جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون أسرة

رقم:.....

إعداد الطالبان:

غراسي محمد الصالح

جودي محمد إلياس

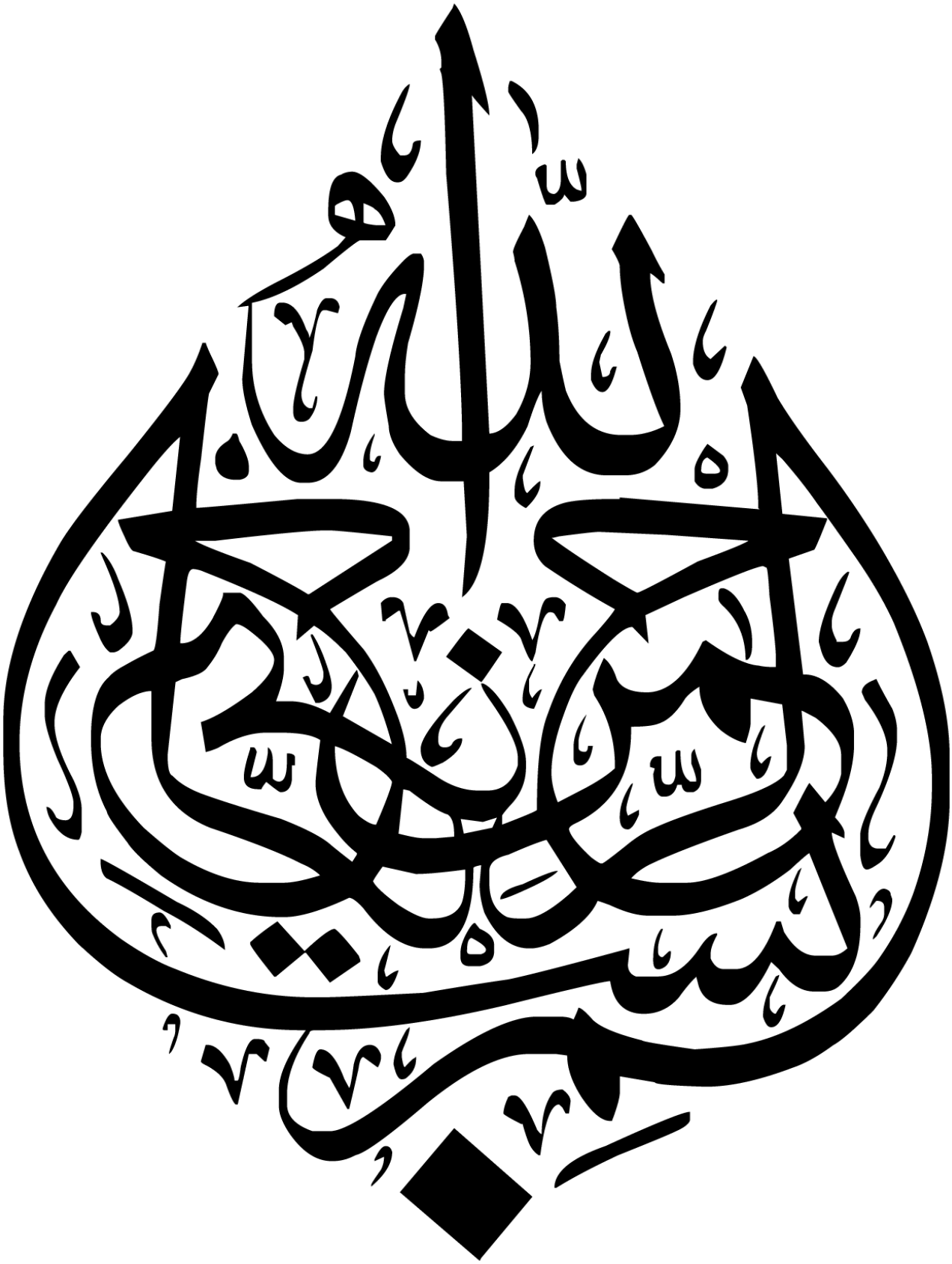
يوم: 2022/ ../..

أحكام حضانة القصر بعد الطلاق والوفاة

لجنة المناقشة:

د. فايزة حمدوش	أستاذ(ة) محاضر(ة)	الجامعة: محمد خيضر بسكرة	رئيسا
د. يتوجي سامية	أستاذة محاضرة أ	الجامعة: محمد خيضر بسكرة	مشرفا
نموشي نور الدين	أستاذ (ة) محاضر(ة)	الجامعة: محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021



شكر وتقدير

بعد أن منا الله علينا بانجاز هذا العمل، فإننا نتوجه إلى الله سبحانه وتعالى أولا وأخرا على فضله وكرمه الذي غمرنا به فوفقنا إلى ما نحن عليه الآن راجين منه دوام النعم والكرم.

اليوم نقول شكرا لكل من أحسن لنا....فلعله يراها هو فيسعد بها ...أو يراها إنسان يدفعه هذا الشكر للعمل والإحسان والبذل... ونكتب عند الله من الشاكرين ...

فإننا نتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى الأستاذة الدكتورة المشرفة" **يتوجي سامية**" على إشرافها على هذه المذكرة وعلى المجهودات التي بذلتها معنا، وعلى نصائحها لإتمام هذه الدراسة، فلها منا فائق التقدير والاحترام.

كما نتوجه في هذا المقام بالشكر الخاص إلى طاقم الجامعة من أساتذة وإداريين الذين رافقونا طيلة المشوار الدراسي ولم يبخلوا في تقديم يد العون لنا.

وفي الختام أشكر كل من ساعدنا وساهم في هذا العمل سواء من قريب أو بعيد حتى ولو بكلمة.

إهداء

إلى عماد الشجرة الأسرية اللذان أحاطاني برعايتهما إلي منبع الحنان

إلي اللذان أحاطاني بدعمهما وساعداني بحرصهما.

إلى اللذين نقش الزمان أسمهما في قلبي إلي لمسة الحب والعطف والحنان اللذين لم يبخلا عليا بعطائهما ولم يحرماني من دعائهما إلي اللذين رسمت صورتهما في ذاكرتي إليكما يا أسمى من عرفت و أجمل كلمتين نطق بهما لساني "أمي، أبي".

إلى من تقاسموا معي مر الحياة وحلوها وكانوا أجمل هدية ظفرت بها من الدار "إخوتي".

إلى كل أصدقائي الكل باسمه.

إلى المسافرين في سبيل طلب العلم والبحث عن الحقيقة إلى كل من عرفت سواء من قريب أو من بعيد.

إلى كل طلبة ثانية ماستر حقوق دفعة 2022 تخصص قانون أسرة.

غراسي محمد الصالح

إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى.

أما بعد:

الحمد لله الذي وفقني لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله.

إلى اللذين نقش الزمان أسمهما في قلبي إلي لمسة الحب والعطف والحنان اللذين لم يبخلا عليا بعطائهما ولم يحرماني من دعائهما والداي الكريمين حفظهما الله وأدامهما نور دربي.

لكل العائلة الكريمة التي ساندتني ولا تزال إلى كل أخوات اللاتي قاسمني أخطائه رعاهم الله ووفقهم في تربية أبنائهم.

أتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة الكرام.

إلى كل طلبة ثانية ماستر حقوق دفعة 2022 تخصص قانون أسرة.

جودي محمد إلياس

قائمة المختصرات والرمـوز :

ط:	الطبعة.
ع:	العدد.
ج:	الجزء.
ق ع ج:	قانون العقوبات الجزائري.
ق أ ج:	قانون أسرة جزائري.
ق إ م:	قانون إجراءات مدنية.
ق إ م و إ	قانون إجراءات مدنية وإدارية.
ج ر:	الجريدة الرسمية.
د ب ن:	دون بلاد نشر.
د س ن:	دون سنة نشر.
ص:	الصفحة.
ص ص:	من الصفحة إلى الصفحة.

مقدمة

مقدمة:

إن العلاقات الإنسانية منذ القدم تفرض على البشر علاقات اجتماعية لم يتركها المولى تبارك وتعالى لتنظيم الإنسان وإنما تولاها بنفسه، فنظمها بأحكامه وتشريعاته التي أنزلها للبشر عن طريق الرسل عليهم أفضل الصلوات وأزكى التسليمات، وأهم هذه العلاقات العلاقة الأسرية والتي تعتبر اللبنة الأولى لتكوين المجتمع المؤسس والمبني على قواعد سليمة ومتينة.

ومن هنا فإن العناية بتقوية الأسرة تعد من أهم ما ينبغي على واضعي القانون والسياسات رعايتها وحسن تنظيمها وأخذ الطريق إليها، بوضع نصوص قانونية منسجمة تضمن بقاءها ونموها، وتقديس أصلها المتمثل في الزواج الذي يكتسي أهمية اجتماعية بالغة الأثر، باعتباره يقي المجتمع من الظواهر والآفات الخطيرة، ويهدف إلى صيانة المجتمع والفرد من الوقوع في الرذائل والمنكرات إذ يقول الله تعالى: ﴿ **وَاللهُ جَعَلَ لَكُم منْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعلَ لَكُم منْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَة وَرَزَقَكُم منَ الطَّيبَاتِ**﴾[1].

ولا شك أن رعاية الأولاد تأخذ العناية الفائقة في هذا الإطار، باعتبارهم الجزء الأضعف والأحوج إلى الرعاية، إن لم تكن أقوى وأشد، وليس هناك تشريع من التشريعات التي تعرف قيمة الحياة، إلا وكان للطفل فيه المكان الأول مما يتطلب العناية والاهتمام.

ومن ثم، إذا كان الميثاق الغليظ في واقعه إلا ظاهرة من ظواهر التنظيم الأسري، وكان الإنسان محتاجا في بقائه إلى أبنائه وأحفاده، فإنه مع ذلك ينبغي ألا تكون هناك زوجية قائمة على أساس القهر والإجبار.

فالزواج عقد وهو تعايش، وهذا التعايش لا يمكن أن يتم بغير المودة وحسن المعاشرة، ومن ثم إذا تباينت طبائع الزوجين واختلفت فلا يتم الترابط والانسجام بينهما، ومن هنا فلا

[1] سورة النحل الآية 72.

مصلحة للمجتمع في الإبقاء على مثل هذه العلاقة المضطربة؛ ولهذا شرع الطلاق ليحسم ذلك الداء، إذ هو علاج ووقاية وليس عقوبة.

فكثيرا ما تعاني الطفولة اليوم مشكل عميقا وخطيرا في تربيتها وتنشئتها ورعايتها وقد أخذ بعداً عالميا إلا أنه يتفاوت بين أمة وأخرى، ولهذا يتنادى العقلاء من جميع الأصقاع لحله والحد منه.

وإن الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات الوضعية قد أحاطت الطفولة بسياج قوي من التشريعات التي تحفظها، وفي مقدمتها أحكام الحضانة، وجعلها حقا مقررا للطفل ثم للأم الحاضنة المستقيمة في حال الفراق عن زوجها ما لم تتزوج بآخر مع استثناءات محددة.

كما رتب الحاضنون بعد الأم على القرابة والشفقة وال حن و وحسن الرعاية والنصح للولد الصغير، فقد حدد الفقهاء شروطا يجب توافرها في الحاضن على غرار أصحاب القانون حفظا لمصلحة الولد كما حددت مدة للحضانة والمرحلة التي يجوز فيها للصبي إذا بلغ سن التمييز أن يختار من والديه من هو أنفع له وغير ذلك من الأحكام التي تضمنتها طيات هذا البحث وهكذا، يدخل ضمن المصالح الاجتماعية حماية الطفل، وتقرير أحكام متماشية ومصلحته، لأن ذلك يكفل له التربية الحميدة، ولا مصلحة للجميع في إقرار حضانة لا تتوفر على تلك الحماية، فمن أخطر الصعاب التي تواجه البشرية اليوم مشكلة الطفولة تربيةً، وتنشئةً، ورعايةً وصيانة.

ففي الغرب حرية فردية مطلقة إلى أوسع الحدود، تقوم الدولة فيها مقام الأسرة في كثير من الأحيان، فهي التي ترعى الطفولة في المحاضن، وتهيئ للناشئة التعليم في المدارس، وتوفر لهم بعد التعليم مواقع العمل والشغل، وإن لم تجد لهم أمكنة للعمل فإنها تمنحهم مرتبا من صندوق الضمان الاجتماعي...، وإن نظام تربيتها للأجيال يجعل الولاء للدولة الراغبة وليس للأسرة البانية.

ومع وجود التطور العلمي والترفيهي، أصبح الأطفال في انحراف متزايد وهروب مستمر من الآباء والأمهات، الذين فقدوا السيطرة عليهم، والقوانين تحميهم وتضمن لهم حرية التمرد

والهروب، فظهر جيل متمرد، بل على الأصح متشرد، لا يرعاه أ ب، ولا تحنو عليه أم، ولا تحوطه أسرة، وأصبحت الطفولة الغربية وسط إعصار عات أهب، وأما العالم الإسلامي خاصة الدول العربية منه، فقد ظهرت مشكلة الطفولة نتيجة عوامل عديدة، أساسها ما تقدم، وتظهر من خلل تفكك الأسرة، وكثرة الطلق الذي بدأ يتزايد منذ عقود وعوامل الفقر والجهل وغيرها ... وتتعدد الأسباب وتتفاوت من أمة إلى أخرى، ولكن وضع الطفولة صعب وقاس وبالتالي فإن الأجيال القادمة تواجه خطرا كبيرا، وقد حظيت الطفولة في الشريعة الإسلامية بعناية بالغة لا مزيد عليها، حرصا على سلامة الطفل سلامة تامة في نفسه وفكره وبدنه.

❖ أهمية الموضوع:

أهمية الدراسة من خلال جملة من العوامل أهمها:

1- أن الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع، وأن لا وجود لهذا الأخير إلا بوجود الأسرة، كما أن الأسرة هي مجموعة أفراد كباراً وصغاراً.

2- أنه إذا قمنا برعاية الأطفال أحسن رعاية وقامت الأسرة بتربية الأبناء على أكمل وجه وعلى أتم خلق، تكون بذلك حازت الشرف في الدنيا والآخرة.

3- أن فئة الأطفال المحضونين تمثل قسما هاما في التركيب الاجتماعي وخصوصا الإسلامي الذي يشجع نظامه على النسل والتكاثر وهذا قصد مباهاة الأمم يوم القيامة كما جاء في الحديث النبوي.

❖ أسباب اختيار الموضوع:

ومن بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع أحكام حضانة القصر بعد الطلاق والوفاة ما يلي:

1- أن الأسرة مجتمع مصغر، وما المجتمعات إلا أسر متلاحمة بعضها ببعض وأن نواة الأسرة الأفراد فلا بد من الاعتناء بالفرد وخصوصا إذا كان طفل صغيراً من خلال التربية والرعاية والتعهد ولا يتم هذا إلا من خلال الحضانة.

2- ارتفاع نسبة الطالق، مما ينتج عنه عدد لا بأس به من الأطفال تحت رحمة الانفصال الأبوي .

3- الظلم الواقع على الأطفال نتيجة إهمال الأبوين لهم بعد الطلاق.

❖أهداف الموضوع:

و تتمثل الأهداف المتوخاة من الدراسة فيما يلي :

1- إبراز مكانة الطفل في بناء المجتمعات من خلال اعتناء كل من الفقه الإسلامي ثم قانون الأسرة الجزائري.

2- أن تحترم تلك المكانة ولا بد من صونها لأن نواة المجتمع الفرد ولا صلاح للمجتمعات إلا بصلاح أفرادها.

3- الاعتناء بالأطفال وخاصة في المراحل الأولى من حياتهم تستقر الأمم باستقرار مجتمعاتها، وذلك من خلال صيغ القوانين والتشريعات التي تكفل ذاك الاحترام.

4- وكذا التطبيقات القانونية إذ يكون الهدف منها تحقيق مصالح الأطفال ودرء عنهم المفاسد فإذا تحققت تلك المصلحة ستنهض الأمة لا محال.

❖الدراسات السابقة:

إن المعرفة العلمية تراكمية بالأساس، فكل دراسة تنطلق من حيث انتهى إليه الباحثون الآخرون، فهناك العديد من الدراسات التي تناولت الموضوع محل الدراسة يمكن إجمالها فيما يلي:

✓ الدراسة الأولى:

التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري،سناء عماري، مذكرة ماستر في القانون، فرع قانون خاص، تخصص أحوال شخصية ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015.

ويدور موضوع تلك الدراسة حول 292 صفحة، حول أساس القانوني لدعاوى الحضانة كحق ترتب عن تبعات الطلاق، ومن هذا المنطلق نجد الباحثة قد قسمت موضوعها إلى فصلين: حيث تناول في الفصل الأول الأساس القانوني لدعاوي الحضانة، فتطرق إلى الأثر المدني المترتب عن أثر الحضانة من أسس قضائية وشروط قبول دعوة الحضانة والآثار المترتبة عن إسناد الحضانة، ومن ثم دراسة الأثر الجزائي المترتب عن حق الحضانة ووسائل الحماية القضائية، إما الفصل الثاني فتناول فيه إشكالات الحضانة وأخيرا عالج تلك الإشكالات.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها في هذه الدراسة:

1 – وضع المحضون عندما يحقق له الرعاية والعناية والقدرة على تربيته والقيام بشؤونه، فالمشرع ترك المهمة المراعاة هذه الشروط والتأكد من توافرها للقاضي.

2– وضع المحضون عند الحاضن الذي ثبت بالدليل أنه الأسبق في ممارسة الحضانة لكونه أهلا للقيام بها.

3– تمديد المحضون الذكر بحسب مقتضيات مصلحته، وبالتالي فللقاضي سلطة تقديرية غير مطلقة بل إنها مقيدة بشروط القانونية.

✓ الدراسة الثانية:

أثار الحضانة في القانون الجزائري، فاطيمة عينار و ليديا مساوي، مذكرة ماستر في الحقوق، فرع قانون خاص، تخصص القانون الخاص الداخلي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولولدي معمر، تيزي وزو، 2012.

ويدور موضوع تلك الدراسة حول 83 صفحة، حول أساس أحكام الحضانة في القانون الجزائري، ومن هذا المنطلق نجد الباحثة قد قسمت موضوعها إلى فصلين: حيث تناول في الفصل الأول الأساس القانوني لدعاوي الحضانة، فتطرق إلى ماهية الحضانة من أسس مفاهيم فقهية وقانونية للحضانة، وكذا حكم الحضانة و أدلة مشروعيتها، والشروط العامة للحضانة، و في النهاية الفصل آثار الحضانة، ومن ثم دراسة أصحاب الحق في الحضانة وتحديد أولويتهم، أما الفصل الثاني فتناول فيه دعاوى الحضانة وإشكالاتها، من خلال دعاوى الحضانة، وذلك من الدعاوى المدنية والدعاوي الجزائية وكذلك، وأكملت الدراسة أبرز الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها في هذه الدراسة:

1- من أهم المسائل الأكثر تطبيقا في المحاكم هيا الحضانة في القانون الجزائري.

2- موضوع رعاية الطفل وحماية الأسرة من أهم المسائل في القانون الجزائري.

3- الحضانة من المواضيع الدقيقة إذا أنها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون.

4- تنظيم قانون الأسرة الجزائري الصادر في **1984**، أحكاما تنظم الحضانة.

- ✓ **الدراسة الثالثة:**

حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،عادل شباب مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، فرع قانون شريعة، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجامعة الإفريقية، 2011.

ويدور موضوع تلك الدراسة حول 140 صفحة، حول أساس حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ومن هذا المنطلق نجد الباحثة قد قسمت موضوعها إلى فصلين: حيث تناول في الفصل الأول الأساس المفاهيم العامة عن الحضانة، فتطرق إلى ماهية الحضانة من أسس مفاهيم فقهية وقانونية للحضانة ومفاهيم شرعية ودلالات لغوية، وكذا حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها وأهمية الحضانة بالنسبة للطفل

ومدة الحضانة، و الشروط العامة للحضانة ورأي المشرع الجزائري،إما الفصل الثاني فتناول فيه دراسة شروط واجب توافرها في الحاضن من شروط عامة مثل الأهلية العقلية والصحية وكذا الأهلية الدينية، وكذا شروط خاصة تكون لطرف الإناث، وفي ختام الفصل ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم طبقا لقانون **2005**، ثم إعادة ترتيبهم بعد قانون **2005**.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها في هذه الدراسة:

1- إذا كانت الحاضنة ميسورة الحال ولم تكن بحاجة شديدة إلى الحال، وكان الأب فقيرا والمحضون في سن لا ترهق حضانته ففي هذه الحالة لا أجرة للحاضنة، إلا إذا كانت محتاجة أو فقيرة، والأب ميسورا، وكانت قد حسمت نفسها للقيام المحضون فلها الأجرة هذا ما لم تكن تأخذ فقه.

2- يشترط في المترعة بالحضانة أن تكون قادرة على الإنفاق على الولد وأن تمنع الأم من رؤية ولدها، هذا مع عدم وجود من هو أولى منها في المرتبة متبرعا مثلها.

3- الأصل أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله إذا كان له مال، وإلا فالأب ملزم بالنفقة في إطار عمود النسب، وإذا كان الولد ذا عاهة أو مزاولا للدراسة فنفقته على أبيه، ولا تسقط إلا بالتكسب بالنسبة للذكر أو الزواج بالنسبة للأنثى.

✓ **الدراسة الرابعة:**

أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائرية، صالح خيضر وفارس دبه،مذكرة ماستر في الحقوق، فرع قانون خاص، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند الصديق بن يحيى، جيجل، 2016.

ويدور موضوع تلك الدراسة حول 138 صفحة، حول أساس أحكام الحضانة في القانون الأسرة الجزائرية، ومن هذا المنطلق نجد الباحثة قد قسمت موضوعها إلى فصلين: حيث تناول في الفصل الأول ماهية الحضانة، فتطرق إلى مفهوم الحضانة من مفاهيم فقهية وقانونية للحضانة، وكذا خصائص الحضانة و أجرة الحضانة، و الشروط العامة لممارسة

الحضانة،و في النهاية الفصل الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة،ومن ثم دراسة سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون،أما الفصل الثاني فتناول فيه الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة، من خلال الالتزامات القانونية المترتبة عن الحضانة، وذلك من خلال حقوق الولد المحضون و كذلك واجبات الحاضن، وأكملت الدراسة مدة الحضانة ومصير المحضون بعد نهايتها.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها في هذه الدراسة:

1- يعاب على تشريع الأسرة الجزائري عدم تحديده شروط واجب توافرها للحاضن وذلك للاكتفاء بجملة " أهلا بذلك".

2- إنشاء صندوق النفقة يعد حلا يجيب عن التساؤلات المرتبطة بنفقة المحضون.

3- ضرورة وضع إجراءات للتصدي للسفر المحضون والإقامة في بلد أجنبي.

❖الإشكالية:

إن الحديث عن موضوع أحكام حضانة القصر بعد الطلاق والوفاة يستدعي الإشكالية التالية:

ما هي أحكام حضانة القصر بعد الطلاق والوفاة في القانون الجزائري؟

❖ الأسئلة الفرعية:

1- ما هي الحضانة ؟

2- ما هو دليل مشروعية الحضانة؟

3- ما هي شروط ممارسة الحضانة؟ ومن هم أصحاب الحق في الحضانة؟

4- ما هو مفهوم الطفل القاصر؟

5- ما هي الأهلية القانونية للقاصر (الشخصية القانونية)؟

6- من هم الحاضنون المكلفون بالحضانة؟

7- ما هي الأحكام الناظمة للحضانة؟

❖ منهج الدراسة:

لقد اعتمدت في البحث المنهج الوصفي التحليلي لأن العنوان يفرض ذلك وكذلك التخصص وقد ظهر المنهج المتبع من خلال:

1- عرض المذاهب الفقهية، وغالبا ما أتبع كل مذهب بنصوص تؤكده .

2- أذكر أدلة كل مذهب من مصادره، وإن كانت أدلة في غير كتبهم أوردها كذلك ثم أذكر مرجعي في هذا الاستدلال.

3- مناقشة الأدلة بما ورد عليها من اعتراضات مشيرا إلى مرجعي في ذلك.

4- بعد أن أنتهي من المناقشة أذكر القول الذي استظهر رجحانه بعنوان مستقل باسم: الترجيح.

5- أذكر موقف المشرع الجزائري قبل التعديل، وموقفه بعد التعديل وأقارنه مع الترجيح الذي ظهر .

6- قمت بتخريج الأحاديث الواردة، كأدلة في الموضوع في كتب الحديث، وإن لم أجد الحديث، اعتمدت على الكتاب الذي أورده مشيرا إلى المرجع وهذا نادر.

7- أشرت إلى مواضع الآيات الكريمة بأرقامها في السور التي وردت فيها .

❖هيكل الدراسة:

وتناولنا هذه الدراسة من خلال تقسيمها إلى فصلين يسبقهما مقدمة وتعقبها خاتمة.

الفصل الأول: المتمثل في ماهية مصطلحي الحضانة و الطفل القاصر، والذي تضمن مبحثين، ففي المبحث الأول ماهية الحضانة، وفي المبحث الثاني ماهية الطفل الصغير.

الفصل الثاني: الذي تمثل في حقوق القاصر المحضون في حال الطلاق والوفاة، والذي كذلك تضمن مبحثين، ففي المبحث الأول الحاضنون المكلفون بالحضانة، وفي المبحث الثاني الأحكام الناظمة للحضانة.

