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفراش ويقدر القاضي النفقة القاضي حسب ما يراه مناسبا لحالة الصغير.[1]

[1] . عبد الرحمان الحريري ، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة** ، دار إحياء الشرارة العربي ، بيروت، 1969، ص 603.

أما الحنفية فرأو أنه إذا كانت الحاضنة للصغير أًما ، وكانت في عصمة الزوج فإنها لا تأخذ أجرة على حضانتها ، وكذلك الأم المعتدة من طلاق رجعي لا تستحق أجرة على الحضانة زمن العدة لأن لها نفقة على الزوج .[1]

وتستحق النفقة من أب الطفل ذلك أن الأجرة حسبهم ليست عوضا خالصا بل هي كأجرة الرضاع، و للأم مؤونة ونفقة ، لقوله عز وجل " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف."[2]

أما الشافعية والحنابلة و الزيدية: فقد ذهبوا إلى أن الحاضنة تستحق الأجرة على الحضانة سواء كانت الحاضنة أما أو غيرها ، فالحضانة واجبة على الأم، ولو استغنت ولا تجبر عليها لو امتنعت ، ومؤونة الحضانة تكون من مال المحضون فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته ، والأجرة على حضانة الأم هي أجرة المثل.[3]

وزاد الحنابلة أنه لو وجدت متبرعة تحضنه مجانا امتنعت الأم عن الحضانة دون مقابل سقط حقها ، وانتقل إلى غيرها على الوجه المتقدم.[4]

الفرع الثاني: أجرة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

بعد استقرائنا للنصوص التشريعية في قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يتطرق لأجرة الحضانة ولم يعرفها، وبالمقابل نجد المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني ، مما يقتضي الأخذ بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية والقاضي دائما يراعي ما يصلح للطفل المحضون ويوفر له الحماية ، وكان على المشرع الجزائري أن يتدخل لحسم هذه المسألة ، خاصة وأن أجرة الحضانة هو أمر ضروري يمس بمصلحة المحضون، وحصول الحاضنة على مقابل مالي هو تحفيز لها على القيام بالأداء على أكمل وجه، لكي لا يكون هناك ضرر على المحضون لأن الحضانة جاءت لحماية المحضون لا للإضرار به.

المبحث الثاني: حق المحضون في السكن والزيارة

[1] . محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص244

[2] . آية 233 من سورة البقرة .

[3] . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، المرجع السابق، ص58

[4] . المرجع نفسه ، الصفحة نفسها

السكن هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان ، والمكان الذي يعده سكنا له، فيكفي أن يكون ساكن البيت مالكا لحق الانتفاع أو مستأجر أو مستعيرا أو حائزا حيازة عرضية ، فالطفل يلقى ما يلزمه من ضروريات مادية ومعنوية في مسكنه لذا لابد من توفير حمايته له من الضياع وذلك بسبب افتقاره لدعامة رئيسية في حياته وهو أحد والديه، لذا أدخل المشرع الجزائري السكن ضمن مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة، ومن ايجابيات التعديل المتعلق بقانون الأسرة أنه وضع حدا للتناقض الذي كان بين المادة 52 و72 من القانون، فالأولى كانت تقرر للحاضنة حق البقاء في مسكن الزوجية، والثانية كانت تلزم الأب صراحة بتهيئة المسكن للمحضون ، وإن تعذر عليه التزم بدفع أجرة المسكن، وهو بذلك يحمِّل الأب بصورة مباشرة مسؤولية أبناءه المحضونين بغض النظر عما إذا كان لديهم مال أو لا، ويتدارك رفع الغبن على الحاضنة لكونها مكلفة برعاية المحضون وحمايته ، وتحصينه من آثار الطلاق.

كما منح المشرع لأحد الوالدين حق رؤية الصغير أو حق الزيارة للطفل، وهو حق للصغير أيضا لأهميته البالغة وتوفير الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون ، كما رتب أصحاب الحق في رؤية المحضون ومكان ممارسة الحضانة ، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في هذا المبحث الذي يحتوي على مطلبين نتناول في (المطلب الأول) حق المحضون في السكن أما (المطلب الثاني) فسنركز فيه على حق المحضون في الزيارة.

المطلب الأول: حق المحضون في السكن

حق توفير السكن لممارسة الحضانة حق شخصي لذا نص المشرع على ضرورة توفير سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة، إذ جاء في المادة 72 من قانون الأسرة المعدلة " وذلك من أجل مصلحة المحضون " ، إلا أن المشرع لم يكن موفقا عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الحكم القضائي من طرف الأب والمتعلق بالسكن مع العلم أن الحاضنة ليست دائما الأم، وحتى ولو كانت الأم فالطلاق في قانون الأسرة بائن، فكيف لها أن تقيم في بيت باتت أجنبية عنه؟

وعليه فما المقصود بسكن المحضون وما موقف التشريع والفقه، وما موقف القضاء في حق المحضون في السكن؟

الفرع الأول: مفهوم السكن

السكن هو مأوى للطفل ، والذي يلقى فيه كل ما يحتاجه من ضروريات سواء مادية أو معنوية، لذا سنتناول في هذا الفرع المقصود بالسكن وتحديده من الناحية اللغوية والقانونية والشرعية (أولا) ، ثم تحديد موصفات السكن الذي تمارس فيها الحضانة (ثانيا) ،ثم نتناول حكم الانتقال بالمحضون إلى بلد آخر (ثالثا).

أولا: تعريف السكن

سنبين في هذا العنصر نعريف السكن لغة وفي اصطلاح الفقهاء و كذا التعريف القانوني له.

أ- التعريف اللغوي للسكن:

يقال سكن بالمكان يسكن سكنى وسكونا أي أقام، ويقال سكنتُ داري وأسكنتها غيري، والمسكن هو البيت والجمع مساكن والسكن ما يسكن إليه من أهل ومال وغير ذلك.[1]

والسكن كل ما سكنت إليه من أهل وغيره وفيه قوله سبحانه وتعالى:" وجعل الليل سكنا " [2] وقوله أيضا " وسكنتكم الأرض ومن بعدهم " [3] والسكن المرأة لأنها سكن لزوجها وسكن المرأة: المسكن الذي يسكنها الزوج إياه.[4]

والسكن مشتق من فعل " سكن" أي قرَّ وانقطع عن الحركة، وسكن: اطمأن وقرَّ، والسكنية تعني الوقار الطمأنينة والمهابة.

ب . **التعريف الاصطلاحي للسكن:**

عرف الفقهاء السكن بأنه " المسكن هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان، والمكان الذي يعده لسكناه حتى ولو لم يكن فيه، وهو مستودع أسراره ومكان راحته "، كما عُرِّف على أنه" كل مكان يتخذه الشخص لنفسه على وجه التوقيف أو الدوام بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخوله إلابإذن منه "، ويعتبر مفهوم السكن مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان بمعنى أن ما يعد عند أهل البادية والصحراء سكن لا يكون عند غيره من أهل المدن ، فبيت الشعر بالنسبة للبدوي هو مسكنه الذي يعيش فيه، وهو المكان الخاص الذي يأوي إليه ، إذ لا أهمية لتهيئة السكن ولا للمادة التي صنع منها.[5]

---

[1] . عيسى طعيبية ، المرجع السابق، ص45.

[2] . الآية 96 من سورة الأنعام.

[3] . الآية 14 من سورة إبراهيم.

[4] . عهد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، **القاموس المحيط** ، الجزء الثالث، دار الجيل ، لبنان ،1971 ، ص297.

[5] . عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص46.

