وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
UNIVERSITE Abdelhamid Ibn Badis MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

مراعاة مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: حقوق **التخصص: القانون القضائي**

من إعداد الطالبة: **تحت إشراف الأستاذ:**

مرجاني نادية **حيدرة محمد**

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ.....بن عوالي على.....رئيسا

الأستاذ .....حيدرة محمد.....مشرفا مقررا

الأستاذ.....فرقاق معمر .....مناقشا

السنة الجامعية: 2025/2024

نوقشت يوم:.2025/06/.29

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

كلية الحقوق و العلوم السياسية
مصلحة التربصات

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية
في إنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: مرجاني ناديه الصفة: طالبة ماستر

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم 110010968033 والصادرة بتاريخ: 2024 12 30

المسجل بكلية: الحقوق والعلوم سياسية قسم: قانون خاص

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

مراعاة مصلحة المحجون بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 07 جويلية 2025

توقيع المعني

مصادق على توقيع السيد(ة) مرجاني نادية

07 جويلية 2025

عن رئيس المجلس الشعبي البلدي و بالتفويض منه
إمضاء السيدة : قيبوعة سكينة
رئيس مصلحة التنظيم و الشؤون العامة

* ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها

إهداء

أهدي ثمرة هذا البحث المتواضع إلى رمز المحبة والحنان، إلى القلب الناصع بالبياض، الى منبع الصبر والتفاؤل، إلى التي رعتني حق الرعاية، وكانت سندي في الصعاب، إلى قدوتي في هذه الحياة أمي الحبيبة.

إلى منبت الخير والتضحية، إلى من علمني النجاح والصبر، إلى من أحمل اسمك بكل فخر ... أبي العزيز.

إلى كل من قدم لي الدعم

كلمة شكر

قال الرسول صلى الله عليه و سلم:" من صنع إليكم معروفا فكافئوه فإذا لم تجدو ما تكافئوه به فدعوا له حتى ترو أنكم كافأتموه."

لا أستطيع انأ أقدم شيئا أروع وأجمل من كلمة شكر واعتراف تخرج من صميم القلب بكل صدق وإخلاص.

فلا يسعني وأنا أضع اللمسات الأخيرة لهذا البحث إلا ان أتقدم بكامل تشكراتي الخالصة لأستاذي الفاضل " حيدرة محمد" على قبوله الإشراف على هذه المذكرة.

وأشكر لجنة المناقشة على تحملهم عبء تقييم هذا العمل

كما يسرني انا اتقدم بجزيل الشكر والامتنان لكل من ساهم من قريب أم بعيد في إنجاز هذا البحث.

قائمة المختصرات

ج: جزء

ص: صفحة

ط: طبعة

ف: الفقرة

د.س.ن: دون سنةنشر

د.ط:دون طبعة

ج .ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

د. م. ج :ديوان المطبوعات الجامعية

ص ص: من الصفحة ... إلى الصفحة...

ق. إ .ج.ج: قانون الإجراءات الجزئية الجزائري

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

غ. أ. ش: الغرفة الأحوال الشخصية.

م. م. ع: تعني مجموعة المجلة القضائية.

مقدمة

تُعتبر الأسرة النواة الأساسية في بناء المجتمع، لما توفره من استقرار ورعاية لأفراده، وعلى رأسهم الأطفال الذين يمثلون الفئة الأضعف والأكثر تأثرًا في حال تفكك الأسرة. وتبرز الحضانة كآلية قانونية وشرعية لحماية هؤلاء الأطفال بعد انفصال الأبوين، إذ تهدف إلى ضمان تربيتهم في بيئة آمنة ومتوازنة.

لقد حظيت الحضانة باهتمام كبير في الفقه الإسلامي، حيث أُحيطت بأحكام دقيقة تُراعي مصلحة الطفل وفقًا لمقاصد الشريعة في حفظ النفس والعقل والنسب، كما حرص المشرّع الجزائري من خلال قانون الأسرة (الأمر 84-11 المعدل والمتمم)، على تنظيم الحضانة بما يحقق حماية المحضون، مستلهِمًا من الفقه المالكي ومتفاعلًا مع المبادئ الدولية لحقوق الطفل.

وفي ظل ما يشهده الواقع العملي من إشكالات في تنفيذ أحكام الحضانة، لا سيما عند النزاع بين الأبوين، تبرز الحاجة إلى التعمق في مفهوم "مصلحة المحضون"، باعتبارها المعيار الحاسم في الفصل في منازعات الحضانة.

أهمية الموضوع:

تنبع أهمية دراسة "مراعاة مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري" من:

- ارتباطها المباشر بحماية فئة الطفولة، خاصة عند النزاع الأسري بعد الطلاق.
- إبرازها لمشكلة واقعية تتعلق بصعوبة ضبط معيار مصلحة المحضون في القضاء.
- مساهمتها في بيان مدى توافق القانون الجزائري مع الشريعة الإسلامية والمعايير الدولية.
- ندرة الدراسات المقارنة التي تتناول الموضوع من زاويتين: الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أسباب اختيار الموضوع:

تم اختيار هذا الموضوع لعدة أسباب:

- الرغبة في إيضاح مدى التزام التشريع الجزائري بالمبادئ الإسلامية والدولية.
- قلة الدراسات التي تقارن بين المرجعية الفقهية والقانونية في موضوع مصلحة المحضون.
- اهتمام شخصي بموضوع الأسرة وحقوق الطفل.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- توضيح مفهوم مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

- إبراز أوجه التلاقي والاختلاف بين المرجعيتين الفقهية والقانونية.

- تحليل الاجتهادات القضائية الجزائرية في تطبيق مبدأ مصلحة المحضون.

- اقتراح آليات لتعزيز حماية المحضون وفقًا للواقع الاجتماعي والمعايير القانونية الحديثة.

إشكالية الدراسة:

تنطلق الدراسة من السؤال المحوري التالي:

إلى أي مدى راعى قانون الأسرة الجزائري مبدأ "مصلحة المحضون" كما قررته أحكام الفقه الإسلامي؟ وما هي المعايير المعتمدة لتحديد هذه المصلحة في كلا النظامين؟

وتتفرع عنها الأسئلة الآتية:

- ما المقصود بمصلحة المحضون شرعًا وقانونًا؟

- ما شروط استحقاق الحضانة بعد الطلاق؟

- كيف عالج القضاء الجزائري هذا المفهوم؟ وهل تواجهه صعوبات تطبيقية؟

المنهج المتبع في الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي من خلال وصف الأحكام الفقهية والتشريعية المتعلقة بالحضانة ومصلحة المحضون، كما تم توظيف المنهج المقارن للمقارنة بين ما قرره الفقه الإسلامي وما نص عليه القانون الجزائري.

خطة الدراسة:

تم تقسيم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول بعنوان الإطار المفاهيمي للحضانة ومصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين؛ المبحث الأول بعنوان ماهية الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وفي المبحث الثاني عرضنا شروط استحقاق الحضانة.

أما الفصل الثاني فسنتطرق فيه إلى الإجراءات القانونية للحضانة وطرق انقضائها؛ في المبحث الأول سنتطرق إلى آثار الحضانة، وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى الإجراءات القانونية للحضانة وطرق انقضائها.

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للحضانة ومصلحة المحضون

في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد

تعتبر الحضانة من أبرز المواضيع التي تثيرها واقع العلاقات الأسرية بعد انحلال رابطة الزواج، نظرًا لارتباطها الوثيق بمصير الأطفال وحماية حقوقهم. وتكمن خطورة هذا الموضوع في تأثيره المباشر على مصلحة المحضون من جهة، وعلى العلاقة بين الأبوين بعد الانفصال من جهة أخرى، حيث تتقاطع فيه الأبعاد النفسية والاجتماعية والشرعية والقانونية.

لقد تناول الفقه الإسلامي موضوع الحضانة بشكل دقيق، مستندًا إلى مقاصد الشريعة الإسلامية في رعاية الصغير وحفظ حقوقه، باعتباره طرفًا ضعيفًا في النزاع الأسري، فقرّر أن الأصل في الحضانة هو مصلحة المحضون، لا مصلحة الحاضن أو الولي، كما بيّن الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وترتيب مستحقي الحضانة، والمدة التي تستمر خلالها الحضانة.

أما القانون الجزائري، فقد أخذ بهذه المبادئ العامة للفقه الإسلامي، وأفرد لأحكام الحضانة بابًا خاصًا ضمن قانون الأسرة، واضعًا بذلك إطارًا قانونيًا يهدف إلى حماية الأطفال بعد الطلاق أو التفريق بين الزوجين، من خلال تنظيم منح الحضانة وسقوطها وانتقالها، بما ينسجم مع مبدأ "مصلحة المحضون" كقاعدة عليا حاكمة على كافة الأحكام المتعلقة بها.

وانطلاقًا من ذلك، يُعنى هذا الفصل بتقديم الإطار المفاهيمي للحضانة، من خلال بيان معناها وأساسها وأحكامها في كلٍّ من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مع التركيز على مبدأ مصلحة المحضون كمرتكز مركزي في تنظيم هذه المؤسسة.

المبحث الأول: ماهية الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

الحضانة أثر من آثار الرابطة الزوجية، وهي نوع من أنواع الرعاية التي يمكن أن تقدم للطفل، بحيث تكفل للطفل التربية الصحيحة، فأحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة وكذا التشريعات الوضعية[1].

المطلب الأول: تعريف الحضانة ومشروعيتها

تُعتبر الحضانة من أهم الآثار المترتبة عن انحلال العلاقة الزوجية، إذ تهدف إلى رعاية الطفل وحمايته في مرحلة من أكثر مراحل عمره هشاشة وضعفًا، وهي مرحلة الطفولة المبكرة. وقد تناولت الشريعة الإسلامية موضوع الحضانة باعتبارها حقًا للطفل قبل أن تكون حقًا للوالدين، حيث أجمعت المذاهب الفقهية على مشروعيتها وأهميتها في توفير الرعاية البدنية والنفسية للمحضون، بما يحقق مصلحته الفضلى ويحفظ كرامته[2].

وتُعرف الحضانة بأنها «القيام بتربية الطفل ورعايته وتعليمه والعناية بشؤونه الصحية والاجتماعية والنفسية، من قبل من له الحق في ذلك شرعًا أو قانونًا»[3].ويُلاحظ أن الحضانة تشمل جوانب متعددة تتعلق بجوانب الطفل الجسدية والعاطفية والعقلية، مما يجعلها مسؤولية جسيمة تتطلب أهلية وحرصًا من القائم بها.

أما من حيث مشروعيتها، فقد ثبتت الحضانة في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع. فقد قال تعالى في معرض الحديث عن المفارقة بين الزوجين: ﴿لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [4]، وهذا يدل على وجوب مراعاة مصلحة الطفل، وعدم اتخاذه وسيلة للإضرار بأي من الأبوين كما ورد في الحديث الصحيح أن امرأة قالت: "يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحجري له حواءً، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني"، فقال لها ﷺ: "أنتِ أحق به ما لم تنكحي"[5].

1- كمال الدين ميمون، حق الطفل في الحضانة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2015/2016، ص7.

2 - ابن قدامة المغني، دار الفكر، بيروت، ج8، ص. 190.

3 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993، ج9، ص. 316.

4 - سورة البقرة، الآية 233.

5 - رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، حديث رقم 2276، وصححه الألباني.

وبهذا فإن الحضانة مشروعة شرعًا لحماية الطفل، ومقيدة بقيود تضمن تحقيق مصلحته، كما أصبحت من المبادئ الأساسية التي أخذت بها أغلب التشريعات الحديثة، بما فيها قانون الأسرة الجزائري، الذي نظمها ضمن مواد خاصة تراعي خصوصيات الواقع الاجتماعي والأسري.

وينقسم هذا المطلب إلى فرعين: سنتكلم في الفرع الأول عن تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي، وفي الفرع الثاني تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحا

تُعدّ الحضانة من المفاهيم الأساسية التي تنشأ عقب انفصال الزوجين، لما لها من ارتباط وثيق بمصلحة الطفل وحمايته في فترة يحتاج فيها إلى الرعاية والعناية المستمرة. ويُعتبر ضبط هذا المفهوم ومعرفة أبعاده اللغوية والاصطلاحية مدخلًا ضروريًا لفهم أحكامه وتطبيقاته في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وخاصة قانون الأسرة الجزائري.

ابتداء، وقبل التطرق إلى التعرف الفقهي للحضانة، وجب علينا تعريفها لغة واصطلاحا، ومن ثم نتطرق إلى التعريف الفقهي والقانوني.

أولًا: الحضانة لغةً:

الحضانة في اللغة مشتقة من الفعل "حَضَنَ"، يقال: حضنه حضنًا، أي ضمه إلى حضنه، ومنه: "حضن الطائر بيضه" أي ضمه إليه ليفقس[1]، والحِضن هو ما دون الإبط إلى الكشح، وهو محل الاحتضان والضم، ويُطلق أيضًا على القرب والرعاية، ومنه قول العرب: "فلان في حضانة فلان"، أي في كنفه وحمايته.

ثانيًا: الحضانة اصطلاحًا:

أما في الاصطلاح، فقد عرفها الفقهاء بأنها: "حفظ الطفل وتربيته والقيام بمصالحه بما لا يضرّه، وتأمين حاجاته في مرحلة لا يستغني فيها عن النساء عادة"[2] ويُقصد بها أيضًا: "الولاية على الطفل في تربيته جسديًا وعقليًا وخلقيًا، خلال المدة التي يكون فيها غير قادر على رعاية نفسه"[3].

1 - ابن منظور، لسان العرب، مادة "حضن"، دار صادر، بيروت، ط1، ج13، ص. 164.

2 - الحطاب المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج4، ص. 204.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، 1997، ج10، ص. 7251.

ويُلاحظ أن هذا التعريف لا يقتصر على مجرد الرعاية الجسدية، بل يشمل أيضًا الرعاية النفسية والعاطفية والتعليمية، مما يعكس شمولية هذا المفهوم في الفقه الإسلامي، ومراعاته لمصلحة الطفل باعتبارها الغاية من تقرير الحضانة.

وقد تبنّى قانون الأسرة الجزائري هذا المفهوم الشامل للحضانة، حيث نص في المادة 62 من الأمر رقم 84-11 على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقًا"[1]، وهو تعريف يعبّر عن الأبعاد الشرعية والقانونية للحضانة معًا.

أورد الفقهاء تعريفات عدة للحضانة، تدور كلها حول مفهوم واحد هو القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير ملبسه وطعامه ونومه وتنظيفه، ممن له حق تربيته شرعا[2].

1 - تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

عرّف الفقهاء الحضانة بأنها:"ولاية على الصغير لحفظه وتربيته وتعليمه ورعايته والقيام بشؤونه، في الفترة التي لا يستغني فيها عن رعاية النساء"، وهي لا تقتصر على الجوانب المادية، بل تشمل الجوانب النفسية والأخلاقية والتعليمية، ما دامت تهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون[3].

وقد جاء تعريف الإمام ابن قدامة الحنبلي للحضانة على أنها: "حفظ الطفل، وتربيته، وتأديبه، والقيام بمصالحه، والقيام بما يحتاج إليه من التغذية واللباس والنوم والنظافة وغير ذلك"[4].

أما المالكية، الذين استمد منهم قانون الأسرة الجزائري معظم أحكامه، فقد ركزوا على جانب الرعاية القُربوية، فعرفوا الحضانة بأنها: "حفظ الولد مما قد يهلكه أو يضره، وتربيته بما يصلحه، من غذاء ولباس وتطهير وتعليم وتوجيه"[5].

ويُستفاد من هذه التعريفات أن الحضانة في الفقه الإسلامي ليست مجرد التزام قانوني، بل هي واجب شرعي يُناط بمن له أهلية لرعاية الطفل، ويُراعى فيها تحقيق مصلحته أولًا وأخيرًا، بوصفه طرفًا ضعيفًا لا يستطيع رعاية شؤونه بنفسه.