الفصل الأول

ماهية مصطلحي الحضانة والطفل القاصر

الفصل الأول:

ماهية مصطلحي الحضانة و الطفل القاصر

تمهيد:

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي أعطتها الشريعة الإسلامية أهمية، و كذا قانون الأسرة لأجل توفير الحماية والرعاية المادية و المعنوية للصغير، و ذلك نتيجة للوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للصغير، و بالتالي يجب وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، و كذا من يكفل له التربية الصحيحة و الخلقية الصحيحة و ذلك حتى يكون فرداً صالحاً وسط مجتمعه.[1]

و قد نظمت الشريعة الإسلامية موضوع الحضانة، و قررت له العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المقصود منه فحددت من خلال النصوص والاجتهادات المقصود بالحضانة كما حددت من له الحق فيها و مراتب الحاضنين بحسب القرابة، كما أن قانون الأسرة الجزائري، نظم أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72، و بالتالي نجد أن كل من الإسلام و القانون الجزائري أوليا اهتماما خاصاً بالحضانة كونه موضوع ذو حساسية بالغة، فهو يتعلق بنفسية طفل بريء قد تصاب حياته بإعاقة كاملة جراء الصدمات النفسية أو الحرمان والمعاناة.[2]

وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى ماهية الحضانة (المبحث الأول)، ماهية الطفل القاصر (المبحث الثاني).

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعان الجامعية للطباعة و النشر والتوزيع، ط04، الجزائر، 2005، ص 379.

[2] أنظر المواد من 62 إلى 72 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، عدد 15، مؤرخه في 27 فبراير 2005.

المبحث الأول: ماهية الحضانة

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

و عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الحضانة(المطلب الأول)، شروط ممارسة الحضانة و أصحاب الحق في الحضانة (المطلب الثاني)، أهداف الحضانة وأثارها(المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

الأولاد ثمرة الحياة الزوجية و غايتها، و هي بهجة الدنيا وزينتها، و قد قال تعالى بشأنهم: {المال و البنون زينة الحياة الدنيا}،[1]لأن في المال جمالا ونفعا و في البنين قوة دفعاً، و لهذا شرع الله للطفل أحكاماً تتعلق بحقه، في الحضانة، هذه الأخيرة تعد من أهم الأسباب التي تكفل للصغير التربية و الخلق السليم، وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الحضانة

الحضانة نوع من أنواع الولاية على النفس تثبت للمحضون حفاظاً على مصالحة، و حتى لا يلحقه أي ضرر أو هلاك،[2] وهذا سنبينه من خلال التعريف بالحضانة من الناحية اللغوية، و الفقهية، و القانونية كالآتي:

---

[1] سورة الكهف، الآية 46.

[2] محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02-05، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص208.

أولا: تعريف الحضانة لغة

الحضانة من الفعل حضَن، و الحضن بالكسر مادون الإبط إلى الصدر، و العضدين و ما بينهما.

و الحاضن اسم فاعل، و الحاضنة الموكلة بالصبي و حفظه و ترتيبه، و هي مأخوذة من الحضن و هو الجنب، و الجمع أحضان، و الفعل حَضَن، و منه حضَن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، و نقول حضنتَ الشيء أو احتضنته إذا ضممته إلى جنبيك، و حضنت الأم طفلها أي ضمته إلى صدرها.[1]

ثانياً: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

عرفها الحنابلة بأنها:" حفظ صغير و مجنون ومعتوه، و هو المختل العقل عما يضرهم و ترتيبهم بعمل مصالحهم: كغسل رأس الطفل و غسل يديه و غسل ثيابه، و كدهنه وتكحيله و ربطه في المهد و تحريكه لينام و نحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحه".[2]

أما الشافعية فعرفوها بقولهم:"الحضانة شرعاً حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كالطفل و الكبير المجنون و ترتيبه، أي تنمية المحضون بما يصلحه بالتعهد بطعامه و شرابه و نحو ذلك"،[3]و قد عرفها الحنفية بأنها:" تربية الولد ممن له حق الحضانة"،[4] كما عرفها المالكية بأنها:"حفظ الولد في بيته و ذهابه و مجيئه و القيام بمصالحه، أي طعامه و لباسه و تنظيف جسمه و موضعه".[5]

---

[1] مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مطبعة دار الحديث، ط01، مصر، 2008، ص375.

[2] عبد الله عبد العزيز العنقري، الروض المربع، ج02، مطبعة الرياض، السعودية، د س ن، ص251.

[3] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط01، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص25.

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

[5] أحمد الدرديري، الشرح الصغير، ج01، دار المعارف، مصر، د س ن، ص451.

ثالثا: الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 منق.أ.ج كالآتي:" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا".[1]

و من خلال هذا التعريف نلاحظ أن المشرع الجزائري ركز على أسباب و أهداف الحضانة محدداً بذلك نطاقها و وظائفها الأساسية، و من هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق و تفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف.

و يمكن من خلال هذا التعريف إجمال أهداف الحضانة فيما يلي:[2]

1- تعليم الولد: و يقصد به التعليم الرسمي و التدريس.

2- تربية الولد على دين أبيه: حيث يجب أن يربى على قيم الدين الإسلامي، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أحسن عندما نص على تربية الولد على دين أبيه و ليس أمه، لأن تربية الولد على دين أمه قد يشكل خطراً على أخلاقه، لاسيما عند زواج الأب من أجنبيه ليست على دينه.

3- الشهر على حماية المحضون: فإذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تشمل هذه الحماية أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو معنوي كالشتم و التخويف.

---

[1] أنظر المادة 62 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[2] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص ص 50-52.

4- حماية الطفل من الناحية الخلقية: و ذلك بتنشئته على الأخلاق و تهذيبه و إعداده لأن يكون فرداً صالحاً و سويا.

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

الفرع الثاني: خصائص الحضانة

من خلال تعريف الحضانة، يتبين أنها تهدف إلى نفع الولد لذا اعتبرت واجبة و بالتالي فهي من النظام العام، لأنه بتحقيق نفع الولد و تربيته تربية صحيحة ما يحقق مصلحته و مصلحة مجتمعه، كما أنه بالنظر إلى الحق في الحضانة نجده حقاً مشتركا للحاضن والمحضون، و بما أنها حق مشترك، وعليه سنوضح ذلك فيما يلي:

أولا: الحضانة من النظام العام

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

[1] عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق و العلوم القانونية، فرع عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، 2001، ص44.

[2] عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، الجزائر، 2011، ص42.

ثانيا: الحضانة حق مشترك

تعتبر الحضانة عملاً مادياً يتصف بصفتين متقابلتين، هما كون الحضانة حقا و واجبا في نفس الوقت، فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، و من جهة أخرى هي التزام على الحاضن، و لهذا فإذا و قع الطلاق بين الزوجين فينتج مباشرة حق الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار،[1] لقوله صلى الله عليه وسلم:" أنت أحق به"، و من جهة أخرى هي حق للصغير و ذلك لاحتياجه إلى من يرعاه و يقوم بشؤونه في هذه المرحلة من حياته، لأنه يكون عاجزاً عن القيام بذلك بنفسه.

فإذا لم يحدد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت عن إمساكه فإن حقها يسقط بتنازلها عنه، و لكن حق الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها تجبر على الحضانة، لكي لا يضيع حقه في التربية والرعاية، باعتبار أن أقوى الحقين في الحضانة حق الصغير، و لئن أسقطت الزوجة حقها فلا تستطيع إسقاط حقه أبدا.[2]

يتبين مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة 66 ق أج فاعتبرها من هذا الوجه حقاً لهو من وجه آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون واعتبرها حقاً لهذا الأخير، أي أن المشرع ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الحق حسب ظروف و مصلحة الطفل و قد أحسن المشرع في ذلك، و يترتب على كون الحضانة حقاً لصغير ما يلي:[3]

---

[1] نبيلة تركماني، أسباب الطلاق و آثاره القانونية و الاجتماعية، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق و العلوم القانونية، فرع عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، 2001، ص93.

[2] حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط01، الجزائر، 2009، ص153.

[3] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج01، (الزواج والطلاق)، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص ص 542-544.

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

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

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

كما يترتب عن كون الحضانة حقاً للحاضن ما يلي:[1]

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

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

3- إذا كانت للطفل مرضعة غير الحاضنة، و جب إرضاعه في منزل الحاضنة حفاظاً لحق الحاضنة من الضياع.

ثالثا: الحضانة غير قابلة للتجزئة

إن المقصود بتجزئة الحضانة، هو أن يكون طلب الأم مقتصرا على الذكور فقط دون الإناث، أو مقتصراً على الإناث دون الذكور، أو تختار الأصغر سناً و تترك الآخرين، رغم أن هذا يعد حقاً للأم خاصة في ظل عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، إلا أنه و من أجل المحافظة على الترابط بين الأبناء فقد أصدرت المحكمة العليا في هذه المسألة قرار، بعدم تجزئة الحضانة للأم، حيث جاء في القرار:" من المقرر في الشريعة الإسلامية

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص ص 544-545.

أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن و ضمهم إلى أمهم أولى و أحق و هذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب، و من جهة أخرى ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضونين الالتحاق بأمهما و على رغبتهما في بقائهما عند جدتهما لأبيهما، و هذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية و قواعد القانون الوضعي".

و يلاحظ من خلال هذا القرار أن القانون يمنع تفرقة الأولاد عن بعضهم البعض بعد ما تفرق الأبوان، و العمل على إبقائهم معاً، سواء كان بقاؤهم مع أمهم، أو حاضنة أخرى غير مهم، حتى يبلغوا سن نهاية الحضانة، و ذلك حفاظاً على الأبناء، لأنهم يمرون بمرحلة حرجة من حياتهم، لهذا فإن تجزئة الحضانة تعد سبباً من أسباب سقوطها عن الأم.[1]

رابعا: الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه

بما أن الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارسته، سواء بأجر أو تبرعاً، و هنا اختلفت الآراء بين قائل بوجوب الأجر، و بين معارض لذلك:

1- أجرة الحضانة: إن الحضانة عمل شاق و متعب يتطلب إمكانيات و جهوداً مادية و معنوية و طاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات ممارستها في سبيل رعاية الطفل، و بالتالي فهل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة الحضانة؟

بالتمعن في المواد 75- 76- 77- 78 من ق أج، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة ليظل التساؤل قائماً حول القول بأجرة الحاضنة من عدمها.

[1] سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر، فرع كلية الحقوق و العلوم السياسية، عقود و مسؤولية، البويرة، 2013، ص 17.

وحتى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 ق أج،[1] نجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسألة:

– فالمالكية قالوا بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أماً أو غيرها، و بغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أو معسرة، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال أنفق عليها منه، لكونها فقيرة و ليست لكونها حاضنة؛

– أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجرة الحاضنة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها و بين والد طفلها، و لم تكن معتدة من طلاق رجعي، و لا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن، و تستحق النفقة من أب الطفل، و ذلك أن الأجرة حسبهم ليست عوضاً خالصاً بل هي كأجرة الرضاع للأمومؤونة و نفقة، لقوله تعالى:**{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ}**،[2] و بما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة، فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وإن تعدد السبب، و ما عدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجر الحضانة، أما الشافعية، فالحاضنة عندهم تستحق الأجرة سواء كانت أماً أو غيرها، و هي غير أجرة الرضاع.[3]

---

[1] تنص المادة 222 من ق أ ج على ما يلي:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى إحكام الشريعة الإسلامية".

[2] سورة البقرة الآية 233.

[3] سامية بن قوية، أثار الحضانة في الإسلام وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية السياسية، ع01، د ب ن، 2010، ص152.

و يرى الحنابلة أن للحاضنة طلب أجرة الحضانة، و الأم أحق بحضانة الصغير و لو وجدت متبرعة تحضنه مجانا، و تجبر الأم على حضانة طفلها، و إذا استأجرت امرأة لإرضاعه و حضانته لزمها العقد، و إذا ذكر في العقد الرضاعة لزمتها الحضانة تبعاً، و إن استؤجرت للحضانة ما يلزمها الرضاع، و إن امتنعت الأم سقط عنها حقها و انتقل إلى غيرها.

وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل و يحسم هذه المسألة خاصة و أن أجرة الحاضنة هي أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضاً للمحضون، لأن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه، و بالتالي فعدم الوفاء بهذا المقابل المادي، خاصة إذا كان الحاضن في حاجة إلى هذا المقابل يدفعه إلى الإحجام عن القيام بهذا العمل، و في هذا ضرر بالمحضون، و المعلوم أن الحاضنة قررت لنفع المحضون لا لضرره.[1]

2- المدين بأجرة الحضانة: أجرة الحضانة غير أجرة الرضاع، و هي تجب في مال الصغير إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فيلزم به أبوه أو من كانت تلزمه نفقة الصغير فإن كان معسراً عن الكسب اعتبر في حكم عدم الوجود و فوض أجرة الحضانة إلى من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب، و يؤديها إلى الحاضنة، و إذا كان قادراً على الكسب و جبت عليه و كانت دينا في ذمته و أمراً بالأداء، و على من تجب عليه نفقة الصغير أن يؤديها للحاضنة و يرجع بها على الأب إذا أيسر.[2]

3- التبرع بالحضانة: إذا أبت أم الولد أن تحضنه بأجرة، و وجدت من محارمه من هي أهل لحضانته كجدته أو خالته أو عمته تتبرع بحضانته، فإن كان لها الأجر مستحقاً على

---

[1] سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 154.

[2] عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج02، المكتب الجامعي الحديث، ط01، الإسكندرية، 2005، ص194.

الصغير في ماله بأن كان له مال و نفقته واجب فيه، فإنه يسلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة لماله من غير إضرار به، فالمتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه، وإن لم يكن للصغير مال و كان أجر حضانته مستحقاً على الأب، فإن كان موسراً لا يعطى للمتبرعة بل يبقى عند أمه و يجبر الأب على دفع أجرتها، لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لتوفر الشفقة و لا ضرر على الأب لأنه موسر، و إن كان معسراً يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره إضرار به.[1]

الفرع الثالث: دليل مشروعية الحضانة

سنبين ذلك من خلال ما يلي:

أولا: من القرآن الكريم

فقوله تعالى:**{وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً ۚ وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِى صَغِيراً ۚ رَّبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا فِي نُفُوسِكُمْ إِن تَكُونُواْ صَالِحِينَ فَإِنَّهُ كَانَ لِلأوَّابِينَ غَفُوراً}**.[2]

ففي الآيتين الكريمتين حث على الرعاية بالآباء عند الكبر و هو مظنة العجز و الحاجة إلى الرعاية معززاً بالتذكير بما قدماه من تربية و حضانة و رعاية للأبناء في مرحلة الطفولة، فلا أقل من أن تقابل الحسنة بمثلها و البادئ أفضل.

و الآيتان الكريمتان فيهما معنى الرعاية و الحضانة لكل من هو في حاجة إليها سواء كان صغيرا أو كبيرا.

[1] سهام كربال، المرجع السابق، ص 17.

[2] سورة الإسراء الآية 23-24.

و كذلك لقوله تعالى:{ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِير}**.[1]

ثانيا: من السنة الشريفة

فما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن امرأة أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و حجري له حواء، و ثديي له سقاء، و رغم أبوه أنه ينزعه مني قال:"أنت أحق به ما لم تنكحي".[2]

ثالثا: الإجماع

أجمع الصحابة رضي الله عنهم على مشروعية الحضانة، و أن أول من يستحق حضانة الطفل هي أمه.[3]

ونجد ما رواه بن سعيد بن المسيب، و ابن شيبة و عبد الرزاق في مصنفيهما أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، ثم أتى عيها و في حجرها عاصم، فأراد أن يأخذه، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر فقال:"ريحها وحرها و فراشها خير له منك حتى يشب و يختار لنفسه"، فلقد أجمعت الأمة و جمهور الفقهاء على مشروعية الحضانة.[4]

---

[1] سورة البقرة الآية 233.

[2] رواه أحمد و أبو داود و صححه الحاكم و حسنه الألباني.

[3] صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص66.

[4] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص ص 405-406.

الفرع الرابع: تمييز الحضانة عن غيرها من المفاهيم المشابهة

يختلط مفهوم الحضانة بمفاهيم أخرى قريبة منها، كالولاية على النفس و الكفالة و الوصاية، و لتوضيح تلك الفروق، كان لزاماً التطرق إلى أوجه الشبه و أوجه الاختلاف بينها:

أولا: تمييز الحضانة عن الولاية للنفس

يقصد بالولاية علة النفس، الولاية التي تجعل للولي القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية و التعليم و التزويج، وهي تثبت للأب و بعد و فاته تنتقل إلى الأم، و في حالة الطلاق تعطى لمن يمنح له القاضي الحضانة،[1] و سنحاول التطرق إلى أوجه الشبه والاختلاف بين الحضانة والولاية على النفس كما يلي:

1- أوجه التشابه بين الحضانة والولاية على النفس:إذ أوجد الفقه فروقات بين الحضانة والولاية على النفس، فإنه لن يعثر عليها بلا شك في الهدف الذي أسس كل منهما لأجله، ألا و هو مصلحة الطفل، و هذا ما يدعو إلى القول بأنهما من النظام العام.[2]

2- أوجه الاختلاف بين الحضانة والولاية على النفس:إذ كان هذا هو التشابه المشترك، فإن الاختلافات كثيرة و متعددة الأوجه، سنبينها فيما يلي:

[1] تنص المادة 87 من ق أ ج على ما يلي:"يكون الأب ولياً على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانوناً...وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حصانة الأولاد".

[2] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان،2005، ص 91.

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

ب- من حيث موضوعهما: إن الحدود الفاصلة بين الحضانة والولاية على النفس رغم صعوبة تطويقها ترتسم في موضوع كل منهما، فالحضانة تحمل معنى جسدياً عاطفياً محضاً، لذلك كيفها البعض على أنها وظيفة بيولوجية غذائية و أنها ولاية عاطفية، أي ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل، و تلبية حاجياته كحفظه و إمساكه و منحه الطعام و تنظيف جسمه و غسل ثيابه، فضلاً عن العناية الرؤوفة به، كضمه إلى الصدر، في حين أن الولاية على النفس تشمل التربية بمعناها الواسع، حيث لا تمتد مشمولات الحضانة إليها فهي تقتصر على تنشئته و حراسته و حسب، لذلك يجب أن نفرق بين التنشئة التي تخص الحضانة،و التربية التي تتعلق بالولاية على النفس[2].

ت- من حيث سن الطفل:تمارس الحضانة على الطفل في المرحلة الأولى من حياته، أي منذ ولادته و في طفولاته، و من ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الذي تمارس عليه الولاية على النفس شرعا.[3]

[1] صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية، دون دار نشر، بيروت، 1954، ص 58.

[2] أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية(آثار الولادة والأهلية و النيابة القانونية)، ج02، دار نشر المعرفة، ط01، الرباط، 1994، ص 117.

[3] عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (الزواج وآثاره)، ج01، منشورات دمشق، ط08، 1998، ص 192.

ث- من حيث شرط وحدة الدين:يشترط الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه، أما في الحضانة فلا يتوجب أن تكون الحاضنة متحدة الدين مع المحضون إذا كانت أنثى.[1]

ج- من حيث مدة انتهائها:تنتهي الولاية ببلوغ الطفل سن الرشد في حين الحضانة تنتهي، ببلوغ الذكر 10 سنوات مع إمكانية تمديدها إلى ستة عشر سنة، أما البنت فببلوغه سن الزواج.[2]

ح- من حيث أصحابها:الولاية على النفس من احتكار الرجال، فهي تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث، في حين الحضانة تسند للأم، ثم الأب، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأربعون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون، و هذا حسب ما جاء به قانون الأسرة الجزائري.[3]

ثانيا: تمييز الحضانة عن الكفالة

الكفالة لغة هي الضم، و منه قول تعالى:**{وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا}**،[4] أما معناها شرعا، فهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين، أو عمل.[5]

[1] زكية حميدو، المرجع السابق، ص 94.

[2] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون)، ط04، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 791.

[3] زكية حميدو، المرجع السابق، ص93.

[4] سورة آل عمران الآية 37.

[5] عبد الرحمان الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 391.

أما المشرع الجزائري فقد عرفها في ق أج بقوله:"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي"، و الكفالة نوعان كفالة بالنفس، و كفالة بالمال.[1]

أما فيما يخص الفرق بين الحضانة و الكفالة فيمكن إجماله في النقاط التالية:[2]

1- الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول، في حين الحضانة غرضها مد الحنان و الرعاية و تقديم الخدمات المادية دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون.

2- الحضانة تتعلق بطفل أصغر سناً ممن هو في الكفالة، و هذا القول الذي ندعمه بنظر الشافعية الذين جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي سبع أو ثمان سنوات، أما الكفالة فجعلوها بعد ذلك.

3- الكفالة التزام، و على وجه الدقة عقد يتم بدون مقابل، حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض و لا يقدمه، على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجرة.

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

5- للكافل الولاية القانونية على المكفول، أما الحاضن فليست له مبدئياً الولاية القانونية.

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

---

[1] العربي بلحاج، قانون الأسرة ومبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000، ص 265.

[2] أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري و المعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003، ص 125.

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

8- اشتراط الإسلام في الكافل، أما الحضانة فلم يشترط فيها مثل هذا الشرط في الحاضنة للاختلاف الفقهي القائم ما لم يكن الحاضن رجلاً فلا نقاش في أن يكون متحد الدين مع المحضون.

9- تنتهي الكفالة بطلب أحد الأبوين أو كلاهما عودة المكفول إلى ولايتهما، أو التخلي عنه، أما الحضانة فتنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات مع إمكانية تمديدها إلى ستة عشر سنة، و الأنثى ببلوغها سن الزواج.[1]

ثالثا: تمييز الحضانة عن الوصاية

الوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها، أما الحضانة فهي حق مقرر لرعاية الطفل و حفظه بما يكفل حسن تربيته.[2]

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة و أصحاب الحق في الحضانة

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، و عليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلاً لها و ذلك بتوفر شروطها و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري كما سبق الإشارة إليه لم يذكر لنا إلا الشروط الأهلية، و لا نقصد بالأهلية هنا بلوغ سن 19 سنة فحسب، بل يقصد بها كذلك القدرة على القيام بمهمة شاقة و صعبة تتعلق بحضانة الطفل و إعداده إعداداً سليماً ليكون قادراً على الاعتماد على نفسه في المستقبل، وفي هذا المطلب سنبين شروط ممارسة الحضانة و أصحاب الحق في الحضانة في الفرعين التاليين:

---

[1] أنظر المادة 124 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، لمشار إليه سابقا.

[2] أرشدي شحاتة أبو زيد، ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط01، القاهرة، 1989، ص 46.

الفرع الأول: شروط ممارسة الحضانة

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، و عليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلاً لها و ذلك بتوافر شروطها، و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري كما سبق الإشارة إليه لم يذكر لنا إلا شرط الأهلية، و لا نقصد بالأهلي هنا بلوغ سن 19 سنة فحسب، بل يقصد بها القدرة على القيام بمهمة شاقة وصعبة تتعلق بحضانة الطفل و إعداده إعداداً سليماُ ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل، و عليه سنبين ذلك فيما يلي:

أولا: الشروط العامة للحاضن

كل من الرجال والنساء و النساء لهم الحق في الحضانة، و إن تقدمت حضانة على حضانة الرجال، و ذلك لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير و الأكثر صبراً على توفير احتياجاته المتنوعة، و من بين الشروط العامة لممارسة الحضانة والواجب توفرها في النساء و الرجال أو الحاضن ما يأتي:

1- العقل:هو الإدراك و به يستطيع الإنسان أن يميز الأشياء التي تحيط به، و هذا الشرط بديهي إذ لا يمكن لمجنون أن يحضن طفل لأنه هو في حد ذاته يحتاج إلى من يتولاه و يرعى شؤونه، و بالتالي لا يمكن له تولي شؤون غيره، لأنه يشكل خطر على المحضون بدلا من أن يكون حامياً له.[1]

2- البلوغ: يقصد بالبلوغ أهلية الأداء التي تسمح باعتبار الشخص قادراً على تولي شؤون نفسه، و بالتالي يمكن له تولي شؤون غيره، و لأن الحضانة مهمة صعبة لا يمكن للصغير أن يتحملها، فهو نجده لا يتحمل شؤون نفسه فكيف يمكن الاعتماد عليه في تولي شؤون غيره؟.

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 359.

لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا، و المقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني، و هو تمام التاسع عشر 19 سنة حسب المادة 40 من التقنين المدني الجزائري.[1]

3- القدرة: نعني بها سلامة الشخص الحاضن في جسمه، بحيث يستطيع صيانة الصغير و رعايته و تقديم له كل ما يحتاج إليه، و بالتالي يجب ألا يكون الحاضن مصاباً بعاهة تمنعه من القيام بشؤون المحضون كالأعمى أو المشلول، كما أن الحضانة لا يمكن إسنادها إلى الشخص متقدم في السن لأنه لا يستطيع رعاية غيره.[2]

و على هذا النهج سار القضاء الجزائري، فأعتبر القدرة على التربية شرط أساسي في ممارسة الحضانة، بحيث جاء في قرار المحكمة العليا:" أن فقدان الحاضنة للبصر يحول دون تحقيق الهدف من إسناد الحضانة لها، وهي بذلك تكون عاجزة عن القيام بشؤون الأبناء، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية".[3]

4- الأمانة: يقصد بالأمانة أن يكون الحاضن أميناً على المحضون، أي أميناً في خلقه و في سلوكه مع المحضون، و أميناً في الاهتمام به و رعاية مصالحه، لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون طول النهار و طرفاً من الليل، أو لا يهتم به و لا يرعاه فيهمله و يتركه يخالط قرناء السوء، لا يكون أميناً و لا قادراً على الحضانة، فالمرأة الفاسقة أو الرجل السكير لا يستحقان الحضانة، لأن ذلك يؤدي إلى فساد أخلاق المحضون و ذلك عن

---

[1] أنظر المادة 40 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم إلى غاية القانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

[2] دلال قندوز، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر رقم 05-02، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجزائري، 2010، ص 07.