ج- التعريف القانوني للسكن:

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لسكن الحضانة بل اكتفى بالإشارة إليه في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

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

فنجد أن المشرع قد ألزم الأب بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة، إلا أنه قد أخطأ عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.[1]

ثانيا: مواصفات سكن الحضانة ومكان ممارستها

أوجب المشرع عند توفير المسكن للمحضون أن يكون ملائما لما نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري" في حالة الطلاق يجب على الأب إن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما " ، ولمعرفة مفهوم السكن الذي يوفره الأب يجب التمييز بين مسكن الزوجية والمسكن الحضانة ؟

***المقصود بمسكن الزوجية** :

هو المكان الذي تجتمع فيه الزوجة والزوج وأولادهما أثناء قيام الزوجية بدون تحديد مواصفات المسكن سواء منزل أو شقة صغيرة وغير ذلك إذ يحمل هذا المكان (المسكن) باجتماع العناصر ثلاث من عنصر بشري ومعنوي والعنصر المادي.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم مسكن الزوجية مراعاة لحال الزوج ويسره، ولتحديد موصفات المسكن الزوجي لابد من الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، إذ تقر الشريعة جملة من الشروط والتي تتمثل في:

- احتواء المسكن على اللوازم الأساسية للمعيشة كالأثاث وغيره
- توفر المسكن على المرافق الضرورية وحسب حال الزوج
- أن يكون المنزل مستقلا
- أن يكون موقع السكن بين جيران صالحين[2]

[1] . بن عصمان نسرين إيناس ، المرجع السابق، ص121 .

[2] . عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص48 .

وبما أن المسكن حق ثابت لا يمكن التنازل عليه ، وأقرته الشريعة الإسلامية ، وتضمنه القانون كان على المشرع أن يشير إليه بنص لتوضيح المعنى أكثر.

*** المقصود بمسكن الحضانة:**

لم يحدد المشرع الجزائري مفهوم مسكن الحضانة، ويرجع الأمر إلى تقدير قاضي الموضوع للمواصفات الذي يضمها المسكن، ولا يكون المسكن ملائما إلا إذا توفرت فيه الشروط الشرعية. وقد قصد المشرع في المادة 72 من القانون كلمة الملاءمة عدم الإضرار بالحضانة كأن يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية.[1]

واشترط المشرع أن يكون المسكن ملائما للحضانة، وأعطى الحق للحاضنة في مطالبة الأب بسكن الحضانة بصفتها راعي الولد وحاميه، كما لها صفة في التقاضي لطلب تهيئة مسكن وذلك باعتباره جزء من النفقة على الصغير.

ونستشف من المادة 72 أنه في حالة الطلاق تبقى الحاضنة في بيت الزوجية باعتبار أنه خصص فئة النساء دون الرجال في تقدير الحضانة، فلو انتقلت إليهم لا يستفيدون من المسكن وبدل الإيجار.[2]

ثالثا . الانتقال بالمحضون:

إذا انتهت العلاقة الزوجية فللأم الانتقال إلى بلدها الذي تم فيه العقد بشرط أن يكون مأمونا على الولد في تنقلها وإن أرادت نقله من غير بلدها فيشترط موافقة الزوج.[3]

ويشترط حسب الفقه المالكي أن تقل المسافة على 06 برد (20 كلم) فإذا كانت أقل فانه يصح لها أن تستوطن فيه ، ولا يسقط حقها في الحضانة.[4]

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم ، فليس لها الانتقال بالمحضون مطلقا إلا بإذن من الأب فمنع التنقل حق له.[5]

---

[1] . كربال سهام، المرجع السابق، ص73.

[2] . عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص48.

[3] . محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف ، **فقه الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن،2000، ص202.

[4] . محمد أبو زهرة ، المرجع السابق، ص 412.

[5] . كربال سهام، المرجع السابق، ص75.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإن موقفه في هذا الشأن يستشف من خلال نص المادة 69 من قانون الأسرة بأنه لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي وأشار إلى ضرورة ممارسة الحضانة في بلد يقيم فيه أهل المحضون حتى لا ينقطع عنهم لا سيما أبوه وأمه.[1]

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة من سكن المحضون

بما أن الأب هو المسؤول على توفير السكن للأولاد لقدرته على الرعاية والتربية السليمة وتوفير كل ما يحتاجونه لأجل حياة كريمة فما موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من سكن المحضون

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول سكن المحضون بين مؤيد ومعارض:

* فبالنسبة لفقهاء المالكية ساووا بين الحاضنة والولي، وتؤدي الحاضنة حصتها من الكراء فقال سحنون: سكن الطفل على أبيه.[2]

وورد في مذهب المدونة أنه واجب على الأب، أما إذا كانت الحاضنة ميسورة الحال بغير الأب يسقط واجبه في توفير السكن.[3]

أما بالنسبة للحاضنة ، ففريق قال بأن سكناها أيضا على من عليه نفقة المحضون، وفريق قال بل عليها هي حسب الاجتهاد وبما تتحمله أو يتحمله المحضون.[4]

1- أما الحنفية فقد اختلفوا في الحكم ، حيث قال ابن عابدين " والحاصل لزوم أجرة السكن على من لزمته نفقة المحضون ، فإن المسكن من النفقة لكن هذا إن لم يكن للحاضنة مسكن ، أما لو كان لها مسكن، يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا تجب الأجرة لعدم احتياجه إليه".

وقال أيضا:" فينبغي أن يكون هذا توفيقا بين القولين، ولا يخفى أن هذا هو الأوفق للجانبين فليكن به العمل"

---

[1] . بن باديس ديابي ، **آثار فك الرابطة الزوجية** دراسة **مدعمة بالاجتهاد القضائي (تعويض نفقة، حضانة ، متاع)** ، دار الهدى ، 2008، ص 93.

[2] . محفوظ بن الصغير ، المرجع السابق، ص682.

[3] . كربال سهام ، المرجع السابق، ص 59.

[4] . عيسى طعيبة ، المرجع السابق، ص 24.

أما الشافعية والحنابلة:

اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة على وجوب السكن للمحضون على الأب إذا كان موسرا واعتبر من النفقة ، فمن يجب عليه النفقة يجب عليه السكن [1].

ثانيا: موقف القانون من سكن المحضون

سنتطرق إلى حق سكن للمحضون في قانون الأسرة وكيف عالج المشرع الجزائري السكن قبل التعديل وبعد التعديل ؟

أ . حق المحضون في السكن قبل تعديل قانون الأسرة:

نجد تعارضا كبيرا بين الإطلاق والتقيد في المادتين 52 و 72 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، إذ نجد المادة 52 تنص على أنه " وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها ويضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج".

ونجد أن المادة72 جاءت تعدل المادة 52 بحيث تكلمت عن الطلاق التعسفي في فقرتها الأولى في حين نجد المادة 72 من القانون 84-11 تتسم بالعمومية في لفظها ومعناها، وللاجتهاد القضائي عذره في التناقض الذي كان سائدا لأن النصوص القانونية نفسها متعارضة كما سبق بيانه.[2]

وبالرغم من ايجابيات المادة 72 المذكورة إلا أن سلبياتها قائمة وتتمثل في:

*. لم تعتبر هذه المادة السكن من مشتملات النفقة ، وهذا ما يجعلها متعارضة من جهة ، مع المادة 78 من قانون الأسرة التي تنص صراحة على أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته....."

*. في حال عدم وجود مال للمحضون تعرض المشرع لحل مشكل السكن، أو أجره الذي يقع على عاتق الأب دون أن يحل مشكل باقي مشتملات النفقة.[3]

لذلك كان لابد من إعادة صياغة نص المادة بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير السكن المستقل ، فإن تعذر ذلك يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة إذا قامت

---

[1] . نفس المرجع و نفس الصفحة .

[2] . أحمد الشامي ، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات**، دار الجامعة الجدية ، الإسكندرية ، 2010، ص 328.

[3] . حميد وزكية ، المرجع السابق، ص ص 130 ، 131 .

هي بتوفير المسكن عند عجز الزوج حتى ولو كان المسكن مع أبويها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون.[1]

ب . حق المحضون في السكن بعد تعديل قانون الأسرة :

حسم المشرع الجزائري تناقض الاجتهادات القضائية بتعديل المادة72فأصبح كالآتي: في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

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

ويتضح لنا من خلال المادة 72 المعدلة أنه تم استدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي ، فقد جمع تعارض المادتين 52 و72 في صيغة واحدة ترفع اللبس[2] ، غير أن المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية التي تنص على " وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

فالمشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

*. إن المشرع حصر الحاضنة في الأم المطلقة، إلا أن هذا غير صحيح فقد تكون الحاضنة أما أو خالة أو أي حاضنة أخرى.