---

1 - المادة 62 من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

2- آيت عكوش وزنة، الحضانة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2013، ص6.

3 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 7251.

4 - ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، ج8، ص. 190.

5 - الحطاب المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج4، ص. 204.

أ - تعريف الحضانة في المذهب المالكي:

تُعد الحضانة في المذهب المالكي من الواجبات التي تهدف إلى رعاية المحضون وضمان مصالحه في مرحلة لا يمكنه فيها الاستقلال بنفسه. وقد عرفها فقهاء المالكية بأنها:

"حفظ الصغير أو الصغيرة، أو المعتوه الذي لا يستقلّ بأمر نفسه، والقيام بما يُصلحه، من تغذية وتربية وتوجيه ووقاية مما قد يُؤذيه"[1].

ويُفهم من هذا التعريف أن الحضانة في التصور المالكي ليست مجرد إقامة مع الطفل، بل تشمل جميع مظاهر العناية الضرورية، سواء كانت جسدية أو نفسية أو خلقية. وقد بيّن الإمام خليل بن إسحاق المالكي في مختصره أن الحضانة تُعنى بـ: "القيام على الولد بما يُصلحه، من تغذية وتنظيف ولباس وتوجيه"، مشيرًا إلى أن الحضانة تُناط بالأم ما لم تُسقطها موجبات الإسقاط، كالزواج بغير قريب للمحضون أو فقدان الأهلية[2].

كما أكد المالكية أن الحضانة حق للمحضون قبل أن تكون حقًا للحاضن، وتُقدَّم فيها مصلحة الطفل عند التعارض، وهو ما يجعلهم من أكثر المذاهب وضوحًا في الربط بين الحضانة والرعاية الشاملة للمحضون.

وعرفها العدوي بقوله: هي الكفاءة والتربية، والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه، وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة[3].

وقال الدسوقي: هي حفظ الولد والقيام بمصالحه. وفسرها بقوله:(إن حفظ الولد يعني مبيته وذهابه ومجيئه، والقيام بمصالحه - أي - من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه).

وقال الرهوني: وجوب كفالة الأطفال الصغار، لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه.

وقد جاء في تعريف الباجوري الشافعي ما يؤكد هذا المعنى الشامل، حيث قال:"هي حفظ من لا يستقلّ بأمر نفسه عمّا يؤذيه، لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون"، ثم فسر المقصود بها بقوله: "أي تنميته بما يُصلحه، يتعهده بطعامه وشرابه، وغسل بدنه وثوبه، وتمريضه، وغير ذلك من مصالحه ومؤنه"[1].

1 - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج4، ص. 14.

2 - خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل مع شرح الدردير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص. 523.

3- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 25.

ويُفهم من هذا التعريف أن الحضانة تشمل كل جوانب العناية الجسدية والنفسية والصحية، وأنها ليست محصورة في مجرد الإقامة.

ويُضاف إلى ذلك ما قرّره فقهاء المالكية، إذ عرّفوها بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمر نفسه، والقيام بمصالحه الضرورية، كتغذيته وتطهيره وكسوته وتعليمه وتأديبه"، مع التأكيد على أن الغاية الأساسية منها هي تحقيق مصلحة المحضون.

ويلاحظ على تعريف الرملي أنه قال (وتربيته)، وهي تعني التوجيه والإرشاد والتعليم، أما تعريف الباجوري للحضانة فقال: تنميته، ثم عدد لنا المسائل غير التربوية والتعريف الأول أكثر دقة.

ويلاحظ أن الشافعية أطلقوا على رعاية الكبير المجنون حضانة، وإن كان معظم الفقهاء ذهبوا إلى أن العناية بالكبير المجنون كفالة وليست حضانة، وكذلك الحنابلة أدخلوا المجنون والمعتوه في معنى الحضانة وإن كان المعنى لا يشملهم.

ج - **تعريف الحضانة في المذهب الحنبلي:** عرفوا الحضانة بأنها:" "حفظ الصغير ونحوه عمّا يضره، وتربيته بعمل مصالحه، كغسل ثيابه ورأسه، ودهنه، وتكحيله، وربطه بالمهد، وتحريكه لينام، ونحو ذلك مما يتعلق بمصالحه، وذلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، ونجاته من المهالك"[2].

وعرفها ابن قدامه يقوله: (هي) كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وانجازه من المهالك[3].

وعرفها البهوتي فقال: (هي) حفظ الصغير والمعتوه - وهو مختل العقل - والمجنون عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم، من غسل بدنهم وثيابهم ودهنهم وتكحيلهم، وربط طفل بمهد، وتحريكه لينام،ونحوه).

وقال أبو النجا: (هي حفظ صغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه)، وقد نص ابن قدامه على أنها كفالة كالمالكية، أما البهوتي وأبو النجا فقالا: "هي حفظ، فشابها بذلك الحنفية والشافعية، والظاهر أن لا خلاف في المعنى المفاد، وإنما هو خلاف لفظي.

1 - الباجوري، حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، ج2، ص. 180.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج4، ص. 212.

3- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص 26.

د- تعريف الحضانة في المذهب الحنفي: عرّف فقهاء الحنفية الحضانة بأنها: "حق الطفل في التمتع بالرعاية والتربية في سن لا يستغني فيها عن النساء، من أجل حفظه ورعايته وصيانته عمّا قد يضرّه، بما في ذلك تغذيته وتنظيفه وتنويمه وسائر مصالحه"[1].

ويُفهم من هذا التعريف أن الحضانة في الفقه الحنفي ترتكز على الوظيفة الوقائية والرعائية للطفل، حيث تنصرف إلى توفير حاجاته الأساسية التي لا يستطيع القيام بها بنفسه، ولهذا ركّز الحنفية على أن الحضانة حق للمحضون قبل أن تكون حقًا للحاضن، ويجب أن تسند لمن هو أقدر على تحقيق مصلحته.

وقد عرفها فقهاء المعرفية فقال ابن عابدين بقولين الأول (تربية الولد والحاضنة: المرأة توكل بالصبي (والثاني) تربية الولد لمن له حق الحضانة[2].

وقال السرخسي في بيان الحضانة: (للجارية وإن استغنت عن التربية، فقد احتاجت إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب، والأم على ذلك اقدر)[3].

كما جاء في البحر الرائق وهو من أشهر كتب الحنفية، أن الحضانة هي: "حفظ الصغير ونحوه عمّا يضره، وتربيته بما يصلحه من طعام وشراب ونظافة ونوم، وما يتعلق بمصالحه، حفظًا له عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه"[4]

أما تعريف الفقهاء المعاصرين فنجد الشيخ محمد أبو زهرة يعرف الحضانة بقوله:(الحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني بها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا)[5].

ويُلاحظ من هذا النص أن الحنفية يُقاربون الحضانة من منظور إنساني وواقعي، حيث لا ينظرون إليها فقط كعلاقة قانونية، بل كضرورة حياتية واجتماعية، مما يُضفي على هذا المفهوم بُعدًا أخلاقيًا وشرعيًا في آن واحد.

2 - تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

---

1 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص. 35.

2- بوقرة الربيع، سكن المحضون في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2016 /2017، ص9.

3- محمد عليوي ناصر،مرجع سابق، ص 25.

4 - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج4، ص. 212.

5- قدقاد بلخير، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مع بعض تطبيقاتها، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور بالجلفة،2013-2014، ص 10.

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 (ق أ ج) بقوله: " هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[1] " وعلى كل حال، فإن تعريف قانون الأسرة الجزائري على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، يعتبر أحسن تعريف، حيث أن التعريف جمع في عموميته في كل ما تعلق بحاجيات الطفل الدينية، الصحية، الخلقية، التربوية، وحتى المادية.

ويتبين من المادة المذكورة أعلاه شروط إسناد الحضانة، وتتمثل فيما يلي:

-القدرة على الرعاية الفعلية للولد.

-القدرة على التعليم والمتابعة التربوية.

-التربية على دين الأب.

-سلامة الخلق والاستقامة السلوكية للحاضن.

- السلامة الصحية والنفسية.

- أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك.

وبذلك يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب وتفصل في حق الحضانة، أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف، وأن تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر له طيلة مدة احتياجه على من يحضنه ويرعى شؤونه[2].

1 - المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

2- سعد عبد العزيز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القاهرة: دار الفكر العربي، 2012، ص68.

الفرع الثاني: حكم الحضانة وأهميتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تُعد الحضانة من أهم المسائل المرتبطة بحقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، لما لها من أثر مباشر على سلامة نشأته الجسدية والنفسية والاجتماعية. وإذا كانت الأسرة تُشكّل الإطار الطبيعي لرعاية الطفل، فإن انفصال الزوجين يجعل مسألة تحديد من يتولى رعاية الطفل أمرًا بالغ الحساسية، ويستدعي تدخل التشريع لتحديد ضوابطه[1].

وقد أولى الفقه الإسلامي عناية كبيرة للحضانة، باعتبارها من الوسائل التي تُحقّق مقصدًا ضروريًا من مقاصد الشريعة، وهو حفظ النفس، فجعلها واجبًا في بعض الأحوال، وحقًا ثابتًا للمحضون لا يجوز التنازل عنه متى وُجدت شروطه[2]، كما أن قانون الأسرة الجزائري، المستمد في أغلب أحكامه من الفقه المالكي، تبنّى ذات التوجّه من خلال ضبط الحضانة من حيث مفهومها، وشروطها، وآثارها، وبيان من له الحق فيها، مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفل[3]، ويتعيّن دراسة حكم الحضانة وأهميتها باعتبارها جزءًا جوهريًا من النظام الأسري الذي يسعى إلى تحقيق التوازن بين مصلحة الطفل وحقوق الأبوين، وفق ما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون الوضعي[4].

أولا: الحضانة وأهميتها في الفقه الإسلامي

1- حكم الحضانة في الفقه الإسلامي: لقد اتفق جمهور العلماء على أن الحضانة واجبة شرعًا، باعتبارها وسيلة لحفظ النفس، وهي من الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة بحمايتها.

وقد عبّر الإمام ابن قدامة عن هذا الحكم بقوله: "إن كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك"[5].

ويُفهم من ذلك أن الحضانة ليست تفضّلًا أو منحة من الحاضن، بل هي التزام شرعي يستوجب أداءه لصالح الطفل.

1 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 7249.

2 - ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، ج8، ص. 190.

3 - المادة 62 وما بعدها من الأمر رقم 84-11

4 - محمد عليش، مرجع سابق، ص. 15.

5 - بن قدامة، مرجع سابق، ص. 190.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في طبيعة الحضانة، هل تُعتبر حقًا للمحضون لا يجوز التنازل عنه، أم حقًا للحاضن يجوز له التنازل متى شاء؟

فقد ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الحضانة حق خالص للمحضون، يُراعى فيه مصلحته فقط، ولا يجوز إسقاطه، بينما رأى آخرون أنها حق للحاضنة (كالأم مثلًا)، فإن تمسكت به قُدّم حقها، وإن تنازلت عنه لوجود من هو أهل للقيام به، صَحّ ذلك التنازل[1].

غير أن هذا الخلاف لا يُلغي حقيقة أن الحضانة لا تتحقق إلا بوجود طرفين متلازمين:

- محضون يحتاج إلى الرعاية،

- وحاضن تتوافر فيه الشروط الشرعية والقانونية للقيام بشؤون المحضون.

لذلك، فإن الصواب أن الحضانة حق مزدوج، تتعلق بمصلحة الطفل أولًا، لكنها لا تنفصل عن أهلية الحاضن واستعداده لأدائها، فليست الحضانة قائمة لصالح طرف على حساب الآخر، بل هي مسؤولية تكاملية تُقاس في النهاية بمصلحة المحضون.

ولقد ذهب الحنفية إلى أن الأم وغيرها لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت، كما لا تجبر على الإرضاع، إلا إذا تعينت لهما، بأن لا يأخذ ثدي غيرها، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال، أو لم يوجد غيرها للحضانة مطلقا، إذ لم يكن للصغير ذو رحم محرم كي لا يضيع الولد[2].

ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى أن الحضانة، في حال غياب من يقوم بها غير الأم، تُصبح واجبًا عينيًا عليها، لا يسعها تركه أو التخلي عنه، يؤكد بشير الشقفة أن:"حكم الحضانة هو الوجوب العيني، لأنها تتعلق بحقوق الغير، فلو امتنعت الأم أو غيرها من الحاضنات عن الحضانة مع عدم وجود من يقوم بها، أُجبرن على أدائها"[3]،ويُستفاد من هذا الرأي أن الحضانة لا تُعتبر فقط حقًا اختياريًا للحاضن، بل هي تكليف شرعي وقانوني متى ما تعلق الأمر بمصلحة الطفل، وخصوصًا حين لا يتوافر بديل مناسب، وهو ما يُوافق قول ابن قدامة من أن "كفالة الطفل واجبة لأنه يهلك بتركه".

وقد تبنّى قانون الأسرة الجزائري هذا الاتجاه من خلال جعل الحضانة من الالتزامات التي قد يُحاسَب الحاضن على التفريط فيها، خصوصًا إذا ترتب عنها ضرر للمحضون.

1 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 725.

2- وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، ص 733.

3 - بشير الشقفة، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2004، ص. 518.

ودليل مشروعية الحضانة من الكتاب والسنة والإجماع:

أ- من الكتاب: قال تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾[1].

ب- من السنة: عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده: أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به مالم تنكحي"[2].

ج- من الإجماع: خلاف بين أحد من الأئمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه، حتى ينفع نفسه ويستغن.

2- أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي

تُعتبر الحضانة من المسائل التي اجتمع فيها جانب الحق والواجب، فهي من جهةٍ حقٌّ ثابتٌ للمحضون لما له من مصلحة أساسية في الرعاية والحماية، ومن جهة أخرى واجبٌ شرعيٌّ على الحاضن إذا لم يوجد غيره، خاصة الأم، وقد تصل إلى حدّ الوجوب العيني، لأن الصغير تثبت له ثلاث ولايات:

الولاية الاولى: هي الولاية على التربية، فإن الدور الأول يكون للنساء، وهو ما يسمى "بالحضانة"، وهي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا، وهي حق للام ثم لمحارمه من النساء، وذلك لأن الطفل في هذه المرحلة يحتاج لرعايتهن.

فأما الأم فانه في يدها لأنه كان في بطنها ثم لأنه في حجرها مدة الرضاع يبقى، لقوله **عز وجل: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾**[3].

حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: "جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، من أحق الناس بحسن صحابتي؟ -يعني: صحبتي، قال: أمك قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أبوك"[4].

وتشمل ولاية التربية مجموعة من المسؤوليات الجوهرية من أبرزها[5]:

1- سورة البقرة، الآية 233.

2- قدقاد بلخير،مرجع سابق، ص14.

3- سورة البقرة، الآية 232.

4 - أخرجه البخاري، كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحبة، (8/ 2)، برقم: (5971)، ومسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب بر الوالدين وأنهما أحق به، (4/ 1974)، برقم: (2548).

5 - محمد عليش، مرجع سابق، ص. 14.

1 - الرعاية الجسدية: من تغذية ونظافة وملبس وعلاج، بما يضمن النمو السليم للمحضون.

2 - الرعاية النفسية والعاطفية: كإشعاره بالحنان والطمأنينة، والحرص على وجود بيئة أسرية آمنة ومستقرة نفسيًا.

3 - **التربية والتعليم المبكر:** عبر التمهيد لتعليم الطفل القيم الأساسية، والعادات الصحية، وتنمية ملكاته المعرفية، قبل إدخاله في التعليم النظامي.

4 - الحماية من الأخطار: حماية الطفل من الإهمال أو التعرض للإساءة أو الخطر الأخلاقي أو الاجتماعي.

وتتمثل خصائص ولاية التربية (الحضانة) فيما يلي:

- تُمنح عادةً للأم في المقام الأول، لأنها الأقدر على توفير الحنان والرعاية، لا سيما في السنوات الأولى.