[3] قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 09-07-1984، ملف رقم 33921، المجلة القضائية، ع04، د ب ن، 1989، ص 76.

طريق جلبه إلى أماكن تقع بداخلها ممارسة الفسق و الفجور، مما يؤثر عليه سلباً و يثير شكوك حول سلامة تربيته.[1]

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء

بالإضافة إلى الشروط العامة الواجب توفرها في الحاضن، هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء نذكرها كالآتي:

1- ألا تكون المرأة متزوجة بغير قريب محرم:و قد تم النص على هذا الشرط في المادة 66 من ق أ ج و جاء فيها ما يلي:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر مصلحة المحضون".[2]

و عليه يفهم من نص المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي، و بالتالي إذا أرادت الاحتفاظ بحضانة ولدها لا بد من زواجها بقريب محرم، و ذلك لأن القريب المحرم سيعتني ويحن على المحضون أكثر من الأجنبي نظراً لوجود صلة الدم التي تربطه، كما أن الزواج بقريب محرم يجعل الأم تحتفظ بحضانة أولادها و لا يسقط حقها فيها لأن من تزوجته له الحق في الحضانة و بالتالي يتعاونان على رعايته.[3]

2- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم على الصغير: أي أن تكون الحاضنة رحما محرماً للمحضون كأمه أو أخته أو جدته، فلا يحق لبنات العم و بنات العمة و بنات الخال حضانة الذكور لعدم المحرمية، و لهن الحق في حضانة الإناث، و لاحق لابن الخال و ابن الخالة و ابن العم في حضانة الإناث، و لكن لهم الحق في حضانة الذكور.[4]

---

[1] سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر و التوزيع، ط03، الجزائر، 1996، ص 296.

[2] أنظر المادة 66 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[3] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 359.

[4] محمد لمين وعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2004، ص08.

3- عدم سكن الحاضن مع من سقطت حضانتها: فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل بعد سقوط حضانتها بسبب الزواج، أما إذا استقلت بالسكن كان لها حق الحضانة،[1] و هذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من ق أ ج الذي نصت عليه على أنه: "تسقط حضانة الجدة و الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير المحرم".[2]

ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى الشروط العامة المذكورة سابقاً شروط خاصة بالرجال فقط و هي:[3]

1- أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى: لقد حدد الحنابلة و الحنفية سنها بسبع سنوات تفادياً للخلوة بها لعدم المحرمية، و إن لم تبلغ البنت حد الفتنة أعطيت له بالاتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لابن العم حضانة ابن عمه، و أجاز الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم إبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مؤمّنا عليها الفتنة منه.

2- شرط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، و لا توارث بين المسلم و غير المسلم، وذلك إذا كان الولد الغير مسلم و كان ذو رحم المحرم مسلماً فليس له حق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، و إذا كان الولد مسلماً و ذو رحمه غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما إذ قد يبني حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث.

---

[1] دلال قندوز، المرجع السابق، ص 80.

[2] أنظر المادة 70 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[3] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص ص75-77.

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

أحدث المشرع الجزائري انقلابا في المادة 64 ق أج بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم **05/02** المؤرخ في **27/02/2005**، إذا نص على ما يلي:"الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك"، فهذا التعديل جاء مخالفاً لما أدلى به فقهاء الشريعة الإسلامية، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم و الأب و إن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب لأن الأم أجدر لتحمل هذه المهمة، إلا أنه أقر بمبدأ التداول، و هذا ما هو إلا مراعاة لمصلحة الطفل،فإن المشرع الجزائري بتعديله لهذه المادة يكون قد عالج الواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية لا سيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق و الوفاة.[1]

المطلب الثالث: أهداف الحضانة وأثارها

كما سبق ذكره، فإن حق الحضانة من أهم الحقوق التي أقرها الإسلام للطفل، وهي كما عرفها جمهور الفقهاء:"القيام بحفظ الصغير أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلح له ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا لكي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والإطلاع عليها بمسؤوليتها، والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة ولأن الإهمال، يعرضها للهلاك والضياع وقد تترب على الحضانة آثار، راعتها الشريعة الإسلامية في هذا المطلب سنبين أهداف الحضانة وأثارها في الفرعين التاليين:

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، ط01، د ب ن، 2005، ص 140.

الفرع الأول: أهداف الحضانة

فخلافاً لما ألفه و تعود عليه المشرع الجزائري، ففي المادة 62 ق أج عرف الحضانة و لم يتركها للاجتهاد، و مما تقدم أهداف الحضانة تظهر فيما يلي:[1]

أولا: تعليم الولد

و يقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس الذي يعد حقا لكل طفل و يضمنه له القانون مجانا أو إجبارياً إلى أن ينال قدراً من التعليم حسب استطاعته و إمكانياته الذهنية و قدراته العقلية و استعداده الفطري و النفسي.

ثانيا: تربيته على دين أبيه

ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة، وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة 30 ق أج المعدلة بالأمر رقم **05/02** المؤرخ في **27/02/2005**عندما نص على التحريم المؤقت و نوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، و أن العكس جائز شرعا و قانونا، أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة، فالقاضي يمنح لها حق الحضانة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل.

ثالثا: السهر على حماية المحضون

تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية و المادية، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب و التعذيب، أو اعتداء معنوي كالإرهاب و التخويف والشتم، بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا و عقليا.

رابعا: حماية الطفل من الناحية الخلقية

فهي ترتبط بمدى تعليمه و حسن تأديبه و إعداده لأن يكون فردا صالحا سويا و حمايته من مخاطر الشارع.

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص ص51-53.

خامسا: حماية المحضون صحيا

فيكون على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها، و عرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك.

فإنه من خلال التعريف الذي جاء به المشرع للحضانة معتمداً أهدافها، نلاحظ أنه قد وضع بعض المعايير التي يمكن للقاضي اللجوء إليها من أجل الحكم في قضايا الحضانة المرفوعة أمامه بما هو أصلح للمحضون.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 62 من ق أج المذكورة أعلاه أنه:"و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"،[1]و عليه فإن الحضانة تثبت لمن كان أهلا لها.

فما يقصده المشرع بالأهلية هنا هي القدرة و الاستطاعة على تربية الصغير و القيام بشؤونه، و الكفاءة للقيام بهذه المهمة الشاقة التي لا يمكن أن تؤدي على أكمل وجه، إلا بتوافر الشروط التي أجمع عليها الفقهاء و تبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 ق أ ج على أنه:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".[2]

الفرع الثاني: أثار الحضانة

إن لانحلال عقد الزواج من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو لغيرها، ممن هو أحق بها قانوناً و شرعاً، ولعلها تكون الأم مبدئياً لكونها الأنسب و الأجدر بها، وينتج عن ذلك آثار تتطلب ممارسة الحضانة و مراعاة مصلحة المحضون، لينشأ سليما و يتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون، وعليه سنوضح ذلك فيما يلي:

أولا: مسكن الحضانة

احتلت الحضانة مكانة بارزة في المحيط الاجتماعي و لوسط القانوني لارتباط مصير مسكن الزوجية بها، لأنه أمام أزمة السكن الطاحنة ثارت المشاكل حول توفير مسكن

[1] أنظر المادة 62 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[2] أنظر المادة 222 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

لممارسة الحضانة، و الأمر الذي زاد تعقيداً بحيث لم تعد أسرة العائلة تتحمل ابنتهم المطلقة وأولادها،[1] و سنرى فيما يلي موقف الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري من مسكن الحضانة فيما يلي:

1- موقف الشريعة الإسلامية من مسكن الحضانة:سبق القول بأن المشرع الجزائري ينهل من الشريعة الإسلامية في معظم نصوص قانون الأسرة، بل قنن أحاديث نبوية و جعلها صلب نصوصه، لهذا يقتضي منا البحث في الشريعة الإسلامية عن مدى أحقية الحاضنة في السكن، وكما هو معروف أن أي امرأة تستند لها حضانة الصغير سواء كانت أما أو أي امرأة أخرى من قريباته، تكون بحاجة إلى بيت تمارس فيه واجب الرعاية، و سنرى ذلك من خلال الرجوع إلى المذاهب الفقهية:[2]

أ- بحيث يرى المالكية أن السكن على الأب للمحضون والحاضنة و لا اجتهاد فيه، ورأى مالك أن أجرة المسكن على الموسر من الأب و الحاضن، وهذا معناه أن الحاضنة أيسرت دون الأب لم يكن على الأب السكن، و إذا أيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء من أجرة السكن.

ب- كما جاء عند الحنفية أنه على الأب سكن الحاضنة و المحضون، لكن اختلف فقهاء الحنفية فيما يخص أجرة المسكن، و تبين من استقرار النصوص عندهم عدم وجوب دفع أجرة المسكن و لو كانت الحاضنة تملك مسكن آخر تسكنه فعلاً هي و المحضون ما دام المسكن من النفقات الواجبة للولد، وقال بعضهم:"النفقة و السكن توأمان لا تنفك إحداهما عن الأخرى".

---

[1] عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، جامعة باجي مختار، ع15، عنابة، ديسمبر 2005، ص 190.

[2] نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً و فقهاً و تطبيقاً، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص ص252-254.

ت- و هذا يعني وجوب دفع أجرة السكن الحاضنة و هي مقررة على من تجب عليه النفقة، و مع ذلك فهناك من الفقهاء والحنفية من يرون عدم لزوم أجرة المسكن.

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من مسكن الحضانة: بعد تعديل قانون الأسرة وضع المشرع نصاً خاصاً جاعلاً حداً لكل اجتهاد أو تفسير، حيث نص صراحة في نص المادة 72 المعدلة المتممة بالأمر **02-05**المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه:" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

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

ثانيا: حق زيارة المحضون

بعد فك الرابطة الزوجية يبقى الابن عند أحد الوالدين أو غيرهما، مما يجعله يشتاق إلى أحدهما أو كليهما معاً إذا كان الحاضن شخصاً آخر غير والديه، لذا يجب الحكم لأحدهما أو كليهما بحق زيارة المحضون عند أي شخص يكون حتى لا يؤثر على طلاق والديه عليه، و هذا ما تحدث عنه فقهاء الشريعة الإسلامية كما نص عليه المشرع الجزائري و هذا ما سيأتي بيانه، وعليه سنوضح ذلك فيما يلي:[1]

1- حق زيارة المحضون في الشريعة الإسلامية:لا خلاف بين العلماء في أن للأب أو من يقوم مقامه حق رؤية ولده و زيارته إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء، و كما أن للأم حق رؤية ولدها و زيارته إذا كان بيد أبيه أو من يقوم مقامه من العصبة لما في ذلك من الصلة و المودة، و لأن الطفل يجب أن يربى على دين أبيه، فلا بد من أن يقوم الأب بزيارته حتى يقوم بتأديبه وتعليمه.

[1] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص ص85-86.

2- حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري: إن المادة 64 من ق أ ج نصت بعد ترتيب مستحقي الحضانة على:" و عل القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".[1]

لم يحدد قانون الأسرة الجزائري المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون لأن هذه المسألة في الأساس الأصل فيها أن تكون رضائية، ذلك الهدف هو مد أواصل المحبة بين الآباء و الأبناء و عدم إلحاق الضرر بنفسية المحضون.

ثالثا: انتهاء مدة الحضانة

كل قضية لها بداية ونهاية و من بينها الحضانة، والتي إذا كانت في بداية الأمر من حق الأم إذا طلبتها و إلزام الأب شرعاً و قانوناً بتحمل المسؤولية من نفقة و تهيئة و سكن يأوي الأبناء و الحاضنة حسب ظروف الحال، فقد نجدها تنتهي بانتهاء مدة معينة، و بما أن قانون الأسرة ينهل من منابع الشريعة الإسلامية، فعلينا أن نبين انتهاء الحضانة من الناحية الشرعية و القانونية،[2] وعليه سنبين ذلك فيما يلي:[3]

1- انتهاء مدة الحضانة في الشريعة الإسلامية: تبدأ هذه السن بمجرد الولادة كما هو واضح لا يحتاج إلى بيان، و لكن انتهاء هذه السن هو محل خلاف بين الفقهاء، والقاعدة العامة في هذا الشأن أن انتهاء سن الحضانة مرتبط بمدى استغناء الصغير عن خدمة الحاضنة.

و قد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن حضانة الفتى تنتهي ببلوغه سن السابعة، و حضانة الفتاة تنتهي ببلوغها سن التاسعة و هو قول أبو حنيفة.

2- انتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري: عند الإطلاع على المادة 65 من ق أ ج نجدها نصت على أنه:"تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى

---

[1] أنظر المادة 64 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة،المشار إليه سابقا.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، 2001، ص 184.

[3] إسماعيل أبا بكر البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق)، دار الحامد للطباعة والنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 449.

ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون[1]."

المبحث الثاني: ماهية الطفل القاصر

لا شك بأننا قبل الخوض في أي موضوع يجب أن نعرف ماهيته وما يدور حوله حيث يعتبر تحديد المفاهيم أمرا ضروريا، حتى يتكون لدينا إدراك بخصوص المعاني والأفكار التي تتعلق بالموضوع، و عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الطفل القاصر (المطلب الأول(،حقوق الطفل (المطلب الثاني)، سلطة القاضي في تقدير مصلحة الطفل (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الطفل القاصر

توجد عدة تسميات للطفل وتعني جميعا صغر السن، وما ينطوي عليه من ضعف عقلي ونفسي، وعليه سنبين في هذا المطلب مفهوم الطفل القاصر في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الطفل القاصر

إن الطفل هو محل اهتمام كل المعنيين، لأنه عنصر أساسي له مكانته المحورية في حياة كل من الأسرى والمجتمعات في كل أقطار العالم، وعليه فانه يتوجب علينا إيجاد ما يلي:

أولا: التعريف اللغوي للطفل القاصر

سنبين ذلك من خلال ما يلي:

1- تعريف الطفل: إن الطفل هو محل اهتمام كل المعنيين، لأنه عنصر أساسي له مكانته المحورية في حياة كل من الأسرى والمجتمعات في كل أقطار العالم، وعليه فانه يتوجب علينا إيجاد تعريف للطفل، حيث سنحاول التطرق إلى تعريفات الطفل القاصر المختلفة: الطفل بكسر الطاء مع تشديدها يعني الصغير من كل شيء، عينا كان أو حدثا.

[1] أنظر المادة 65 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

فالصغير من الناس أو الدواب طفل، والصغير من السحاب طفل، والليل في أوله طفل، وأصل لفظه الطفل، من الطفالة والنعومة.[1]

2- تعريف القاصر: يطلق على القصر في اللغة على عدة معاني منها: الكف و العجز و الحبس، فيقال أقصر عن الأمر أي كف عنه و هو يقدر عليه،[2] و قصر عنه قصورا: عجز عنه و لم يقدر عليه، و القصر: الحبس، يقال قصرته أي حبسته، و هو مقصور: أي محبوس، قال تعالى:﴿حُورٌ مَّقْصُورَاتٌ فِي الْخِيَامِ﴾.[3]

القاصر من الورثة: أي لم يبلغ سن الرشد، و القاصرة: يقال امرأة قاصرة الطرف خجلة حيية و فتاة قاصرة: لم تبلغ سن الرشد.[4]

ثانيا: تعريف الطفل في القانون

إن الطفل محل اهتمام كبير على المستوى الدولي، مما يتطلب إعطاء تعريفه في القانون الدولي وعلى المستوى المحلي فلقد اهتم المشرع الجزائري بتعريف الطفل القاصر، وعليه سنبين ذلك فيما يلي:

1- تعريف الطفل القاصر في القانون الدولي:قبل صدور اتفاقية حقوق الطفل لعام **1989** عن طريق الجمعية العامة للأمم المتحدة لم تكن هناك معاهدات دولية أو حتى عرف دولي مستقر بشأن تحديد مصطلح الطفل وتحديد مفهومه، فبالرغم من اهتمام القانون الدولي العام بحقوق الطفل وإيجاد وسائل تضمن هذه الحماية إلا أن تعريف الطفل صار طوال هذه السنوات والعقود غير موجود، وبصدور اتفاقية حقوق الطفل بتاريخ **20/11/1989** أصدرتها المتحدة والتي كانت سباقة للاهتمام بالطفل وإيجاد الحلول والوسائل لضمان حقوقه

---

[1] مختار الصحاح، للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ط01، د ب ن، 1997، ص 191.

[2] جمال مهدي محمود الأكشة، مسئولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، طنطا، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص ص 109-110.

[3] سورة الرحمان الآية 72.

[4] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لحماية الطفل ومسؤوليته الجنائية والمدنية(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012 ، ص 91.

و قد جاءت الاتفاقيات الدولية بحد أقصى لعمر الطفل وهو ثماني عشرة سنة حتى يتناسب مع الظروف الاجتماعية في كافة البلدان حول العالم، ويعاب عليها أنها لم تتناول حالة الطفولة وكيان الجنين، ولم تتطرق إلى ما يعرف بالإجهاض، وقد تكاسلت في تناول مراحل الحمل والطفولة.[1]

2- تعريف الطفل القاصر في القانون الجزائري :إن المشرع الجزائري لم يحدد بنص صريح معنى الطفل القاصر إلا أن مفهومه ينبثق من عدة نصوص قانونية ومن الملاحظ أن سن الرشد في القانون الجزائري ليس واحد فهو يختلف من قانون إلى آخر فحسب قانون العقوبات فإن سن الرشد هو 18 سنة.

ثالثا: تعريف الطفل القاصر في الشريعة الإسلامية

أولت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا بمرحلة الطفولة والطفل باعتبارها من أهم مراحل حياة الإنسان والتي تبدأ من يوم تكوينه كجنين في بطن أمه وتنتهي بالبلوغ، ظهر في الفقه الإسلامي اتجاهين وهما:

* الأول: يرى أن مرحلة الطفولة تبدأ بتكوين الجنين في بطن أمه تنتهي بالبلوغ، والاتجاه.

* الثاني:يرى أن المقصود بالطفل هو المولود الذي انفصل عن أمه نهائيا ولا يمتد هذا المدلول ليشمل المرحلة الجنينية، وذهب إلى هذا غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية وقد ميزت الشريعة الإسلامية بين الكبار والصغار من مرحلة الولادة إلى مرحلة بلوغ سن الرشد عبر مراحل ثلاثة وهي:[2]

1- مرحلة الصغير غير المميز: وتبدأ بولادة الصغير إلى بلوغه سن السابعة من عمره.

2- مرحلة الإدراك الضعيف :وتبدأ من سن السابعة من سن الصغير وتنتهي ببلوغه.

---

[1] حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون جنائي، بسكرة، 2015، ص25.

[2] بلقاسم سويقات، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون جنائي، ورقلة، 2011، ص ص07-08.

3- مرحلة الإدراك التام :وتسمى مرحلة البلوغ وتبدأ من مرحلة الخامسة عشر أو الثامنة عشر أو بظهور إحدى العلامات التي تظهر في الصبي أو الأنثى مثل الاحتلام عند الولد والحيض عند الأنثى.

الفرع الثاني: الأهلية القانونية للقاصر (الشخصية القانونية)

و للإجابة على هذا الإشكال المطروح، و باعتبار الطفل جنينا يخرج إلى الدنيا الشخصية القانونية للطفل قبل و بعد ميلاده، إلا أنه قبل هذا لا بد من إيضاح ما المقصود بالشخصية القانونية، وعليه سنوضح ذلك فيما يلي:

أولا: مفهوم الشخصية القانونية

وفيها ما يلي:

1- تعريف الشخصية القانونية :إن الشخصية القانونية هي القدرة على تحمل الواجبات والتمتع بالحقوق و ممارستها، فهي مفهوم قانوني لصيق بالصفة الإنسانية يتطابق مع مفهوم أهلية الوجوب،[1] و لا يرتبط بوجود أهلية الأداء.[2]

2- اكتساب الشخصية القانونية: كقاعدة عامة فإن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا، و في هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 01/25 ق م ج على أنه:" تبدأ شخصية

[1] أهلية الوجوب: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه قسمان ناقصة و كاملة وهما:

– أهلية الوجوب الناقصة: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له فقط، كاستحقاق الجنين للإرث.

– أهلية الوجوب الكاملة: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه وهي تثبت للإنسان منذ ولادته إلى موته.

[2] أهلية الأداء:هي صلاحية الإنسان لأن تصدر منه أفعال يعتد بها شرعا، و هي أيضا قسمان ناقصة و كاملة.

– أهلية الأداء الناقصة: صدور أفعال يتوقف الاعتداد بها على رأي من هو أكمل منه عقلا أو أعلم بوجود النفع والضرر.

– أهلية الأداء الكاملة: هي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال منه، مع الاعتداد به شرعا وعدم توقفها على رأي غيره.

الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته"،[1] و بالتالي فإن بدأ الشخصية القانونية للإنسان موقف على ما يلي:[2]

أ- أن تتم ولادته بانفصاله عن أمه انفصالا تاما.

ب- أن يتم خروجه حيا بظهور إمارة من إمارات الحياة بالبكاء، و لو لم يكن قابلا للحياة اليقينية.

ثانيا: شخصية الجنين

كاستثناء للقاعدة العامة فإنه تثبت للجنين شخصية من نوع خاص تؤهله لاكتساب بعض الحقوق يعبر عنها بالشخصية الحكمية و هذا ما نصت عليه المادة 25 /02 ق م ج: "على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا"،[3] فتطبيقا لهذا الاستثناء فإن قانون الأسرة الجزائري فبعد تحديده لفترة الحمل المنحصرة بين ستة أشهر كحد أدنى و عشرة أشهر كحد أقصى المادة 42 ق أج، فصل حقوق الجنين في المواد 134 -128-173-178، و هي حقوقه في التركة والوصية، فمجمل هذه الحقوق هي احتمالية، إذ تتوقف على حياة الجنين بعد الولادة، و يعتبر المولود حيا حسب ما نصت عليه المادة 134 ق أ ج إذا استهل صارخا أو بدرت منه علامة ظاهرة بالحياة.[4]

ثالثا: شخصية الطفل بعد الميلاد

---

[1] أنظر المادة 01/25 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

[2] ابن الشيخ الدنوني، موجز المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، منشورات دحلب، الجزائر، 1992، ص ص154-155.

[3] أنظر المادة 02/25 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

[4] أنظر المواد 134-128-173-178 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

كقاعدة عامة فإن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا و بالتالي فإن الطفل بمجرد ولادته حيا تثبت له شخصيته، و تكون له الصلاحية لاكتساب الحقوق و تحمل الواجبات و ممارستها، و تتدرج هذه الصلاحية اتساعا مع تطور سنه، فالطفل بصفته قاصر يمر بمرحلتين:[1]

1- المرحلة الأولى: انعدام التمييز، سنعرفه لغة واصطلاحا من خلال ما يلي:[2]

أ- التمييز لغة: هو قوة نفسية تستنبطها المعاني.

ب- اصطلاحا: فهو صلاحية الفرد لممارسة بعض حقوقه و تحمل نتائج أفعاله، كأن يسأل مدنيا أو جزائيا، فالتمييز إذن هو مناط المسؤولية التقصيرية أو العقدية، بحيث تنعدم إذا انعدم التمييز.

2- المرحلة الثانية: و هي مرحلة التمييز، و هو الشخص الذي بلغ سن السادسة عشرة و لم يبلغ بعد سن التاسعة عشرة، فهو إذن قاصر مميز.

فإنه خلال هاتين المرحلتين يكون الطفل منزوعا من الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات في الحياة المدنية، و بالتالي يوضع تحت نظام التمثيل القانوني و سلطة الولي، الذي يجب عليه تأمين الحماية على شخصه وأمواله، و ببلوغه سن الرشد تزول هذه الرعاية، و يصبح الشخص آهلا لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه ما لم يحجر عليه ل وجود سبب من أسباب الحجر، و هذا و بعد محاولة إيضاح من هو الطفل، و متى يعتبر كذلك في نظر القانون هذا الكائن الذي أصبحت مصلحته تهم الجميع سواء على المستوى الوطني أو الدولي كما فعلت من قبلهم الشريعة الإسلامية، فالسؤال الذي يطرح هو ما المقصود بمصلحة الطفل؟ و ما هي المعايير التي يستند إليها لتقدير هذه المصلحة؟ و هذا ما سيحاول الإجابة عليه من خلال الفرع الثالث.

---

[1] على فيلالي، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج39، رقم 01، د ب ن، 2001، ص 44.

[2] على فيلالي، المرجع السابق، ص 45.