*. نعلم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها.[3]

فيجب تعديل المادة من حيث صياغتها بدقة لأنه قد أحل ما حرم الله، وذلك أن المطلقة لا يمكن أن تسكن في بيت طليقها.

كما اشترط المشرع في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري أن يكون المسكن ملائما للحاضنة، وبهذه الصياغة المعيبة جعل المشرع الحق في السكن قاصر على ملائمته مع الحاضنة ، بدلا من أن يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة.[4]

---

[1] . أحمد الشامي، المرجع السابق ، ص 329.

[2] . المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

[3] . بن عصمان نسرين إيناس ، المرجع السابق، ص126.

[4] . صالح بوغرارة ، المرجع السابق، ص83.

ولإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية:[1]

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

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

* . أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له سكن يوفره للحاضنة، فإنه في هذه الحالة عليه أن يدفع لها قيمة إيجار سكن لمثل سكنه ويكون ملائما لها.[2]

ثالثا : موقف القضاء من حق المحضون في السكن

يعود الاختصاص في منح السكن لممارسة الحضانة لقاضي شؤون الأسرة، و له كامل السلطة التقديرية في ذلك، وحدد القضاء عدة شروط بخصوص الحق في السكن تتمثل فيما يلي :

أ . أن يحكم للمطلقة بالحضانة :

استقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، ولا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات، وفق المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل.

وقد ألزمت المحكمة العليا أب المحضونين بدفع بدل الإيجار.[3]

كما يعود الاختصاص في الحكم بالسكن للقاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق، وهذا المبدأ أكده المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/31 بقوله" متى كانت أحكام المادة 47 من القانون المدني صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق بالفصل في موضوع سكن الحضانة، وتقديم الانتفاع بحق الإيجار، ونتيجة لذلك فإنه ليس للقاضي أن يحكم من جديد بتقرير حق الانتفاع بالسكن أو استبداله، ومراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي

---

[1] . عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، دار هومة ، الجزائر، 2007، ص145.

[2] . نفس المرجع ، ص147.

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

الذي قضى بالطلاق خاصة وأن الحكم بتقرير السكن كان أثرا من آثار الطلاق ، ومن ثمَّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها أعلاه وخرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه ، وتجاوزا للسلطة في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي صادق على حكم بإشهاد المدعية بتمتعها بالسكن الزوجي الكائن بوهران، في حين أن الحكم الذي قضى بعدم التصريح بالطلاق يمنح المطلقة السكن الكائن بعين تيموشنت أصبح نهائيا وصار له قوة الشيء المقضي فيه فإن المجلس القضائي بقضائه هذا انتهك أحكام المادة 46 من القانون المدني، وخرق مبدأ حجية الشيء المقضي فيه ، وتجاوز سلطته في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " .[1]

ومن هنا فإنه بمجرد وقوع الطلاق ينظر القاضي في الآثار القانونية المترتبة عليه ، وأهمها ما يتعلق بحقوق الأبناء، وهي أحكام الحضانة فيفصل القاضي إلى من ستؤول الحضانة مراعيا مصلحة المحضون، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"، و بما أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة فإن حق المحضون في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق وبالحضانة وهو من اختصاص قاضي شؤون الأسرة.[2]

وهو مستقل على باقي النفقات الذي يحكم بها لفائدة الأولاد المحضونين ، فهو يحسب من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء مدة الحضانة.[3]

ونجد أن القاضي ملزم قانونا بعدم النظر فيما لم يطلبه الخصوم ، إلا أنه قد يسكت الزوجان عن إثارة مسألة إسناد الحضانة إذ عليه مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه ومن خلال نص المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالطلاق بالتراضي والتي تنص على " يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي " ...4 . عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق ".

---

[1] . قرار رقم 34899 المؤرخ في 31 . 12 . 1984 ، ذكره عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص 28

[2] . صالح بوغرارة ، المرجع السابق ، ص90 .

[3] . قرار الصادر في 1986/05/05 ملف رقم 41473 ، ذكره العربي بلحاج ، المرجع سابق، ص 388

كما أن المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء فيها "..... ينظر مع الزوجين أو كلاهما في الاتفاق (الاتفاق المتعلق بالطلاق بالتراضي) وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذ كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام. " .

فاعتبر المشرع مصلحة الأولاد أسمى وأعلى من المصالح الأخرى.

فالمشرع أيضا أعطى حقا للمحضون وقرره وكفله بالحماية وذلك باللجوء إلى القضاء للمطالبة بتوفير السكن لممارسة الحضانة كأصل أو تقديم بدل الإيجار.

وفي نص المادة 57 من قانون الأسرة المعدلة استثنى المشرع الأحكام المتعلقة بالحضانة وجعلها قابلة للاستئناف " تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف " ، وبالتالي يجوز للحاضنة أن تطالب الأب قضائيا بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو تغييره ، كما للأب أن يطالب بإسقاط الحضانة عنها نتيجة توفر حالة من حالات إسقاط الحضانة أو نظرا لانتهاء مدتها، و يتم النظر في موضوع حق المحضون في السكن إما برفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة أو القضاء الاستعجالي عن طريق رفع دعوى للحصول على هذا الحق وحمايته أو عن طريق أمر على عريضة[1].

ونص المشرع في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال....".

ومن خلال النص أعطى المشرع صلاحيات النظر في قضاء الاستعجال لقاضي شؤون الأسرة، ونص كذلك في المادة 460 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يمكن للقاضي ومراعاة لمصلحة القاصر أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية.

كما يجوز له أن يسند مؤقتا حضانة القاصر لأحد الأبوين، وإذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة...

يفصل القاضي في هذا الطلب بموجب أمر استعجالي".

وقد نصت المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والزيارة والمسكن."

[1] . عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق، ص 450.

فمن خلال استقرائنا لهذه النصوص القانونية نجد أن المشرع ونظرا لأهمية بعض المسائل المتعلقة بالآثار المادية وخاصة تلك التي ترتبط بمصالح القصر كالنفقة والحضانة أو الزيارة والمسكن سمح للقاضي باتخاذ التدابير المؤقتة على وجه الاستعجال.[1]

ففي وقوع الطلاق يتعرض الأطفال إلى الضياع والإهمال فهنا يجوز لأحد الزوجين أو غيرهما أن يرفع دعوى مستعجلة ليطلب من رئيس المحكمة أن يحكم بإسناد الحضانة إليه بصفة مؤقتة أو ليطلب من أبيهم أن يخصص لكل واحد منهم نفقة مؤقتة ذلك لأن الحضانة والنفقة باعتبارهما من الآثار الناجمة عن الطلاق ولكونها من الأمور المستعجلة التي تستوجب السرعة في البت فيها بقصد حماية الحق إلى حين الفصل في موضوع النزع.[2]

وما تجدر الإشارة إليه أن غلب الدعاوي المتعلقة بالسكن تكون تبعية للدعاوي المتعلقة بالطلاق أو إسناد الحضانة أو أثناء المطالبة بتمديدها أو بإسقاطها، إلا أنه توجد بعض الدعاوي مستقلة بذاتها وترفع هذه الأخيرة أمام قسم شؤون الأسرة لمحكمة مكان ممارسة الحضانة.

مع الإشارة إلى أنه عند إثارة دعوى الطلاق وبغض النظر عن الصورة التي يقع بها فإن قاضي شؤون الأسرة يطالب بتوفير السكن الملائم للحضانة أثناء النظر في دعوى الطلاق حسب نص المادة 1/423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن الحكم بالحضانة وبتوفير السكن للمحضون يكون في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق.

فيجوز للزوجة المطالبة بإسناد الحضانة لها وما يتبعها من آثار كالنفقة والسكن ، على أن تبقى في بيت مطلقها إلى حين تنفيذ التزاماته ، ويدفع بدل الإيجار لها ، أما بالنسبة للحاضنة غير الأم، وحسب ما جاء به المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة فوفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية يجوز لها التدخل في الخصومة المثارة عن طريق رفع الدعوى بذلك وفق الإجراءات الخاصة بكل دعوى.

كما نصت المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يكون التدخل في الخصومة أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا.

[1] . عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص101.

[2]. عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 102.