- الحضانة حق للمحضون وواجب على الحاضن، لا يجوز التفريط فيها إلا بإذن قضائي ولضرورة معتبرة.

- الولاية مؤقتة، حيث تنتهي ببلوغ سن التمييز أو الرشد القانوني، ما لم تتطلب ظروف المحضون استمرارها.

وتتمثل علاقتها ببقية الولايات فيما يلي:

- تختلف ولاية التربية عن ولاية النفس من حيث المحتوى الزمني والمجال، إذ تسبقها زمنيًا، وتركّز على الجانب الرعائي والبدني.

وهي أيضًا مستقلة عن ولاية المال، ولا تتيح للحاضن التصرف بأموال المحضون إلا بإذن من الولي أو القاضي.

ثانيا: ولاية النفس: هي السلطة الشرعية والقانونية التي تُخوَّل للوليّ من أجل الإشراف على الشؤون الشخصية للقاصر، بما يضمن حمايته وتأهيله للحياة الاجتماعية في حدود المصلحة الشرعية والقانونية.

تشمل هذه الولاية عدة مجالاتها أساسية أبرزها هي:

- **اختيار محل السكن:** يُحدد الولي المكان المناسب لإقامة القاصر بما يحقق أمنه واستقراره، ويتولى نقله من بيئة إلى أخرى متى اقتضت المصلحة.

- **الإشراف على التعليم:** يحق للولي أن يختار نوع التعليم المناسب للقاصر (ديني، نظامي، مهني...)، ومتابعة مستواه الدراسي بما يضمن تنميته الذهنية والمعرفية.

- **الرقابة على السلوك والتربية:** يشمل ذلك تهذيب القاصر وتوجيهه وفقًا للعادات والتقاليد والضوابط الشرعية، ومنع الانحراف الأخلاقي أو السلوكي.

- **تزويج القاصر:** في بعض المذاهب، يُمنح الولي حق تزويج القاصر (خصوصًا الأنثى) إذا توفرت المصلحة، مع مراعاة الضوابط الشرعية لحماية حق القاصر في الاختيار[1].

ويتولى ولاية النفس الأصل أن الأب هو الولي على النفس، وإذا لم يوجد، تنتقل الولاية إلى الوصي الذي يعيّنه الأب أو القاضي، ثم إلى من يليهم حسب الترتيب الشرعي أو القانوني.

ثالثا: ولاية المال: هي السلطة التي تُخوّل للولي أو الوصي لإدارة أموال القاصر واستثمارها والإنفاق منها عليه، بما يضمن حماية أمواله وتنميتها حتى يبلغ سن الرشد.

وتتمثل في مجالات ولاية المال[2]:

- **حفظ أموال القاصر:** تتضمن اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لحمايتها من الضياع أو التلاعب أو السوء في التصرف.

- **استثمار المال:** يجوز للولي تنمية مال القاصر بالطرق الشرعية المعروفة (التجارة، التأجير...) بشرط أن يكون ذلك في مصلحة القاصر.

- **الإنفاق: يقوم** الولي بالإنفاق من مال القاصر على حاجاته الضرورية (الغذاء، الملبس، التعليم، التطبيب...) بما يتناسب مع وضعه المالي.

- **التصرف في المال:** الأصل أن الولي لا يبيع أو يشتري أو يرهن أو يقترض باسم القاصر إلا بإذن القاضي، حمايةً لأموال القاصر من الضياع.

ويتولى ولاية المال الأب هو الولي الأصلي على مال القاصر، ويليه الوصي الذي يُعيّنه الأب، ثم القاضي في حال غياب الولي أو وجود نزاع.

ثانيا: الحضانة وأهميتها قانون الأسرة الجزائري

1- حكم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

1 - محمد رواس قلعة جي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، بيروت، 1998، ص. 244.

2 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 7251.

أجمعت القوانين على أن رعاية الطفل واجبة وفرض، ولا يترك الطفل بغير حضانة، فإذا قام بهاأحد سقط عن الآخرين، وعلى كل حال فإن تعريف قانون الأسرة (في نص المادة 62)، على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، يعتبر أحسن تعريف، لا سيما من حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره من القوانين الأخرى، فحكمها أنها واجبة، لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه، من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من الهلاك [1].

2- أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

استنادًا إلى تعريف المشرّع الجزائري للحضانة الوارد في المادة 62 (فقرة 1) من قانون الأسرة، يتبيّن أن الحضانة لا تقتصر على مجرد رعاية الولد ماديًا، بل تشمل أيضًا أبعادًا تعليمية وتربوية وأخلاقية، تجعل منها نظامًا متكاملاً لحماية القاصر، وقد جاء في النص ما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقًا." [2]

فالطفل بعد ولادته في حاجة إلى من تقوم برعايته وحفظه، وهي واجبة على والديه مادامت الزوجية قائمة بينهما، فسيكون الولد في أحضانهما، لكن إذا وقعت الفرقة بينهما، فإن مصلحته توجب ضمه إلى من هو أقدر على العناية به ورعايته[3]، وجعل ذلك في المرحلة الأولى من حياته إلى أمه، لأنها أقدر وأصبر على تحمل المشاق، ولكمال الرحمة وتوفر الشفقة عندها، وذلك للمحبة الفطرية الداعية إلى تحمل متاعب الحياة[4].

وقد تبنّى قانون الأسرة الجزائري مبدأ إسناد ولاية النفس وولاية المال إلى الأب في المقام الأول، باعتباره الأقدر على حسن التصرف، نظرًا لكمال أهليته القانونية، وخبرته، ورجاحة عقله، مع تحمّله النفقة الكاملة على أبنائه، دون مشاركة من النساء، لكونه الطرف الأقوى اقتصاديًا والأقدر اجتماعيًا على تحمّل أعباء رعاية القاصر خارج الإطار الحاضن.

1- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية،2007، ص15

2 - قانون الأسرة الجزائري، المادة 62، الفقرة 1، الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

3- سليمة مدان، سليمة مدان، قضايا الأسرة في التشريع الجزائري بين الشريعة الإسلامية والمعايير الدولية، مجلة دراسات قانونية، جامعة الجزائر 1، العدد 10، سنة 2017، ص 10.

4- سليمة مدان، المرجع نفسه، ص 11.

ويُستشف هذا المنحى من عدة مواد قانونية، أهمها المادة 87 من قانون الأسرة[1]، التي تنص على أن: "الولي في زواج القاصر هو الأب، ثم الجد لأب..."، كما يُفهم من مواد أخرى أن إدارة مال القاصر والتصرف فيه تقع في يد الأب أو الوصي الذي يعيّنه، وفق ما تراه المحكمة في مصلحة القاصر.

وبذلك يتماشى قانون الأسرة الجزائري مع الفقه الإسلامي، لا سيما المذهب المالكي، من حيث تقديم الأب في الولاية العامة (النفس والمال)، في حين تُمنح الأم الأولوية في الحضانة والرعاية المباشرة.

وبهذا كله، فالحضانة واجبة على الأب والأم، وحيث كانت تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ومقدرة معينة، شرط لاستحقاقها أمور بها يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة، وبفقدان أحد منها،يكون في ذلك إضرار بمصلحة المحضون، وذلك ضمن شروط محددة بالنسبة للرجال والنساء، وبمرور هذه المرحلة يكون للولد الحق في بناء حياته بنفسه وبطريقته الخاصة.

المطلب الثاني: مميزات الحضانة وتمييزها عن المفاهيم المشابهة لها

تُعد الحضانة من أبرز النظم القانونية والاجتماعية التي أُقرت لضمان حماية الطفل ورعايته في مراحله الأولى، وهي مرحلة تتسم بالهشاشة والاعتماد الكلي على الغير. وإذا كانت الحضانة قد شُرعت في الفقه الإسلامي وأُدرجت في قوانين الأحوال الشخصية، فإن ذلك لم يكن عبثًا، بل لما تتميّز به من خصائص قانونية وشرعية تجعلها مختلفة عن غيرها من صور الرعاية والولاية فإن فهم مميزات الحضانة يقتضي إبراز السمات التي تنفرد بها عن سائر الأنظمة القانونية الأخرى كولاية النفس وولاية المال، مع بيان طبيعتها المزدوجة التي تجمع بين الحق والواجب، وبين الاعتبارات الشرعية والمصلحة الفضلى للمحضون، كما أن التمييز بين الحضانة وباقي الولايات يُعد أمرًا جوهريًا لفهم موقعها ضمن الهيكل العام لحماية القاصر، وما يُرتب عليها من آثار قانونية واجتماعية[2].

في هذا المطلب سنتطرق إلى معرفة الحضانة من خلال مميزاتها (الأول) وكذا كيفية تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها (الفرع الثاني).

1 - المواد 87 و88 و89 من قانون الأسرة الجزائري، الأمر رقم 84-11 .

2 - محمد رواس قلعة جي، مرجع سابق، ص. 243.

الفرع الأول: مميزات الحضانة

رغم أن الحضانة وولاية النفس وولاية المال جميعها تهدف إلى حماية القاصر وتمكينه من الحياة الكريمة، إلا أن لكل منها مجالًا خاصًا وخصائص متميزة تجعل من الضروري الفصل بينها من حيث المفهوم والمضمون والجهة المسؤولة عنها.

وقد يخلط البعض بين الحضانة وولاية النفس، نظرًا لتقاطع كلتيهما في الجانب المتعلق بشخص القاصر، في حين أن الحضانة ترتبط أساسًا برعاية الطفل في مرحلة ما قبل التمييز، بينما تمتد ولاية النفس إلى الإشراف العام على شؤونه بعد تجاوزه سن الحضانة.أما ولاية المال، فتتعلق بجانب مختلف تمامًا، وهو إدارة أموال القاصر وتنميتها وصيانتها، بما يضمن مصلحته المادية، يكتسي تمييز الحضانة عن باقي الولايات أهمية بالغة من حيث تحديد الحقوق والواجبات، وتوزيع المسؤوليات القانونية في رعاية الطفل، وفقًا لما قررته الشريعة الإسلامية وأقره قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: مميزات الحضانة من حيث الخصائص

1- قاعدة ظرفية: إن قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ظرفية، أي أنها تتعلق بكل طفل على حدة، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن، والحاجيات، والمحيط الذي يترعرع فيه، فمصلحة أطفال المدن تختلف عن مصلحة أطفال البوادي، حيث إن الانقطاع عن الدراسة عند البدو الرحل في بعض الأحيان قد لا يعد مساسا بمصلحة الطفل، لأن طبيعة حياة البدو الرحل تقتضي ذلك، والعكس عند أطفال المناطق المتمدنة[1]، لأن الانقطاع عن الدراسة يعد من أسباب سقوط الحضانة، لما فيه من تقصير في تربية الولد ومتابعة تعليمه.

2- قاعدة واقعية: كما يجب أن ننظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان، فتطور الحياة أدى إلى تطور متطلباتها وإلى تعقيدها أيضا، فإذا كان القرن الماضي لا يعرف اللقاحات، فإن هذا القرن استوجب أنواعا متعددة ومتتالية من اللقاحات، والتقصير فيها يعرض الطفل للخطر، مما يعد أكبر مساس بمصلحته.

3- قاعدة شخصية ذاتية: كذلك تختلف مصلحة الطفل حديث الولادة عن مصلحة الطفل الذي يبلغ الخامسة أو السادسة من عمره، فالأول يكون بحاجة ماسة إلى رعاية دائمة ومستمرة، ولا يمكنه أن يستغني في هذه المرحلة عن رعاية النساء، خاصة أمه التي هي أعطف الناس عليه وأكثرهم تحملا لمتاعبه، فيشغلها

1- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 133.

اهتمامها به عن كل شيء آخر، والطفل في هذه المرحلة لا يمكنه أن ينمو طبيعيا من حيث استعداده الفطري بجميع ملكاته إلا إذا كان في جو ملؤه العطف والشفقة، بينما الطفل الأكثر سنا يستطيع القيام لوحده ببعض الماديات المتعلقة بحياته كملبسه ومغسله ومرقده.

4 - الحضانة حق مشترك: الحضانة حق للحاضن من جهة، باعتبار أن المستفيد من الحضانة صاحب حق فيها وصاحب حاجة لها، لما في ذلك من إشباع الرغبات الإنسانية مثل الأمومة والأبوة، أو الحنان بصفة عامة اتجاه الأبناء والأطفال، كما أنها حق للمحضون في تولي الرعاية والتربية والحفظ.

5 - الحضانة بمقابل مالي: الأصل في الحضانة أنها بمقابل مالي، لأن من متطلبات الحضانة الرعاية والتعليم والصحة وغيرها من نواحي الحياة وهي مُكْلِفَة، بالإضافة إلى الجهد المبذول فيها، وكذلك يحتاج إلى مقابل مالي، رغم أن القانون لم يشر إلى ذلك، وحتى أغلب الفقهاء لم يجعلوا ذلك على سبيل الإلزام بصفة عامة.

5- عدم تجزئة الحضانة أو التنازل عنها: إن الحضانة لا يمكنها أن تنصب على صنف واحد من الأولاد فقط كالذكور مثلاً أو الإناث، فهي كل لا يتجزأ، كما أنها غير قابلة للتنازل مقابل أي امتياز أو حق، وأنها غير قابلة لقبول خدمات معينة دون الأخرى.

6 - الحضانة هي من النظام العام: لأنها متعلقة بحفظ الصحة وسلامة وتربية الأطفال الذين هم مستقبل الأمة، وتحت طائلة الإجراءات الجزائية، والمساس بها هو تهديد محدق بالأطفال[1].

ثانيا: مميزات الحضانة من حيث المعايير

إن هذه القاعدة تقوم على عناصر عدّة حتى تتحقق مصلحة المحضون، فعلى من أسندت إليه الحضانة أن يقوم بتوفير العناية والرعاية اللازمة لحفظ الصغير المحضون من كل جوانب الحياة اليومية، وهي ما نسميه معايير معرفة قاعدة مصلحة المحضون، والتي سنوجزها فيما يلي:

1 - المعيار المعنوي الروحي: نصت المادة 62 ق أ ج على أن " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا " والمقصود بالرعاية للصغار هي الاهتمام والمحافظة عليهم ومراقبتهم، ومنه يرى بعض الفقهاء أن الرعاية هي تقديم وسائل التربية والتهذيب، والبعد بالحدث عن سوء السلوك والإجرام وسد الذرائع أمامهم، وذلك بتقرير الحقوق التي كفلها الإسلام للعناية بهم، فأول معيار يلجأ إليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي، الذي يشكل

1- كربال سهام، كربال سهام، "الحماية القانونية للأسرة في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر – بسكرة، العدد 15، ديسمبر 2017، ص 32.

معيارا جوهريا للمصلحة، ولا شك أن الفقه برمته لا يعارض هذا المعيار[1]، فقد عني الفقه الإسلامي كل العناية بمصلحة الطفل المعنوية، جاعلاً من أسباب اكتساب الحق في الحضانة شروطاً مضبوطة، وانتفاء هذه الشروط يؤدي حتماً إلىسقوطها، فمناط الحضانة هو المصلحة المعنوية بالدرجة الأولى، بل أخطر ما يمكن أن يتعرض له الطفل أن يمس في تربيته وعقيدته[2].

2- معيار الاستقرار: حيث أثبت العلم الحديث أن الطفل لكي ينموا نموا عاديا، ويكبر سليما نفسيا وعقليا وجسميا يجب أن نؤمن له نوعا من الاستقرار النفسي وتلبية حاجاته من العطف والحنان، الذين لن يجد منبعهم الرئيسي إلا عند أمه أو من يقاربها بالشفقة.

وعليه فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان إلى آخر، ويغير حاضنته من واحدة إلى أخرى، سيعيش اضطرابا نفسيا حادا، فمصلحة المحضون تقتضي توفير محيط عائلي منسجم متشبع بالقيم الدينية والأخلاقية ومستقر، حيث تهدأ نفس المحضون فيه وتطمئن وتحس بالأمان مع من هو أهل لحضانته [3]، وعليه لا بد أن يكون الحاضن هو نفسه مستقرا وقادرا على رعاية المحضون وأهلا للحفاظ عليه، فقد اشترط المشرع في الفقرة الثانية من المادة 64 من ق أ ج، أن يكون الحاضن أهلا للقيام بالحضانة يتوفر الشروط الواجبة لذلك.