الفرع الثالث: مصلحة الطفل القاصر

إن المشرع الجزائري أعطى أهمية كبيرة للطفل و قد نص في عدة مواد على مراعاة مصلحته، إلا أنه لم يعطي تعريف لهاته المصلحة تاركا السلطة للقاضي في تقديرها و بالتالي فهناك فراغ قانوني يدفع بالقاضي للاجتهاد باحثا عن المعايير التي يعتمد عليها لتأسيس و تسبيب أحكامه، و إنه أمام القاضي مرجعين: أحكام الشريعة الإسلامية و هذا طبقا لما تنص عليه المادة 222 ق أ ج،[1] وعليه سنوضح ذلك من خلال ما يلي:

أولا: مفهوم المصلحة

سنبين ذلك فيما يلي:

1- تعريف المصلحة: فيها لغة واصطلاحا وهما كما يلي:[2]

أ- لغة: المصلحة كالمنفعة وزنا، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، أو هي اسم الواحدة من المصالح، و قد أورد لسان العرب المعنيين إذ جاء فيه:" المصلحة، الصلاح، و المصلحة واحدة المصالح"، فكل ما كان فيه نفع سواء بالجلب و التحصيل كاستحصال الفوائد و اللذائد أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار و الآلام، فهو جدير بأن يسمى مصلحة.

ب- اصطلاحا: المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم وعقولهم ونسلهم، و أموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها، فالمصلحة لها تعاريف مختلفة اللفظ متقاربة المعنى و المدلول، فقد قال الإمام الغزالي رحمه الله:"هي جلب المنفعة و دفع المضرة."

2- خصائص المصلحة: يمكن حصر هذه الخصائص في ثلاثة أمور وهي:[3]

---

[1] أنظر المادة 222 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[2] أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المنتصف من علم الأصول، ج01، دار إحياء التراب العربي بيروت، 1324، ص 286.

[3] محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة و النشر، سوريا، 1987، ص ص27-28.

أ- أن الزمن الذي يظهر فيه أثر كل من المصلحة و المفسدة ليس محصورا في الدنيا وحدها، بل مكون من الدنيا و الآخرة معا، و هذا لارتباط فعل الإنسان بالدارين معا ارتباط السبب بالمسبب، إذ أمره الله تعالى باتخاذ الحياة الدنيا وسيلة للسعادة في الحياة الآخرة.

ب- أن قيمة المصلحة الشرعية لا تنحصر فيما تنطوي عليه من لذة مادية، بل هي نابعة من حاجتي كل من الجسم و الروح في الإنسان.

ت-أن مصلحة الدين أساس المصالح الأخرى و مقدمة عليها، فيجب التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخرى إبقاء لها و محافظة عليها.

3- أنواع مصالح الطفل:كثيرة نذكر أهمها فيما يلي:[1]

أ- المصالح الضرورية: و هي التي لا يستغنى عنها الناس على الإطلاق و لولاها لأصبحت الحياة فوضوية مثل: الحفاظ على الدين و الأمن و الغذاء وما إلى ذلك.

ب- المصالح الحاجبة: و هي التي إذا فقدت الحياة تسير و لكن بعناء شديد.

ت- المصالح المرسلة: و هي التي لم يأت الشرع بنصوص محددة فيها، و فرضتها تطورات العصر، ولكنها مصالح تقع و الحكم فيها يأتي بمقدار أهميتها عند العلماء و أهل الخبرة والتجربة، منها بعض المصالح التي تتبناها الحكومات و فيها نفع فإنه يجب شرعا الأخذ.

ثانيا: تقدير المشرع الجزائري لمصلحة الطفل

إن المشرع الجزائري و بصدور القانون رقم **84/11** الصادر في **09 جوان 1984** عمل على تنظيم المسائل المتعلقة بالأسرة، بما فيها مسائل النسب و الحضانة مستندا في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن هذا القانون لم يخلو من النقائص خاصة عند التطبيق طالما كان الأمر يتعلق بالطفل و حقوقه، الشيء الذي دفع بالمشرع إلى إدخال بعض التعديلات عليه و ذلك بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 15 فبراير2005 ، فالسؤال الذي يطرح هو هل المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 05 وفق في تنظيم هاتين إن أهم حق يكتسبه الشخص هو النسب، لما يترتب عن هذا الأخير من حقوق للفرد وللمجتمع ككل،

[1] محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص ص29-30.

فإن النسب ليس هدفا في حد ذاته فحسب، بل هو حماية و ضمانا لحقوق الولد كالنفقة والحضانة و الإرث، و حرمة المصاهرة، فيعتبر النسب من العناصر المكونة لهوية الإنسان، هذه الهوية التي تميز الأشخاص عن بعضهم البعض، و بما أن نسب الطفل لا يطرح مشاكل فقط أثناء الحياة الزوجية و التي قد تنقطع لسبب ما، بل الأمر يتعدى ذلك لما يطرح من مشاكل حتى بعد انقضاء هذه العلاقة، فإن المشرع الجزائري نظم مسائل النسب في الفصل الخامس من الباب الأول من قانون الأسرة في المواد من 40 إلى46 ، فهل منح هذا الحق أي حق انتساب الطفل إلى والديه لكل الأطفال بدون تمييز.[1]

المطلب الثاني: حقوق الطفل

تحتل قضايا الطفل الذي يشكل عماد المستقبل في جميع الدول أولوية ووعيا منها بأهمية يشكله حقوق الطفل من آثار مستقبلية، فقد صادقت أغلبية الدول على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإدراجها ضمن قانون دولي في **20/11/1989** و التي دخلت حيز التنفيذ في **23/09/1990** من ضمنها الجزائر في **19/12/1992** و تونس في **29/01/1991** والمغرب سنة **1993**، ولم يقتصر الاهتمام بحماية الأطفال على المستوى الدولي، بل تعداه إلى المستويات الإقليمية والتي أكدت كلها على ضرورة حماية الحقوق الأساسية للطفل،[2] وعليه سنبين في هذا المطلب حقوق الطفل في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حقوق الطفل على أسرته

[1] محمد ولد عال ولد محماي، أحكام النسب و طرق إثبات، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص ص04-06.

[2] خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص37.

تعتبر الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق، ومن المؤكد أن الطفل يتمتع بشخصية قانونية وأهلية وجوب وذمة مالية، إذا فهو صالح لاكتساب الحقوق التي تنقسم إلى مادية ومعنوية، وعليه سنوضح ذلك من خلال ما يلي:

أولا: حقوق الطفل المعنوية على أسرته

يحتاج الطفل إلى رعاية من طرف أسرته حفاظا لنفسه وماله، لذا فلا بد من إبراز ما يكون للطفل من حقوق معنوية على أسرته من اسم ونسب وجنسية وحق في التربية، وفيه ما يلي:[1]

1-حق الطفل في الاسم: إن الاسم حق لصيق بالشخصية على نحو مقرر لكل إنسان ومن ثم فالطفل حق في الاسم وهذا طبيعي.

2- حق الطفل في النسب: يعتبر النسب حق أساسيا وأصليا لكل إنسان حيث أنه بواسطته تثبت للشخص جميع حقوقه الشخصية الأخرى، ولقد عرف النسب بأنه القرابة الناشئة من صلة الدم بالتناسل والبنوة وهي نسبة الولد لأبيه.

3- الحق في الجنسية: في الواقع أن موضوع الجنسية يكتسي أهمية بالغة بالنسبة للطفل فهي العلاقة القانونية والسياسية التي تربط الطفل منذ لحظة ميلاده بدولة معينة وبناءا على اكتسابها يترتب له الحقوق والضمانات التي تكفلها الدولة للأطفال المنتمين إليها والمتمتعين بجنسيتها، وإذا كانت الجنسية تكتسي أهمية سواء بالنسبة للطفل أو الشخص البالغ، إلا أن أهميتها بالنسبة للطفل تفوق أهميتها بالنسبة للشخص الراشد، لأن الطفل يحتاج إلى حماية ورعاية خاصة بسبب عدم نضجه الجسمي والعقلي، من ثم فإن تمتعه بجنسية ما يساهم إسهاما كبيرا في توفير مظاهر الحماية القانونية والاجتماعية التي يحتاجها في هذه المرحلة العمرية الحرجة.

4- حق الطفل في التربية: إن تربية الطفل من قبل الوالدين لا تعني التنشئة الجسمية والاهتمام بنموه فقط، فالتربية ليست كلمة بسيطة وسهلة كما يعتقد البعض، وإنما هي مفهوم

[1] عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001، ص ص119-120.

شامل يخص الجنس البشري في مختلف مواقف حياته، ومن هذه المواقف التربية التي تجري داخل الأسرة خلال الطفولة والمراهقة وقد تمتد إلى السنوات الأولى لسن الرشد.[1]

ثانيا: حقوق الطفل المادية على أسرته

إن الطفل بحاجة إلى أسرته حفظا لماله وإنفاقا عليه إذا لم يكن له مال، ومن ثم فلا بد من إبراز ما يكون له من أفراد الأسرة من حقوق مادية ومن يلتزم بالإنفاق عليه، بل إن الطفل الصغير في حاجة إلى من تكون حاضنة له، والأصل أن الأم هي الحاضنة ولكن تنوع الفروض وتفاوتها يثير مشكلات عملية يتولى المشرع تنظيمها بحلول تراعي مصلحة الطفل الصغير،[2] وأهم هذه الحقوق المادية ما يلي:

1- حق الطفل في الرضاعة: يعرف الرضاع بأنه مص الرضيع للبن من ثدي آدمية في مدة معينة اختلف في تقديرها وهي مدة الرضاع، ويثبت هذا الحق للطفل بمجرد ولادته حتى ينمو جسمه ويتغذى بالغذاء الطبيعي الذي هو لبن أمه.[3]

2- حق الطفل في الحضانة: الحضانة هي القيام على تربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه وتنظيفه ونومه، وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بتربية الطفل ورعايته، ورتبت له حقوقا كثيرة للحفاظ عليه وتنشئته تنشئة صحيحة سليمة باعتباره شاب الغد ورجل المستقبل، وعليه يتوقف بناء المجتمع الراقي والمزدهر، وهذا بقدر ما نزرع فيه من التربية

---

[1] علي تعوينات، تربية الطفل في ظل الأسرة المضطربة و الأسرة السوية،مجلة رسالة الأسرة تصدر عن الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة و قضايا المرأة، ع 10، د ب ن، 2006، ص 24.

[2] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاء وقضاء، دار الفكر العربي، ط 02، القاهرة، د س ن، ص 152.

[3] زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، معهد الدراسات الإسلامية، دار الإتحاد العربي للطباعة، د ب ن، د س ن، ص ص204-206.

السليمة، وكذلك فقد عهدت الشريعة الإسلامية بالطفل إلى يد حريصة عليه مخلصة لا تتهاون في حقوقه ألا وهما الوالدان والأقرباء المقربون عند فقدهما.[1]

3- حق الطفل في النفقة: النفقة هي توفير كل ما يحتاج إليه الطفل من الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.[2]

4- حق الطفل في الإيواء: الواقع أنه لا إشكال في أن حق الطفل في السكن مصون من قبل من تجب نفقته وإيواءه.[3]

5- حق الطفل في الميراث والوصية والهبة: على الرغم من أن الطفل يعتبر ناقص الأهلية بحيث تكون التصرفات التي يقوم بها باطلة إذا كانت تضر به كالبيع والشراء والرهن إلى غير ذلك من التصرفات القانونية، إلا أنه يمكنه قبول بعض التصرفات النافعة له كالميراث والهبة، والتي تعتبر من قبيل الحقوق التي يستحقها الطفل.

6- حق الولاية والوصاية على الطفل: إن الولاية والوصاية شرعتا على الطفل لحمايته ورعايته وليس للإضرار به أو إزائه أو التسلط عليه، فللقاضي الحق في عزل الولي أو الوصي إذا أضر كل منهما بالطفل وهو ما يتضح من خلال تحديد مهمة الولي في المادة 88 من ق أ ج.[4]

7- حق الطفل في الكفالة: الكفالة كما عرفها القانون في المادة 116 التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي، ومن أجل ضمان القانون حماية المكفول فإنه اشترط أن تكون بعقد شرعي يتم أمام المحكمة أو أمام

---

[1] ليلى عبد الله سعيد، حقوق الطفل في محيط الأسرة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، ع03، سبتمبر1974، ص ص230-232.

[2] أنظر المادة 78 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[3] على فيلالي، المرجع السابق، ص 55.

[4] كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج39، رقم01، د ب ن، 2001، ص57.

الموثق، و إذا كان للطفل أبوان فتكون برضاهما، أما الكافل فلابد أن يكون مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته.

الفرع الثاني: حقوق الطفل على دولته

الطفل لا يستطيع القيام بشؤون نفسه ولا بتوفير حاجاته ولا بتامين سلامته ولا بإعداد نفسه للمستقبل، غير انه يملك كامل حقوق الإنسان بحكم كونه إنسانا، وهي حقوق طبيعية ذاتية، غير أن الطفل نظرا لقصره وضعف إمكاناته الذاتية، عاجز عن ممارسة حقوقه بنفسه في كثير من الأحيان، أو على الأقل عاجز عن حمايتها، فالأسرة كفيلة بذلك، فان لم توجد أو وجدت ولم تقم بواجبها أو عجزت عنه، وعليه سنوضح ذلك فيما يلي:

أولا: حق الطفل في الرعاية الصحية

تكفل الدولة حماية الطفولة وترعى الأطفال، وتعمل على تهيئة الظروف المناسبة لضمان التنشئة الصحية من كافة النواحي، ذلك أنه يحق لكل طفل التمتع بجميع الحقوق الشرعية، وعلى الأخص حقه في الصحة وهو أمر يرتبط بالمستوى الاجتماعي للأسرة.[1]

ومن أجل تأمين وحماية حق الرعاية الصحية ونمو الطفل في صحة وسلامة تامتين، قام المشرع الجزائري بوضع مبادئ تكفل هذا الحق بالرجوع إلى دستور 1963 نجده قد جاء خاليا من النص صراحة أو ضمنيا على حق الرعاية الصحية، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 11 منه والتي تنص على موافقة الجمهورية الجزائرية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة **1948**، نجد أن هذا الإعلان قد نص على حق كل شخص في الرعاية الصحية والوقاية من المرض.[2]

[1] محمد سيد فهمي، أطفالنا في ظروف صعبة، دار الوفاء للطباعة والنشر، د ب ن،2007 ، ص13.

[2] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادقت عليها الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963 ج ر، ع64 ، المؤرخ في 10 سبتمبر 3196.

ثانيا: حق الطفل في الظروف المعيشية اللائقة

إن الحق في ظروف معيشة لائقة هو حق لكل إنسان وعلى كل دولة أن تحافظ على كرامة مواطنيها وتعمل على توفير احتياجاتهم وضمان معيشتهم بكرامة، وأن تضمن لمواطنيها المسكن لضمان رفاه أفرادها كما عليها أن تضمن لهم شروط عمل جيدة كي يؤمنوا لعائلاتهم المأكل، الملبس والمسكن وحتى لو منعتهم ظروف معينة من العمل مثل العجز، المرض والشيخوخة، لقد تضمنت الدساتير الجزائرية الحق في ظروف معيشية لائقة، وضمنتها نصوصها الدستورية، فنجد دستور 1963 قد اعترف بحق كل فرد في حياة لائقة.[1]

ثالثا: حق الطفل في الرعاية الاجتماعية

قد يكون الطفل بحاجة إلى رعاية اجتماعية تكفله عوضا ما حرم منه من رعاية أسرته، وتكون هذه الرعاية الاجتماعية التعويضية بديلة عن رعاية الأسرة، وهذه صورة فريدة من الرعاية الاجتماعية أو ما يسمى بالرعاية البديلة، كفلها المشرع للأطفال المحرومين من رعاية أسرهم التي ينتمون إليها، وتظهر الرعاية الاجتماعية في عدة مظاهر من بينها:[2]

1- المساعدات المالية: من مظاهر الرعاية الاجتماعية للطفل ما يتعلق بالمساعدات المالية التي تقدم له، حيث يجب على الدولة أن تحرص على تهيئة الظروف المادية التي تكفل تحقيق الأمن المادي للطفولة، وهذا ما أكد عليه إعلان حقوق الطفل الصادر عن الأمم المتحدة في المبدأ السادس منه الذي جاء فيه:"تتولى الدولة والهيئات المتخصصة الأخرى بذل المعونة،المالية التي تكفل إعانة أبناء الأسر الكبيرة العدد".

2- الحضانة: يعتبر دار للحضانة كل مكان مناسب يخصص لرعاية الأطفال الذين لم يبلغوا سن الرابعة، وتقوم دار الحضانة برعاية هؤلاء الأطفال بعض الوقت، أو تقوم بإيوائهم إيواء كاملا.

---

[1] أنظر المادة 165 من دستور 1963، المشار إليه سابقا.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المعاملة الجنائية والاجتماعية للطفل، دار الفكر الجامعي، ط01، د ب ن، 2003، ص ص 195-197.

3- الأسرة البديلة: اتجه المشرع الجزائري إلى مشروع الأسرة البديلة، وكان رائده في ذلك توفير العطف والحنان الأسري للطفل الذي حالت ظروفه دون إن ينشا في أسرته الطبيعية فضلا عن تربيته تربية سليمة، فلم يرد إطلاقا إن ينسب الطفل إلى الأسرة البديلة، أو أن يحدث تبني الطفل، لأنه لا يجوز أن ينسب الطفل إلى غير والديه.

رابعا: حق الطفل في التعليم

ويقصد به التعليم الرسمي أو المتمدرس الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا أو إجباريا إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي، وقد أكد على هذا الحق إعلان حقوق الطفل الصادر عن الأمم المتحدة، في المبدأ السابع منه والذي جاء فيه للطفل الحق في الحصول على وسائل التعليم الإجباري المجاني، على الأقل في المرحلة الابتدائية.[1]

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة الطفل

رأينا أن المشرع عندما يضع القواعد، يضعها عامة و مجردة، و القاضي يفسرها و يفصل حسب كل حالة، لذلك فإن دور المشرع ينحصر في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل، و يخول له مهمة تحديد ما تشمل عليه من الناحية العملية، إذ بمقتضى هذا المبدأ يستوجب على القاضي تفسير معناه وتحديد محتواه لكل قضية معروضة أمامه، فيتقدم باجتهاد قريب للحقيقة و الواقع، وعليه سنبين في هذا المطلب سلطة القاضي في تقدير مصلحة الطفل في الفروع التالية:

الفرع الأول: دعاوى النسب

تعهدت الجزائر بمصادقتها على اتفاقية حقوق الطفل، باحترام الطفل في الحفاظ على هويته، و أن تقدم له المساعدة و الحماية من أجل الإسراع بإعادتها، و سعيا لتحقيق هذا فإن

[1] مصطفى أحمد أبو الخير، نصوص المواثيق والإعلانات والاتفاقيات لحقوق الإنسان، إيتراك، د ب ن،2005، ص165.

المشرع أقر دعاوى قضائية من خلالها يحمي حق الطفل في النسب، كما أنه جرم بعض الأفعال التي تمس بهذا الحق، و هذا ما سنتطرق إليه من خلال النقاط التالية:

أولا: الدعاوى المدنية

تتجه دعاوى النسب إلى تمكين الطفل المجهول النسب من إثبات نسبه المفقود، إلا أنها قد تكون وسيلة لإنكار النسب و نفيه، و ترفع هذه الدعاوى ممن له الصفة و المصلحة طبقا لما جاء في نص المادة 459 ق إ م و إ، و هذا ما جاء أيضا به المشرع في المادة 13 من ق إ م إ، و الذي يدخل حيز التنفيذ في أفريل 2009،[1] وفيه ما يلي:[2]

1- دعوى إثبات نسب :فإن كان القضاء يشترط لقبول دعوى إثبات نسب الطفل من أبيه، أن يكون ناتجا على فراش لزوجية، فإنه سمح له أن يثبت نسبه من أمه أيا كان سبب ولادته، وإن كان ناتج عن زنا.

2- دعوى إلحاق نسب الطفل بأمه :ينسب الطفل إلى أمه أيا كان سبب ولادته، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها:"من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا"، و من أجل ذلك لابد من إثبات للمحكمة واقعتين و هما:[3]

أ- واقعة الميلاد:فالأصل أن تثبت الولادة بمستخرج من المصالح المدنية، إلا أنه قد يتعذر ذلك، فيمكن إثباتها عن طريق إقرار الأم نفسها، أو عن طريق شهادة الأشخاص الذين حضروا الولادة، أو حتى عن طريق الفحص الطبي، لأن الولادة واقعة مادية يمكن إثباتها بكل الطرق و الوسائل.

---

[1] أنظر المادة 13 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، (ج ر، ع21، 2008/04/23).

[2] ليلى جمعي، حماية الطفل، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2006، ص ص214-215.

[3] ليلى جمعي، المرجع السابق، ص ص215-216.

ب- إثبات للمحكمة أن الطفل الذي ولدته المرأة:هو نفسه المطلوب إثبات نسبه، و يتم ذلك بواسطة شهادة الشهود أو عن طريق الخبرة، كما يمكن ذلك عن طريق اعتراف الأم نفسها بأنه ابنها، فبثبوت هاتين الواقعتين يلحق الطفل بأمه.

3- دعوى إلحاق نسب الطفل بأبيه :يرفض القضاء الجزائري كل دعوى تهدف إلى إثبات هذا الحق للطفل المولود خارج الزواج الصحيح، و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها:" من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت به النسب"، و عملا بمبدأ البينة على من ادعى، فلا بد على المدعي أن يثبت للمحكمة الوقائع التالية:[1]

أ- توافر عقد زواج صحيح:فلا ينسب الطفل لأبيه في القضاء الجزائري إلا إذا ولد من زواج صحيح، و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في أحدها: "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، و من تم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل و المرأة زواجا.

و لما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، و عليه فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهاد للمستأنف على اعترافه بالزواج و تصحيحه و إلحاق نسب الولد بأبيه، و تقرير حقوق للمستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

ب- الدخول و إمكانية الاتصال بين الزوجين: فلا يكفي إثبات للقضاء إبرام عقد الزواج، بل لا بد على من يدعي انتساب الطفل لأبيه أن يثبت واقعة الدخول.

ت- ولادة الطفل خلال المدة المحددة قانونا:فلا بد أن يكون الطفل المراد إلحاق نسبه إلى أبيه مولودا خلال المدة المحددة بموجب المادة 42 ق أج، و التي تتراوح بين ستة و عشرة أشهر.

[1] ليلى جمعي، المرجع السابق، ص ص220-222.

4- دعوى إنكار النسب: فنظرا لخطورة دعوى إنكار النسب على الطفل، إذ أنها تمس بأهم حقوقه، قيدها القضاء بمجموعة من القيود:[1]

أ- أن تكون دعوى الزوج مؤسسة: و هذا ما جاءت به المحكمة العليا في أحد قراراتها:" من المقرر قانونا أنه ليس للرجل حق في إنكار النسب بالادعاء غير المؤسس"، و بالتالي فلا بد على من يدعي إنكار نسب الطفل أن يقدم دليلا قاطعا للمحكمة يثبت أن الولد ليس منه، كإثبات عقمه مثلا أو أنه كان غائب في تلك الفترة.

ب- إنكار النسب بمجرد العلم بحمل الزوجة أو وضعها: و هذا ما جاءت به المحكمة العليا في أحد قراراتها: " من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا.

يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين، إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما من علمه بوضع زوجته لحملها".

ثانيا: الدعاوى الجزائية

فإضافة إلى سماح المشرع بشق الطريق المدني من أجل حماية الحق في النسب، فإنه يجرم بعض الأفعال المالية بهذا الأخير، و منه سنتناول في هذا ما يلي:

1- جريمة عدم التصريح بالميلاد الطفل: لقد نصت المادة 61 من قانون الحالة المدنية على أنه:"يجب أن يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان و إلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 من قانون العقوبات."

إذ تنص المادة 442 /03 ق ع ج على أنه:" يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

[1] ليلى جمعي، المرجع السابق، ص223.

كل من حضر ولادة طفل و لم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة..."[1].

كما تضيف المادة 62 من قانون الحالة المدنية على أنه:"يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم و إلا الأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، و عندما تكون الأم قد ولدت خارج منزلها فالشخص الذي ولدت الأم عنده".

و يكون هذه الجريمة ركنها المادي فقط، أما بالنسبة للركن المعنوي، فهي لا تتطلب قصد جنائي إذ أن الأمر يتعلق بمجرد مخالفة بسيطة.

2- الركن المادي لهذه الجريمة:و يشمل العناصر التالية:[2]

أ- عنصر عدم التصريح بميلاد الطفل: و هو ذلك التصرف السلبي الحاصل من الأب أو الأم أو أحد الأشخاص المذكورين في المادة 62 من قانون الحالة المدنية على سبيل الحصر و ذلك نتيجة سهو أو إهمال أو إغفال، و لا يشترط أن يولد حيا.

ب- أن يكون الجاني من بين الأشخاص الملزمين بالتصريح بالولادة: و قد ذكرتهم المادة 62 من قانون الحالة المدنية، و يكون المسؤول الأول الأب و بعده الأم ثم الأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، و عندما تكون الأم قد ولدت خارج منزلها فالشخص الذي ولدت الأم عنده.

ج- جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة: فتضيف المادة 03/442 ق ع ج في: "و كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب ذلك القانون ما لم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرته..."، فيعاقب الجاني متى وجد طفل حديث لعهد بالولادة و لم يقم بتسليمه إلى

---

[1] أنظر المادة 03/442 من الأمر رقم 66-156 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، المؤرخ في 08 يونيو 1966، ج ر، ع49، المؤرخة في 10 أوت 1966 معدل و متمم.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم المتعلقة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط02، د ب ن، 2002، ص ص165-166.