لا يقبل التدخل إلا ممن توافرت فيه الصفة والمصلحة ويتم التدخل تبعا لإجراءات المقررة لرفع الدعوى...."

كما نصت المادة 335 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " ويجوز رفع الاستئناف من طرف المتدخل الأصلي أو المتدخل في الخصام في الدرجة الأولى، وذلك طبقا للمادة 57 قانون الأسرة والتي تنص " تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف "، وطلب توفير السكن الملائم للحضانة أثناء النظر في دعوى إسناد الحضانة غالبا ما تتوفر في حالة عدم الحكم بها، وفي حالة فقدان الحاضن يجب أن يتوافر الحكم القضائي بفقده أثناء إقامة الدعوى بإسناد الحضانة، فيكون من حق الذي تتوفر الشروط القانونية فيه أن يرفع دعوى أمام المحكمة المختصة.

وذلك طبقا لفقرة الثانية من المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي التالية: 2- دعاوي النفقة والحضانة والزيارة،..."، ومطالبة الأب بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة أو بدل إيجار باعتباره مكلف قانون بهذا الالتزام طبقا لنص المادة 72 من قانون الأسرة.

أما طلب تمديد الانتفاع يكون أثناء النظر في دعوى تمديد الحضانة فإذا كان الأم لم تتزوج فتقدم دعوى بطلب تمديد الحضانة أمام المحكمة، وتطالب الأم في نفس الدعوى بحق المحضون في السكن إلى غاية انتهاء مدة الحضانة.[1]

[1] القانون 08 . 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير2008 **المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية** ، الجريدة الرسمية ، رقم 21 ، الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق لـ 23 أفريل 2008.

فقد يحكم بالطلاق بين الزوجين وبنفقة أبنائهم لإسناد الحضانة للأم إلا انه قد يغفل القاضي عن مسألة السكن ولا يثيرها، في هذه الحالة يمكن لها استئناف حكم الطلاق أمام غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس المختص، والمطالبة بمراجعة الحكم وذلك طبقا لنص المادة 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص " يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة".

وذلك في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته أو إذا كان عند طريق التبليغ الرسمي لموطنه الحقيقي أو المختار طبقا لما تنص عليه المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية.

فمن حق الحاضنة أن تطالب قضائيا الأب إما بالسكن أو ببدل الإيجار ولو كان الطلب لأول مرة، أما في حالة فوات ميعاد الطعن باستئناف والحكم ترفع الحاضنة دعوى مستقلة ضد الأب لمطالبته بتوفير مسكن ملائم لممارسة حضانة أبنائها.

كما أن حق السكن حق نسبي مؤقت فيجوز للأب التخلص من التزامه في حالة بلوغ المحضون أقصى سن الحضانة المنصوص عليها بالمادة 65 هو بلوغ الولد 16 سنة ، أما بنت بلوغها سن الزواج، أو في حالة عدم استعمال الحاضنة المسكن المعد من قبل الأب لممارسة الحضانة فيه.

ب- أن لا يكون للمطلقة ولي يقبل إيواءها:

من المعروف قانونا أنه إذا كانت الأم حاضنة ، ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها فعلى الزوج أن يضمن حقها في السكن مع محضونها، وإن تعذر ذلك فعليه أجرته[1].

وأجبر المشرع الجزائري الأب في المادة 52 من قانون الأسرة بصفة غير مباشرة أن يثبت للقاضي بأن وليها لا يرفض إيواءها، وقد تأكد في قرار المحكمة العليا أن الطاعن الذي ادعى أن لمطلقته وليا يقبل إيواءها هي ومحضونها كان عليه أن يثبت ما يدعيه.[2]

وفي قرار لاحق قضت المحكمة العليا أنه لما ثبت من قضية الحال أن للزوج مسكنا آخر بنفس البلدية، حسب اعترافه، فإن قضاة المجلس قد أخطؤوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعنة

[1] . نبيل صقر ، المرجع السابق، ص143.

[2]. ملف رقم 348956 قرار بتاريخ 2005/11/16، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا ، العدد 02 ، لسنة 2005، ص425.

بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه، خاصة وأنه لا وجود لولي يقبل إيواءها مع محضونها.[1]

غير أن تفسير المحكمة العليا للنصوص قد تغير لاحقا عندما بيَّنت في أحد الحيثيات أن إثبات فقدان الحاضنة لولي يقبل إيواءها يقع على عاتق المطلق إذ قضت أن الطاعن لم يثبت أن ولي مطلقته قد قبل ايواء ابنته المطلقة ومحضونها الأمر الذي يجعل القرار المنتقد سليما ولم يخرق القانون ولا المادة 52 من قانون الأسرة ، مما يجعله غير مؤسس ويتم رفض الطعن.[2]

و قضت المحكمة العليا " ويثبت قبول الولي إيواء الحاضنة بتصريحه بذلك أمام القضاء، حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف ولم يخرق المادتين 52 و 72 من قانون الأسرة ، وذلك لكون الحاضنة تستحق أن يوفر لها أب المحضون سكنا لكي تمارس فيه الحضانة، أو أن يسلمها بدل إيجار عوضا عنه، وحيث أن المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري لم تشترط وجود عدد من الأولاد المحضونين كي تستحق الحاضنة سكنا لتمارس الحضانة به أو مبلغا ماليا كبدل زيادة على ذلك ، فإن إجتهاد المحكمة العليا استقر على كون الحاضنة تستحق مسكنا لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار مقابله عند تعذر توفيره مهما كان عدد الأولاد المحضونين، وحيث أن الطاعن يعيب على القرار المنتقد كونه منح المطعون ضدها بدل إيجار في حين أن لها وليا يقبل إيواءها هي ومحضونها.

لكن حيث أن الطاعن يعد مدعيا في هذا الموضوع وبالتالي عليه أن يثبت ما يدعيه، بحيث كان يتوجب عليه أن يجلب (ولي) المطعون ضدها أمام قضاة الموضوع ليصرح أمامهم بأنه يقبل إيواء ابنته رفقة محضونها، وفي هذه الحالة فقط يمكن الادعاء بأن الحاضنة لها ولي يقبل إيواء الحاضنة ومحضونها أو محضونيها ولما لم يقم بهذا الأجراء الطاعن فإن ادعاؤه لا يتماشى وقانون الأسرة الأمر الذي يجعل الوجه المثار غير وجيه مما يتعين معه رفضه" .[3]

ج- تعدد المحضونين:

إن المادة 72 من قانون الأسرة لم تشترط وجوه عدد من الأولاد المحضونين كي تستحق الحاضنة مسكن تمارس الحضانة به أو مبلغا ماليا بدله.

---

[1] . نبيل صقر، المرجع نفسه، ص143 .

[2] . عيسى طعية، المرجع السابق، ص29.

[3] . نبيل صقر، المرجع السابق، ص 148.

واعتبر القضاء أن حق المحضون في تهيئة السكن له من والده هو حق أقرته المادة 72 من قانون الأسرة على مال الوالد إن لم يكن للمحضون مال بغض النظر عن عدد الأولاد المحضونين خاصة إن لم يكن للحاضنة ولي يقبل إيواءها مع محضونيها، كما أقرت المحكمة العليا للأم الحاضنة للبنتين أجرة السكن على الوالد بالرغم من أنها عاملة.[1]

المطلب الثاني: حق المحضون في الزيارة

حق الزيارة هي من حقوق المحضون التي لا يجوز تجنبها فهو حق محمي فقها وقانوني إذ أنها أسمى لون من ألوان تربية الطفل سواء عند والديه أو تؤول لمن تتحقق فيه صفات المسايرة لمصلحة المحضون، وسنفصل فيه على نحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم حق المحضون في الزيارة

نتناول في هذا الفرع بيان المقصود بحق المحضون في الزيارة أو مايُعرف بالحق في رؤية المحضون و كيفية ممارسة هذا الحق.

أولا . تعريف حق المحضون في الزيارة

لما كان الحق هو ما أدى شرعا إلى اختصاص سلطة وكانت الحضانة مستحقة شرعا للإنسان بقصد الحفاظ على الولد وحسن رعايته وإعداده وتأتي الرؤية بعد ذلك لتكون حقا لمن لم تستند إليه مسؤولية الحضانة، ومن هنا نبين تعريف وموقع ومركز حق الرؤية من الحقوق والتي شرعها الله سبحانه وتعالى.