3 - معيار الأمن والصحة: ونظرا لأهمية هذه الرعاية، وباعتبار أن النساء هن الأقدر عليها، تم تقديمهن في ترتيب الحاضنين، وهذا ما جاءت به القواعد الفقهية والنصوص القانونية، كذلك نص المشرع على هذه الرعاية في المادة 330 قانون العقوبات [4]، على أن أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده لخطر جسيم، بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثالا سيئا لهم بالاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها،

1- عيسى طعيبة، عيسى طعيبة، "الأسرة في ظل قانون الأسرة الجزائري بين النص والتطبيق"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سطيف 2، العدد 9، جوان 2020،،ص ص 65-66.

2- كربال سهام،مرجع سابق، ص 33.

3- عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 66.

4- أمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون أمر رقم 21-08 ممضي في 08 يونيو 2021 الجريدة الرسمية عدد 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25000 الى 100000، وذلك حماية لمصلحة المحضون وتغليبها قانونيا وفعليا على أي اعتبار آخر.

4 - المعيار المادي: إذا كان الفقهاء يغلبون المصلحة المعنوية على المادية، فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي، لأن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح، ولأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية، وهي تكاليف لا بد منها، فالأب مكلف بتأمين نفقة الطفل من مأكل وملبس ومصاريف علاج ومصاريف دراسة، سواء كانت الرابطة الزوجية قائمة أو منحلة[1]، كذلك يعتبر السكن أهم عنصر من عناصر النفقة نظرا لارتباط بقية العناصر به وجودا وعدما، فالإنفاق ليس مقصورا على ما ينفقه الأب من ماله للمطعم والملبس فقط، بل إن إسكان الطفل يبعده من التشرد والضياع والجنوح، فتوفر هذه الحاجات الضرورية للمحضون تجعله يحس بالاطمئنان والاستقرار، وينمو نموا سليما من جميع الجوانب بدنيا وعقليا وصحيا وروحيا ومعنويا [1].

والمشرع الجزائري لم يتوان في النص على هذا الجانب المهم، إذ أقر للمحضون جملة من الحقوق، كحقه في الإنفاق عليه ما دام لم يبلغ سن الرشد، أو كان غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه بسبب آفة عقلية أو بدنية أو لسبب التعليم، وهذا حسب نص المادة 75 من ق أج كما، أنه حدد مشتملات النفقة في المادة 78 بنصها على ما يلي: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ومنه جعل المشرع عدم تسديد النفقة جريمة معاقب عليها قانونا، إذ نص في المادة 331 ق ع ج: " يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج كل من امتنع عمدا أو لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع نفقه إليهم، ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في آية حال من الأحوال " [2].

1- كبال سهام، مرجع سابق، ص 34.

2- عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص 67.

الفرع الثاني: تمييز الحضانة عن مفاهيم مشابهة لها

في كثير من الأحيان يصعب التمييز بين مفهوم الحضانة وبعض المفاهيم المشابهة التي ينبغي التدقيق فيها لمعرفة الاختلاف الواضح بينهما، وبالخصوص ما تعلق بمفهوم الولاية والكفالة والوصاية، والتي سنعرض تفاصيلها كما يلي:

أولا: التمييز بين الحضانة والولاية عن النفس: إن الحضانة والولاية على النفس يشتركان في الهدف المراد من تشريعهما، ألا وهو حفظ مصلحة المحضون، إذ أن الطفل يخرج إلى الحياة عاجزا عن كل شيء فيحتاج إلى من يقوم بأمره ويحفظ مصالحه[1].

إلا أن الولاية والحضانة بينهما عدة اختلافات نذكرها من عدة جوانب:

1-من حيث المصدر: إن الشريعة الإسلامية تمتاز عن غيرها من الشرائع والقوانين ان لها سابقة تأسيس الحضانة، أي أنها مؤسسة إسلامية النشأة، على خلاف الولاية على النفس مؤسسة على القانون المدني وقانون الأسرة[2].

2-من حيث الموضوع: رغم التقارب بين مفهومي الحضانة وولاية النفس، إلا أن هناك حدودًا فاصلة دقيقة بينهما، وإن كانت أحيانًا غير سهلة التحديد. ويكمن الفرق الجوهري في أن الحضانة تتعلق بالجانب المادي والعملي لرعاية الطفل، بينما ولاية النفس تتعلق بالإشراف العام على شخصه وقراراته المصيرية.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى توصيف الحضانة بأنها "وظيفة مادية–بيولوجية"، ترتبط بشكل مباشر بتوفير الحماية الجسدية والعاطفية للطفل، وتشمل أعمالًا يومية كإطعامه، وتنظيفه، وتدفئته، ومداعبته، والتفاعل الوجداني معه، أي أنها خدمة لصيقة بالحياة اليومية للطفل في سنواته الأولى، قبل أن يعي أو يميز أو يتخذ قرارات بنفسه.

أما ولاية النفس، فتُمارس على القاصر بمجرد تجاوزه سن الحضانة، وتشمل قرارات أكبر وأشمل كاختيار محل الإقامة، ومتابعة التعليم، والإذن بالعلاج، وحتى تزويج القاصر في بعض الحالات. ولذلك فهي ولاية قانونية أعلى مرتبة من الحضانة، وتمارس في كثير من الأحيان من قبل الأب أو الولي الشرعي.

1- برقوق نسرين، أثر انحلال الرابطة الزوجية على الأطفال في ظل قانون الأسرة الجزائري"، مجلة دراسات قانونية، جامعة محمد خيضر – بسكرة، العدد 18، ديسمبر 2020، ص 07.

2- حميدو زكية، لحماية القانونية للأسرة في ظل قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، جامعة الجزائر 1، العدد 12، ديسمبر 2021، ص 92.

3- من حيث الأشخاص: إن الحضانة تقررت للنساء، لأنهن أقدر على هذا النوع من الخدمة لما لهن من خبرةفي هذه الأمور والصبر عليها، لذلك فقد فضلن على الرجال، بينما الولاية على النفس في الفقه الإسلامي تثبت للعصبات[1] فقط، باعتبارهم الأقدر على تولي شؤون القاصر، والإشراف على قراراته المصيرية كالسكن والتعليم والزواج، وفق ترتيب محدد شرعًا، يبدأ بالأب ثم الجد لأب، ثم الأخ الشقيق، وهكذا نزولًا.

4 - من حيث سن الطفل: تمارس الحضانة على الطفل في صغر حياته، أي منذ ولادته وفي المرحلة الأولى من طفولته، ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس شرعاً، وفي ذلك يقول " عبد الرحمان الصابوني: " ...وعلى ولي النفس ضمُ الولد إليه بعد انتهاء فترة حضانة النساء ..." [2].

5 - من حيث شرط وحدة الدين: يشترط من الناحية الشرعية في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه، أما الحضانة فلا يتوجب أن تكون الحاضنة متحدة الدين مع المحضون إذا كان الحاضن امرأة. [هذه المسألة ليست محل اتفاق بين المذاهب الفقهية].

6- من حيث الانقضاء: تنقضي الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغ عشر سنوات، والأنثى ببلوغ سن الزواج أي 19 سنة حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة، أما الولاية على النفس فتنقضي ببلوغ الذكر، وزواج الأنثى أو تقدمهما في السن[3].

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد [4].

1 - العصبة في الفقه الإسلامي هم الأقارب الذكور من جهة الأب، الذين لا تستحقهم الأنثى إلا إذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض، ويشملون: الأب، ثم الجد، ثم الإخوة، ثم أبناء الإخوة، ثم الأعمام، ثم أبناء الأعمام، وفق ترتيب معين، ويُقصد بهم هنا "العصبة بالنفس"، أي الذكور الذين يرثون بدون تقدير ويقدمون في الولاية. يراجع: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، ص. 178.

2 - عبد الرحمن الصابوني، الأسرة بين الشريعة والقانون، الطبعة الخامسة، دار الفكر، دمشق، 1996، ص. 224.

3- حميدو زكية، مرجع سابق، ص ص 95-96.

4- برقوق نسرين، مرجع سابق، ص 08.

ثانياً: التمييز بين الحضانة والكفالة

عرّف الفقهاء الكفالة بأنها: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه في المطالبة بشيءٍ ما؛ كالنفس، أو المال، أو العين، أو العمل"، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية[1].

أما جمهور الفقهاء، فقصروها على المطالبة بالدين فقط، أي التزام الكفيل بأن يؤدي ما على المكفول من ديون عند العجز،وقد شُرعت الكفالة في الإسلام بالكتاب والسنة والإجماع، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[2].

وقول النبي ﷺ:"الزعيم غارم" (رواه أبو داود).

أما في القانون، فقد عرف قانون الأسرة الجزائري الكفالة في المادة 116 بأنها[3]: "إلزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي"، وبذلك فإن الكفالة تُعد التزامًا شخصيًا وتطوعيًا برعاية قاصر لا قرابة شرعية بينه وبين الكفيل، وهي تختلف من حيث الأساس القانوني والمضمون عن الحضانة وولاية النفس، كما سيأتي بيانه لاحقًا.[4]

ثالثاً: التمييز بين الحضانة والوصاية

لقد جاء في مختار الصحاح بأن الوصاية جاءت من وصى بشيء وأوصى إليه: جعله (وصيه)، والاسم الوصاية بفتح الواو وكسرها، وتواصى القوم: أوصى بعضهم بعضا.[5] إلا أنها تتفق وتختلف عن الحضانة نوعا ما، فالوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر لما يكفل حسن إنفاقها، أما الحضانة فهي حق مقرر لرعاية الطفل وحفظه بما يكفل حسن تربيته، ولذلك فإن الفقه الإسلامي قد فرق بين حق الحضانة والوصاية، فخول لوالد الطفل أن يعين له وصياً مختاراً يدير أمواله، ولم يجعل له حق اختيار من يحضنه، بل جعل ذلك منوطا بمصلحة المحضون في الحدود التي رسمها، ولا اعتبار لإرادة والده فيها [6].

1 - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 2003، ص. 200.

2 - سورة يوسف الآية 72.

3 - المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري الأمر رقم 84-11.

4 - عبد الرحمن الصابوني، الأسرة بين الشريعة والقانون، ص. 292.

5- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 302

6- عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص. 246.

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري الوصاية من خلال نصوص المواد" 92 إلى97" حيث نص في المادة 92: يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم، مع مراعاة أحكام المادة " 86 " من هذا القانون، والتي تنص على أن: " من بلغ سن الرشدّ ولم يحجز عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 منالقانون المدني[1].

رغم اختلاف الوصاية عن الحضانة باعتبار أن الوصاية تهدف إلى رعاية أموال القاصر وحسن تسييرها، أما الحضانة فتهدف إلى رعاية الطفل وحفظه في جسمه وطعامه وملبسه وغير ذلك، أي أن الحضانة تهتم بالجانب التربوي والديني والخلقي، عكس الوصاية التي تهتم بالجانب المالي، إلا أن الهدف الرئيسي لكل منهما هو تحقيق مصلحة المحضون.

رابعاً: التمييز بين الحضانة والتبني

1 - تعريف التبني

أ -التعريف اللغوي: التبني من: تبنى تبنيا، ويقال: تبنى الصبي أو ادعى بنوته أو اتخذه ابنا.

ب - التعريف الاصطلاحي:

من بين التعريفات الاصطلاحية المعتبرة للتبني: "التبني هو أن يتخذ الشخص ولدًا ليس من صلبه، فيلحقه بنفسه، ويجعله كابنه في النسب والحقوق، رغم علمه أنه ليس ولده الحقيقي".

هذا ما عبّر عنه الدكتور محمد صبحي نجم، موضحًا أن التبني:"هو أن يتخذ الرجل له ولدًا ليس من صلبه ولا عرقه، ويمنحه حقوق البنوة كاملة، مع قطع نسبه عن أهله الأصليين[2]."

2- التمييز بينهما:

- إذا كان التبني هو عقد ينشئ بين شخصين علاقة صورية ومدنية محضة، بأبوة وبنوة مفترضة، كما يمكن أن يكون نتيجة نزع طفل من أبوين معلومين وإلحاق نسبه إلى المتبني، في حين الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

1- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص313.

2 - محمد صبحي نجم، الأسرة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الفكر، دمشق، ص385.

- كما أن المشرع حدد الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة الولد، وأوجب أن يكون بموجب حكم قضائي، مع مراعاة مصلحة المحضون، وذلك لا يفقده نسبه الأصلي من والديه الشرعيين، ولا يلحقه بنسب الحاضن، إذ العلاقة تبقى دائما في إطار الحضانة لا غير، إذ يمكن إسقاط الحضانة وانقضاؤها وفقا لما هو مقرر في أحكام الحضانة.
- إن الحضانة تمارس على طفل معلوم النسب، أما التبني فيكون إما على شخص معلوم النسب أو مجهوله.
- إن المحضون يحتفظ بنسبه، على خلاف المتبنى الذي يأخذ نسب العائلة المتبنية له.
- ومن ثم فما التبني إلا تزييف للنسب، يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة كقاعدة عامة، على نقيض التبني الذي يشترط في المتبني أن يكون متزوجا[1].

يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات كحرمة الزواج واستحقاق الميراث والنفقة مثلا، أما الحضانة فلا ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين، والتبني محرم فقها وقانونا في المادة 41 قانون الأسرة الجزائري، والحضانة واجبة شرعا وقانونا.

1- علال آمال: مرجع سابق، ص23.

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة

يولد الولد وهو محتاج لمن يعتني به، ويقوم بتربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته، لأنه في مراحل حياته الأولى يكون عاجزا عن القيام بمصالحه بنفسه، غير مدرك لمّا يضره و ينفعه [1]، حيث تتطلب تلك العناية مقدرة معينة، اشترط المشرع في استحقاقها أموراً باجتماعها يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة، وبفقدان واحد منهما يتطرق الخلل إلى تربية الصغير،وهذه الشروط تشترط في كل من يثبت له حق الحضانة، ولا فرق في ذلك بين النساء والرجال، حيث إن بعضها خاص بما إذا كانت الحاضنة امرأة، وبعضها خاص بما إذا كان الحاضن رجلا [2].

ولكي تسند الحضانة إلى مستحقها يجب أن تتوفر فيه شروطا حتى يتمكن من رعاية المحضون، ولذلك تم تقسيم المبحث إلى مطلبين: الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال المطلب الأول الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال المطلب الثاني.

المطلب الأول: الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال

تُعد أهلية الحاضن من أهم الضوابط التي تُراعى في إسناد الحضانة، سواء كان الحاضن امرأة أو رجلًا. ولقد اتفقت المذاهب الفقهية على جملة من الشروط التي يجب توافرها في كل من يطلب الحضانة، بغض النظر عن جنسه، إذ تتعلق هذه الشروط بصفاته الشخصية والأخلاقية ومدى قدرته على رعاية المحضون وتأمين حاجاته الأساسية. كما أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذه الشروط بنصوص عامة، وأناط أمر تقديرها إلى السلطة القضائية وفقًا لمصلحة المحضون.

وتُقسم هذه الشروط إلى نوعين: شروط متفق عليها بين الرجال والنساء، وهي التي تُشكّل أساس الأهلية العامة، وتتناولها هذه الفقرة، بينما تُخصص الشروط الأخرى للتمييز بين الجنسين حسب خصوصية كل منهما.

1- الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 134.

2- بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية بيروت، ص 550.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالأهلية القانونية والعقلية

يشترط الفقهاء في الحاضن، سواء كان رجلاً أو امرأة، توفر عدد من الصفات، وهي شروط عامة اتفق عليها غالب الفقهاء، وليست مقتصرة على المذهب المالكي فقط، وإن كان بعضهم يضيف أو يفصل في بعض المسائل[1]:

أولاً: البلوغ والرشد:

اتفق الفقهاء على أن البلوغ شرط لصحة الحضانة، فلا حضانة لصغير لم يبلغ، لأنه في حاجة إلى من يرعاه، فلا يُعقل أن يُسند إليه رعاية غيره.

وقد اشترط المالكية الرشد مع البلوغ، لأن الحاضن غير الراشد لا يُؤمَن على مصالح المحضون.

ثانيًا: العقل

يشترط في الحاضن السلامة العقلية، فلا حضانة لمن كان مجنونًا أو معتوهًا أو سفيهًا، لأن فاقد العقل لا يُحسن التدبير ولا يُؤمَن على الطفل، كما قد يُعرّضه للخطر.

ثالثًا: السلامة من الأمراض المنفّرة أو المعدية أو المُعيقة:

وقد اشترط الفقهاء، ومنهم المالكية والحنابلة، أن يكون الحاضن خاليًا من الأمراض المنفّرة أو المُعدية أو التي تُعيقه عن رعاية الطفل[2]، مراعاة لمصلحة المحضون ووقايته من الأذى أو النفور النفسي[3].

رابعا: القدرة على تربية المحضون: وهي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته، فلا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل، فالمرأة المحترفة أو العاملة إن كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأموره، لا تكون أهلا للحضانة، وإن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه، لا يسقط حقها في الحضانة[4].

خامسا: الأمانة على الأخلاق: فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، كالفاسق رجلا أو امرأة، من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام، وذلك صونا لأخلاق المحضون من الفساد، كما اشترط المالكية أمن

1 - محمد عليش، مرجع سابق، ص. 19.

2 - ابن قدامة، مرجع سابق، ص. 191.

3 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 7257.

4- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ص 7304-7305 .

المكان، فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق أو بجوارهم، بحيث يخاف على البنت المشتهاة منهم الفساد، أو سرقة مال المحضون أو غصبه[2]، فالأمانة شرط لصحة الحضانة، وإلا سقط حق الحاضن في حضانة المحضون صونا لمصلحة الصغير وحماية له من الضياع[1].

سادسا: الإسلام: اشترط الشافعية والحنابلة الإسلام، فلا حضانة لكافر على مسلم، إذ لا ولاية له عليه، ولأنه ربما فتنه عن دينه، ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضنة، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية، سواء كانت أماً أم غيرها، لأنه صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه المسلم وأمه المشركة، فمال إلى الأم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " اللهم اهده"، فعدل إلى أبيه، ولأن مناط الحضانة الشفقة، وهي لا تختلفباختلاف الدين، لكن اختلف هؤلاء في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة،فيرى الحنفية أنه يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة، أو يتضح أن في بقائه معها خطرا على دينه، بأن بدأت تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر، وأكل لحم الخنزير.

ويرى المالكية أنه يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا، ولكنها تمنع من تغذيته بالخمر ولحم الخنزير، فإن خشينا أن تفعل الحرام أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد[2].

والحنفية وإن رأوا جواز حضانة الكافرة، إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة، لأن المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، فإن تابت عاد لها حق الحضانة[3].

الفرع الثاني: الشروط الأخلاقية والاجتماعية

لم يفرد قانون الأسرة الجزائري فصلاً خاصًا أو مادة صريحة تُفصّل الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الشخص الذي تُسند إليه الحضانة، كما هو الحال في بعض التشريعات المقارنة أو كما قرر الفقه الإسلامي[4].

واكتفى المشرّع بالإشارة العامة إلى هذه الشروط من خلال المادة 62، التي عرّفت الحضانة بأنها[1]: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقًا."

1- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار ثالثة، ص 295.

2- وهبة الزحيلي، ج10، المرجع السبق، ص ص 7306 - 7307.

3- السيد سابق، فقه السنة، ط21، دار الفتح للإعلام العربي مصر، المجلد الثاني، 1999، ص 219.

4 - عبد الرحمن الصابوني، الأسرة بين الشريعة والقانون، ص. 241.

"ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك"، وهذا الشرط العام لم يُفصل في ضوء معايير موضوعية واضحة، بل تُرك تقديره للسلطة القضائية، التي تستنبط الأهلية من السياق العام لمصلحة المحضون وقدرة الحاضن المادية والقانونية على تحقيق مقاصد الحضانة.

وهو ما يثير إشكالًا من حيث ضمان وحدة الاجتهاد القضائي في تفسير الأهلية، خاصة في غياب نصوص واضحة كما هو الحال في الفقه المالكي الذي فصّل الشروط بدقة.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية[2]، فإنه يشترط في الشخص الذي تسند إليه الحضانة ذكرا أو أنثى أن تتوفر فيه الشروط التالية[3]:

أولا: العقل: أي أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير، ملما بكل المخاطر والتحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة، فليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤونه بنفسه، ومن المنطقي لا يكون قطعا في منصب المتولي لشؤون غيره، ذلك لأنه عاجز عن إدراك ما يدور حوله [4].

وقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل، ونص على أن الحضانة هي ولاية عن النفس طبقا لنص المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، والتي نصت على ما يلي: "... وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، فالحضانة حسب نص المادة هي ولاية على النفس لمن أسندت له الحضانة، وتصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، وهذا ما أكدت عليه المادة 85 من قانون الأسرة والتيتنص على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أوالعته أو السفه "[5].

إن الأصل في الحضانة هو رعاية الأصلح للمحضون، لأن مصلحة المحضون تقتضي ذلك، لهذا فالمشرع الجزائري منع إعطاء الحضانة لغير العاقل، أو السفيه، أو المعتوه لأنه غير قادر على إدارة شؤون

---

1 - المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري من الأمر رقم 84-11.

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص ص.296-295

3- المادة 222 من الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

4- برقوق نسرين، مرجع سابق، ص 17 .

5- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 55.

بنفسه، كما أن تصرفاته تكون غير نافذة، فكيف له أن يدبر أو يهتم بشؤون المحضون. وعليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر يحتمل أن يصيبه وذلكرعاية لمصلحته.

ثانيا: الأهلية: لأنه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى رعاية وعناية، فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص على البلوغ صراحة، لكن نص على الأهلية في المادة 07 والتي جاء فيها: " تكتمل أهلية المرأة والرجل في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج "

فالمشرع الجزائري أجاز ترشيد الزوجين فيما يتعلق بالزواج وآثاره، أو بالطلاق وما ينجم عنه، لكن ترشيد الزوج القاصر لا يجعله كامل الأهلية، ولا تكون أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم[1].

إن مصلحة المحضون تقتضي بأن يكون عند من هو أهل لذلك، باعتبار أن الحضانة مهمة صعبة وشاقة، ولا يتحمل مسؤولياتها إلا الكبار، لأن الصغير هو نفسه بحاجة لمن يعتني به ويتولى أموره، فكيف له أن يتولى شؤون غيره[2].

ثالثا - القدرة على التربية: إن القدرة على ممارسة الحضانة تعتبر شرطا مهما لصحتها، فلا يمكن لعاجز أن يقوم برعاية المحضون وصيانته، فمصلحة المحضون تقتضي بأن يكون عند من هو أقدر على ذلك، وكما يقال:"فاقد الشيء لا يعطيه" فلا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر في السن أو مرض، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا خلقيا واجتماعيا.

ويرى غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر، ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينها وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه، ولا لمتقدمة في السن، ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وأبنائها، ومن الفقهاء أيضا من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها.

غير أن القضاء الجزائري سار على غير هذا المبدأ، وأكد في العديد من قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ويكاد يكون الأمر مطلقا بدون أن يرد عليه استثناء، والثابت أساسا أنه إذا كان عمل المرأة يمنعها من تربية صغيرها فيسقط عنها حق الحضانة، **حيث جاء في قرار المحكمة العليا:** " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن

1- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 296.

2- باديس ديابي، مرجع سابق، ص 58.

قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة، أخطئوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه". وهذا يدل على أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية [1].

ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال، قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة، ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا في خصوص الولدين، باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة[2]

ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة. إن عمل الأم الحاضنة لا يعد مسقطا للحضانة إلا إذا كان يضر بمصلحة الصغير ويؤثر على سلامته وتربيته، باعتبار أن الهدف من سقوط الحضانة هو مصلحة الصغير وحمايته من الضياع كما أن خروج المرأة اليوم للعمل يعد مسألة ضرورية لمشاركتها في التنمية، بشرط أن لا تقوم بالإخلال بواجباتها الأساسية اتجاه المحضون، وهذا الأمر لا ينطبق على الأم بصفة خاصة بل ينطبق على أي امرأة تقوم بالحضانة أيضا سواء كانت جدة أو عمة أو خالة ممن لهن حق حضانة الصغير، وعليه فكل أمر يعود بالفساد على المحضون في دينه وعرضه ونفسه ينبغي أن يمنع لأنه يكون مخالفا لمقاصد الشريعة وأحكام الحضانة [3].

من بين القرارات القضائية المهمة في موضوع الحضانة، القرار الصادر عن المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية، في الملف رقم 274207، بتاريخ 05 جويلية 2002، حيث قضت المحكمة برفض إسناد الحضانة للأم العاملة، بناءً على اعتبارات تتعلق بعدم قدرتها على التفرغ لرعاية المحضون.

إلا أن هذا القرار – رغم أهميته الفقهية والقضائية – سابق على التعديل الذي أدخله المشرّع الجزائري على قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، والذي نصّ صراحة في المادة 64 فقرة 2 على أن: "لا يمكن أن يشكل عمل المرأة بأي حال من الأحوال عائقًا يحول دون إسناد الحضانة لها".

1- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274207، مؤرخ في 2002/07/05، المجلة القضائية، سنة 2004، العدد 1، ص. 270.

2- باديس ديابي قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 59

3- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 339.

وهو ما يجعل هذا القرار فاقدًا للمرجعية القانونية بعد التعديل، لأن الاجتهاد القضائي أصبح ملزمًا بتطبيق النص المعدَّل الذي يضمن للأم العاملة حقها في الحضانة ما دامت مصلحة المحضون محفوظة.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال

إن الشروط العامة المطلوبة في الحاضن ليست كافية لهذه المهمة الحساسة، وإنه يجبأن تتوافر شروط خاصة بمن يتصدى لممارسة الحضانة، وهي تختلف من الرجالإلى النساء.

الفرع الأول: الشروط الخاصة المطلوبة في النساء

أولا: ألا تكون مرتدة، فلو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة، لأن المرتدة تحبس فيتضرر بذلك الصبي، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع.

ثانيا: ألا تكون ذات زوج أجنبي عن الصغير، فإن كانت فلا حق لها في الحضانة، والدليل على ذلك من السنة والإجماع والمعقول[1].

1- من السنة: روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء، ويزعم أبوه أن ينزعه مني. فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي .

2- من الإجماع: روى عن سعيد بن المسيب أنه قال: طلق عمر رضي الله عنه أم ابنه عاصم رضي عنه، فلقيها ومعها الصبي، فنازعها، وارتفع إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فقضى أبوبكر رضي الله عنه بعاصم بن عمر رضي الله عنهم لأمه ما لم يشب أو تتزوج، وقال:إن ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج "، وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم.

ولو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة، كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي، أو الأم تزوجت بعم الصبي، لأنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة.

3- من المعقول: أما من ناحية المنطق والمعقول، فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب والعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأته السليمة، فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته، سواء النفسية أو الخلقية أو

1- برقوق نسرين: مرجع سابق، ص 22 .

الاجتماعية طيلة سنوات عمره، حيث جاء في قانون الأسرة الجزائري الإشارة إلى هذا الشرط في نص المادة 66:"يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضرب مصلحة المحضون"[1].

ثالثا: أن تكون ذات رحم محرم من الصغير، كأمه وأخته وجدته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية.

رابعا: ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه

خامسا: ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة، فإن كان الأب معسراً وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة المطلوبة في الرجال

الشروط الخاصة الواجب توفرها في الرجال هي:

أولا: أن يكون ذا رحم محرم للصغيرة، فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم محرميته لها، ولأن هذا الحق لو ثبت له قد يفضي إلى فتنة وفساد، فقالوا: لا يثبت ذلك سدا للذريعة. غاية الأمر أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها، فللقاضي أن يبقيها عنده، إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده.

ثانيا: اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، فلا حضانة لكافر على طفل مسلم، وحصر بعض الأئمة هذا الشرط بما إذا كانت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم، أما الرجال غير العصبة من الرجال المحارم الأقارب، فقالوا بعدم اشتراط اتحاد الدين.

أما الفقهاء فيقولون بأن الحضانة مبنية على الميراث، ولا توارث مع الاختلاف في الدين، فمن له أخوان شقيقان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، والطفل مسلم فحضانته لأخيه المسلم، هذا وجميع الديانات غير الإسلام تعتبر دينا واحدا كما في الميراث[2].

ثالثا: ألا يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء، كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة، وهذا شرط عند المالكية[2].

1- وهبة الزحيلي، الجزء10، مرجع سابق، ص 7308.

2- بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 555.

وتسقط الحضانة بوجود مانع منها أو زوال شرط من شروط استحقاقها أما فيما يخص عودتها فقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين ما إذا كان سبب السقوط اضطراريا أو اختياريا، فإذا كان اضطراريا، أي لا دخل للحاضنة فيه، هنا تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع، أما إذا كان المانع اختياريا فلا يعود لها الحق في الحضانة حتى بزوال المانع، ويسقط حقها فيها نهائيا، وتنتقل إلى غيرها.

اشترط المالكية ضمن شروط الحضانة للنساء أن لا تسافر الحاضنة بالمحضون سفرًا طويلًا يُخشى فيه على مصلحته، لأن السفر غالبًا ما يُفقد الطفل الاستقرار ويُعيقه عن رؤية أحد والديه، مما قد يُؤثر سلبًا على تربيته ونفسيته[1].

فإن أرادت الحاضنة السفر بمحضونها، جاز لولي الطفل الاعتراض، وله أخذ المحضون منها إذا تحقق أن السفر يُضر بمصلحة الصغير، إلا إذا سافرت الحاضنة ومعها الولي أو بإذنه، وكان ذلك إلى موضع مأمون وأمن الطريق متحققًا.

والعلة في هذا الشرط أن الحضانة حق للمحضون، لا للحاضنة، وبالتالي يُنظر إلى مصلحته أولاً، لا إلى إرادة الحاضن أو الولي[2].

رابعا: القدرة على المحافظة على المحضون وتربيته ورعاية مصالحة، فإن كان الحاضن عاجزا عن ذلك لمرض أو عمى أو كبر سن أو شغل يمنعهمن القيام بشؤون المحضون، فلا يثبت له الحضانة، فلا يثبت له الحضانة، فإن كان العمل لا يمنع من القيام بشؤون الصغير وتدبير أموره وفلا يسقط حقه في الحضانة.

إن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط المطلوبة للرجال لاستحقاق رعاية المحضون، وذلك عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري؛ إذ ومن خلال نص المادة السابقة التي تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لا يرد النص عليها في القانون، نجده لم يخرج عن الشروط المنصوص عليها في أحكام الشريعة الإسلامية.

1 - الدسوقي حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، دار الفكر، ج2، ص. 536.

2- وهبة الزحيلي، ج 10، مرجع سابق، ص 7309.

وباختصار، يمكن أن نجمل الشروط الخاصة بالرجال فيما يلي:

أ- أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى.

ب - اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون[1].

ج – ألا يكون للحاضن من يصلح للحضانة من النساء [2].

بالإضافة إلى الشروط العامة التي تم ذكرها سابقا والمتمثلة في: القدرة، العقل، البلوغ، الأمانة .