رئيس البلدية باعتباره ضابط الحالة المدنية، غير أنه إذا قبل أن يتكفل به بموجب إقرار أمام ضابط الحالة المدنية بالمكان الذي تم العثور عليه فإنه يعفى من العقاب، وفيه ما يلي:[1]

– الأفعال التي من شأنها الحيلولة دون تحقق من شخصية الطفل :تنص المادة 321 ق ع ج على أنه:" يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع و ذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته، و إذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا فتكون العقوبة هي الحبس من شهرين إلى خمس سنوات، و إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا فيعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين.

غير أنه إذا قدم فعلا الولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا بعد تسليم اختياري أو إهمال من والديه فإن المجرم يتعرض لعقوبة الحبس من شهر إلى خمس سنوات"، و بالتالي هذه الجريمة تأخذ الركن المعنوي هذه الجناية جريمة عمدية يلزم لتوافرها القصد الجنائي، و يكون بانصراف إرادة الجاني و علمه بعناصرها، فيجب أن يكون الجاني عالما أنه يقوم بنقل طفل من مكانه بدون سند قانوني، فلا تقوم الجريمة إذا كان الجاني يريد المحافظة على حياة الطفل ثم إرجاعه إلى من له سلطة الإشراف عليه.

الفرع الثاني: دعاوى الحضانة

كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان، لا سيما أمام الفراغات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري من جهة، و تعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى، مما يصعب من مهمة القاضي، وعليه سنوضح ذلك من خلال ما يلي:

أولا: الدعاوى المدنية

وفيها ما يلي:[1]

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج01، دار هومة للنشر و التوزيع، د ب ن، 2003، ص ص165-167.

1- دعوى إسناد الحضانة :يقتضي الأمر اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية:

أ- حالة الطلاق و ما في حكمه: إذ كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج أو حالة طلاق بالتراضي، أو إذا رفعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 ق أج أو خلعها طبقا للمادة 54 ق أج، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظر فيها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى، ذلك أنه متى تم فك الرابطة، الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا فيكون القاضي ملزما بالفصل في أمر الأولاد.

ب- حالة الوفاة أو الفقدان: فمسألة الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية و ذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه،فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية 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 حكم به.

2- دعوى تمديد الحضانة: الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات و الأنثى سن الزواج و في هذه الحالة يكون للمحضون حق اختيار مع من يريد العيش ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة.

3- دعوى إسقاط الحضانة: يحق للمعني صاحب الصفة أن يباشر دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي، و تكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لا يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون، وعليه سنبين أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة بإسقاط الحضانة فيما يلي:

---

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص ص167-168.

أ- الحالة الأولى: نصت على هذه الحالة المادة 66 ق أج كما يلي:"يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وسنوضح ذلك من خلال ما يلي:[1]

- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: تنص المادة 71 ق أج على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، فجاء في قرار المحكمة العليا:" أنه من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا و اختياريا فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون ".

- التنازل عن الحضانة: يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، و هذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة و له القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة أنه من المقرر شرعا و قانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها و له القدرة على الحضانة، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول و تعامل معاملة نقيض قصدها.

إذن لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل، أو يوجد لكنه يمتنع أو لا تتوفر فيه الشروط القانونية.

ب- الحالة الثانية: نصت المادة 68 ق أج على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر، وفيه ما يلي:[1]

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص ص168-169.

– سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر: إن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق في مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

– سقوط حق الحضانة عن الجدة أو الخالة: و يكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، و هذا ما نصت عليه المادة 70 ق أج، فهنا تعود الحضانة لمستحقها طبقا لما نصت عليه المادة 64 ق أج، مع الملاحظة أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة و الجدة للأم دون غيرهما؟.

ت– الحالة الثالثة: تسقط الحضانة عن الحاضن الذي فقد أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 ق أج، كما يمكن للقاضي أن يسقط الحق فيها في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن فيبلد أجنبي كما نصت على ذلك المادة 69 من نفس القانون، وفيه ما يلي:[2]

– سقوط الحضانة عند اختلال شروطها: إذا اختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أج سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية و الرعاية الصحية و الخلقية، سقطت الحضانة عن مستحقها، على أن يراعي القاضي في جميع الحالات مصلحة المحضون و هذا ما نصت عليه المادة 67 ق أ ج.

– سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي: المسألة هنا جوازية للقاضي، و الأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، و من هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون و الظروف المتعلقة بالقضية.

ثانيا: الدعاوى الجزائية

تكريسا و تدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون، نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة و اشتملت على مؤيدات لضمان احترام

---

[1]أنظر المادة 68 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[2] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص ص169–170.

هذه الأحكام، و تعد أداة فعالة و وسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها و تنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون، وعليه سنوضح ذلك من خلال ما يلي:

1- جريمة عدم تسليم المحضون إلى حاضنه: سنبين فيها ما يلي:

أ- تعريفها الجريمة: وهي الصورة المنصوص والمعاقب عليها بموجب المادة 328 ق ع ج التي تنص على أنه:" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به...".[1]

ب- شروط الجريمة: و تقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية و ركن مادي و ركن معنوي وهما كما يلي:

- الشروط الأولية: وفيه ما يلي:[2]

* المحضون القاصر: فما دام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء الحضانة و بالتحديد إلى نص المادة 65 ق أ ج، ومنه فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر للذكور والتاسعة عشر للإناث.

*حكم قضائي: لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء، و يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، و قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، و لكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل، و هكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل و غير نهائي كونه محل استئناف.

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 124.

[2] المرجع نفسه، ص ص125-126.

- الركن المادي والمعنوي: كما تقتضي هذه الجريمة توافر الركن المعنوي، و الذي هو توافر القصد الجنائي المتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي و نيته في معارضة تنفيذ هذا الحكم، و تطرح هذه المسألة عدة إشكالات، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل و إصراره على عدم مرافقة من يطلبه. و قد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه الحجة، و قضي بأن مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبررا و لا عذرا قانونيا.

ت- عناصر الجريمة: أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الامتناع ذاته، و هو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع، إلا أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة و لولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة، أو متابعة المتهم و لا معاقبته بشأنها، و الامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ، إضافة إلى ذلك يجب أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا و حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع.

2- جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنته: سنبين فيها ما يلي:[1]

أ- تعريفها: إن هذه الجريمة لها علاقة بالجريمة السابقة، لما لهما من اشتراك في الموضوع و في الهدف، و لما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدة، إذ أضافت المادة 328:" و كذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف"، بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون و الحاضن.

ب- عناصر الجريمة: لقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية:[2]

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص ص126-128.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص ص128-129.

- العنصر المادي للاختطاف: إن العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي، يتمثل في عدة صور أو عدة حالات، و كل حالة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي، وهذه الحالات هي:

* اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته.

* اختطافه في الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة، ودار الحضانة و ما شابههما، و أيضا تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب.

* توفر الحكم القضائي سبقت الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة، و لا بد من توفره أيضا في هذه الجريمة، و ذلك لأن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته و حق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ.

- عنصر القصد أو النية التجريمية: إن هذا العنصر هو من الأركان العامة المطلوب توفره في كل عمل إجرامي، و أن قانون العقوبات لم يذكره ضمنا و لا صراحة كعنصر من عناصر تكوين هذه الجريمة، و إنما يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع التجريمية.

3- جريمة اختطاف المحضون من حاضنته: وفيها ما يلي:[1]

أ- مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة: فمن خلال تحليل المادة 64 ق أ ج التي تنص على أنه:" على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الأخر"، فيتبن لنا على أن القاضي الذي يحكم بالطلاق و إسناد الحضانة يجب عليه أن يحكم في نفس الوقت وضمن نفس الحكم بإسناد حق الزيارة إلى الزوج الآخر، و يحدد فيه زمان و مكان و كيفية ممارسة حق الزيارة.

ب- عناصر جنحة رفض حق الزيارة: فلقيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل لا بد من توافر العناصر التالية:

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 170.

– وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حائز لقوة الشيء المقضي به.

– أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين، و بمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.

– أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه.

هكذا نجد أن المشرع الجزائري قد أولى اهتمام خاص بالمحضون و بالطفل بصفة عامة عندما نص على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة، و قد نص المشرع على جريمة أخرى حماية للقاصر المحضون، و إن كانت تشمل أيضا الحاضن عندما تكون أما.

3– جريمة عدم تسيد النفقة: نصت على هذه الجريمة المادة 331 ق ع ج حيث جاء فيها:"يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 إلى 5.000 دج كل من امتنع عمدا و لمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه و أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم ..."، و ذلك تدعيما لنص المادة 75 ق أج التي تنص على أن نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال.[1]

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 171.

الفرع الثالث: دور القاضي في تقدير مصلحة الطفل

نصت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في مادتها الثالثة على أنه:" في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم...يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى"، إذن يجب على المحاكم أن تستند في كل إجراء يتعلق بالطفل أو يكون طرفا فيه إلى مصالحه الفضلى، و هذا ما سنقوم بتوضيحه فيما يلي:

أولا: التحقيق و المعاينة

فإذا ما طرحت قضية أمام قاضي الأحوال الشخصية تخص الأطفال سواء كانت متعلقة بالنسب أو بالحضانة، فهو يملك القيام بكل إجراءات التحقيق التي تساعده على تكوين قناعته ومنها:[1]

1- الاستماع إلى أطراف النزاع :فللقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم و تحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة الطفل، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين، و الموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للطفل.

2- الاستماع إلى أفراد العائلة: للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة وأخوات و أبناء عمومة الخصوم، و كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه و هذا عملا بأحكام المادة 64 ق إ م، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في مادته 459 إذ جاءت كما يلي:" يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر و سلوك الأبوين".

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ج01، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 127.

3- انتقال القاضي للمعاينة :فيجوز للقاضي مثلا في حالة الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، و من هذه الظروف: ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة و بعده، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها، و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 43 ق إ م.[1]

ثانيا: الاستعانة بالخبراء

يعتمد تحديد المصلحة الفضلى للطفل في الدعاوى المتعلقة به على مدى إحاطة القاضي بالوقائع المطروحة عليه، مما قد يدفعه للاستعانة بالخبراء لسد ثغرات سكوت القانون، فيلجأ القضاة المعروض عليهم دعاوى تتعلق بالأطفال إلى خبراء مختصين، لإيضاح بعض المعلومات الفنية التي يستحيل عليهم فهمها و التطرق إليها دونهم، و هذا من أجل تأسيس أحكامهم، وهذا ما نص عليه المشرع أيضا في نص المادة 43 ق إ م و كذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في المادة 125 منه على أن :"تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"، و كل هذا سعيا من القاضي إلى فهم الإشكال المطروح عليه، و حله بأحسن الطرق على أساس المصلحة الفضلى للطفل.[2]

ثالثا: دور النيابة العامة

لقد أوجب المشرع الجزائري بمناسبة تعديله لقانون الأسرة إدخال النيابة العامة كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون، إذ جاء في نص المادة 03 مكرر ق أج:" تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا

[1] أنظر المادة 43 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المشار إليه سابقا.

[2] عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة،مجلة المحكمة العليا، ع02، د ب ن، 2005، ص 40.

القانون"، فأنه لا ينبغي أن يفهم اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا أن تنضم في الخصومة إلى أحد الخصوم، فهي لا تنضم لا إلى المدعي ولا إلى المدعى عليه في طلباتهم و دفوعهم، فهي تتمسك بتطبيق القانون فحسب، و قد يكون موقف النيابة العامة في غير مصلحة أطراف الخصوم فهي ممثلة للمصلحة العامة، إلا أن دور النيابة في الدعوى كان محل جدل فقهي، حيث انتقده البعض على أساس أن وجود النيابة العامة إلى جانب القاضي الذي ينظر في القضية يعني عدم الثقة في القضاء، إضافة إلى أنه للدولة كما لباقي الأفراد نوابهم الذين يمثلونهم في الدعوى، و وجودها إلى جانب أحد الخصوم يخل بمبدأ المساواة في الدعوى، كما قيل أن وجود النيابة العامة في الخصومة المتعلقة بالأسرة وسيلة في يد السلطة التنفيذية للتدخل في شؤون القضاء، و الشيء الذي لاحظناه أيضا من خلال دراستنا للاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في مجال حضانة الطفل، فإنه بالرغم من وجود نصوص قانونية منظمة لهذا الموضوع، فإن الواقع التطبيقي و العملي في مجال الاجتهاد القضائي أكد على أن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال لأنه قبل إصداره لأي حكم خاص بحضانة الطفل يراعي مبدأ هام متفق عليه ألا و هو مصلحة المحضون.[1]

[1] إسماعيل الشيخ، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج للقضاء، د ب ن، 2007، ص50.

خلاصة الفصل الأول:

نستنتج في الأخير من خلال الفصل الأول المتمثل في الإطار المفاهيمي للحضانة و الطفل القاصر أن من أهم الآثار المترتبة عن الطلاق و ما في حكمه (التطليق، الطلاق بالتراضي، الخلع) هي الحضانة، فهي أساساً تتعلق بالأطفال الناجمين عن انحلال الرابطة الزوجية من حيث تربيتهم، رعايتهم، و حفظهم، لذلك جعل كل من الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون الأسمى و فوق كل اعتبار، حيث ساق المشرع أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري من خلال المواد من 62 إلى 72 منه، كما نص في المادة 222 من نفس القانون على الرجوع لأحكام الشريعة في كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة الجزائري، و على الرغم من أن المشرع الجزائري قام ببعض التعديلات لبعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون إلا أنه ما زالت تعتريها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركه حتى تكتمل الحماية التي تهدف إليها هذه النصوص..

الفصل الثاني
حقوق القاصر المحضون
في حال الطلاق والوفاة

الفصل الثاني:

حقوق القاصر المحضون في حال الطلاق و الوفاة

تمهيد:

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين وكان الأولاد بينها تثور مسألة الحضانة، فالصغير بحاجة إلى من يرعاه ويهتم بشؤونه، لأنه في تلك مرحلة يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لمن يضره وما ينفعه، فهناك شروط محددة سواء التي أقرتها مبادئ الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية.

وتتحقق الحماية القانونية والقضائية للطفل المحضون من خلال حصوله على حقوقه المعنوية والمادية، لأن هؤلاء الأطفال هم جيل المستقبل فبصلاحهم يصلح المجتمع وبفسادهم يفسد المجتمع، فلا بد أن تكون النصوص والأحكام تتمشى ومصلحتهم وحقوقهم وتكفل لهم الرعاية الكاملة.

ويعرف المحضون فقها بأنه ذلك الطفل الصغير،[1]الذي لا يقدر على القيام بأموره لعجزه عن النظر لنفسه والقيام بحوائجه، وجعل المشرع ولاية ذلك إلى من هو أشفق عليه.[2]

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى الحاضنون المكلفون بالحضانة (المبحث الأول)، الأحكام الناظمة للحضانة (المبحث الثاني).

[1] المرحلة الثالثة: مرحلة البلوغ، إذا بلغ الصبي أو الصبية سن البلوغ عاقلين، فيكونان مسؤولين مسؤولية جنائية كاملة، أنظر إلى: أحمد فتحي بهنسى، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، ج04، دار النهضة العربية، بيروت،1991، ص06.

[2] ناصر العليوى، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط01، عمان،2010 ، ص122.

المبحث الأول: الحاضنون المكلفون بالحضانة

إذا كان الطفل يخرج إلى الحياة عاجزا عن كل شيء، فيحتاج إلى من يقوم بأموره كلها فإذا بلغ حد التمييز واستطاع أن بقوم ببعض شؤونه ظهرت حاجته إلى نوع آخر من الخدمة كالتعليم والتهذيب والصيانة عن الفساد، فهو في طوريه محتاج إلى خدمة، ولما كان النساء أقدر على النوع الأول لما لهن من الخبرة في هذه الأمور والصبر عليها، جعله الشارع إليهن وقدمهن على الرجال في حق الحضانة، ولما كان الرجال أقدر على النوع الثاني وكله الشارع إليهم فتوزعت المسؤولية بين النساء والرجال، ولما كانت الأم بطبيعتها أحنى على وليدها من غيرها، فشفقتها لا تَعْدلُهَا شفقة وعطفها لا يقاربه عطف، لذا جعلت في المرتبة الأولى،[1] وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى الحاضنون المكلفون بالحضانة في الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، الحاضنون المكلفون بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحاضنون المكلفون بالحضانة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في ترتيب الحاضنين، فمنهم من أجاز حضانة ذوي الأرحام، ومنهم من لم يجزها، ومنهم من قدم الخالة عن الجدة، ومنهم من قدم الأب عن أم الأب، وسأتعرض باختصار لترتيب الحاضنين حسب أقوال العلماء، وعليه سنبين في هذا المطلب الحاضنون المكلفون بالحضانة في الفقه الإسلامي في الفروع التالية:

الفرع الأول: ترتيب الإناث بالحضانة في الفقه الإسلامي (ترتيب الإناث عند فقهاء الشريعة)

عن يحيى بن سعيد أنه قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: كانت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إن عمر فارقها فجاء عمر قباء، فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد، فأخذه بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام ، فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق رضي الله عنه، فقال

[1] ناصر العليوى، المرجع السابق ، ص123.

عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر رضي الله عنه: خل بينها وبينه فما راجعه عمر الكلام.[1]

ففي الحديث دليل على أن عمر كان مذهبه في ذلك خلاف أبي بكر ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم و الإمضاء، ثم كان بعد في خلافته يقضي به ويفتي، ولم يخالف أبا بكر في شيء منه مادام الصبي صغيرا لا يميز، ولا مخالف لهما من الصحابة، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رجل: يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: أمك قال: ثم من ؟، قال: أمك، قال: ثم من ؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أبوك.[2]

لما كانت الأم أولى بحضانة ولدها لأدلة السابقة، وهذا مع توافر الشروط فيها وخلوها من الموانع تكون لها الحضانة أما إذا حل بها مانع أو تخلف عنها شرط، لم تسند لها الحضانة لأنها ليست أهلا لها وبالتالي تنقل الحضانة إلى غيرها من النساء لأن حضانة الطفل أولى وأهم فلا يترك الطفل دون رعاية لمجرد أن أمه لم تقدر على الحضانة لانتفاء شرط أو وجود مانع، فتنتقل الحضانة إلى غيرها من النساء، فكان ترتيب الإناث الحاضنات كالآتي:

أولا: الترتيب عند الحنفية

قبل البدء في تعداد الحاضنات من النساء على الترتيب عند الحنفية يجب ملاحظة أنه عندما يجتمع صنف من درجة واحدة، كالأخوات والعمات، وبنات الإخوة، وما إلى ذلك فتقدم من كانت شقيقة، ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب، وذلك فيما يلي:[3]

[1] ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997، ص34.

[2] محمد ناصر الدين الألباني، حديث صحيح في إرواء الغليل، رقم 837 .

[3] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ط01، الأردن،2002 ، ص ص 386-388.

1- بعد الأم تأتي أم الأم وإن بعدت درجتها ثم أم الأب وإن باعدت درجتها، لأنها أم أيضا ولأن أم الأب وإن استوت في درجة أم الأم لكن من كانت من جهة الأم فهي أولى وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكل من يدلي بقرابة الأم كان أولى لأنه يكون أشفق.

2- الأخت الشقيقة لأنها تدلي بقرابتين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم بنات الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، فأم الأب أولى من الأخوات لأن لها أولاد فكانت أدخل في الولاية وأشفق وهو قول أبو يوسف، وقال زفر:"الأخت الشقيقة والأخت لأم والخالة تقدم على الجدة أم الأب".

3- الخالة الشقيقة، فالخالة لأم، فالخالة لأب، فبنت الأخت لأب وقيل الخالة تقدم على الأخت لأب، وهو قول محمد وزفر مستدلين بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الخالة والدة".

4- بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأم.

5- العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب.

6- خالة الأم الشقيقة، ثم خالة الأم لأم، ثم خالة الأم لأب، ثم خالة الأب الشقيقة، ثم خالة الأب لأم، ثم خالة الأب لأب.

7- عمة الأم الشقيقة، ثم عمة الأم لأم، ثم عمة الأم لأب، ثم عمة الأب الشقيقة، ثم عمة الأب لأم، ثم عمة الأب لأب، تقديم الخالات على العمات لأنهن يدلين بقرابة الأم فكن أشفق وأولى.

ثانيا: الترتيب عند المالكية

اختلفت تقسيمات المالكية عن الحنفية اختلافا بينا، لكن اتفقوا معهم في أنه إذا اجتمع النوع الواحد، كان الترتيب لا شقاء أولا، ثم لأم، ثم لأب، وذلك فيما يلي:[1]

1- بعد الأم تأتي أم الأم وتقديمها بإجماع الفقهاء متى توفرت فيها الأهلية.

[1] علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج04، طبعة دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، د س ن، ص ص40-42.

2- الخالة الشقيقة للمحضون، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، وقيل أن الخالة لأب لا حضانة لها، غير أنه ورد في حاشية الدسوقي أن هذا غير صواب، ثم خالة الأم، ثم عمة الأم.

3- أم الأب، ثم أم أمه، ثم أم أم أبيه.

4- الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، فالأخت لأب.

5- العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب.

6- عمة الأب الشقيقة، ثم عمة الأب لأم، ثم عمة الأب لأب.

7- بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب، ثم بنت الأخت بالصفة السابقة.

ثالثا: الترتيب عند الشافعية

إن أقرب التقسيمات في الحضانة للنظر الشرعي هي ترتيب الشافعية ثم الحنبلية فالحضانة للنساء، ثم للوارثين من الرجال، ثم إذا اجتمعا رجال ونساء فلهم ترتيب آخر، وذلك فيما يلي:[1]

1- بعد الأم أمها(الجدة لأم) لمشاركتها الأم في الإرث والولادة، ثم أم الأب وهو في قول الشافعي الجديد، وذلك لمشاركتها أم الأم في الإرث والولادة، ثم أم أب الأب، ثم أم أب الجد لنفس المعنى.

2- الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأب، ثم الأخت لأم في الصحيح عندهم، بخلاف بقية المذاهب التي تقدم الأخت لأم وسبب ذلك قولهم أنها مشتركة مع المحضون في النسب ولقوة إرثها فقد تصير عصبة.

3- بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم.

4- الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأب، ثم الخالة لأم في الصحيح عندهم.

[1] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن للقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط02، عمان، 2008، ص 387.

5- بنت الأخت، ثم بنت الأخ، وهي أولى من العمة لأنها أقرب فهي ولد لأب، والعمة ولد لجد، وذلك كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم.

6- العمة الشقيقة، ثم العمة لأب وهي أخت جد المحضون، ثم العمة لأم.

رابعا: الترتيب عند الحنابلة

وذلك فيما يلي:[1]

1- بعد الأم، أم الأم (الجدة لأم) ثم أم الأب، وعند أحمد العكس، أم الأب مقدمة.

2- أم الجد لأم، ثم أم الجد لأب، لأن الأنوثة مع التساوي موجب للرجحان.

3- أم جد الأب، ثم أم جد الجد.

4- الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأب، لأن الحق من قبلها ولأنها أقوى في الميراث، ثم الأخت لأم لأنهن يشاركن في النسب، وفيه خلاف. وتقديم أمهات الجد عليهن لأنهن يدلين بمن هو أحق وقدمن على الأخوات لإدلائهن بالأب ، ولما فيهن من وصف الولادة، وكون الطفل فرع منهن وذلك مفقود في الأخوات.

5- الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأب، ثم الخالة لأم.

6- العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب، وتقديم الخالة عليها لأنها تدلي بالأم.

7- ثم خالات أم المحضون، ثم خالات أبيه.

8- ثم عمات أبيه.

9- ثم بنات الأخت، وبنات الأخ.

10- ثم بنات العمة، وبنات العم.

11- بنات عمات أب المحضون ، وبنات أعمام أب المحضون.

[1] محمد سمارة، المرجع السابق، ص 388.

خامسا: الترتيب عند الظاهرية

وذلك فيما يلي:[1]

– الأم، ثم الجدة، ثم أخت المحضون، ثم الأقارب بعد الأخوات، فإن استووا قدمت الأحوط للصغير في دنياه، و إلا قدمت الأحوط في دينها، لأن الحضانة لذ الدين، فإن تساووا في كل هذا فالتراضي وإلا القرعة.

سادسا: مسائل متعلقة بمراتب الحضانة

وذلك فيما يلي:[2]

1– في حالة تعدد أهل الدرجة يبدأ بالأكبر سنا كما لو وجدت أختان إحداهما بلغ سنها أربعين سنة في حين بلغ سن الأخرى خمس وثلاثون سنة، فالمعتبرة هي الأولى لأن الأكبر أقرب للصبر والرفق بالمحضون.

2– إذا استووا من جميع الوجوه الدرجة والسن تماما فالمعتبرة أكثرهم شفقة وصيانة فإن تساووا فالقرعة هي الفيصل بينهما.

الفرع الثاني: ترتيب الذكور المحارم من العصبات بالحضانة في الفقه الإسلامي (الترتيب عند فقهاء الشريعة).

إذا لم يكن أحد من النساء السابق ذكرهن موجودة أو وجدت لكن لم تستوفي كامل الشروط أو حل بها مانع، فإن الحضانة تنتقل إلى العصبة من الذكور وهم مرتبون حسب ترتيبهم في الميراث والولاية في النكاح، وعليه سنبين ذلك فيما يلي:

[1] محمد سمارة، المرجع السابق، ص 389

[2] المرجع نفسه، ص 390.