أ- تعريف حق المحضون في الزيارة لغة:

تأتي بمعنى مجيئ شخص إلى آخر لرؤيته والبقاء معه مدة معينة، أو استقبال الزائر.[2]

ب . تعريف حق المحضون في الزيارة اصطلاحا:

فقد عرفها بعض الفقه على أنها رؤية المحضون والإطلاع عن أحواله المعيشة والتربوية والتعليمية[3]

---

[1] . عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص ص 30، 31.

[2] . رشدي شحاتة أبو زيد ، **رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال لشخصية " دراسة مقارنة "** ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2011 ، ص74 .

[3] . حميد وزكية ، المرجع السابق، ص 196.

ثانيا: دليل مشروعية زيارة المحضون

الحضانة من الحقوق الثابتة للأطفال إذ يراد بها تربية الطفل ورعايته والقيام بأمر طعامه ونظافته كما تشمل تربيته التربية النفسية السليمة.

ومن هنا أوجبت الشريعة الإسلامية رؤية المحضون وجعلته حقا مشروعا لكل من المحضون والوالدين ، وهذه المشروعية ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع ..

أ . دليل مشروعية زيارة المحضون من الكتاب:"

قال تعالى" والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده على الوارث مثل ذلك".[1]

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أن الله سبحانه وتعالى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن فدلت الآية على مشروعية الحضانة كما بينت الآية أن الأمهات لهن حق إرضاع أولادهن لتوافر الرحمة وعدم الإضرار بها وحرمانها من إبنها .[2]

ب . دليل مشروعية زيارة المحضون من السنة :

قال صلى الله عليه و سلم " كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته فالوالد راع في أهله ومسؤول عن رعيته والمرأة راعية في مال زوجها وولده ومسؤولة عن رعيتها ، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته".

فالطفل في السنين الأولى لا يعي مفهوم الخطر الحقيقي، ومن هنا كان على الوالدين رقابة صغيرهما من الأمراض التي تهدد حياتهم .[3]

ج . دليل مشروعية زيارة المحضون من الإجماع :

أجمعت الأمة على مشروعية الحضانة وكفالة الأطفال الصغار كسبيل لحفظ النفس البشرية من الضياع.

---

[1] . الأية 233 من سورة البقرة .

[2] . أبي عبد الله بن أحمد الأنصار القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، الجزء 03 ، دار مكتبة العلمية ، بيروت، ص160.

[3] .رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع سابق، ص76.

قال ابن المنذر " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به ما لم تنكح.[1]

ثالثا . مكان الزيارة

نتناول هنا موقف الفقه الإسلامي و قانون الأسرة من مكان الزيارة

1-مكان الزيارة في الفقه الإسلامي

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك يجب أن لا يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر، كأن يكون المكان الذي تقيم فيه أم الطفل مع أبيه إذا كانت الزوجية قائمة ولا يجوز للأم أن تنتقل من مكان إلى غيره قبل أن يستغني عن أمه وتنتهي مدة حضانته إلا بإذن الزوج، أما إذا لم تكن الزوجية قائمة فإن كانت في العدة فمكان حضانة الصغير هو مكان قضاء العدة.

أما إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم كجدة الصغير أو أختها وعمته فمكان الحضانة هو بلد أب الطفل ، ولا يجوز أن تنتقل بالمحضون إلى غيره إلا برضاه.[2]

والأصل في تحديد مكان الزيارة أن يكون بالاتفاق بين الحاضن، ومن تقرر له حق الزيارة شريطة أن لا يكون ذلك المكان ماسا بمصلحة المحضون.

وفي حالة تولي القاضي تحديد مكان ووقت الزيارة فإنه ينبغي عليه أن يحترم الشروط التالية:

*. أن لا يكون المكان المحدد من الأم يذهب الطمأنينة في نفس المحضون.

* . ألا يكون في المكان المحدد قضائيا ما يكبد طرفي الخصومة مشقة وعناء .

* . أن تكون الزيارة قدر الإمكان في نهاية الأسبوع وفي أيام العطلات.[3]

حيث جاء في قرار رقم 214290 بتاريخ 1998/12/15 حيث أنه بالفعل لا يصح شرعا تحديد ممارسة حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضده لأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها لو لساعات محدودة.[4]

---

[1] . أبي عبد الله بن احمد الأنصار القرطبي ، المرجع السابق ، ص164.

[2] . عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق ،ص 272 .

[3] . حميدو زكية، المرجع السابق، ص 200.

[4] . نبيل صقر و قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص 126 .

كما يرى الحنفية أنه ليس للأب أو الولي أخذ الصغير ممن له الحضانة من النساء والانتقال به من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها قائمة، ولا يسقط حقها في الحضانة بانتقاله سواء كان المكان الذي ينتقل إليه قريبا أو بعيدا وهذا هو الأرجح و الأقرب للعدل.[1]

2- مكان الزيارة في التشريع الجزائري

نصت المادة 69 من قانون الأسرة على أنه " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

فثبوت الحق في الحضانة متروك أمر تقديره للقاضي، لذلك قضت المحكمة العليا في قرارلها أنه من المقرر شرعا وقانونا أن تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر.[2]

ويفرق جمهور الفقهاء والمالكية والشافعية والحنابلة بين ما إذا كان سفر الحاضنة للنقلة والانقطاع فتسقط حضانة الأم وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة، والأب هو الأولى بالمحضون ويقيد الحنابلة أولوية الأب بأن لا يكون هدفه الإضرار بالأم وانتزاع الولد منها.[3]

وجاء في المغني " إذا أراد احد الأبوين السفر بحاجة ثم يعود، والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة لأن في المسافر بالولد إضرارا به، وان كان منتقلا إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوف أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفا فالمقيم أحق به لأن في السفر خطر به، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب إليه لأن فيه تغريرا به، وان كان البلد الذي ينتقل اليه آمنا وطريقه آمنا ، فالأب أحق به سواء كان هذا المقيم أو المنتقل إلا أن يكون بين البلدين قرب بحيث يراه الأب كل يوم و يزوره" .[4]

---

[1] . العربي بالحاج ، المرجع السابق، ص391.

[2] . ملف رقم 273526 بتاريخ 2001/12/26 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا العدد 01 لسنة 2004 ، ص 264.

[3] . محفوظ بن الصغير ، المرجع السابق، ص671.

[4] . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة " تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو " ، **المغني** ، الجزء 11 ، الطبعة الثالثة ، دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع ، الرياض ، 1997 ، ص 419.

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنه لا يجوز للأم الحاضنة التي في زوجية الأب أو في عدتها الخروج إلى بلد آخر، وللزوج منعها من ذلك ، أما إن كانت منقضية عدتها فإنه يجوز لها الخروج بالمحضون إلى بلد آخر في الأحوال الآتية:

* -إذا خرجت إلى بلدة قريبة بحيث يمكن لأبيه رؤيته والعودة في نهاره على ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه اقل حالا.

* -إذا خرجت إلى مكان بعيد مع تحقق الشروط التالية :

* . أن يكون الزوج قد عقد نكاحه عليها في هذا البلد

* . ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه دار حرب .[1]

الفرع الثاني: كيفية ممارسة الحق في رؤية المحضون

لا خلاف في أن للأب أو من يقوم مقامه حق رؤية ولده وزيارته إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء على أن للأم حق رؤية ولدها وزيارته وللأب حق تعهد المحضون، وهو لا يمكن من أداء ذلك كله إلا بزيارته والوقوف على حاله، و هذا موقف الشريعة الإسلامية فما موقف القانون منه؟.

أولا: ممارسة حق رؤية المحضون في الشريعة الإسلامية

للأم الحق في رؤية الصغير إذا لم تكن هي الحاضنة [2]، ويرى فقهاء المالكية أن لكل من الأب والأم الحق في رؤية صغارهم المحضونين فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه في كل يوم إن كان صغيرا ، أما إذا كان كبيرا فلها رؤيته في كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب سواء قبل بلوغ الصغير سن التعليم أو بعد بلوغه.[3]

فليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية إبنه سواء كانت الحاضنة هي الأم أو غيرها، ولا تجبر على ارساله إليه في منزله ومكان إقامته إنما تؤمر بأن تخرج الصغير الى مكان يمكن للأب ان يراه فيه.