زيادة على الشروط العامة التي يجب توافرها في النساء والرجال، والخاصة بتربية المحضون ورعايته، يجب توافر الشروط الخاصة في كل من الرجل والمرأة الحاضنين، والتي بتوفرها تحقق مصلحة المحضون، وبانعدام أحدها أو تخلفه يسقط حق الحضانة عن صاحبه، وتنتقل إلى غيره ممن له الحق في الحضانة، وذلك لمراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، وتقديراً لما تتطلبه ممارسة الحضانة بالدرجة الثانية، باعتبار أن الطفل في هذه المرحلة يكون ضعيفا يحتاج لمن يرعاه ويحفظه ويوفر له الحنان الكافي لكي ينمو نموا طبيعيا، بعيدا عن كل الضغوطات النفسية التي قد تؤثر على حياته.

1- المادة 222 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

2- وهبة الزحيلي، ج10، مرجع سابق، ص 7309

خلاصة الفصل الأول:

تناول هذا الفصل الإطار النظري لمؤسستي الحضانة ومصلحة المحضون، من خلال تحليل مفاهيمهما الأساسية وأساسهما الفقهي والقانوني. وقد تبين أن الحضانة في الفقه الإسلامي تُعد واجبًا شرعيًا ومسؤولية اجتماعية تُناط بالأم أولًا، ما لم يوجد مانع، وأن ترتيب مستحقيها يختلف باختلاف المذاهب، لكن مصلحة المحضون تبقى المعيار الجامع.

أما قانون الأسرة الجزائري، فقد نظم أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72، مؤكدًا أولوية الأم، مع مراعاة مصلحة المحضون كضابط أساسي في الإسناد أو السقوط، بما يعكس توافقًا مع الشريعة الإسلامية وتوجهات التشريعات الحديثة نحو تعزيز حماية حقوق الطفل.

الفصل الثاني

الإجراءات القانونية للحضانة وطرق انقضائها

تمهيد:

بعد تعرضنا في الفصل الأول لمفهوم الحضانة، وكذا شروط استحقاقها، وترتيب مستحقيها، سنتطرق في الفصل الثاني إلى الآثار المترتبة عن الحضانة، وإلى إجراءات رفع دعوى الحضانة أمام القضاء، مع بيان أسباب انقضائها، وذلك وفقا للفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

وتفصيلا لذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين؛ المبحث الأول تناولنا فيه آثار الحضانة، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه إجراءات دعوى الحضانة وسبل انقضائها.

المبحث الأول: آثار الحضانة

لقد رتب الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري بعده[1]؛ آثارا لممارسة الحضانة لكل من الأبوين المنفصلين، وتتجلى هذه الآثار فيما تتطلبه الحضانة من نفقة المحضون، بالإضافة إلى كون الحاضنة تبذل جهدا كبيرا في سبيل رعاية المحضون وحفظه، فهي تستحق أجرة كعوض لها عن ذلك؛ بالإضافة إلى هذا يوجد بعض الحقوق يتمتع بها المحضون يجب على الأبوين توفيرها، ومنها حقه في السكن من أجل أن ينشأ في بيئة سليمة ويحضى بالرعاية اللازمة فيه. والحاضن زيادة على الدور الذي يقوم به من رعاية وتربية وحماية، إلا أنه يقع عليه أن لا يمنع المحضون من زيارة المحضون له، ولا المحضون له من زيارة المحضون. وفي هذا المبحث تم تخصيص المطلب الأول لآثار الحضانة وفقا للفقه الإسلامي، في حين تناولنا في المطلب الثاني آثار الحضانة وفقا للتشريع للجزائري.

المطلب الأول: آثار الحضانة في الفقه الإسلامي

بعد حدوث الفرقة بين الأبوين تنشأ بعض الآثار المتعلقة بحق الحضانة، من حق المحضون في النفقة، وإمكانية توفير مسكن لحمايته، وحق الزيارة للاطمئنان عليه ولمعرفة أحواله، وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب الذي ينقسم إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى نفقة المحضون وأجرة الحاضنة، أما في الفرع الثاني فإلى سكن ورؤية المحضون.

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة

إن الولد بحاجة إلى العناية والاهتمام من طرف حاضنه، بما ينطوي عليه من غذاء وكسوة ومسكن ونحوه، وكل ما يستلزمه المحضون من حاجات ضرورية لعيشه وتربيته في أجواء مناسبة، وتنشئته التنشئة الصحيحة، الأمر الذي يتطلب مجهودات مالية تتجلى في نفقة المحضون، فهل لهذه الأخيرة أن تنطوي على مقابل ما تبذله الحاضنة من جهود في سبيل العناية بالمحضون وحسن تربيته؟ أم أن هذه المجهودات تستحق جزاء مستقلا عن نفقه المحضون بما يعرف بأجرة الحاضنة؟

من خلال هذا الفرع تناولنا (أولاً) نفقة المحضون، ثم تطرقنا بعده إلى أجرة الحاضنة (ثانيا)

1 - سليمة مدان، "قضايا الأسرة في القانون الجزائري"، مجلة دراسات قانونية، جامعة الجزائر، بدون عدد، بدون تاريخ، ص. 45.

أولاً: نفقة المحضون

تعتبر النفقة على الولد حقا من حقوقه الأساسية التي أقرتها له الشريعة الإسلامية، وذلك بفرضها على الآباء، فهي بذل وعطاء من الأب إلى ابنه.

النفقة في اللغة تُطلق على ما يُصرف من المال لتأمين ضروريات الحياة، وقد ورد في لسان العرب أن: "النفقة ما يُنفق على العيال ونحوهم، والنَّفَق: الخَرج في سبيل المعيشة، ويُقال: أنفق الرجل على أهله، أي صرف المال عليهم"[1].

كما جاء في المعجم الوسيط أن: "النفقة هي ما يُصرف من مال على الأهل والعيال ونحوهم، وتشمل الطعام والكسوة والسكن وسائر ما يحتاجه الإنسان في معيشته." [2]

والنفقة في الاصطلاح الفقهي تُعرّف بأنها: "توفير ما يلزم للزوجة أو للولد أو للغير من طعام وكسوة ومسكن وكل ما تقتضيه المعيشة بحسب العُرف، دفعًا لحاجتهم ومنعًا للضرر عنهم." [3]

وقد عرفها الحنفية بأنها: "تمليك الطعام والكسوة والسكنى لمن تجب نفقته شرعًا، على وجه التقرب أو المواساة"[4]،أما المالكية فاعتبروا النفقة: "كل ما يُحتاج إليه عادةً من مأكل وملبس ومسكن وخدمة، بحسب حال الزوجين." [5]

وقد اتفق الفقهاء على أن النفقة واجبة شرعًا في حق من تجب له، كالأولاد الصغار والزوجات، واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [6].

1- والنفقة شرعا: "هي ما يكفي من الطعام والكسوة، والسكن وقيل الإدرار على الشيء، بما به بقاؤه".وقد اتفق فقهاء المسلمين على وجوبية نفقة الأب الموسر على ولده[7]،واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[8].

---

1 - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، مادة: "نفق".

2 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، القاهرة، 2004، مادة: "نفق".

3 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ج3، ص. 578.

4 - الإمام محمد بن الحسن الكرخي، الفتاوى الهندية، ج1، ص. 559.

5 - الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج2، ص. 519.

6 - سورة البقرة، الآية 233.

7- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص232.

8- سورة الطلاق، الآية 6.

2- موقف الفقهاء من نفقة الأولاد: اتفق الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية على وجوب النفقة على الأب تجاه أولاده، مع بعض الفروقات في التفاصيل والشروط، ويمكن عرض آرائهم كما يلي:

الحنفية[1]: يرون أن نفقة الولد، سواء كان ذكرًا أو أنثى، تجب على الأب إذا كان الولد فقيرًا ولا مال له، ولم يبلغ حد الكسب أو الحُلم. وتستمر النفقة إلى أن يبلغ الذكر الحلم، ما لم يكن عاجزًا عن الكسب لعاهة أو طلب علم، وتستمر للأنثى حتى الزواج.

المالكية[2]: يوجبون على الأب الإنفاق على المحضون، سواء كانت الحاضنة الأم أو غيرها، ويُلزَم بتوفير كل حاجيات الولد من طعام ولباس وغطاء ونحوها. ولا يجوز له أن يطلب من الحاضنة إرسال الولد إليه ليأكل عنده، لأن في ذلك ضررًا نفسيًا وماديًا على الطفل والحاضنة، وهو ما يُخالف مقصد الحضانة ذاته.

الشافعية[3] **والحنابلة**[4]: يُوجبون نفقة الأولاد على الأب كذلك، بشرط أن يكون الأولاد فقراء، صغارًا، أحرارًا، لا مال لهم ولا قدرة على الكسب. أما إذا كان الولد مملوكًا فإن النفقة تكون على مالكه، لا على الأب[5].

ويُستفاد من مجموع هذه الآراء أن وجوب النفقة على الأب هو أصلٌ مشترك بين المذاهب الأربعة، لأنها حق ثابت للطفل بموجب الشرع، وترتبط بحاجة المحضون لا بإرادة الأب أو حال الحاضنة.[6]

3 - تقدير النفقة: وتقدير النفقة على والد المحضون بقدر الاجتهاد، وبحسب ما يناسب حاله، كأن يقدر له شهريا، أو أسبوعيا أو نحو ذلك [7]، ويراعى فيها حال الحاضنة، وقرب وبعد بيتها، وسلامة المكان[8].

1 - الحنفية: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ج3، ص. 578.

2 - المالكية: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ج2، ص. 537.

3 - الشافعية: النووي، روضة الطالبين، ج9، ص. 20.

4 - الحنابلة: ابن قدامة، المغني، دار الفكر، ج8، ص. 171.

5- الغرياني الصادق بن عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1994، ص. 178.

6- احمد الشامي، ق . أ . ج طبقا لأحدث التعديلات، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2010م، ص 320. 320.

7- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 875

8- الغرياني الصادق بن عبد الرحمان، مرجع سابق، ص172.

ثانيا: أجرة الحاضنة: تتمثل الحضانة في خدمة الصغير والقيام بشؤونه، فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال، ويعرف ذلك العوض لدى الفقهاء بأجرة الحضانة، إلا أن ذلك العوض ليس أجرة خالصة، بل فيه شَبَه بالنفقة[1].

وقد اختلف الفقهاء حول أجرة الحاضنة على أقوال، فالبعض منهم أوجبها، أما البعض الآخر فمنعها، كما فصلوا في حالات الحاضنة بين كونها أما للمحضون أو غيرها من النساء، وبين كونها في عصمة الأب أو منفصلة عنه على التفصيل الآتي:

1- الحاضنة هي أم الصغير: نجد آراء الفقهاء تمحورت في ذلك وفق ما يلي:

أ- مع قيام الزوجية: فقهاء الحنفية قالوا: إن كانت أما، وكانت زوجيتها بوالد المحضون قائمة، فلا تستحق أجرة الحضانة، أما الشافعية فأخذوا بمذهب الحنفية[2].

أما المالكية فقالوا: إن الحاضنة لا تستحق أجرة الحضانة، ولم يفرقوا إن كانت زوجة للأب أو منفصلة عنه، باستثناء ما إذا كانت الحاضنة أما فقيرة، فإنه ينفق عليها من مال الصغير لأجل فقرها لا لحضانتها[3].

ب) في حال الانفصال والفرقة بين الزوجين: إن الفقهاء قد اختلفت أقوالهم؛ فالبعض نص على استحقاق الأم المطلقة أجرة الحضانة، والبعض الآخر رأى عدم استحقاقها، والقائلون بأن الأم المطلقة تستحق أجرة على الحضانة جعلوها كالأجنبية، أما القائلون بعدما لاستحقاق فيرون أنه: "لا يجوز لها أن تأخذ الأجر، لأنها مستحقة للنفقة والسكن في حال قيام العدة، فلا يجوز لها الأجر"[4].

2- الحاضنة أجنبية عن الصغير: لم يختلف فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة على أن الحاضنة الأجنبية مستحقة لأجرة الحضانة، وذلك لقيامها بعمل محكوم بعقد واتفاق بين والد الطفل وبينها، فقال

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط04، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، 1403هـ/1983م، ص767.
2- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص223.
3- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص172.
4- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص ص 226-227.

الحنابلة: "ولو استؤجرت المرأة للرضاع والحضانة لزامها بالعقد[1]، أما الشافعية فقالوا: "وإن تمانعا أستأجر الحاكم من تحضنه وألزمها الأجرة"[2].

الفرع الثاني: سكن ورؤية المحضون

الحضانة هي العناية بالولد وتربيته وحفظ شؤونه، فمن واجب أبيه توفير كل الظروف المناسبة من أجل أن ينشأ الصغير في بيئة سليمة، ويحضى بالعناية اللازمة، إذ يعتبر المسكن من المتطلبات اللازمة للحضانة، ليعيش الصغير مع الحاضن، سواءً كان أباه أو أمه، لأنه في حال عدم توفير السكن، فمصير الصغير هو الهلاك والضياع بسبب الإخلال بهذا الحق، وهذا ما سنستعرضه في العنصر الأول، كما يعتبر حق رؤية المحضون من بين أهم الحقوق المترتبة عن آثار الحضانة، فهي حق مكفول لكل من الأبوين المنفصلين والأشخاص الذين يرغب المحضون برؤيتهم، أو الأشخاص الراغبين هم في رؤيته، إذ نجد أن الفقهاء حددوا لها مكانا وزمانا معينا؛ وهذا ما سنتطرق إليهفي العنصر الثاني.

أولاً: سكن الحضانة والانتقال منه

رعاية المحضون والقيام بشؤونه، وحفظه في صحته وحمايته من التشرد والهلاك هي أمور شاقة ملقاة على عاتق من يقوم بالحضانة، فالحاضنة إذا لم يكن لديها سكن تنتمي وتحتمي تحت سقفه مع صغيرها، فكيف لها أن تتمكن من القيام بالحضانة؟

1- المقصود بمسكن الحضانة ومواصفاته الشرعية

أ-المقصود بمسكن الحضانة: يقصد به بوجه عام كل مكان يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة، وسواءً كان ساكنه مالكا له، أو مستأجرا له، أو يقيم فيه مجانا[3] .

ب- المواصفات الشرعية لسكن الحضانة: أقر فقهاء الشريعة الإسلامية مواصفات معينة يجب أن يتصف به سكن الحضانة؛ إذ يجب أن يكون مسكن الحضانة ملائما، ومستقلا لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، كما يجب أن يكون مشتملا على مستلزمات المعيشة (غذاء، أثاث، أفرشة)، وأن يكون أيضًا آمنا ووسط جيران صالحين، خاصة إن كانت المحضونة أنثى.

1- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ص434.
2- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص222.
3- حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال ق . أ . ج، مرجع سابق، ص100.

ج- **آراء الفقهاء في سكن المحضون**: اختلفت آراء الفقهاء حول هذه المسألة على النحو التالي:

فقهاء الحنفية قالوا: إن سكن الحضانة أو أجرة السكن غير واجبة، وهو ما ورد لدى كل من الشافعية والحنابلة، وفي رواية ثانية يرون أن أجرة السكن في الحضانة واجبة من مال المحضون، أو من مال من تجب

عليه النفقة، شرط ألا يكون للحاضنة مسكن.[1]

واتفق فقهاء المالكية على أنه: يجب على الأب إسكان الحاضنة أو دفع أجرة مسكن كامل، لكونها فقيرة ولا تقدر على إسكان نفسها، ولأن الحضانة واجبة عليه، إذ لا تتم إلا بذلك[2].

2- انتقال الحاضن من مسكن الحضانة

قد يلجأ الشخص الحاضن، سواء كان أبا أو أما أو غيرهما إلى السفر والانتقال بالمحضون، سواء كان ذلك برغبته، أو كان مضطرا لذلك، وهذا بقصد إقامة دائمة أو مؤقتة، وسنتناول مسألة انتقال الحاضن بالمحضون من خلال المسائل الآتية: انتقال الأم الحاضنة بالمحضون (المسألة الأولى)، انتقال الأب بالمحضون (المسألة الثانية)، وانتقال غير الأم الحاضنة بالمحضون (المسألة الثالثة).