أولا: الحنفية

سنبين ذلك فيما يلي:[1]

1- الأب، ثم أب الأب، ثم أبوه وإن عل.

2- الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب وإن نزل.

3- العم الشقيق، فالعم لأب، ثم عم الأب الشقيق، ثم عم الأب لأب، ثم ابن العم الشقيق ابن العم لأب.

4- والبنت تدفع إلى ابن العم إذا كانت غير مشتهاة أو كانت كذلك وكان هو أمينا عليها فإذا لم يكن لها غير ابن عمها فللقاضي الخيار.

5- فإذا لم يوجد من العصبات المحارم أحد، أو وجد ولم يكن أهل للحضانة انتقل حق الحضانة إلى محارمه من الرجال غير العصبة على الترتيب كالجد لأم، فالأخ لأم، فابن الأخ لأم، فابن الأخت لأم، ثم العم لأم، فالخال لأبوين، فالخال لأب، فالخال لأم.

ثانيا: المالكية

سنبين ذلك فيما يلي:[2]

1- الأب.

2- الأخ الشقيق.

3- الأخ لأم.

4- الأخ لأب .

5- الجد لأب.

6- ابن الأخ الشقيق.

7- ابن الأخ لأم.

8- ابن الأخ لأب.

---

[1] إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية،1989 ، د ب ن، ص30.

[2] المرجع نفسه، ص31.

9- العم الشقيق.

10- العم لأم.

11- العم لأب.

12- ابن العم الشقيق.

13- ابن العم لأم.

14- ابن العم لأب.

وقد جاء ترتيب الأب بعد الخالة والخالة لأم والعمة لأم ثم الجدة لأب، ويلاحظ أن هذا التقسيم لا يقوم على دليل، فهو يقدم خالة الأم وعمتها على الأب ، وقد اعترض ابن القيم على هذا التقسيم وناقشه قائل: إن تقديم مالك الخالة وخالة الأم على الأب تقديم في غاية البعد، فكيف تقدم قرابة الأم وإن بعدت على الأب نفسه، مع أن الأب أشفق على الطفل وأرعى لمصلحته من قرابة الأم، فإنه ليس إليهم بحال ولا ينسب إليهم، بل هو أجنبي منهم وإنما نسبه وولاؤه إلى أقارب أبيه، وهم أولى به يعقلون عن، وينفقون عليه عند الجمهور ويتوارثون بالتعصيب وإن بعدت القرابة بينهم، بخلف قرابة الأم، فإنه لا يثبت فيها ذلك، ولا توارث فيها إلا في أمهاتها وأقل درجة من فروعها وهو ولدها، فكيف تقدم هذه القرابة على الأب ومن جهته ولاسيما إذا قيل بتقديم خالة الخالة على الأب نفسه وعلى أمه، فهذا القول مما تأباه أصول الشريعة وقواعدها، وقد ورد عن ابن رشد أنه يحتمل أن يكون الجد وإن عل أحق من ابن الأخ ومن ابن العم، ويحتمل أن يكون الأحق من العصبة: الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم وإن نزل ثم أبو الجد، كما اختلف المالكية في الجد لأم كذلك،[1] فذهب ابن رشد إلى أنه لا حضانة له كالخال، وذهب اللخمي إلى أنه لم يوجد له في الحضانة نص غير أنه يرى أن له حقا فيها لتوافر الحنان والشفقة فيه لأنه أب، ومع التساوي يقدم الأكثر شفقة وصيانة، فإن تساوى قدم السن، فإن تساويا القرعة هي الفيصل

[1] إسعاد موحند، المرجع السابق، ص32.

بينهما، قال في التوضيح ووجه تقديم بعض الحاضنين على بعض على الترتيب المقدم قوة الشفقة في المقدم، ولهذا قال اللخمي:" لو علم ممن قدمنا قلة الحنان والعطف، بجفاء أو قساوة في الطبع، أو لأمر بينه وبين أم الولد وأبيه، وعلم ممن أخرناه الحنان والعطف، لقدم على من علم منه القساوة أو غير ذلك".

ثالثا: الشافعية[1]

إن أقرب التقسيمات في الحضانة للنظر الشرعي هو ترتيب الشافعية فالحضانة للنساء كما تقدم، ثم للوارثين من الرجال، وهذا بعد انعدام الحاضنات من النساء تنتقل الحضانة للوارثين من الرجال على ترتيب ولاية النكاح، الأبوة ثم الأخوة، ثم العمومة، وجاء الترتيب كما يلي:[2]

1- الأب.

2- الجد لأب.

3- الإخوة.

4- أبناء الأخوات.

5- أبناء الإخوة.

6- الأعمام.

وإذا تساوى الحاضنون من درجة واحدة أقرع بينهم، ثم تنتقل الولاية إلى القاضي ولا حضانة لذوي الأرحام، ويلاحظ أن ترتيب الأب جاء في المرتبة الثالثة أي بعد الأم وأمها لأنه أشفق على ولده من كل من يأتي بعده.

[1] يلاحظ أنه نفس ترتيب الشافعية هو عند الحنابلة، فهم كذلك جعلوا الأب في المرتبة الثالثة بعد الأم وأمها إلا أنهم خالفوا الشافعية في ترتيبهم لذوي الأرحام وهذا بعد انعدام النساء والرجال: على الترتيب التالي: الجد لأم الأخ لأم الخال، ثم تنتقل الحضانة بالولاية إلى القاضي ليضعها حيث يرى مصلحة المحضون.

[2] إسعاد موحند، المرجع السابق، ص33.

المطلب الثاني: الحاضنون المكلفون بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري

أما المشرع الجزائري فلم يخالف ما ذهب إليه الفقهاء من أن الأم أولى بحضانة ولدها وهذا ما جاء معبرا عنه في المادة 64 من قانون الأسرة، وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة، بل واعتبر حتى تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح مادام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية، وأن إسناد الحضانة لشخص آخر يجعل من القرار مجانيا للصواب،[1] و عليه سنبين في هذا المطلب الحاضنون المكلفون بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: ترتيب الإناث بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري

سنبين في هذا الفرع ترتيب الإناث بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري من خلال ما يلي:

أولا: ترتيب الحاضنات قبل تعديل 2005

سنبين ذلك فيما يلي:[2]

1- الأم أولى بحضانة ولدها المسلم حتى ولو كانت على غير دينه، إلا إذا خيف على دينه.

2- أم الأم(الجدة).

3- أم الأب.

4- الأقرب درجة.

هذا الترتيب الذي كان معمولا به قبل تعديل2005، ونلاحظ أن المشرع لم يخالف فقهاء الشريعة في الحفاظ على ترتيب أم الأم (الجدة) باعتبارها تقاسم أم المحضون العطف والحنان وكل ما هو معتبر لاستحقاق هذا الحق، إلا أن المشرع سكت عن تعريف الأقرب درجة ولم يوضح معالمها، فكان لزاما توضيحها لأن الأمر متعلق بمصالح الغير وهو حضانة الطفل وصيانته، فهناك مخرج من ذات القانون نفسه، فقد نص المشرع في حالة

[1] أنظر المادة 64 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[2] إسعاد موحد، المرجع السابق، ص34.

وجود نص مبهم أو غير واضح كما هو الأمر في قضية الحال بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما جاء في الأحكام الختامية في المادة 222 من الفصل الرابع من قانون الأسرة بقولها:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وبتطبيق المادة المذكورة نرجع إلى ما ذكرناه من آراء للمذاهب الفقهية في مسألة ترتيب الحاضنين.[1]

ثانيا: ترتيب الحاضنات بعد تعديل 2005

سنبين ذلك فيما يلي:

1- الأم، أبقى المشرع على مرتبة الأم حيث أولاها الحضانة قبل الجميع.

2- أم الأم(الجدة).

3- أم الأب.

4- الخالة.

5- العمة.

الأقرب درجة نلحظ أن المشرع في تعديل 2005 أبقى على ترتيب النساء الذي كان قبل التعديل، كما أبقى على الدرجة المبهمة وهي الأقرب درجة، مما يحيلنا إلى تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري إلا أن الجديد الذي جاء به وهو ذكر الخالة والعمة حيث أخرجهم من مرتبة الأقرب درجة، في السابق أي قبل التعديل كان الترتيب صعب حيث يتم بعد الرجوع إلى المادة المذكورة والتي بدورها تحيلنا إلى ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية، وما قاله الفقهاء لكن التعديل الجديد سهل العملية وهو التطبيق المباشر الذي نص عليه المشرع، وهذه مندوحة.[2]

[1] أنظر المادة 222 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[2] أنظر المادة 222 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

الفرع الثاني: ترتيب الذكور في قانون الأسرة الجزائري

سنبين في هذا الفرع ترتيب الذكور في قانون الأسرة الجزائري من خلال ما يلي:

أولا: قبل تعديل 2005

العبرة في الحضانة أن جانب الأنثى مغلب على جانب الذكورة لخصوصيتها، والهدف من وجودها، ذلك أن الأنثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير وحمايته والصبر على مشاق ذلك، إلا أننا نجد الاستثناء في هذا المبدأ وهو تقديم الأب على بعض النساء حيث سبق الأب أم الأب،[1] يعني أن المشرع أقر بقدرة الأب على رعاية المحضون كمراعاة النساء له غير أن الذي يلي الأب في الترتيب لم يصرح به وبالتالي يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بتطبيق أحكام المادة 222 كما ذكر سابقا، ثم جاءت عبارة الأصلح وفقا لمصلحة المحضون، فهنا يحرص القاضي في مراعاة تلك المصلحة إلى من يراه أهلا للقيام بها، فالحديث عن مصلحة المحضون يقودنا بصفة آلية إلى الجزم بأن الترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام وبالتالي يمكن مخالفته هذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهل للقيام بها، وأن غيره ممن ليسوا مرتبين أحق بالحضانة منه لتبقى مسألة إثبات الأجدر والأكفء للحضانة أمر موضوعي يخضع لسلطة القاضي التقديرية.[2]

ثانيا: بعد تعديل 2005

أحدث المشرع الجزائري تعديل في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 إذ نص على ما يلي:"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" فالتعديل جاء مخالفا لما سبق تبيانه، وجاء معاكسا لما أدى به فقهاء الشريعة

[1] وهذا خلفا لما قال به مالك وأبو حنيفة، وعمل بالمذهب الشافعي والحنبلي.

[2] أنظر المادتين 64-222 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

الإسلامية، ويظل البحث عن سبب التعديل، ومع ذلك يمكن القول أن تعديل المادة المذكورة جاء معالجة للواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية، لاسيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلق أو الوفاة ويذكر بعض المسؤولين في وزارة العدل في الجزائر أن إحصائيات أجريت أكدت أهمية النزاع بين الأب والأم وذويهما فيما يتعلق بأحقية الحضانة، كما أن الأب يعتبر حقه مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها.

فتعديل2005، وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسالة ترتيب الحاضنين، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم والأب وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر مبدأ الترتيب بين الوالدين، وإذا كانت المادة 64 بعد التعديل واضحة المعالم بشأن المراكز القانونية التي تعرض بعد صدور القانون الجديد، إلا أنه يظل الإشكال قائما حول المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ولم تكتمل إلا بصدور القانون الجديد، فإذا ما نازع الأب الجدة لأم من أجل إسناد حضانة ولده أثناء سريان القانون القديم، وحكم لصالح الجدة لأم في ممارسة الحضانة، وبعدها بأيام صدر القانون الجديد الذي يمنح للأب مرتبة أسبق من الجدة لأم، وعاود الأب تأسيسا على ذلك رفع دعوى للمطالبة بإسناد حضانة الابن له.[1]

ثالثا: مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان

تخضع إشكالية تنازع القوانين من حيث الزمان إلى مبدأين، يتمثل الأول في مبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي والثاني يقوم على الأثر الفوري للقانون الجديد، سنبين ذلك فيما يلي:

1- المبدأ الأول: أن القانون القديم ليس له أثر رجعي على المراكز القانونية التي تشكلت وانقضت والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من القانون المدني:"لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي."...

[1] أنظر المادة 64 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

وتطبيقا لذلك فإن أصحاب الحق في الحضانة طبقا للقانون القديم يكونون قد اكتسبوا مركزا قانونيا مكتمل، إذا انقضت المدة المحددة للحضانة قبل صدور القانون الجديد و بالتالي فالآثار المجرة عن ممارسة الحضانة تبقى خاضعة للقانون القديم باعتبار المركز القانوني لصاحب الحق في الحضانة قد نشأ واكتمل في ظل القانون القديم، ولا يسري القانون الجديد على المراكز القانونية التي تشكلت وانقضت وعلى الآثار القانونية التي ترتبت لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد.[1]

2- المبدأ الثاني: الأثر الفوري للقانون الجديد أي سريان هذا الأخير على جميع الوقائع التي حصلت بعد صدوره، إذ تكون المراكز القانونية التي تكونت وانقضت، وكذا آثارها التي ترتبت في ظله خاضعة له، وذلك تطبيقا لنص المادة 07 من القانون المدني التي تنص على "تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا" بل تخضع له القواعد الإجرائية والموضوعية على حد سواء.[2]

المبحث الثاني: الأحكام الناظمة للحضانة

لقد حرص المشرع الجزائري على حماية المحضون ورعايته من خلال إنشاء قواعد أساسية لحمايته ونشأته نشأة سليمة، وتنظيم حقوقه عن طريق النصوص القانونية المنظمة للحضانة، وبالرغم من وضع ضوابط قانونية وحرص القضاة على تطبيقها، إلا أن موضوع الحضانة لا يخلوا من المشاكل المطروحة على الصعيد العملي ويرجع هذا إلى عدة أسباب سواء من حيث تنظيم القوانين أو من خلال التطور السريع للبشرية،إذا حصل طلاق بين الزوجين يلتحق الطفل بمن يقدر على رعايته وهو أحد الأبوين، وذلك إذا اجتمعت فيه الشروط الواجبة قانونا، إلا أنه قد يحدث أثناء ممارسة الحضانة سبب يؤدي إلى سقوطها

[1] أنظر المادة 02 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

[2] أنظر المادة 07 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

عن الحاضن، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد نص على الحالات أو الأسباب التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه، وهذا ما سيتم بيانه في الفرع الأول مع الإشارة إلى أراء فقهاء الشريعة في هذا الشأن، إضافة إلى ذلك فإن سقوط الحضانة قد يكون مؤقتا، وإذا كان كذلك فمعنى هذا أن الحق في الحضانة يعود إلى صاحبه بعد زوال سبب سقوطها تثور مشكلة تربية الأولاد ورعاية شؤونهم المختلفة وصيانة حقوقهم، وهذا لانعدام توحيد الأب والأم مما يؤدي إلى خلل في النمو العادي للطفل وحتى إلى انحرافه وجنوحه وخاصة إذا كان عمره أقل من سن التمييز، فمختلف الظروف التي يعيشها الطفل بعد طلاق والديه من كراهية وصراع تبقى راسخة في ذاكرته وليست في مصلحته.[1]

و عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى أسباب إسقاط الحضانة (المطلب الأول)،التزامات الحاضن و حقوق المحضون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب إسقاط الحضانة

إذا كان الهدف من الحضانة هو رعاية الولد رعاية على الوجه المطلوب فهي ليست مقررة على سبيل الدوام، فقد تسقط لأسباب محددة في القانون، وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها، حالة توفر الشروط النصوص عليها للحصول على حضانة الطفل ومراعاة الترتيب السابق الذكر تثبت للشخص الحضانة، وعليه سنبين في هذا المطلب أسباب إسقاط الحضانة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري

عندما تسند الحضانة إلى الحاضن وفق الترتيب المنصوص عليه سابقا، فإن المحضون في ذمة الحاضن إذ يجب مراعاته وتربيته وتدبير شؤونه، وفي حالة عدم التزامه بهذه التدابير تسقط عنه الحضانة، وهناك بعض المسقطات نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة التي سوف نتناولها فيما يلي:

[1] فاطمة حداد، حق المطلقة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، ط01، الإسكندرية، 2017، ص 193.

أولا: اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة

إذا وفقت الحضانة مستوفية مقاومتها وشروطها كانت صحيحة يجوز لمستحقيها أن يتولاها بمجرد الحكم بها، ومعنى ذلك أنه إذا توافرت في الحاضن الأهلية للقيام بالحضانة، كما سبق شرحها، فله أن يمارسها وقد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيسقطها، وبالرجوع إلى نص المادة 67 من قانون الأسرة، نستشف منها أن مناط سقوط الحق لا يمكن قيامه إلا بتسبيق المادتين 62- 67 اللتين أوجب توافر شروط ترجع في حقيقتها إلى المحافظة على الطفل وتوفير راحت، بذلك الإخلال بواجبات منصوص عليها المادة 62 نستخلصها في أمرين:[1]

1- الأهلية اشترط المشرع في الحاضن السلامة العقلية والجسدية.

2- الالتزامات المتعلقة بالحضانة (التربية، الرعاية الصحية والخلقية).

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها حق ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها، ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى ولو كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة كمبدأ عام فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون، هذا ما كرسه الاجتهاد القضائي أن:"عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية.[2]

[1] أنظر المادة 62 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة،المشار إليه سابقا.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم274207 ، بتاريخ 2002/07/03، المجلة القضائية،ع01، د ب ن، 2004، ص270.

ثانيا: أسباب سقوط الحق في الحضانة الواردة في المادة 66 من قانون الأسرة

هذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة بقولها:" يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"،[1] وعليه سنبين ذلك فيما يلي:

1- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:ويمكن اعتبار حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب لسقوط الحضانة يندرج ضمن اختلال شرط القدرة، إذا أنها إن فعلت فيؤدي ذلك إلى انشغالها بزوجها الأجنبي على حساب الصغير وبالتالي ضياعه.[2]

والمشرع الجزائري أخذ هنا بمذهب مالك والشافعي و أبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه القائل بأن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وحجة هذا الرأي حديث عمرو بن شعيب"أنت أحق بهم ما لم تنكحي"، فالحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج، وعندها لا يكون لها هذا الحق، وكذا إجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج فتسقط عنها.[3]

2- التنازل عن الحضانة: وتسقط الحضانة أيضا بتنازل عن الحضانة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون ويبقى للقاضي سلطة التقديرية في قبول التنازل من عدمه، وهذا الاستقصاء من السبب الحقيقي للتنازل مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات، هذا ما أكدته المحكمة العليا بقضائها:"من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد، ولما تبين 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 فيها أن الأولاد عن تنازلها عن

---

[1] أنظر المادة 66 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[2] حنان براهيمي، أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا، مجلة المنتدى القانوني، دورية تتصدر عن قسم الكفاءة المهنية، ع04، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2007، ص 65.

[3] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج01، دار هومة، ط03، الجزائر، 2011، ص 491.

حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون".[1]

حيث أن تنازل الحاضنة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها، إذا مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وهذا تطبيقا لأحكام المادتين 67 – 66 من قانون الأسرة، وبالتالي فقضاة المجلس باعتمادهم فقط على تنازل المطعون فيه عن الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد أخطئوا في تطبيق القانون مما جعل الفرع مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة، ودون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني، وهكذا فإن مراعاة مبدأ مصلحة المحضون يجد ذروته حتى فيما إذا تعلق الأمر بالتنازل عن الحضانة بسبب ما يحققه من صيانة الحقوق وبسبب رعاية المصالح العليا للمجتمع، إذ أن أطفال اليوم هم جيل المستقبل التنازل عن الحضانة يجب أن يثبت عن طريق المحكمة، وبموجب حكم، لا يمنع المتنازل عن الحضانة سقوط حقه في تراجع عنها لأنها مسألة تخص مصلحة الأشخاص وظروفهم، إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، ومنه للمتنازل الرجوع عن تنازله في الحضانة.[2]

ثالثا: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر المادة 68 من قانون الأسرة

جاء في نص المادة 68 من قانون الأسرة:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها "،[3] وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية وكفالة خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة ليطلب أحدهم حقه في حضانة الطفل ومضى على ذلك سنة فأكثر، فإن حق الحضانة يسقط حتما وأن القاضي هو الذي يقدر الظروف إذا كان التأخير يعني به أن تجب له الحضانة قد تنازل عليها أو لم يتنازل عنها، وهذه السلطة استمدت بالخصوص من عبارة بدون عذر والتي توسع من سلطة القاضي ولهذا فإنه لا

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسرية)، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 77.

[2] عز الدين قمراوي، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر،2008 ، ص128 .

[3]أنظر المادة 68 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

يمكن أن نقول بأن حق الحاضن يسقط بقوة القانون إذا لم يطالب بالحضانة في أجل قدره سنة،[1] كما اعتبروا أن السكوت بأنه عذر في حالتين:[2]

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

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

رابعا: سقوط الحق في الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي المادة 69 من قانون الأسرة

نصت المادة 69 من قانون الأسرة:" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"،[3] وقد اعتبر المشرع في المادة 69 أن استيطان الحاضن في بلد أجنبي بعد ثبوت الحضانة له قد يكون سببا في إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، وذلك لأن هذا الأمر قد يؤدي إلى عدم إمكانية ممارسة الأب لواجباته تجاه ولده، وإلى عدم تمكنه من زيارته إعمالا لحقه في ذلك وفق القانون، يرجع الأمر إلى القاضي الذي يراعي مصلحة المحضون، لأن المسألة مرتبطة بمدى صعوبة مراقبة أحوال المحضون والناتجة عن الانتقال إلى بلد أجنبي وقد تكون مصلحة المحضون في انتقاله إلى بلد أجنبي، والذي تتوفر فيه فرص العيش الرغيد وكذا الدراسة أحسن المدارس، والحصول على جنسية تلك الدولة (دول الإتحاد الأوربي، أو أمريكا الشمالية) وفرصة العمل، خاصة وأن العالم أصبح بمثابة قرية صغيرة مع توفر وسائل الاتصال.[4]

---

[1] زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية(دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، دار الكتب العلمية، ط01، بيروت، 2008، ص559 .

[2] بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة تأصلية)، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية،ع01، معهد الحقوق، جامعة الجزائر،1994 ، ص143.

[3] أنظر المادة 69 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[4] حنان براهيمي، المرجع السابق، ص56 .

خامسا: سكن الحاضنة إذ كانت الجدة أو الخالة مع أم المحضون بغير قريب محرم

ورد في المادة 70:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"،[1] ذلك أنه يخشى على الطفل إن سكنت الحاضنة مع أم المحضون المقيمة مع غير قريب محرم، لأنه سوف يعامل الطفل معاملة غير لائقة به بصفته رجل البيت يأمر وينهى كما يريد، فالأولى أن يقيم الطفل مع أبيه بدلا من إقامته مع أجنبي عنه، وقد يكون العكس صحيحا إذا تبين للقاضي ذلك فلا يسقط الحضانة، والملاحظ في نص المادة 70 من قانون الأسرة أنها تتحد مع مضمون نص المادة 66 وهذا الأخير يشمل كل الحاضنات بما فيها الجدة والخالة، في حين المادة 70 تحدثت عن حاضنتين فقط هما الجدة والخالة، وبذلك فهي مكملة ولهما نفس الحكم.[2]

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه

نصت المادة 71 من قانون الأسرة:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".[3]

إذا كان الحاضن أو الحاضنة غير أهلا لممارسة الحضانة وأسقطت عنه، فإن حقه يعود في ممارستها إذا زال سبب السقوط، ومثال ذلك إذا أقامت الحاضنة في بلد أجنبي بناءا على إرسالها إلى هناك بموجب التزاماتها المهنية أسقطت حضانتها، ثم رجعت إلى بلدها فإن حقها في الحضانة يعود إليها، ومعنى ذلك أنه إذا سقط حق الحضانة على من له الحق فيها، لسبب من الأسباب الخمسة المذكورة أعلاه، ثم زال السبب الذي كان أساس السقوط فإن هذا الحق يمكن أن يعود إلى صاحبه بعد زوال هذا السبب ويصبح من مصلحة الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانة أن يقدم عريضة وفقا للقانون إلى

[1] أنظر المادة 70 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، المرجع السابق، ص79.

[3] أنظر المادة 71 من قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المشار إليه سابقا.

المحكمة المختصة يطلب فيها الحكم له بإعادة حق الحضانة و أسباب سقوطها عنه، وبيان واضحا وصريحا بإثبات زوال السبب الذي كان أساسا لسقوط الحضانة.[1]

المطلب الثاني: التزامات الحاضن و حقوق المحضون

الأصل أن القواعد العامة في المسؤولية تقتضي بأن الشخص يسأل عن أفعاله الشخصية دون أفعال غيره أن مثل هذه المسؤولية تؤسس على خطأ واجب الإثبات أي على المضرور أن يثبت خطأ الفاعل ولكن لاعتبارات عديدة ورعاية لمصلحة المضرور رأى المشرعون أن هناك حالات يستوجب فيها تحقق مسؤولية الشخص عن فعل غيره، و مثل هذه الحالات تكون فيها المسؤولية مفترقة فلا يكلف المضرور بإثبات خطأ المسؤول عن فعل الغير لأن مجرد وقوع الضرر يعتبر دليلا على صدور الخطأ وهذا الغير، أما أن يكون تحت مراقبة الشخص المسؤول عنه اتفاقا أو قضاءا،[2] وعليه سنبين في هذا المطلب التزامات الحاضن و حقوق المحضون في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التزامات الحاضن

سنبين في هذا الفرع التزامات الحاضن من خلال ما يلي:

أولا: شروط تحقق مسؤولية الحاضن

حيث نصت المادة 134 من ق م ج على وجود شرطين لقيام المسؤولية وهما:

1- الالتزام بالرقابة: نصت المادة 134 من ق م ج":كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار".