---

[1] . محفوظ بن الصغير ، المرجع نفسه ، ص 672 .

[2] . الشحات ابراهيم محمد منصور، **حقوق الطفل وآثاره بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص48.

[3] . كربال سهام ، المرجع السابق، ص 27.

وإذا امتنع الأب من أخذ الصغير إلى بيت زوج أمه الجديد ، فيتوجب إخراج الصغير إليها في مكان بحيث يمكنها رؤيته.[1]

أما الشافعية فيرون أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز واختياره العيش مع أحد الوالدين، أما فيما يخص ميعاد الزيارة فيكون مرة في الأسبوع أو أكثر لا كل يوم ، أما الأحناف: فيرون أن الأب يزور محضونه كل يوم أما إذا كان هو الحاضن فقد قدر حق الزيارة مرة كل أسبوعا، أما غير الأم فلها حق رؤية الصغير كل شهر على الأقل، أما الحنابلة فقد رؤوا أن الصغير المميز له حق اختيار الالتقاء نهارا مع أبيه وأمه، أما إذا كانت بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنوات من عمرها فللأم حق زيارتها في أوقات خروج الأب.[2]

ثانيا: ممارسة حق رؤية المحضون في قانون الأسرة الجزائري

جاء في الشطر الثاني من المادة 64 قانون الأسرة أنه" على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" ، ويعني هذا أن القاضي عند حكمه بحل الرابطة الزوجية يحكم بإسناد الحضانة إلى صاحبها سواء كانت الأم أو غيرها، وبعدها يحكم تلقائيا بحق الزيارة للأب أما في حالة ما إذا حكم بإسناد الحضانة للأب أن يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة.

ولم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا.

كما استقر القضاء في الجزائر على الحق في الزيارة في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع.

فحق الزيارة أحاطه المشرع بجملة من الضمانات في المادة69 من قانون الأسرة التي تنص على " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له و إسقاطها منه مع مراعاة مصلحة المحضون."

فمضمون هذه المادة ترى أنه لا يبقى المحضون على تواصل دائم مع والديه ولا يبتعد عنهم وحمايته وتوفير رعايته.

---

[1] . عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق ، ص 274 .

[2] . كربال سهام ، المرجع السابق، ص 27.

وتكرس حق الزيارة في عدة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1990/8/16 أنه يجب على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع ليتعهدهم بما يحتاجون إليه، ويتعاطف معهم، ومن ثَمَّ جاء القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر ويكون قد خرق القانون. [1]

وقد جعل القضاء الجزائري الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق الاستقبال أو زيارة وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها " من المقرر شرعا أنه كما يجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا ".

كما أن المادة 64 سالفة الذكر قد أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنه المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من الدائرة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم.

وقد تكفل المشرع الجزائري بنفسه بهذه المصلحة عندما نص في المادة 03 قانون الأسرة الجزائري " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية"، وكذا في الفقرة الثانية من المادة 36 المعدلة في ذات القانون والتي تنص على أنه" يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم"، وفي الفقرة السابعة من نفس المادة بقولها "زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

ويمكن ينظر في قضايا الزيارة القاضي الاستعجالي، وذلك حسب نص المادة 57 من قانون الأسرة وذلك بصفة مؤقتة في حالة ما إذا تعسف أحد الأبوين في استعمال حق الحضانة ومنعه الطرف الآخر من رؤية أبنائه، خاصة أن قضايا الموضوع المتعلقة بالزواج والطلاق كثيرة، وعادة ما تطول إجراءاتها ، وتستغرق فترة طويلة الأمد الذي يحول معه دون رؤية الأبناء.

[1] . باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية** دراسة **مدعمة بالاجتهاد القضائي (تعويض نفقة، حضانة، متاع)**، المرجع السابق ، ص63.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع حماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري، و صلنا إلى عدة نتائج نستطيع أن نجملها فيما يلي:

1 . أهمل المشرع تحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها، فاكتفى في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بقوله "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" مما يقتضي ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتحديد هذه الشروط، ونحن نرى أنه يجب على المشرع ضبط هذه الشروط لكونها خطوة أساسية لتحديد من يستحق الحضانة بالرغم من أن المشرع أكد في عدة نصوص على مراعاة مصلحة المحضون، ومنح للقاضي كل السلطة التقديرية، إلا أنه لم يحدد المعايير التي يمكن للقاضي أن يعتمد عليها لتقدير هذه المصلحة، خاصة أمام توسع ظاهرة الطلاق في المجتمع مما يضع القاضي في بعض الحالات في حرج ، فهو ملزم من جهة في البحث عن مصلحة المحضون و الفصل في أقرب الآجال ، ومن جهة أخرى يجد نفسه أمام انعدام الوسائل التي تمكنه من البحث، ومع كثرة الملفات المعروضة فإن ذلك قد ينعكس سلبا على المحضون.

2 . المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة غيَّر ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وأعطى للقاضي السلطة التقديرية لتحديد الأقربين درجة ممن لهم حق الحضانة، و هو ما يفرض عليه ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتحديد ذلك.

كما لم يبين المشرع الحل الذي يمكن اعتماده إذا تعدد مستحقو الحضانة في الدرجة الواحدة ، وأقر في هذه المادة أن على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لكن المشرع لم يحدد معناها ولا الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن، ولم يشر أيضا إلى تحديد مكان ومواقيت الزيارة تاركا المهمة للقاضي.

3 . ونص المشرع على تمديد حضانة الولد من عشرة (10) سنوات إلى غاية ستة عشرة (16) سنة، و منح هذا الحق للأم التي لم تتزوج ثانية، بحيث لا يمكن لأحد غير الأم حتى ولو اقتضت مصلحة المحضون تمديد الحضانة ، كما أن المشرع حدد سن 10 سنوات و 16 سنة

دون إعطاء أي مبررو أو معيار منطقي لذلك خاصة و أن هذا التحديد لا خلفية شرعية له فلم نقف في الفقه الإسلامي على إمكانية تمديد الحضانة إلى هذا السن.

4 . اعتبر المشرع عمل المرأة حق لها، ولا يمكن أن يكون هذا الحق سببا في سقوط الحضانة عنها، وذلك لارتفاع نسبة النساء العاملات، و حاجة المرأة الحاضنة لمورد مالي ثابت وإضافي، خاصة وأن مبلغ النفقة قد لا يكون كافيا ، كما أن متطلبات الحياة قد تفرض إلتزامات مالية إضافية .

5 . أشار المشرع في نص المادة 70 على أنه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، فهنا حصر سقوط الحضانة عن الجدة والخالة دون سواهما.

إذ جاء المشرع بالمادة 72 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل، والتي ألغت الفقرة الأولى من المادة 52 من القانون 84/ 11التي جاءت عامة والمتعلقة بسكن الحاضن نظرا للتضارب الحاصل بينهما ، فجاءت المادة السالفة الذكر حماية للمحضون وحفظا له ووقايته من الآثار النفسية والاجتماعية التي تلحقه بعد الطلاق بسبب عدم وجود سكن يأويه.

إلا أن هذا النص جاء قاصرا من عدة جوانب منها:

*. أنه منح للمطلقة الحاضنة الحق في السكن دون سواها من الحاضنات.

*. لم يحدد مواصفات سكن الحاضنة واكتفى بعبارة " الملائم " نظرا للواقع المعاش والتناسب مع يسر أو عسر الأب.

6 . إن المشرع الجزائري لم يحدد المعايير والأسس التي يستند إليها القاضي أثناء النظر في الحكم المتعلق ببدل الإيجار.

7. إن استعمال مصطلح " بيت الزوجية" ليس في محله نظرا لأن الرابطة الزوجية قد انفكت، وبالتالي كان على المشرع استعمال مصطلح البيت الذي كانت فيه الزوجية قائمة مثلا.