المسألة الأولى: انتقال الأم الحاضنة بالمحضون: أقر الفقهاء في ذلك خمس حالات:

- **الحالة الأولى: أن تكون العلاقة الزوجية قائمة:** فمكان الحضانة هو بيت الزوجية، حيث يقيم الأب، فلا يجوز للأم الانتقال بالصغير للإقامة بمكن آخر[3]، ووافق فقهاء الأحناف والمالكية والشافعية على أن إقامة المحضون حيث يقيم أبواه، إن كانت الزوجية قائمة بينالأبوين[4].

- **الحالة الثانية: أن تكون الأم الحاضنة في العدة**، فمكان الحضانة هو بيت الزوجية، والأم ملزمة شرعا بالإقامة في مسكن الزوجية حتى تنقضي عدتها، ولا يحق لأحد إخراجها [5]، لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا

1- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص253.
2- صادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص172.
3- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص158.
4- محمد عليوي الناصر. مرجع سابق، ص 161.
5- محمد بن أحمد بن صالح الصالح، مستحقو الحضانة، ندوة في أثر المتغيرات العصر في أحكام الحضانة، مجمع الفقه الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة - السعودية، 1436هـ، ص29.

طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ من بيوتهنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إلا أن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾[1].

- **الحالة الثالثة: أن تكون الأم منقضية العدة:** فقهاء الحنفية في هذه المسألة قد قالوا: إن لها الخروج بالولد والانتقال إلى بلد أو قرية قريبة، بحيث يمكن للأب الذهاب إلى الولد ورؤيته والعودة في نفس اليوم[2]، ويمكن أن تنتقل الأم إلى البلد الذي كان عقد النكاح تم فيه، سواءً كان مصرا أو قرية، ورأوا أن تمنع من الانتقال بالصغير، إن تم عقد النكاح في مصر ليس بمصرها.

- **الحالة الرابعة: أن تنتقل الأم الحاضنة لقضاء حاجة:** يرى الحنابلة أن الأم إن سافرت لحاجة،من غير أن تقصد الإقامة ثم تعود، فالمقيم أحق بالصغير، وهو ما أخذ به فقهاء الشافعية، أما المالكية فكان لهم رأي مختلف عن الشافعية والحنابلة[3].

- **الحالة الخامسة انتقال الأم الحاضنة لغرض الإقامة:** يرى المالكية أن الأم إن سافرت بالمحضون لغرض إقامتها في بلد آخر، يسقط حقها قي الحضانة، ويكون الصغير عند الأب[4]، أما الشافعية[5]فقالوا: إن إن سافرت الأم لنقله إلى مكان يقصر في صلاة من غير خوف، فالأب المقيم أحق بالصغير"[6].

المسألة الثانية: انتقال الأب بالمحضون: يميز فقهاء الشافعية بين حالتين في انتقال الأب بالمحضون، فإن كان سفر الإبل حاجة كالتجارة أو الحج، فلا يجوز له أخذ الصغير معه؛ أما إذا كان القصد من الانتقال هو الإقامة، كان له أن يأخذه معه، والأمر نفسه أخذ به فقهاء الحنابلة.

وتبقى مسألة السفر والانتقال بالمحضون، لا يوجد لها أدلة صريحة من الشرع، لذا اختلفت وتعددت آراء الفقهاء، في تفصيلهم لمسألة الانتقال، ونجد أنهم استعانوا في تعليل أقوالهم بما يرون فيه مصلحة المحضون وحمايته وتأدية حقوقه بأقل الأخطار.

1- سورة الطلاق، الآية: 01

2- محمد عليوي ناصر، م مرجع سابق، ص 159.

3- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الاقناع، مرجع سابق، ص436.

4- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص167.

5- محمد عليوي الناصر.مرجع سابق، ص 165..

6- وهبة الزحيلي، الفقه الشافعي الميسر، مرجع سابق، ص 521.

المسألة الثالثة: انتقال غير الأم الحاضنة بالمحضون: فقهاء الحنابلة قالوا: إن أراد أحد الأبوين النقلة من البلد مسافة القصر فأكثر، فإن الانتقال حق يخص الأبوين فقط[1]، وهو ما ورد لدى فقهاء الشافعية بقولهم: وإن افترق الزوجان، ولهما ولد، فأراد أحدهما أن يسافر بالولد... فالمقيم أحق به[2].

1- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الاقناع، مرجع سابق، ص436.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الشافعي الميسر، مرجع سابق، ص 251.

ثانيًا: رؤية المحضون: سنتطرق إلى موقف الفقهاء من رؤية المحضون أولاً، ثم نتطرق بعدها إلى ميعاد الزيارة على النحو الآتي:

1-موقف الفقهاء من مسألة رؤية المحضون: اتفق الفقهاء على أنه لكل من والدي المحضون حق رؤيته وزيارته إذا افترقا، ولهم في ذلك تفصيل وفقا لما يلي:

يرى فقهاء الحنفية أنه: إن كان الصغير عند أمه، فلأب الحق في رؤيته، ويخرج الصغير إلى مكان يمكنه أن يراه فيه كل يوم، أما إن كان الصغير عند أبيه، فيقوم بإخراجه إليها لتتمكن من رؤيته[1].

والحنابلة كالشافعية قالوا: إن اختار الصغير أباه، كان عنده ليلا ونهارًا، وليس له أن يمنعه من زيارة والدته، ولا تمنع والدته من تمريضه، وإذا اختار أمه، كان عندها ليلا، وكان عند أبيه نهار لتعليمه وتأديبه، أما الأنثى فتكون عند أبيها بعد إتمامها سبع (7) سنوات حتى زواجها، وللأم زيارتها وتمريضها في أوقات خروج الأب إلى معاشه، لكي لا يسمع كلامها، وإذا مرضت البنت، يمكن للأم أن تقوم بتمريضها في بيت الأب، لحاجته إليها [2].

2- ميعاد زيارة المحضون: اتفق الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية على أن رؤية المحضون حق مشروع للأبوين بعد انفصالهما، وذلك مراعاة لصلة الرحم ومصلحة الطفل النفسية والاجتماعية، غير أنهم اختلفوا في تفصيل أحكام الزيارة ومدى تكرارها[3].

الحنفية يرون أن للأب أو الأم غير الحاضن الحق في زيارة المحضون كل يوم إن أمكن، أو مرة في الأسبوع على الأقل، على ألا يؤدي ذلك إلى اضطراب المحضون أو إلحاق الضرر بالحاضن[4].

أما المالكية، فقد نصوا على أن للأم، إذا كانت غير حاضنة، زيارة أولادها الصغار مرة في اليوم، والكبار مرة في الأسبوع[5]، وينطبق الحكم ذاته على الأب، فيجوز له رؤية أولاده بقدر لا يضر بالمحضون أو يخلّ باستقراره[6].

1- مجد الدين أبي البركات، مرجع سابق، ص 120-121.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1997، ج 7، ص. 741.

3 - المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج2، ص. 603.

4 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ج3، ص. 561.

5 - الدسوقي حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج2، ص. 542.

6 - الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج4، ص. 214.

وقد أقرّ الشافعية والحنابلة مبدأ الرؤية دون تحديد عدد معين للزيارات، بل تركوا الأمر لتقدير القاضي، وفق ما تتحقق به مصلحة الطفل، مع مراعاة عدم الإضرار بالحاضن أو المحضون[1].

وهذا الخلاف في مقدار الرؤية لا يُفهم على أنه تعارض، بل هو اختلاف تنظيمي مرده إلى اختلاف الظروف الاجتماعية والعرفية التي قد تختلف من بيئة لأخرى، على أن المرجّح دائمًا هو ما يحقق مصلحة المحضون[2].

وأشار فقهاء الحنابلة إلى أن للولد زيارة أمه على ما جرت به العادة، مرة في الأسبوع[3].

المطلب الثاني: آثار الحضانة في التشريع الجزائري

تترتب على الحضانة آثار قانونية متعددة، نظمها المشرّع الجزائري في قانون الأسرة[4]، حيث حرص على حماية حقوق كل من المحضون والحاضن. فقد نص القانون على حق المحضون في النفقة، والسكن، والرؤية، بما يضمن له رعاية متكاملة تحقّق مصلحته الفضلى، كما أقرّ للمحضون أولوية في الاستقرار داخل بيئة آمنة. وفي المقابل، كفل المشرّع للحاضن – سواء كان الأم أو غيرها – حقوقًا مالية منها أجرة الحضانة ومكان السكن المشترك مع المحضون، في حال لم يكن للحاضن مأوى مستقل، وذلك مراعاة لواقعه الاجتماعي والتزاماته التربوية.

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة

أولاً: نفقة المحضون:

1 – على من تجب نفقة المحضون: الطفل المحضون بعد أن ثبت حقه في الحضانة ومن يحضنه، يبقى محتاجا إلى أمور تقتضيها الحياة المادية والمعنوية، تكمن في غذائه ومشربه وملبسه ودراسته وراحته النفسية، وفي نومه في مكان آمن، وغيرها من ملذات الحياة شملها المشرع الجزائري في مصطلح النفقة أو نفقات المحضون، ونص عليها في المادة 78 كما يلي: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[5]".

1 - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، بيروت، ج9، ص. 123.

2 - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، ج5، ص. 497.

3- المادة 78 من ق. أ .ج. ج.

4 - المواد 62، 64، 66، 67، 68، 69، 71، من قانون الأسرة الجزائري

5- المادة78 من ق أ ج.

وكل هذه النفقات تلقى على عاتق الأب لأنها واجب عليه كون الطفل من نسبه وهي لصالح أولاده من ذكور وإناث[1].

وبهذا المعنى، فالنفقة ما يحتاج إليه المحضون لإقامة حياته، ونفقته تعدله لازمة على الأب إذا لم يكن للولد مال أو لكونه صغيرا لا يقوى على قوت يومه، أو مريضا عاجزا بعاهة، أو في إطار دراسة يزاولها، وفي كبره يستغني عنها بالكسب، هذا للذكور، أما للبنات فتظل نفقتهن قائمة إلى حين زواجهن[2]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 75 من قانون الأسرة التي حددت مدة النفقة لكل منهما[3].

وجاء في قرار مؤرخ في 25/12/1989م ما يلي[4]: "من المقرر قانونا أنه تجب نفقته الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن بالغ من العمر 21 سنة لمدة سابقة، يكون مخالفا للقانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[5].

ويشار إلى أنه إذا كانت البنت أو الولد قاصرا، ولهما مال يكفيهما لمعيشتهما، فإنه لا نفقةللأب عليهما[6].

وفي حال كسب المال عن طريق منحة تمنحها مصلحة اجتماعية،ومثاله ما لو كان المحضون معاقا جسديا وعقليا، ويأخذ منحة اجتماعية، فإنها لا تعتبر كسبا يكتفى به، بل هي مجرد إعانة لا تغطي احتياجاته، ولا تعفي الأب من الإنفاق على ولده[7].

1- لحسن بن شيخ آت ملويا.، المرشد في ق .ا.ج، ط03، دار،هومة، الجزائر، 2015م/2016م، ص269.
2- عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة علوم قانونية واجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، مجلد06، ع04، 2021م، ص476.
3- المادة 75 من ق . أ . ج نصت على انه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتشتمل في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا لدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".
4 - قرار المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 63311، مؤرخ في 25 ديسمبر 1989، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1991، ص. 102.
5- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 25 ديسمبر 1989، ملف رقم 572، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1991، ص. 106.
6 - عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفق أحكام قانون الأسرة دارة هومة، عين مليلة الجزائر، 2004م، ص54.
7- لحسن بن شيخ آت ملويا.، مرجع سابق، ص ص 270-272.

ويعفى الأب من حق الإنفاق على أولاده إذا عجز عن دفعها ولا يقدر على توفير ما هو ملزم به، أو أعسر بسبب عاهة أو مرض أقعده الفراش عن الكسب، أو تم فصله من عمله، أو أنه بحث ولم يجد منصب عمل، وكانت الزوجة ميسورة الحال، فينتقل واجب نفقة الأولاد إليها لأنها أولى الناس بأطفالها وحرصا عليهم[1].

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 76 التي جاء فيها: "في حال عجز الأب عن توفير النفقة للأولاد، تجب نفقتهم على الأم إذا كانت قادرة على ذلك[2].المقصود من هذه المادة أنه إذا كانت الأم عاملة والأب عاجزا، فإن النفقة تعود عليها لصالح أولادها المحضونين، أما إذا كانت عاجزة أيضًا، فإن واجب الإنفاق ينتقل إلى أقارب الأولاد الآخرين[3]، لأن الأقارب معنيون بالنفقة على الصغار المحضونين،بحسب ترتيب المادة 64 من ق.أ.ج.

نفقات المحضون شملتها كلها المادة 78 على أنه:على الأب أن يوفر للمحضون لقمة عيشه.

- أن يوفر له لباس يواري سوءاته، يقيه برد الشتاء وحر الصيف.

- أن يعالج ولده المحضون في مرضه.

- عليه أيضا توفير مسكن لائق يرتاح فيه، آمن من مخاطر الحياة.

2 - تقدير نفقة المحضون: وعن تقدير نفقة المحضون، فهذا الأمر تركه المشرع الجزائري للقاضي حسب اجتهاده في ذلك، حيث تقدر نفقة الأولاد الصغار على أبيهم مراعيا حالة الأب، من حيث يسر وارتفاع مستوى المعيشة، وغلاء الأسعار، ومراعاة الحاجة[4].

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 79: "يراعي القاضي فيتقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"[5].

1- ديب جمال، نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وق.أ.ج، مجلة الآفاق، مجلد11، ع01، 2019م، ص 22.

2- المادة 76 من ق .أ.ج.

3- لحسن بن شيخ آت ملويا، مرجع سابق، ص276.

4- شحاتة أحمد زيدان، فاطمة، تشريعات الطفولة، د ج، د ط دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2008م، ص51.

5- المادة 79 من ق . أ. ج.

ولتقدير النفقة لابد للقاضي الاستعانة بالخبرة، وللقاضي مراجعة تقديره مع مطلع كل سنة جديدة ابتداءً من النطق بالحكم المقدر للنفقة أو الحكم المراجع لها[1]، "ومسألة تقدير النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع"[2]، غير أنه لا تسمح دعوى الزيادة أو النقصان قبل مضي سنة على الحكم بالنفقة، إلا في حالات استثنائية مستعجلة، لأن الغالب أنه لا تتغير في أقل من تلك المدة[3].

والملاحظ أن المشرع الجزائري في مسألة تقدير النفقة تركها لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"[4].

وبالرغم من أن تقدير النفقة أمر يجتهد فيه القاضي، إلا أن إشكال النفقة لازال يثور في أروقة المحاكم، فالمرأة الحاضنة تشتكي عدم كفاية المبلغ المقدر للإنفاق على الأطفال المحضونين أو إعسار الأب على الإنفاق ولا دخل لها تنفقه عليهم.

وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى إنشاء صندوق النفقة، أدرجه في قانون رقم 15-01 مؤرخ في 4 يناير 2015، رغبة منه في حماية المحضون، ويعد هذا الصندوق احتياطا، يتولى دفع مستحقات النفقة للطفل المحضون، تقبضها الحاضنة إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة بسبب الامتناع عن الدفع أو عجز المدين عن ذلك، أو لعدم معرفة محل إقامته[5].

ثانيًا: أجرة الحضانة (حاضنة):

1- لحسن بن شيخ آت ملويا،، سابق،:ص ص 285-286.

2 - صقر نبيل، قانون الأسرة نصا، فقها وتطبيقا، د.ج. د.ط، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2006م، ص277

3- حيفري نسيمة آمال، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في ق .ا.ج، مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة،وهران،ع27، 2017م، رقم تهميش 08

4- قرار مجلس القضاء مؤرخ في 1989م، رقم ملف 32158، نقلا عن صقر نبيل، مرجع سابق، ص 278.