بتطبيق المادة 134 من قانون المدني الجزائري على الحاضن فإنه لابد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص أخر وهو المحضون، الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره

---

[1] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص158.

[2] حسن علي ذنون و محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام)دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة(، ج01، دار وائل للنشر، ط01، عمان، الأردن،2002 ، ص 321.

أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة للاعتناء به والقيام بشؤونه، ويكون حكمه حكم الصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ويدير شؤونه ويتولى رقابته، وهذا يعني أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا كان ملتزما برقابة المحضون، لأن وجود هذا الالتزام هو سبب مسؤوليته.[1]

والمشرع الجزائري ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة 40 من القانون المدني الجزائري ب: 19 سنة، لكنه حدد مدة بقاء المحضون عند حاضنه ب 10 سنوات بالنسبة للذكر قابلة للتمديد إذا طلب الحاضن ذلك إلى 16 سنة، وبالنسبة لأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج وهذا يعني أن بقاء المحضون تحت يد الحاضن في هذه الفترة إنما قرار لمصلحته، مما يلزم الحاضن بالقيام بواجب الرقابة عليه طوال هذه الفترة.[2]

أما إذا بلغ المحضون سن الرشد حسب المادة 40 من قانون المدني الجزائري فإنه يتحرر من بعاهة من العاهات كالجنون أو العته أو الغفلة ففي هذه الحالة يكون الشخص في حاجة للرقابة كذلك لو أصيب الراشد بعجز جسمي يجعله في حاجة إلى الرقابة نظرا لحالته الجسمية، فإن الرقابة تفرض عليه[3].

2- صدور عمل ضار ممن هو تحت الرقابة (المحضون): وهو الإخلال بواجب أو انحراف عن مسلك الشخص العادي، بصرف النظر عن توافر عنصر الإدراك والتميز أو عدم توافره فقد رعى المشرع أن مسؤولية تولي الرقابة أو الرعاية لا تقوم على أساس الخطأ الذي يرتكبه المشمول بالرعاية وإنما يقوم على أساس خطأ متولي الرعاية' وقد نص المشرع الجزائري في

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام) ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، ط04، الجزائر،2010 ، ص270.

[2] إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الوادي،2015، ص 130 .

[3] أنظر المادة 40 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

المادة **134** من القانون المدني بأنه لا يشترط في الخاضع للرقابة أن يكون مميزا ذلك أن مسؤولية المكلف بالرقابة تتعقد سواء كان الخاضع لرقابته مميزا أو غير مميز مدام أن انعدام التميز عند الشخص الخاضع للرقابة لا يخول دون مسؤولية المكلف بالرقابة، فإنه العمل الضار الذي يصدر من غير المميز حينئذ يكتفي فيه بعنصر التعدي في الخطأ دون عنصر الإدراك أي العنصر المادي دون العنصر المعنوي إنما تصبح مسؤولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة مسؤولية أصلية.[1]

ثانيا: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن

إن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا وقع العمل الضار من المحضون وحسب أحكام المادة 134 من القانون المدني الجزائري يفترض قيام المسؤولية الشخصية لمتولي الحضانة والرقابة على أساس أن الإضرار بالغير من قبل المحضون يرجع إلى إخلال الحاضن بواجب الرقابة، وهذا يفيد قطعا أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة، لكن هذه القرينة المقررة هي قرينة بسيطة حيث يستطيع إثبات عكسها،[2] وعليه سنبين ذلك فيما يلي:

1- الخطأ المفترض في واجب الرقابة: إن المسؤولية المدنية تقوم بصفة عامة على ثلاث أركان أساسية ألا وهي الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بينهم، وتبعا لذلك فالخطأ المفترض في واجب الرقابة هو أساس مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الجزائري، إذا أن هذا الخطأ يقوم على قرينة الإخلال بواجب الرقابة، إذا تحققت المسؤولية فكلما أوقع المحضون ضررا بالغير أفترض أن سبب الضرر هو تقصير وإهمال في واجب الرقابة من الحاضن فواجب الرقابة هو الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، فعدم تحقق النتيجة وهي عدم

[1] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي،2015 ، ص166.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية الفعل المستحق للتعويض(دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، الجزائر،2011 ، ص 184.

الإضرار بالغير لا يعني حتما أن الحاضن لم يقم بتنفيذ واجبه بل قد يكون قد وعى بالتزامه مما جعل المشرع يفترض خطأ الحاضن متولي الرقابة افتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس.[1]

فإذا أخل الحاضن بما عليه من واجبات ومنها واجب الرقابة وترتب على ذلك قيام المحضون بأفعال من شأنها الإضرار بالغير، تقوم حينها مسؤولية الحاضن لانعدام واجب الرقابة لأن الغرض من الواجب هو منع المحضون من الإضرار بالغير.[2]

2- العلاقة السببية المفترضة: كما افترض المشرع أيضا العلاقة السببية بين التقصير في واجب الرقابة المنسوب إلى متوليها وبين الفعل الضار والذي قام به المحضون وتعتبر هذه العلاقة قائمة إلى حين إثبات العكس من طرف الحاضن، لأنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، ويلاحظ أن قرينة الخطأ لا يحتج بها المضرور إلا في علاقته بمتولي الرقابة ولذا لا يجوز له أن يتمسك بها في مواجهة الخاضع للرقابة، بل عليه أن يثبت الخطأ في جانب هذا الأخير.[3]

3- دفع الحاضن للمسؤولية: نصت الفقرة الثانية من المادة 134 من القانون المدني:"ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".[4]

4- نفي الخطأ المفترض: إن أساس المسؤولية الملقاة على عاتق متولي الرعاية هو خطأ المفترض في القيام بهذا الواجب الذي يلقيه القانون أو الاتفاق على عاتقه، وأن افتراض الخطأ هنا افتراض بسيط قابل لدليل العكس، ومعنى هذا أن المكلف بالرقابة يتخلص من المسؤولية من أقام الدليل على أنه قام بواجب الرقابة كما ينبغي، وحتى أثبت أنه اتخذ كل الاحتياطات المعقولة يمنع ارتكاب الصغير المحضون أو الشخص الموضوع تحت رقابته

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، موفم للنشر والتوزيع، ط02، الجزائر،2007 ، ص122.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 124.

[3] سناء عماري، المرجع السابق، ص168.

[4] أنظر المادة 02/134 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

لسبب أخر غير الصغير المحضون، الفعل الضار الذي وقع بالفعل، وهكذا فإنه يبقى للقاضي سلطة تقدير الرقابة والعناية التي يبذلها الحاضن بناءا على الأدلة التي يلجأ إليها للإثبات قيامه بواجب الرقابة على النحو المطلوب، أي إثبات أنه بذل العناية الواجبة في الرقابة.[1]

5- نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة: إن العلاقة السببية مفترضة، فلا يكلف الشخص المضرور بإثباتها، بل يتولى الحاضن فيها بأن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أي علاقة بالخطأ المفترض في جانبه، فوقوعه كان بسبب أجنبي بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير وكان من شأن هذا أن يقطع الصلة مابين التقصير المفترض في الحاضن وبين الضرر الذي أصاب المضرور وأنه كان لابد من وقوع الضرر ولو اتخذ الحاضن كل الاحتياطات المعقولة لمنعه فلم يكن الخطأ المفترض في جانب الحاضن هو السبب في حدوث الضرر.[2]

الفرع الثاني: حقوق المحضون

سنبين في هذا الفرع حقوق المحضون فيما يلي:

أولا: الحقوق المعنوية للطفل المحضون

اعتنى الفقه الإسلامي بحقوق الطفل المعنوية كل الاعتناء، بدءا بالفراش الصحيح واختيار الزوجة الصالحة والزوج الصالح، من أجل دعائم معنوية صحيحة تضمن تنشئة صحيحة للطفل كحصانة له من أي سوء قد يعترض شخصيته لتزداد فرص صلاحه في المجتمع فهذه الحقوق مقررة من رب العالمين الذي لا يضل ولا ينسى، ومن أهم هذه الحقوق المعنوية (النسب، الحضانة، الرضاع، حق الرؤية...)، كما استلزم الاعتراف بهذه الحقوق عناء كبيرا

[1] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 271.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)، ج01، مجلد ثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط03، بيروت،2000 ، ص1139 .

في التشريعات الوضعية الدولية و الوطنية، وصدرت عدة اتفاقيات وقوانين تنص على العناية بالحقوق المعنوية للطفل، وحمايته في جميع الجوانب باعتبار الطفل ثمرة سعادة كل زواج، وهو جيل المستقبل الزاهر، وتعتبر الحضانة من أهم الحقوق المعنوية للطفل ومن أهم مظاهر رعايته، إذ أن الطفل في بداية حياته في حاجة ماسة لمن يحفظه ويقوم على تربيته ويحميه مما يضره، لأنه في هذه المرحلة يكون ضعيفا عاجزا عن القيام بشؤونه، والوالدين هما أجدر الناس للقيام بهذه المهمة، وأي تغيير في البيئة المحيطة بالطفل في السنوات الأولى من عمره تؤثر على وظائفه وقدرته النفسية، لأن هذه الفترة من عمر الطفل ذات أثر كبير في تكوين الملامح الأساسية لشخصيته وما سيكون عليه في المستقبل،[1] والحضانة هي ولاية على النفس يقوم فيها الحاضن بتربية الطفل وتأديبه وتهذيبه والقيام على رعايته الصحية ونموه الجسماني، وتعليمه وتثقيفه، وإذا كان الطفل المحضون أنثى وجب حمايتها وصيانته، عرف المشرع الجزائري الحضانة انطلاقا من أهدافها المذكورة في نص المادة 62 من قانون الأسرة على خلاف بعض القوانين العربية الأخرى، وبين كل ما يحتاجه المحضون من رعاية صحية وخلقية وتربوية في هذه المادة،و يتعين على المحكمة عند الفصل في قضايا الطلاق بأنواعه أن تراعي كل هذه الجوانب أو الأهداف التي تضمنها تعريف الحضانة في القانون.[2]

2- حق الطفل المحضون في التربية والتعليم: إن إكرام الطفل المحضون يكون بتعليمه الأدب وحسن الخلق والتربية الحسنة وإعداده للحياة إعداد صحيحا سليما، فهو يولد صفحة بيضاء وتتكون شخصيته على ما تربى عليه من أخلاق حسنة أو سيئة، أو من تربية جيدة أو فاسدة، ولذلك فهو أمانة بين يدي والديه أو مربيه، لأن الطفل يكتسب سلوكه من خلال ما

[1] خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون (دراسة في الشريعة الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، ط04، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 151.

[2] خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السابق، ص 152.

وجده في أسرته بصفة خاصة ومجتمعة بصفة عامة، وهذا لأن القيم الأخلاقية هي التي تضبط سلوك الإنسان.[1]

3- حق الطفل المحضون في التربية :إن التربية الحسنة للطفل تكون على عاتق الوالدين وعلى مسؤوليتهما، لأنها من واجبهما تجاه الأبناء، ويتحمل الوالدان نتيجة تربية أبنائهما في حالة الإساءة شرعا وقانونا، لأن الطفل غير مسؤول عن أعماله، ولأنه لا يعرف ما يضره وما ينفعه ولا يميز بين الصالح والطالح، فلا شك أن ما للتربية (في الصغر من أثر تجنى نتائجها في الكبر).[2]

4- حق الطفل المحضون في التربية والرعاية في الإسلام: تدخل التربية الحسنة في واجب الوالدين تجاه الأبناء لأنهما يسألان عليهم أمام الله يوم القيامة لقوله عز وجل:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ**﴾.[3]

5- حق الطفل المحضون في التربية قانونا وقضاء: اهتم القانون بالطفل المحضون وتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا وذلك طبقا لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة، وهذا ما ركز عليه القضاء في أحكامه وقراراته بإسناد الحضانة حسب مصلحة المحضون في الرعاية والتربية.[4]

6- حق الطفل المحضون في التعليم:إن التعليم يعد بمثابة الغذاء الروحي للطفل وله أثر إيجابي على حسن تكوين شخصيته، ولهذا حرصت كل التشريعات على توفيره للطفل

---

[1] سامية بن قوية، المرجع السابق، ص140.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، د ب ن، 1994 ، ص 390.

[3] سورة التحريم، الآية 06.

[4] أنظر المادة 62 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

ولا يستقيم ذلك إلا بالثقافة باعتبار مالها من عائد اقتصادي واجتماعي على الطفل المحضون والمجتمع والأسرة.[1]

7- حق الطفل المحضون في التعليم فقها:أكد الفقه الإسلامي على أهمية ضمان حقوق الطفل في التعليم، ومن خلال التعليم يتم تكوين فكر الطفل المحضون وتعديل سلوكه وتنمية مهاراته وإعداده للحياة، والدين الإسلامي دين علم ونور ولا دين جهالة وظلم، وكانت أول آية نزلت على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم قوله تعالى:﴿**اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ** (1)**خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ**(2) ﴾.[2]

8- حق الطفل المحضون في الرعاية الصحية والاجتماعية: حتى ينشأ الطفل وينمو صحيحا متكاملا، لابد من رعاية صحية من خلال الاهتمام به منذ الإعلان بحمله حتى ولادته وبلوغه سن الرشد و يصبح يهتم بنفسه، وترتبط الرعاية الصحية بالرعاية الاجتماعية للطفل من رعاية أسرته له وتنشئته تنشئة صحيحة من خلال إشباع حاجياته المتنوعة، وتكون رعاية المجتمع و الدولة له، من خلال مساعدة أسرته ماديا، حتى تتحقق أهداف حمايته اجتماعيا.

9- حق الطفل المحضون في الرعاية الصحية:إن الطفل يحتاج منذ كونه جنينا حتى يصبح شابا العديد من وسائل الحماية والاهتمام بشؤونه الصحية، وهذا ما حث عليه الفقه الإسلامي، كما اهتم التشريع بصحة الطفل اهتماما بالغا، وذلك بمعالجة كل الأحكام الخاصة بتدابير الأمومة والطفولة، والوقاية من كل الأمراض المعدية.[3]

10- حق الطفل المحضون في الرعاية الاجتماعية: إن الأسرة هي الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل لإشباع حاجياته المختلفة جسميا وعقليا ووجدانيا واجتماعيا، غير أن الطفل قد يحتاج إلى رعاية ومساعدة تساعد الأسرة على تربية الطفل، وهي الرعاية الاجتماعية للطفل والأسرة التي حث عليها الإسلام قبل التشريع وتكون هذه الرعاية في

---

[1] فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008 ، ص25.

[2] سورة العلق، آية01-02.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص391-392.

المجتمع الحالي من خلال النصوص والأحكام المطبقة على دور الحضانة التي تخضع للإشراف والرقابة من طرف وزارة التضامن في الجزائر التي تتكلف بالرعاية الاجتماعية للأطفال بصفة عامة من بينهم ذوي الاحتياجات الخاصة والأسر المعوزة، وكل فئة تحتاج إلى مساعدة، من بينها، وحث الإسلام منذ القدم على الرعاية الاجتماعية للطفل والأسرة وأعطى لها أهمية كبيرة، لأنها من حقوق الإنسان التي أكدها الإسلام منها حق اليتامى والمساكين، حيث أن العناية بهم واجبة على المجتمع لتعويضهم عن الشيء المفقود عندهم، وقد جاءت عدة آيات تحث على مساعدة ذوي القربى والمساكين.[1]

11- حق إلحاق النسب للطفل المحضون :يقول الإمام محمد أبو زهرة:"النسب هو أول حق يثبت للأولاد بعد الزواج الصحيح ويشترك في هذا الحق الثابت الأب بالإنفاق والأم بالرضاعة والحضانة"،[2]وبمجرد ما يولد الطفل له الحق في الاسم وفي الجنسية، وتترتب على هذه الولادة الشخصية القانونية للإنسان المنصوص عليها في المادة 25 من القانون المدني.[3]

12- حق الطفل في الحضانة من خلال إسنادها: إن القول بحق المحضون يعني أن الطفل قد أسندت حضانته لشخص معين، وليس أي شخص يستحق إسناد الحضانة له، إذ أن المحضون يملك الحق في شخص مناسب يقوم برعايته وبواجب الحضانة كما ينبغي خلال المدة المعينة، والقول بإسناد الحضانة يقابله الحق في رؤية الولد، إذ أن المحضون يملك كل الحق في رؤية والده الآخر الذي ليس حاضنا.[4]

---

[1] فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000، ص 89.

[2] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط03، مصر، 1937، ص451.

[3] أنظر المادة 25 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

[4] أحمد فرج حسين و محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، طبعة جديدة و منقحة منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 23.

13- حق القريب الملائم للحضانة خلال المدة المقررة: حتى تسند الحضانة لشخص معين لا بد أن تتوفر فيه شروط محددة، منها أن يكون قريبا ملائما لممارسة الحاضنة، كما أن حق المحضون في الحضانة يكون خلال مدة معينة،وبفواتها تسقط الحضانة، مع وجوب حالات أخرى للسقوط، تكون الحضانة للنساء والرجال المستحقين لها، إلا أن النساء يقدمن على الرجال، لأن المرأة عادة أشفق على الصغير المحضون وأقدر على خدمته،[1] ويقول العلامة السيد أبو بكر:"...وتثبت لكل من له أهلية من الرجال والنساء لكن الإناث أليق بها لأنهن بالمحضون أشفق وعلى القيام بها أصبر وبأمر التربية أبصر[2]."

14- حق المحضون في الزيارة عند إسناد الحضانة: يقصد بالزيارة رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون وزيارة المحضون حق ثابت شرعا لكل من والديه، وبمقتضى هذا الحق يكون لكل منهما حق زيارته عند من هو في يده في المكان والزمان الذي يحددانه اتفاقا أو قضاء، ولا يجوز حرمان أحدهما من هذا الحق، لأن فيه ضرر له وللمحضون، وهذا الضرر منهى بنص الآية الكريمة لقوله تعالى:﴿ **لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ** ﴾،[3] ويجب مراعاة مصلحة المحضون في هذا الحق قبل مصلحة والديه، ولا يصح أن يتخذ حق زيارة المحضون ذريعة للإخلال بحق الحاضن له، كما يمنع الخروج بالولد المحضون من مكان الحضانة إلى مكان آخر إلا بإذن الأم.

15- حق الطفل في حمايته جزائيا: إن حماية الطفل بما فيه المحضون هي مسألة مهمة تمس فئة هشة وضعيفة تلعب دور أساسي في بناء المجتمع، ويقصد بالحماية الجزائية

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال، د ب ن، د س ن، ص12.

[2] أبو بكر المشهور بالسيد البكري و ابن العارف بالله محمد و الشطا الدسياطي، إعانة الطالبين، ج04، دار إحياء التراث العربي، لبنان،1991 ، ص101.

[3] سورة البقرة، أية 02.

للطفل، ما قرره المشرع من قوانين وإجراءات جزائية ومن عقوبات لحماية هذا الأخير من كل أشكال الاعتداءات التي يمكن أن تقع عليه.[1]

ثانيا: الحقوق المادية للطفل المحضون

تختلف حالة الطفل عن حالة الإنسان البالغ سن الرشد القادر على إسماع صوته، والمطالبة بحقوقه المادية واتخاذه الإجراءات الكفيلة ل لحصول على هذه الأخيرة، وتعود عدم قدرة الطفل على المطالبة بحقوقه المادية لأسباب عدة منها، عدم فهمه لهذه الحقوق وضعفه غير أن الفقه الإسلامي جاء بقواعد تضمن حقوق هذا الطفل بما فيه المحضون داخل العائلة وخارجها، وخاصة عندما يتأثر مركزه ويصبح ضعيفا، وجعل الإسلام هذه الحقوق المادية تكاليف شرعية مفروضة على كل من له علاقة بالطفل ثم جاءت القوانين الوضعية ونصت على حقوق الطفل في النفقة والميراث والتبرعات، وفيما يخص القانون الجزائري فقد نص على الحقوق المادية للطفل في قانون الأسرة، والقانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، إضافة إلى حماية حقوقه جزائيا في قانون العقوبات، وتعتبر الحقوق المادية من الحقوق المهمة واللازمة في حياة الطفل بما فيه المحضون، وتشمل هذه الحقوق النفقة وجميع مشتملاتها، بما فيها أجرة الرضاع والحضانة، وكذا الأموال المكتسبة سواء كانت عن طريق الميراث، أو التنزيل، أو التبرعات كالهبة، والوصية، والوقف، فلا بد من التطرق إلى موقف الفقه والقانون والقضاء خاصة من حماية أموال هذا الطفل سواء من أقاربه أو الغير، يكون للطفل المحضون على أبويه حقوق وواجبات من حقه المطالبة بها أمام القضاء سواء بنفسه أو بواسطة الحاضن، منها حقه في النفقة، و كذا حق الطفل المحصون بالنفقة، المقصود بالنفقة في نطاق هذا البحث هو ما يحتاج إليه الطفل المحضون من طعام وكسوة ومسكن وفرش وعلاج، ونفقة الخادم إذا أمكن، وسائر أدوات البيت حسب المتعارف بين الناس.[2]

---

[1] إيمان محمد الجابري، الحماية الجنائية لحقوق الطفل، دار الجامعة الجديدة، ط01، إسكندرية، 2010، ص85.

[2] سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص ص195-196.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال الفصل الثاني المتمثل في حقوق القاصر المحضون في حال الطلاق والوفاة نستنتج أن أحكام الحضانة نص المشرع، من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري، على حماية حقوق الطفل، وضرورة مواجهة المشاكل.

وبالنسبة لي ممارسة الحضانة، فقد بدأت تستوفي مجموعة من الشروط الحاضنة والأم الأكثر تعاطفا ومودة تجاه أطفالها، فقد أعطت الأولوية على الآخرين في استحقاق الحضانة، وعملها لا يشكل عقبة أمام ممارستها، للحضانة آثار عديدة للسكن والإعالة والحق في الزيارة، إلا أن التنازل عن الحضانة قد يسبب العديد من المشاكل التي تؤدي إلى رفع دعوى قضائية، مثل الدعوى المدنية، وأهمية وحساسية موضوع الحضانة، فهو في الأخير يعتبر من أهم القضايا القانونية لمدى أهميته في التشريع لأنه يقوم على رعاية الطفل وحمايته، وتعليمه.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال دارستنا لموضوع الحضانة وتطرقنا إلى أبرز مواضيعه وإشكالاته تبين لنا أنه من المواضيع المعقدة والحساسة، لأن موضوع الحضانة قائم بالدرجة الأولى على قاعدة مصلحة المحضون، وإذا عدنا إلى قانون الأسرة الجزائري خاصة في مواده المتعلقة بالحضانة نجد أن مصطلح "مصلحة المحضون" قد تم ذكره في أغلب هذه المواد تقريبا.

إلا أن المشرع لم يحدد مفهوم هذه القاعدة بدقة ولم يوضح معالمها مما جعلها فكرة مرنة قد تقبل التوسيع أو التضييق وترك المجال مفتوحا أمام القاضي في تقديره لهذه المصلحة وهذا ما قد يجعله في حرج نظرا لتفشي ظاهرة الطلاق وما يتبعها من قضايا الحضانة، فهو ملزم من جهة بالبحث عن كمصلحة المحضون وإسناد الحضانة لمن هو أجدر بها، ومن جهة أخرى كثرة القضايا.

واختلافها تجعله ربما لا يعط العناية اللازمة والدراسة الكافية للملفات المعروضة عليه.

وما يمكن ملاحظته على المواد المتعلقة بالحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائرية يتبين لنا أن المشرع قد أصاب في بعضها و أخفق أو إهمال عدة جوانب في البعض الآخر وهذا ما سنتعرض له في النقاط التالية:

1- خلال نص المادة 62 نجد أن المشروع قد تعرض لتعريف الحضانة من خلال الأهداف الموجودة منها فحدد وظائفها الأساسية التي يجب على الحاضن القيام بها اتجاه المحضون، ولكنه أهمل تحديد شروط الحضانة واكتفى بقوله:"ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، مما يدفع إلى العودة إلى الشريعة الإسلامية لتحديد هذه الشروط، وعليه فإن المشرع لم يصبح ين أغفل تحديدها وكان من الواجب عليه ضبطها لأنها خطوة أساسية في تحديد من يستحق الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون.

2- أصاب المشرع بتعديل نص المادة 64 حين غير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم، لكنه طرح إشكالا بقوله:" الأقربون درجة"

فلم يقم بتحديدهم وترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية، ولم يبين لنا الحل في جلة تعدد مستحقي الحضانة من نفس الدرجة، وألزم المشرع في نص المادة القاضي أن يحكم بحق الزيارة، لكنه لم يحدد ذلك ولم يشر إلى مكان ومواقيت الزيارة.

3- نصت المادة 65 على تمديد حضانة الذكر إلى غاية 16 سنة وحصر هذا الحق للأم التي لم تتزوج ثانية فقط، فلا يمكن للقاضي أن يمدد الحضانة في غير هذه الحالة وإن اقتضت مصلحة المحضون ذلك مما أوجب على المشرع إعادة النظر في هذا الموضوع.

4- حصر المشرع سقوط الحضانة عن الجدة والخالة دون غيرهما من خلال نص المادة 70 وذلك إذا سكنتا بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم.