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

9 . المشرع لم يتطرق إلى حالات الانتقال بالمحضون، و لم يحدد المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة وبين صاحب الحق في الزيارة، وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 72 من قانون الأسرة التي تنص " وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، فهنا أحل المشرع ما حرمه الله لأن الحاضنة المطلقة تصبح أجنبية عن الأب بعد الطلاق مباشرة.

10. و يعتبر القانون 15 . 01 المتضمن بإنشاء صندوق النفقة في نظرنا خطوة مهمة خطاها المشرع الجزائري لرفع المشقة على الحاضنة ، و توفير الرعاية للطفل المحضون ، والذي نص فيه المشرع على دفع المستحقات المالية للمستفيد من الصندوق أي المرأة المطلقة الحاضنة ، و يتم ذلك في حال ما إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القاضي بالنفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع ، أو عجزه عن ذلك ، أو لعدم معرفة محل إقامته ، باعتبار أن الطفل لديه احتياجات ذات طابع استعجالي لا يمكنها أن تنتظر، وهو ما يعاب على قانون الأسرة ، فكثير من قضايا النفقة تبقى أمام المحاكم لفترة طويلة مما يضر بالطفل و حاضنته.

ويعتبر هذا الصندوق بصيص أمل للكثير من المطلقات الحاضنات للتخلص من تماطل الزوج في دفع النفقة ، حيث أن مبلغ النفقة يبقى من تقدير قاضي الأحوال الشخصية مثلما جرت عليه العادة في قضايا النفقة أمام المحاكم، وأن الاختلاف يكمن في أنه بدلا من أن تتعامل الزوجة مع طليقها وتنتظر تنفيذ الحكم، فهي ستتوجه مباشرة لصندوق النفقة الذي يمنحها المبلغ المالي الذي حكم به القاضي، وستعمل الدولة بعدها على استرجاع المال من الزوج عن طريق القانون.

وعموما فإن ما يعاب على أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري هو تميزها بالكثرة و عدم الصياغة القانونية الدقيقة، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى غموض القاعدة القانونية المراد تطبيقها.

ورغم أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون، إلا أنه مازالت تعتريها بعض النقائص يجب أن يتداركها حتى تكمل

الحماية التي يهدف إليها، و حتَّى يُسهِّل على القاضي مهمته بتوضيح الأحكام القانونية المتعلقة بالحضانة .

ويجب على المشرع أن يسارع بوضع القانون 15 . 01 حيز التنفيذ من خلال وضع النصوص التنظيمية له حتى يدخل هذا القانون حيز التطبيق، خاصة و أن بعض مواده " ما تعلق منها بالملف المقدم للحصول على النفقة " تحيل إلى التنظيم .

كما نرى ضرورة تمديد تطبيق هذا القانون ليشمل الحاضنة المتوفى عنها زوجها، و تقييد حقها في الاستفادة من الصندوق بقيود قانونية، كأن لا يكون للأولاد المحضونين مال يكفي نفقتهم أيا ما كان مصدر هذا المال سواء كانت الأم أو الأب المتوفي أو غيرهما .

قائمة المصادر والمراجع

قائمــة المصادر و المـراجع

أولا : قائمة المصادر :

أ . القـرآن الكريم

ب . السنة النبوية

1 . أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي ، **صحيح البخاري** ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، دار الفكر ، دمشق ، بدون سنة نشر .

ج . النصوص القانونية :

1 . القوانين العادية :

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو1984 الموافق لـ 09 يونيو 1984 **المتضمن قانون الأسرة** المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في27 فبراير سنة 2005 ، الجريدة الرسمية العدد 43 صادرة في 22 يونيو2005.
2. القانون 08 . 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير2008 **المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية** ، الجريدة الرسمية ، رقم 21 ، الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق لـ 23 أفريل 2008.
3. القانون رقم 15 . 01 مؤرخ في 13ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير 2015، **يتضمن إنشاء صندوق النفقة** ، الجريدة الرسمية ، العدد 01 ، الصادر بتاريخ 16 ربيع الأول 1436 الموافقة لـ 07 يناير 2015 .

2 . الأوامـر :

1 . الأمر رقم 66 . 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 **المتضمن قانون العقوبات** ، الجريدة الرسمية ، العدد 49، الصادرة في 20 صفر 1386 الموافق 10 يونيو 1966 المعدل و المتمم .

2 . الأمر رقم 75. 58 المؤرخ في 20 رمضان 1393 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 **المتضمن القانون المدني** ، الجريدة الرسمية ، العدد 78، المؤرخ في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر1975 المعدل و المتمم .

ج . المعاجم و القواميس:

1 . عهد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، **القاموس المحيط** ، الجزء الثالث ، دار الجيل ، لبنان ، 1971 .

ثانيا : قائمة المراجع :

أ . الكتب :

1. **.** إبن القيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، **زاد المعاد في هدى خير العباد**، دار الفكر، بيروت ،2003 .
2. . أبي عبد الله بن احمد الأنصار القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، الجزء الثالث ، دار المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون سنة نشر .
3. . أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الظاهري ، **محلى بالآثار**، دار إدارة الطباعة المنيرية ، مصر ، بدون سنة نشر
4. . أحمد بن محمد الدريني ، **أقرب المسالك للإمام مالك** ، الجزء الأول ، بدون دار نشر و بدون سنة نشر.
5. . أحمد بن محمد بن علي الفيومي المغربي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** ، مطبعة المكتبية العلمية ، لبنان .
6. . أحمد شامي ، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات" دراسة فقهية ونقدية مقارنة "**، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010.
7. . أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام " الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب "**، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1988 .
8. . أحمد قندوز، **الأحول الشخصية في التشريع الإسلامي**، مكتبة الفلاح، الكويت، 1976.
9. أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما**، دار الكتب القانونية، مصر 2005
10. أحمد نصر الجندي ، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، مصر، 2009،
11. العربي بلحاج، **قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا** ، ديوان المطبوعات، الجزائر ،2000.
12. الغوثي بن ملحة ، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2005.

13. الشحات ابراهيم محمد منصور، **حقوق الطفل وآثاره بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر
14. باديس ديابي ، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية** ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر
15. ـــ ، **آثار فك الرابطة الزوجية** دراسة **مدعمة بالاجتهاد القضائي (تعويض نفقة، حضانة، متاع)** ، دار الهدى، الجزائر ، 2008 .
16. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة في الشريعة**، منشورات حلب الاحترافية، بيروت، 2002.
17. . حسن بن عودة الحواشي، **الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة** ، الجزء الخامس، بن حزم ، بيروت ، 2004.
18. . رشدي شحاتة أبو زيد، **رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية " دراسة مقارنة** " ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.
19. . رمضان علي الشرنباصي ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء " دراسة لقوانين الأقوال الشخصية** "، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012.
20. . عبد الرحمان الحريري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، دار إحياء الشرارة العربية، بيروت، 1969.
21. . عبد الرحمان الشواربي، **مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه**، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2001.
22. . عبد الرحمان الصابوني، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الجزء الثاني، المطبعة الجديدة، دمشق، بدون سنة نشر.
23. . عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية، دار البعث، الجزائر، 1989.
24. . ـــ، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر ،1996.
25. ـ ـــــــــــــ ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل** " ، دار هومة، الجزائر، 2007.

26. . عبد القادر حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة** ، دار الخلود للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2007.
27. . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، **الحضانة وأثرها في تسمية سلوك الأطفال** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008.
28. . عبد الفتاح تقية ، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي**، دار ثالة الجزائر،2000.
29. . عروبة الخزرجي ، **حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق**، دار الثقافة للنشر، الأردن ، 2009
30. . عز الدين قمراوي ، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008.
31. . فضل سعد الله ، **شرح قانون الأسرة الجزائرية** " الزواج والطلاق "، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري ، سنة 1996.
32. . لحسن بن الشيخ آث ملويا ، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية**، الجزء الأول ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر،2013.
33. محمد بن إسماعيل البخاري ، **صحيح البخاري**، دار السلام، الرياض، 1997.
34. ـ مالك بن أنس ، **شرح الموطأ** ، دار الهجرة ، مصر ، سنة 1332 هـ، .
35. . محمد بن علي الشوكاني ، **إرشاد الفحول إلى تحقيق حق من علم الأصول**، دار الفضيلة ، السعودية ، بدون سنة نشر.
36. . محمد أبو زهرة ، **مباحث في أحكام الفتوى**، دار ابن حزم للطباعة والنشر، لبنان، و بدون سنة النشر .
37. . محمد المنصور الشحات إبراهيم ، **حقوق الطفل وأثارهما بين الشريعة والقانون**، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2011.
38. . محمد حامد الممحاوي ، **أحوال الشخصية للمسلمين** ، المكتبة القانونية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2005.
39. . محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة**، دار الرسالة، بيروت 1936.

40. . محمد سمارة ، **أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، بدون سنة نشر .
41. . محمد عرفي البكري ، **الأحوال الشخصية** ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة، و دون سنة نشر .
42. . محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2010.
43. . محمد كمال الدين إمام ، **أصول الفقه الإسلامي**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2007.
44. ــ ، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء " دراسة لقوانين الأحوال الشخصية** "، دار الجامعة الجديدة ، مصر، بدون سنة النشر.
45. . محمود علي السرطاوي ، **فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق**، دار الفكر، الأردن ، 2008.
46. . محمود محمد حمودة ، محمد مطلق عساف ، **فقه الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ، عمان، 2000.
47. . مصطفى فهمي ، **النظام القانوني لحماية الطفل والمسؤولية الجنائية والمدنية في إطار الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة** " ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2012 .
48. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة " تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو "، **المغني**، الجزء 08 ، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع ، الرياض، 1997
49. ــ ، **المغني**، الجزء 09 ، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض، 1997.
50. ــ ، **المغني**، الجزء 11، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض ، 1997.
51. نصر الدين فريد واصل، **الولاية الخاصة الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية** ، دار الشروق للنشر والتوزيع، مصر ،2002.

52. . نور الدين بولحية، **الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار**، دار الكتاب الحديث، القاهرة ، 2009 .

53. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، الجزء السابع ، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية، 1985.

54. - وهبة الزحيلي ، **نظرية الضرورة الشرعية و القانونية " مقارنة مع القانون الوضعي** ، دار الفكر المعاصر ، بيروت الطبعة 04 ، 1997 .

ب . <u>أطروحات الدكتوراه</u> :

1. زكية حميدو، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، أطروحة دكتوراه (غير منشورة) ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2004 . 2005.

2. محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية (غير منشورة)، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، سنة 2009/2008.

ج . <u>مذكرات الماجستير</u>:

1. سهام كربال، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون (غير منشورة) ، جامعة البويرة ، كلية الحقوق ، 2013.

2. صالح بوغرارة ، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، (غير منشورة) ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون.

3. عيسى طعيبة، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، مذكرة ماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر(غير منشورة)، 2010.2011.

4. نسرين إيناس بن عصمان ، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير (غير منشورة) ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، السنة الجامعية 2008 . 2009 .

د . <u>المجلات القضائية</u> :

1. **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 02، الصادرة سنة 1986 .

2. **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01 ، الصادرة سنة 1989 .
3. **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03، الصادرة سنة 1989.
4. **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03، الصادرة سنة 1990 .
5. **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01، الصادرة سنة 1991 .
6. **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 ، الصادرة سنة 1993
7. **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 ، الصادرة سنة 1995 .
8. **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01، الصادرة سنة 1997 .
9. **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، عدد خاص، الصادرة سنة 2001.
10 . **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا العدد 02، الصادرة سنة 2004 .
11 . **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01، الصادرة سنة 2005.
12 . **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 02، الصادرة سنة 2005.
13 . **المجلة القضائية،** صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 02، الصادرة سنة 2007.

الفهرس

محتويـــــات البحث

مقدمة	أ-ح
المبحث التمهيدي : الإطار المفاهيـمي للحضـانة	07
المطلب الأول مفهوم الحضانة	08
الفرع الأول: تعريف الحضانة	08
الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن غيرها من المفاهيم.	10
الفرع الثالث: مشروعية الحضانة	13
أولا . حكم الحضانة	13
ثانيا- مشروعية الحضانة	13
المطلب الثاني: مدة الحضانة ومستحقيها فقها و قانونا	15
الفرع الأول: مدة الحضانة	15
أولا : مدة الحضانة في الفقه الإسلامي:	15
ثانيا –مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:	18
الفرع الثاني : مستحقي الحضانة	18
أولا - مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي	18
ثانيا- مستحقي الحضانة في القانون الجزائري	20
الفصل الأول : حماية الطفل المحضون من خلال أحكام إسناد الحضانة و مسقطاتها	24
المبحث الأول : أحكام إسناد الحضانة	25
المطلب الأول: مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	25
الفرع الأول: تعريف مصلحة المحضون	25
أولا- التعريف اللغوي للمصلحة	25
ثانيا -التعريف الاصطلاحي للمصلحة	25
ثالثا -التعريف القانوني للمصلحة	26
رابعا- تقسيمات المصلحة	28
الفرع الثاني: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون	29
المطلب الثاني : تطبيق معيار مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة	33
الفرع الأول: الشروط القانونية الواجب توافرها في إسناد الحضانة	33
أولا:الشروط الواجب توافرها في النساء والرجال معا	33
ثانيا- الشروط الخاصة بالنساء	37
ثالثا -الشروط الخاصة بالرجال	41

الفرع الثاني : دعاوى إسناد و تمديد الحضانة	42
أولا –دعوى إسناد الحضانة	42
ثانيا- دعوى تمديد الحضانة	44
المبحث الثاني: حالات سقوط الحضانة حماية للطفل المحضون	45
المطلب الأول: أسباب إسقاط الحق في الحضانة	45
الفرع الأول:أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 62 و 68 من قانون الأسرة الجزائري	46
أولا: اختلال أحد الشروط النصوص عليها في المادة 62 القانون الأسرة الجزائري	46
ثانيا -زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون	47
ثالثا– التنازل عن الحضانة	48
رابعا: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر	50
الفرع الثاني:أسباب السقوط الواردة في المادتين69 و70من قانون الأسرة الجزائري	51
أولا : سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي	52
المطلب الثاني : عودة الحضانة لمستحقيها	53
الفرع الأول : سقوط حق الحضانة غير اختياري	54
الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة	55
الفصل الثاني : آثار الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	56
المبحث الأول: حق المحضون في النفقة و أجرة الحضانة	58
المطلب الأول: حق المحضون في النفقة	58
الفرع الأول: مفهوم النفقة	58
أولا: تعريف النفقة:	58
ثانيا: دليل وجوب النفقة	59
ثالثا: شروط وجوب النفقة	61
الفرع الثاني: تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها	63
أولا: تقدير النفقة	64
ثانيا: تاريخ استحقاق النفقة	64
المطلب الثاني : أجرة الحضانة	66
الفرع الأول : أجرة الحضانة عند فقهاء الشريعة الإسلامية	66
الفرع الثاني: أجرة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	67
المبحث الثاني: حق المحضون في السكن والزيارة	68

المطلب الأول: حق المحضون في السكن	68
الفرع الأول: مفهوم السكن	69
أولا: تعريف السكن	69
ثانيا: مواصفات سكن الحضانة ومكان ممارستها	70
ثالثا . الانتقال بالمحضون	71
الفرع الثاني: موقف فقه الإسلامي وقانون الأسرة من سكن المحضون	72
أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من سكن المحضون	72
ثانيا: موقف القانون من سكن المحضون	73
ثالثا : موقف القضاء من حق المحضون في السكن	75
المطلب الثاني: حق المحضون في الزيارة	82
الفرع الأول: مفهوم حق المحضون في الزيارة	82
أولا . تعريف حق المحضون في الزيارة	83
ثانيا : دليل مشروعية زيارة المحضون	84
ثالثا . مكان الزيارة	84
الفرع الثاني: كيفية ممارسة الحق في رؤية المحضون	86
أولا: ممارسة حق رؤية المحضون في الشريعة الاسلامية	86
ثانيا: ممارسة حق رؤية المحضون في قانون الأسرة الجزائري	87
الخاتمة	90
الملاحق	
قائمة المصادر والمراجع	