5- جاءت المادة 72 حماية المحضون حين نصت على وجوب توفير سكن الحضانة من طرف الأب فالطفل بعد الطلاق يكون عرضة للأخطار النفسية والاجتماعية خاصة إذا لم يكن له مسكن يأويه، إلا أن المشرع لم يحدد مواصفات هذا المسكن ولا الشروط الواجب توفرها فيه واكتفت بعبارة (سكنا ملائما للحضانة)، وحينما نص على بدل الإيجار لم يعط الأسس التي يستند إليها القاضي في تحديد ذلك ولم يبين من هو الملزم بتوفير سكن الحضانة في حالة ما إذا كانت الحاضنة غير الأم المطلقة، وفي حالة ما إذا كانت هذه الأخيرة تملك سكنا خاصا بها، فهل يبقى الأب ملزما بتوفير سكن الحضانة أم أن الحضانة تكون في منزل الأم الحاضنة؟ كل هذه النقاط كان لابد للمشرع أن يذكرها بالتفصيل وذلك لحماية حق المحضون في سكن الحضانة.

6- نجد أن المشرع الجزائري تكلم عن الحضانة وبين أصحاب الحق فيها، لكنه لم يفصل في موضوع المسؤولية تجاه أفعال المحضون الضارة، فلم يبين على عاتق من تقع المسؤولية ومن الملزم بتعويض الضرر الناجم عن هذه.

7- استحدث المشرع قانون 15/01 الذي تضمن إنشاء صندوق للنفقة حماية للطفل المحضون من جهة ومن جهة أخرى رفع الحرج والمشقة على الحاضنة ووجب عليه وضعه حيز التنفيذ للاستفادة منه، ومنه ورغم مجهودات المشرع الجزائري في تعديل بعض أحكام

الحضانة وذلك لتوفير حماية أفضل للمحضون، إلا أنه تبقى هناك بعض النقائص التي وجب عليه تداركها حتى تكتمل هذه الحماية.

✓ النتائج:

1- أعطى المشرع الجزائري سلطة واسعة للقاضي في إسناد الحضانة وإسقاطها، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، واستقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بدوره في إسناده الحضانة أو سقوطها على مصلحة المحضون، سواء في حالة الطلاق أو الوفاة مع الأخذ بعين الاعتبار ممارسة الحضانة الفعلية للحاضن ومصلحة المحضون في ذلك قبل الفصل في الموضوع لعدم الإضرار بالمحضون.

2- جاءت المادة 62 من قانون الأسرة عامة ولم و تضح الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وترك للقاضي السلطة الواسعة في تقدير هذه الشروط.

3- عدم أخذ القضاء برغبة المحضون في إسناد الحضانة على أساس أن الطفل لا يعرف أين تكمن مصلحته حتى ولو كان مميزا، وهو الأمر الذي لم يسايره قانون حماية الطفل بحيث نص على الأخذ برأي الطفل.

4- القضاء بسقوط الحضانة بزواج الأم بغير محرم دون النظر في مصلحة المحضون لا تخدم هذا الأخير، لأن مصلحة المحضون قد تكون عند الأم المتزوجة أفضل من الأب، وقد يكون زوج الأم أرحم على المحضون من الأب وزوجة الأب، كما أن إسقاط الحضانة عن الجدة الساكنة مع الأم المتزوجة دون مراعاة مصلحة المحضون لا يحقق حماية المحضون، لأن سكن الأم مع الجدة الحاضنة قد يكون فيه منفعة للمحضون.

5- تعتبر المنح العائلية من مشتملات نفقة المحضون، والتي يحق للحاضنة المطالبة بها، ويترتب عن عدم دفعها عقاب جزائي.

6- نص المشرع في قانون الأسرة على أن النيابة العامة تعتبر طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة حماية للطفل والأسرة معا.

7- إن ظاهرة الطلاق في تزايد مستمر في المجتمع الجزائري، مما ينتج عنه زيادة كثرة المحضونين و معاناتهم من التفكك الأسري وانعدام الاستقرار العائلي لهم وتشردهم وأحيانا إلى جنوحهم، مما يشكل تهديدا للمجتمع.

8- جعل المشرع التصرف في أموال الطفل بما فيه المحضون من ميراث وتبرعات يخضع لإذن القاضي أو المحكمة حماية له.

✓ الاقتراحات:

بناءا على ما استخلص من النتائج لهذا البحث تمكن الطالبان الباحثان من تقديم بعض التوصيات للحضانة ومن جملة هذه التوصيات ما يلي:

1- إن تفكك الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية لا تعني عدم استمرار كلا الوالدين في تتبع أولادهم خصوصا من حيث حقهم في التعليم وتوجيههم التوجيه الصحيح، وتلعب المدارس القرآنية دورا كبيرا في استقرار الطفل عامة وخصوصا المحضون، لأن حفظ القرآن في بداية عمره يجعله هادئا مستقرا بعيدا عن المشاكل الأسرية وأخطار الانحراف، وتتكون له شخصية قوية دينية ترجع بالفائدة على الأسرة والمجتمع، كما أنه لا بد على الأولياء من مراقبة المحضون في ظل انتشار وسائل الاتصال الحديثة كالهواتف النقالة والانترنت، فكل هذه الأمور التي قد يلجأ لها المحضون هروبا من المشاكل قد تؤثر عليه بالسلب، وهذا دون نسيان الحماية المتطلبة من العنف المدرسي، فلا بد من تكوين المعلمين وخصوصا في المراحل الأولى للتمدرس، لأن توفير جو دراسي جيد للطفل مع مساعدة الأطباء النفسانيين له نفسيا وصحيا قد يخفف ولو بالشيء القليل من معاناته داخل الأسرة، وما سببه طلاق والديه من أثر على نفسيته.

2- ما دام تحديد شخصية الطفل المحضون ترجع للأسرة منذ مراحل حياته الأولى فلا بد من توعية هذه الأسرة وتكوينها قبل الزواج أو في بداية هذا الأخير عن طريق حصص دورية لتكوين الأزواج حول أهداف تكوين الأسرة ، وكيفية التعاون على تربية الطفل

وتنشئته تنشئة حسنة وتثقفهم حاول تكوين شخصية الطفل، لأن عدم تكوين الأبوين يؤدي إلى ضعف توجيه الطفل وتكوينه ، مع استمرار هذا التوجيه حتى بعد فك الرابطة الزوجية إذ أن عدم تعاون الوالدين على تربية ورعاية الطفل المحضون المشترك بينهما بعد الطلاق نظرا للتعنت والخلافات الموجودة بينهما لا يحقق أهداف الحضانة.

3- لا بد من تعديل المادة 62 من قانون الأسرة وتوضيح شروط استحقاق الحضانة التي يجب أن تتوفر في الحاضن كالعقل والبلوغ والأمانة والقدرة.

4- يجب على المشرع معاقبة الأبوين على إهمال المحضونين وعدم العناية الكاملة بهم بعد الطلاق، والنص على أن المسؤولية مشتركة بينهما في حماية المحضون.

5- يجب على كل شخص سواء الوالدين أو الأقارب أو شخص آخر أن يخطر النيابة العامة، إذا تعرض الطفل المحضون لأي نوع من الإهمال أو سوء المعاملة في التربية أو أي خطر يؤدي بالإضرار بمصلحته، حتى تقوم هذه المؤسسة القضائية بحماية هذا الطفل المحضون، واتخاذ كل الإجراءات المناسبة لذلك.

وفي الأخير نسال الله عز وجل التوفيق في هذا العمل، وأن يكون هذا البحث المتواضع قد لمس كل جوانب الموضوع وأزال أي لبس قد يتبادر إلى ذكر كل مطلع على هذا البحث العلمي ولو بشيء قليل، هذا ويبقى عملي المتواضع مشوبا بالنقص لا بالإجادة، كون النقص من صفات البشر والكمال لله وحده خالقنا سبحانه وتعالى.

- تم بحمد الله -

قائمة المصادر والمرجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

❖ **القرآن الكريم:**

❖ **أحاديث نبوية:**

1- محمد ناصر الدين الألباني، حديث صحيح في إرواء الغليل، رقم837.

❖ **الأوامر:**

1- الأمر رقم 66-156 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، المؤرخ في 08 يونيو 1966، ج ر، ع49، المؤرخة في 10 أوت 1966 معدل و متمم.

2- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم إلى غاية القانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

❖ **القوانين:**

1- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

2- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، (ج ر، ع21، 2008/04/23).

3- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادقت عليها الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963 ج ر، ع64 ، المؤرخ في 10 سبتمبر 3196.

ثانيا: المراجع

❖ الكتب:

1- إسماعيل أبا بكر البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق)، دار الحامد للطباعة والنشر و التوزيع، الأردن، 2009.

2- ابن الشيخ الدنوني، موجز المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، منشورات دحلب، الجزائر، 1992.

3- العربي بلحاج، قانون الأسرة ومبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000.

4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعان الجامعية للطباعة و النشر والتوزيع، ط04، الجزائر، 2005.

5- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، د ب ن، 1994.

6- فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

7- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ج01، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

8- إسماعيل الشيخ، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج للقضاء، د ب ن، 2007.

9- إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989 ، د ب ن.

10- إيمان محمد الجابري، الحماية الجنائية لحقوق الطفل، دار الجامعة الجديدة، ط01، إسكندرية،2010 .

11- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية (آثار الولادة والأهلية و النيابة القانونية)، ج02، دار نشر المعرفة، ط01، الرباط، 1994.

12- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

13- أحمد فتحي بهنسى، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، ج04، دار النهضة العربية، بيروت،1991 .

14- أحمد فرج حسين و محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، طبعة جديدة و منقحة منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

15- أرشدي شحاتة أبو زيد، ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط01، القاهرة، 1989.

16- أبو بكر المشهور بالسيد البكري و ابن العارف بالله محمد و الشطا الدسياطي، إعانة الطالبين، ج04، دار إحياء التراث العربي، لبنان،1991 .

17- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج01، دار هومة للنشر و التوزيع، د ب ن، 2003.

18- أحمد الدرديري، الشرح الصغير، ج01، دار المعارف، مصر، د س ن.

19- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المنتصف من علم الأصول، ج01، دار إحياء التراب العربي بيروت، 1324.

20- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج01، (الزواج والطلاق)، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.

21- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالإجهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

22- جمال مهدي محمود الأكشة، مسئولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، طنطا، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006.

23- حسن علي ذنون و محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة)، ج01، دار وائل للنشر، ط01، عمان الأردن،2002 .

24- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط01 الجزائر، 2009.

25- خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون (دراسة في الشريعة الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، ط04، الإسكندرية، مصر، 2013.

26- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لحماية الطفل ومسؤوليته الجنائية والمدنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2012 .

27- خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

28- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام) ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، ط04، الجزائر،2010.

29- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية 2001.

30- زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، دار الكتب العلمية، ط01، بيروت، 2008.

31- زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، معهد الدراسات الإسلامية، دار الإتحاد العربي للطباعة، د ب ن، د س ن.

32- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005.

33- سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.

34- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر و التوزيع، ط03، الجزائر، 1996.

35- صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية، دون دار نشر، بيروت، 1954.

36- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (الزواج وآثاره) ج01، منشورات دمشق، ط08، د ب ن، 1998.

37- عبد الرحمان الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001.

38- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2007.

39- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، ط01، 2005.

40- عبد الله عبد العزيز العنقري، الروض المربع، ج02، مطبعة الرياض، السعودية د س ن.

41- علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج04 طبعة دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، د س ن.

42- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال د ب ن، د س ن.

43- عز الدين قمراوي، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر،2008 .

44- عبد العزيز سعد، الجرائم المتعلقة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية ط02، د ب ن، 2002.

45- عبد الفتاح بيومي حجازي، المعاملة الجنائية والاجتماعية للطفل، دار الفكر الجامعي ط01، د ب ن،2003 .

45- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)، ج01، مجلد ثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط03 بيروت،2000.

47- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاء وقضاء، دار الفكر العربي، ط 02، القاهرة، د س ن.

48- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج02، المكتب الجامعي الحديث، ط01، الإسكندرية، 2005.

49- عصام أنور سليم، حقوق الطفل،المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001.

50- علي فيلالي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، موفم للنشر والتوزيع، ط02 الجزائر، 2007.

51- فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000.

52- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج0، دار هومة، ط03، الجزائر،2011.

53- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسرية)، دار الهدى، الجزائر 2014.

54- ليلى جمعي، حماية الطفل، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2006.

55- محمد سيد فهمي، أطفالنا في ظروف صعبة، دار الوفاء للطباعة والنشر د ب ن، 2007.

56- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة و النشر، سوريا، 1987.

57- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن للقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط02، عمان، 2008.

58- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض(دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، الجزائر،2011 .

59- محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02-05، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012.

60- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مطبعة دار الحديث، ط01، مصر 2008.

61- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

62- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط03، مصر، 1937.

63- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997.

64- مختار الصحاح، للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ط01، د ب ن، 1997.

65- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ط01، الأردن،2002 .

66- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون)، ط04، الدار الجامعية، بيروت، 1983.

67- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 1957.

68- محمد لمين وعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2004.

69- مصطفى أحمد أبو الخير، نصوص المواثيق والإعلانات والاتفاقيات لحقوق الإنسان إيتراك، د ب ن، 2005.

70- ناصر العليوى، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط01، عمان،2010 .

71- نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً و فقهاً و تطبيقاً، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2006.

❖رسائل دكتوراه ومذكرات علمية:

✓رسائل دكتوراه:

1- حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن رسالة دكتوراه في الحقوق جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون جنائي، بسكرة، 2015.

✓مذكرات ماجستير:

1- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الوادي،2015.

2- أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري و المعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003.

3- بلقاسم سويقات، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون جنائي ورقلة، 2011.

4- دلال قندوز، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر رقم 05-02، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائري، 2010.

5- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي،2015.

6- صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مذكرة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.

7- عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق و العلوم القانونية، فرع عقود و مسؤولية جامعة الجزائر، 2001.

8- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، الجزائر 2011.

9- محمد ولد عال ولد محماي، أحكام النسب و طرق إثباته ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

10- نبيلة تركماني، أسباب الطلاق و آثاره القانونية و الاجتماعية، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق و العلوم القانونية، فرع عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، 2001.

✓ مذكرات ماستر:

1- سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر، فرع كلية الحقوق و العلوم السياسية، عقود و مسؤولية، البويرة، 2013.

❖ مجلات علمية:

1- بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة تأصيلية)، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية،ع01،معهد الحقوق جامعة الجزائر،1994 .

2- حنان براهيمي، أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا،مجلة المنتدى القانوني، دورية تتصدر عن قسم الكفاءة المهنية، ع04، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2007.

3- سامية بن قوية، أثار الحضانة في الإسلام وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية السياسية، ع01، 2010.

4- عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، ع15، عنابة، ديسمبر 2005.

5- عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة،مجلة المحكمة العليا، ع02، د ب ن، 2005.

6- علي تعوينات، تربية الطفل في ظل الأسرة المضطربة و الأسرة السوية،مجلة رسالة الأسرة تصدر عن الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة و قضايا المرأة، ع 10، د ب ن، 2006.

7- على فيلالي، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج39، رقم 01، د ب ن، 2001.

8- كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج39، رقم01، د ب ن، 2001.

9- ليلى عبد الله سعيد، حقوق الطفل في محيط الأسرة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق ع03، سبتمبر1974، مجلد ثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط03، بيروت، 2000.

10- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ09-07-1984 ملف رقم 33921، المجلة القضائية، ع04، د ب ن، 1989.

11- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم274207، بتاريخ 2002/07/03، المجلة القضائية، ع01، 2004.

قائمة المحتويات

العنوان	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
قائمة المختصرات والرموز	
المقدمة:	2-11
الفصل الأول: ماهية مصطلحي الحضانة و الطفل القاصر	**13**
المبحث الأول: ماهية الحضانة	**14**
المطلب الأول: مفهوم الحضانة	**14**
الفرع الأول: تعريف الحضانة	**14**
أولا: تعريف الحضانة لغة	**15**
ثانيا: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي	**15**
ثالثا: الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	**16**
الفرع الثاني: خصائص الحضانة	**17**
أولا: الحضانة من النظام العام	**17**
ثانيا: الحضانة حق مشترك	**18**
ثالثا: الحضانة غير قابلة للتجزئة	**19**
رابعا: الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه	**20**
الفرع الثالث: دليل مشروعية الحضانة	**23**

أولا: من القرآن الكريم	23
ثانيا: من السنة الشريفة	24
ثالثا: الإجماع	24
الفرع الرابع: تمييز الحضانة عن غيرها من المفاهيم المشابهة	25
أولا: تمييز الحضانة عن الولاية للنفس	25
ثانيا: تمييز الحضانة عن الكفالة	27
ثالثا: تمييز الحضانة عن الوصاية	29
المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة و أصحاب الحق في الحضانة	29
الفرع الأول: شروط ممارسة الحضانة	30
أولا: الشروط العامة للحاضن	30
ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء	32
ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال	33
الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة	34
المطلب الثالث: أهداف الحضانة وأثارها	34
الفرع الأول: أهداف الحضانة	35
أولا: تعليم الولد	35
ثانيا: تربيته على دين أبيه	35
ثالثا: السهر على حماية المحضون	35
رابعا: حماية الطفل من الناحية الخلقية	35

خامسا: حماية المحضون صحيا	**36**
الفرع الثاني: أثار الحضانة	**36**
أولا: مسكن الحضانة	**36**
ثانيا: حق زيارة المحضون	**38**
ثالثا: انتهاء مدة الحضانة	**39**
المبحث الثاني: ماهية الطفل القاصر	**40**
المطلب الأول: مفهوم الطفل القاصر	**40**
الفرع الأول: تعريف الطفل القاصر	**40**
أولا: التعريف اللغوي للطفل القاصر	**40**
ثانيا: تعريف الطفل في القانون	**41**
ثالثا: تعريف الطفل القاصر في الشريعة الإسلامية	**42**
الفرع الثاني: الأهلية القانونية للقاصر (الشخصية القانونية)	**43**
أولا: مفهوم الشخصية القانونية	**43**
ثانيا: شخصية الجنين	**44**
ثالثا: شخصية الطفل بعد الميلاد	**45**
الفرع الثالث: مصلحة الطفل القاصر	**46**
أولا: مفهوم المصلحة	**46**
ثانيا: تقدير المشرع الجزائري لمصلحة الطفل	**47**
المطلب الثاني: حقوق الطفل	**48**

الفرع الأول: حقوق الطفل على أسرته	**49**
أولا: حقوق الطفل المعنوية على أسرته	**49**
ثانيا: حقوق الطفل المادية على أسرته	**50**
الفرع الثاني: حقوق الطفل على دولته	**52**
أولا: حق الطفل في الرعاية الصحية	**52**
ثانيا: حق الطفل في الظروف المعيشية اللائقة	**53**
ثالثا: حق الطفل في الرعاية الاجتماعية	**53**
رابعا: حق الطفل في التعليم	**54**
المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة الطفل	**54**
الفرع الأول: دعاوى النسب	**55**
أولا: الدعاوى المدنية	**55**
ثانيا: الدعاوى الجزائية	**57**
الفرع الثاني: دعاوى الحضانة	**59**
أولا: الدعاوى المدنية	**60**
ثانيا: الدعاوى الجزائية	**63**
الفرع الثالث: دور القاضي في تقدير مصلحة الطفل	**67**
أولا: التحقيق و المعاينة	**67**
ثانيا: الاستعانة بالخبراء	**68**
ثالثا: دور النيابة العامة	**68**

خلاصة الفصل الأول:	**70**
الفصل الثاني: حقوق القاصر المحضون في حال الطلاق و الوفاة	**72**
المبحث الأول: الحاضنون المكلفون بالحضانة	**73**
المطلب الأول: الحاضنون المكلفون بالحضانة في الفقه الإسلامي	**73**
الفرع الأول: ترتيب الإناث بالحضانة في الفقه الإسلامي (ترتيب الإناث عند فقهاء الشريعة)	**73**
أولا: الترتيب عند الحنفية	**74**
ثانيا: الترتيب عند المالكية	**75**
ثالثا: الترتيب عند الشافعية	**76**
رابعا: الترتيب عند الحنابلة	**77**
خامسا: الترتيب عند الظاهرية	**78**
سادسا: مسائل متعلقة بمراتب الحضانة	**78**
الفرع الثاني ترتيب الذكور المحارم من العصبات بالحضانة في الفقه الإسلامي (الترتيب عند فقهاء الشريعة)	**78**
أولا: الحنفية	**79**
ثانيا: المالكية	**79**
ثالثا: الشافعية	**81**
المطلب الثاني: الحاضنون المكلفون بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري	**82**
الفرع الأول: ترتيب الإناث بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري	**82**
أولا: ترتيب الحاضنات قبل تعديل 2005	**82**

ثانيا: ترتيب الحاضنات بعد تعديل 2005	**83**
الفرع الثاني: ترتيب الذكور في قانون الأسرة الجزائري	**84**
أولا: قبل تعديل 2005	**84**
ثانيا: بعد تعديل 2005	**85**
ثالثا: مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان	**86**
المبحث الثاني: الأحكام الناظمة للحضانة	**86**
المطلب الأول: أسباب إسقاط الحضانة	**87**
الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري	**87**
أولا: اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة	**88**
ثانيا: أسباب سقوط الحق في الحضانة الواردة في المادة 66 من قانون الأسرة	89
ثالثا: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر المادة 68 من قانون الأسرة	**90**
رابعا: سقوط الحق في الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي المادة 69 من قانون الأسرة	**91**
خامسا: سكن الحاضنة إذ كانت الجدة أو الخالة مع أم المحضون بغير قريب محرم	**92**
الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه	**92**
المطلب الثاني: التزامات الحاضن و حقوق المحضون	**93**
الفرع الأول: التزامات الحاضن	**93**

أولا: شروط تحقق مسؤولية الحاضن	**93**
ثانيا: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن	**95**
الفرع الثاني: حقوق المحضون	**97**
أولا: الحقوق المعنوية للطفل المحضون	**97**
ثانيا: الحقوق المادية للطفل المحضون	**103**
خلاصة الفصل الثاني:	**104**
الخاتمة:	**106**
قائمة المصادر والمراجع	**112**
قائمة المحتويات:	**123**

المخلص:

الحضانة هي رعاية الولد وتربيته، ولممارستها لا بد من توافر شروط في الحاضن، ونظرا لكون الأم أكثر عطفا على أولادها فقد حظيت بأسبقية على غيرها في استحقاقها للحضانة، ولا يشكل عملها عائقا في ممارستها للحضانة، وينتج عن هذه الأخيرة أثار عديدة كالمسكن والنفقة وحق الزيادة، إلا أن إسناد الحضانة قد يسبب مشاكل كثيرة، تؤدي إلى رفع دعاوى قضائية في بعض الأحيان، منها الجزائية إذا لم يحترم الحاضن الحكم الصادر من المحكمة فيعترض لعقوبات جزاء ذلك.

كما إن الحضانة تطرح إشكالات عديدة عديدة في الميدان، يجعلها من القضايا الصعبة، لكن على العموم لا بد على القاضي عدة إسناد للحق في الحضانة، أن يراعي الأسباب والأفضل للمحضون.

فالطفل هو أضعف فئة في المجتمع، لذا اهتم التشريع الأسرة الجزائري بهذه الأخيرة، حيث يعتبر حق الحضانة مظهر من مظاهر العناية بالطفل.

ولضمان ذلك قرر المشرع جملة من الأحكام القانونية، منها ما تعلق بشخص الحاضن، من حيث وجوب توفر جملة من الشروط فيه حتى يكون جديرا بالحضانة والحفاظ على مصالح المحضون، وكذا إسقاطها عنه إذا تعارضت مع مصلحة هذا الأخير، ومنها ما تعلق بالمحضون له، من حيث تحديد الشروط وحدود الزيارة، وكذا النفقة على الطفل المحضون وتوفير السكن له، أو بدل الإيجار إذا تعذر ذلك، وكل هذا من أجل وضع الطفل في محيط ملائم للنمو السليم من كل نواحي، النفسية، العقلية، الجسمية والتربوية.

الكلمات المفتاحية:

الحضانة – شروط الحضانة– أثار الحضانة – مسقطات الحضانة– النفقة– استحقاق الحضانة.

Abstract:

Nursery is the care and upbringing of the child, and for its practice, conditions must be met in the custodian, and given that the mother is more sympathetic to her children, she has been given precedence over others in her entitlement to nursery, and her work does not constitute a burden in her practice of nursery, and the latter results in many effects such as housing, alimony and the right to increase However, assigning custody may cause many problems, leading to lawsuits being filed in some cases, including penal cases, if the custodian does not respect the judgment issued by the court, then he is subject to the penalties for that.

Also, custody poses many problems in the field, making it one of the difficult cases, but in general the judge must have several attribution of the right to custody, taking into account the reasons and the best for the child in custody.

The child is the weakest group in society, so the Algerian family legislation pays attention to the latter, as the right of custody is an aspect of child care.

To ensure this, the legislator decided a number of legal provisions, including those related to the person of the custodian, in terms of the necessity of fulfilling a number of conditions in it in order for him to be worthy of custody and to preserve the interests of the child, as well as to drop them from him if they conflict with the interests of the latter, including those related to the child, in terms of Determining the conditions and limits of visitation, as well as alimony for the child in custody, and providing him with housing, or rent allowance if this is not possible.

key words:

Custody - Conditions of Custody - Effects of Custody - Custody Drops - Alimony - Eligibility for Custody.

تم بحمد الله