5- احمد شامي، نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام الأمر 05-01 والقانون 15-01 مجلة المعيار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت الجزائر، ع18، 2017م، ص63.

أجرة الحضانة تختلف عن نفقة المحضون، فهذه الأخيرة تسدد لتغطية حاجيات المحضون، أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة مقابل خدمتها إذا طالبت بها [1]، والحاضنة إما أن تكون أما للمحضون أو غيرها من سائر الحاضنات[2].

وإذا عدنا إلى مواد قانون الأسرة الجزائري من المادة 65 إلى 78 لا نجد المشرع الجزائري نص عن أجرة الحاضنة، مما يدفعنا إلى العودة إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: حق المحضون في المأوى والزيارة

لا يخلو بيت من أطفال وعائلة وزيارات أقارب، هذه هي سنة الحياة، وبعض البيوت عند فراق الزوجين يتشتت كل ما في البيت، ويكون الضحية الطفل الصغير وهو المحضون، يبقى يحن إلى تلك العشرة من حنان أبيه وأمه وضمهم في كل حين.

ولكي يظل الوصال قائما بعد الفراق، نظم المشرع الجزائري حق المحضون في السكن الزيارة ضمن قانون الأسرة، وهذا ما سنتناوله في حق المحضون في مسكن أولاً، وحق زيارة المحضون ثانيًا.

أولاً: حق المحضون في المأوى

يجب للمحضون الحق في السكن، كما له الحق في النفقة، فلا بد من مكان يأويه مع من يحضنه وفق ظروف آمنة واحترازية، فهذا الحق لمصلحة الولد المحضون والحاضنة أيضًا قصد تمكينها من ممارسة الحضانة [3]، وقد نص المشرع على سكن محضون في المادة 72 من ق أ.ج بقوله: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار"[4].

وبخصوص الحاضنة فقد نص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. فمسكن الحضانة يعتبر من نفقة الصغير على أبيها إذا لم يكن للصغير مال لذلك أوجب المشرع على والد الطفل المحضون أن يوفر له مسكن لحاضنته[5]

1- عبد الكريم نذير، مرجع سابق، ص477.

2- شحاتة أحمد زيدان فاطمة، مرجع سابق، ص43.

3- لحسن بن شيخ آت ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دراسة مقارنة فقهية وقضائية مقارنة، د .ج، د .ط، دار هومة، الجزائر،2013م، ص226.

4- المادة 72 من ق.أ.ج، مرجع سابق.

لحاضنته[1] حتى ينمو الطفل نمو سليم سواء جسديا أو عقليا أو نفسيا فلا بد أن يوفر ويؤمن الاستقرار النفسي ويلبي حاجته الفطرية للعطف والحنان[2].

وبالتالي فحق المحضون في السكن مقرر له قانونا، ويستفيد منه بموجب حكم قضائي باعتباره حقا شخصيا، والأب ملزم بتوفير سكن للمحضون حفظاً له من التشرد والضياع، وإذا تعذر على الأب توفير سكن، فإنه يدفع بدل إيجار، والهدف من ذلك عدم حرمان المحضون من حقه، فإذا كان الأب مالكا للسكن وأراد بيعه، فإن له الحق في ذلك دون اعتراض من الحاضنة، وما عليها إلا رفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة[3]؛ أما إذا صدر الحكم بإلزام الأب بتوفير مسكن الحضانة ولم يوف بالتزامه، تبقى الحاضنة مع محضونها في بيت الزوجية حتى ينفذ حكم القاضي[4].

كما يكون توفير السكن أو دفع بدل الإيجار حقا للمحضون ولو كان للحاضنة سكن، ولا يسقط هذا الحق حتى إذا أقامت الحاضنة عند أهلها[5]. وفصل في ذلك القضاء حيث جاء في قرار من المحكمة العليا: "في قضية الحال أن الطابق السفلي ممنوح لممارسة الحضانة قام الزوج بهبة هذا الطابق لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق، يعتبر تهربا واحتيالا قصد حرمان الطاعنة من ممارسة الحضانة. وعليه فإن القرار منتقد عندما ألغى الحكم المستأنف فيما يخص السكن الممنوح للطاعنة في الفيلا التي يملكها المطعون ضده، مما ستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص السكن [6]. ولا بد أن يكون المسكن تتوفر فيه كل وسائل العيش من ماء وكهرباء وألا يكون منعزلا عن السكان، فهنا يحكم القاضي عليه بأن يدفع بدل الإيجار الشهري، ويحدد مقداره طبقا لحال الطرفين.

إذا يمكننا القول بأن حق المحضون في السكن مع الحاضنة يكون حسب الحالات التي حددتها المادة 72:

_ في حالة طلاق الأبوين يصدر القاضي الحكم بسكن ملائم للمحضون مع أمه.

1- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص160.

2- محروق كريمة، مرجع سابق، ص133.

3- مسعودي مناد، حق المحضون في مسكن الحضانة، مجلة الحقوق والحريات، كلية العلوم الإنسانية، جامعة الجزائر 1، مجلد 09، ع02، 2021م، ص1246.

4- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 160.

5- مداني هجيرة نشيد، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011م/2012م، ص153.

6- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 17/03/1998م، ملف رقم 1719558، م ق، د ع، 2001م، ص210.

- وفي حالة تعذر الأب توفير مسكن، فإنه يدفع بدل الإيجار لسكن المحضون مع الحاضنة.

- وفي حالة عدم توفير الأب مسكن الحضانة تبقى الحاضنة في بيت الزوجية مع محضونها.

2- مكان الحضانة والاستيطان بالمحضون (الانتقال):

بعد انحلال الزواج يختلف المنفصلان حول المكان الذي يستقر ويتوطن فيه الولد المحضون، خاصة في حالات اختلاف البلدان أو الأقطار.

فهناك يشب صراع حول مكان المحضون فقانون الأسرة تناول موضوع مكان المحضون بعد فراق الزوجين، سواءً داخل البلاد أو خارج البلاد، فنص على ذلك في نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

أ - مكان الحضانة:

مكان حضانة الطفل الصغير يكون في بيت الزوجية ولا ملجأ ولا مكان آخر لإقامة الحضانة، ولا يحل الانتقال منه مع الولد حتى وإن كان بإذن الزوج[1]؛ أي الطليق، "حتى ينفذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن، هذا حسب المادة المذكورة سلفا (72)، فمناط هذا أن مكان الحضانة مكان لابد أن يكون ملائما للعيش، أي تتوفر فيه كل الحاجيات الملائمة للاستقرار المعيشي، فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان لمكان آخر سيعيش اضطرابات نفسيةحادة لا محال[2].

ب - السفر بالمحضون (الانتقال):

1- لحسن بن شيخ آت ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص242..

2- صقر نبيل، مرجع سابق، ص245.

الانتقال بالمحضون أو السفر به من مكان إلى آخر يرجع إلى القاضي الذي يراعي مصلحة المحضون، لأن المسألة مرتبطة بمدى صعوبة مراقبة أحوال المحضون الناتجة عن الانتقال إلى بلد بعيد أو أجنبي، إلا أنه يحرم الأب الذي هو مسؤول عن المحضون عن الولاية عليه وكذلك القاضي[1].

حيث جاء في قرار المجلس الأعلى أنه: "متى ثبت في قضية الحال أن قرار المطعون فيه أن حضانة ولدي هذه الأخيرة والطاعن الأول أسندت لأمها ووالد المحضونين يسكن بمدينة الخروب (ولاية قسنطينة) والأم تقيم في فرنسا، حيث أن بعد المسافة بين الحاضنة وولي المحضونين تعد مانعا لوالد المحضونين من الرقابة عليهم ، وفي حال نفقات وتعويضات المنفق جرت قاعدة قضائية أن هذه النفقات تقدر على حسب حالة المنفق المادية والاجتماعية[2]، حيث أن قضاة المجلس المستأنف لم يذكروا في قرارهم سبب تقديرهم المبالغ المادية للمستأنفة وولديها، مما يتعين نقض القرار جزئيا في ما يخص حضانة ونفقة والتعويض[3].

يُعد حق والد المحضون في رؤيته من الحقوق الجوهرية التي ينظمها قانون الحضانة، وهو حق يُقيّد حرية الحاضنة، خصوصًا فيما يتعلق بسفرها إلى دولة أجنبية، إذا كان من شأن ذلك أن يحول دون تمكين الأب من ممارسة حقه في التواصل مع أبنائه. وفي بعض الحالات، قد يلجأ الأب غير الحاضن إلى القيام بسلوك غير قانوني كاختطاف المحضون ونقله إلى دولة أخرى، في محاولة لاسترداد هذا الحق خارج الأطر القانونية.

وتفاديا لمثل هذه المشكلات، أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي أكدت على حق الطفل في الاستقرار أثناء فترة حضانته وإعادته إلى موطنه المعتاد، ومنها اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل، واتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص[4].

تسند الحضانة لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواءً أكان أما أو أبا، فإن سكنا معا في بلد أجنبي، لزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة"[5].

1- عبد الكريم ندير، مرجع سابق، ص 479

2 - لحسن بن شيخ آت ملويا المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق،:ص ص 234-235.

3- قرار المجلس الأعلى (الغرفة الأحوال الشخصية)، مؤرخ في 22 سبتمبر 1986، ملف رقم 43594، المجلة القضائية، عدد 44، سنة 1989، ص. 177.

4- طاهري آسية، مرجع سابق، ص152.

5- بن سعيد عمر، مرجع سابق، ص49.

وفي حال وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، والآخر في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها[1].

وقد تكون مصلحة المحضون في الانتقال والاستيطان في بلد أجنبي يوفر له فرصة العيش الرغيد، وكذا الدراسة في أحسن المدارس، والحصول على جنسية تلك الدولة، وفرصة عمل، خاصة وأن العلم أصبح متوفرا مع وسائل الاتصال[2].

1- صقر نبيل، مرجع سابق، ص 258.

2- عبد الكريم ندير، مرجع سابق، ص479.

فالمشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار، وأعطى كل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون[1].

ولكيلا يظلم الحاضن في منعه من الاستيطان بالمحضون، حيث يكون الانتقال به لصالحه، فإن المشرع الجزائري لم يضع حدا لمنع الانتقال به، بل رأى مصلحة المحضون في ذلك هي الأولى، وما على الحاضن إلا الرضوخ لذلك.

ثانيًا: حق المحضون في الزيارة

1-المقصود بحق الزيارة:

للمحضون الحق في الزيارة من قبل الوالدين والأقربين وكل من له حق فيه.

ويقصد بالزيارة الذهاب إلى المحضون ولقاءه ورؤيته والبقاء معه مدة معينة والاطمئنان على أموره وحاجياته المادية والمعنوية، ومتابعة أخباره وأحواله[2] .

وزيارة الأطفال حق مخول لمن هو غير حاضن من الأب أو الأم، فله الحق في التمتع برؤية والده غير الحاضن، وعلى القاضي الحكم وجوبيا بحق الزيارة عندما ينطق بإسناد الحضانة لأحد الوالدين أو لغيرهما[3]. وفي الغالب تكون للأم باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون وهذا ما يجعل فجوة (جفاء) بين المحضون وأبيه، مما يستدعي إيجاد وسيلة للحفاظ على الوصال الدائم بين الطفل والوالد وعدم الإضرار بهما من جهة أخرى وذلك بتمكينه من الزيارة ورؤيتهما لبعض (المحضون وأبيه)[4].

ب- **مكان وزمان زيارة المحضون:** مكان وزمان زيارة المحضون يحدده القاضي طبقا للمادة 64: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، فهو من يحدد مكان وزمان اللقاء حسب العرف والعادة وهذا ما سنتطرق له ضمن عناصر زيارة المحضون.

1- محروق كريمة، مرجع سابق، ص133.

2- بن عامر يزيد زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 01، ع06، 2019م، ص154.

3- لحسن بن شيخ اث ملويا، رسالة في الخلع، مرجع سابق، ص 288.

4- بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، د ج، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2013م، ص ص 128-129.

* **المكان المحدد لزيارة المحضون:** مكان زيارة المحضون هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر عدة ساعات، بشرط أن لا يسبب حرجا للمطلقة لأنها أصبحت أجنبية عنه[1] ، وبدون تضييق أو تقييد أو مراقبة[2].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 15/12/1998، ملف رقم 214290أنه: "من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن بيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم خالفوا الشرع والقانون، لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق، مما استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة[3].

وفي حالة عدم اتفاق المنفصلين على مكان رؤية الطفل، يعين القاضي موعدًا دوريًا ومكان مناسبا، ويراعي في تحديد المكان أن يتمكن بقية أهل الولد من رؤيته ذلك من باب صلة الرحم، ووصية خاتم النبيين لمصلحة المحضون النفسية، أملاً أن يتمته المحضون مع زواره أو زائريه في قضاء يومه معهم بفرح وسرور، خاصة إذا كان صغيراً[4].

وبالرجوع إلى حق الزيارة في نص المادة 64، نجد أن المشرع الجزائري خص القاضي بحكم حق الزيارة بعد إسناد الحضانة، إلا أن الأستاذ لحسن بن شيخ آت ملويا يقول إنه يجب التنصيص في الحكم على المحضون بحق الزيارة بالساعة واليوم، مع المراعاة بين الطفل وقدرته على الخروج من منزل الحضانة أو الحاضن، وكذا مراعاة ظروف الطرف الذي لهحق الزيارة من جهة مكان الإقامة، ومدى بعده عن مسكن الطفل المحضون، وكذا بشأن اقتسام أيام العطل السنوية والدراسة، إلى غير ذلك من التفاصيل تفاديا لأي إشكال في التنفيذ[5].

1- بشيري عبد الرحمان وعمور راضية، سلطة القاضي في تقرير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في تشريع الجزائري، مجلة علوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، مجلد 06، ع06، 2021م، ص866.

2- بن سعيد عمر، مرجع سابق، ص45.

3- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق تعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2010م، ص87.

4- بن عامر يزيد، مرجع سابق، ص164.

5- لحسن بن شيخ آت ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، مرجع سابق، ص 228.

***الزمان المحدد لزيارة المحضون:** زمان زيارة المحضون هي تلك المدة التي يستغلها المستفيد من الزيارة، لأنها غير محددة قانونا، لكن من مقرر قضاء أن حق الزيارة يمنح في العطل الأسبوعية الموسمية والأعياد أو المناسبات الدينية والوطنية، كما تتم الزيارة نهارًا أو ليلا مرة في الأسبوع بالنسبة للأم، ومرة كل شهر لغيرها، وفي حال التنازع يقوم القاضي بتحديد مدة الزيارة ومكانها[1]، وكذلك يتم تحديد الفترة والوقت حسب سن الأبناء في استخدام حق الزيارة ولو لساعات محدودة، فإذا كان الطفل رضيعا فلا يجوز أخذه والاحتفاظ به لوقت طويل[2]. جاء ذلك في قرار من المحكمة العليا فيما يخص النهي عن حق الزيارة، حيث قرر قضاة الموضوع أن الحكم بحق الزيارة يكون عن بلوغ المحضون سن 4 سنوات، رغم أن هذا الشخص لا يقيد إلا بما قيده القانون، وزيارة الأب حق لابنه بمجرد إسناد الحضانة لغيره، وليست مقيدة أو مرتبطة بمدة معينة[3]، مما يتعين نقض قرار قضاة الموضوع في تحديد سن حق الزيارة، رغم أن هذا الحق غير مقيد ولا مرتبط بسن في حق الزيارة، وهذا يعتبر انتهاكًا لهذا الحق دون ذكر أسباب ذلك.

إن فترة الزيارة عادة ما تكون يوما في عدد من الأيام، ولا تكون يومية، لكن لا بأس أن تزور الأم ابنها أو طفلتها يوميا إذا كان منزلها قريبا. وإذا كانت الأم مع الطفل بمنزل زوج لها، فإنه يجب أن يأذن بذلك زوجها لكي يتمكن الأب من زيارة ابنه لأن هذا حقه، فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد أحواله[4]، فإذا اتفق الطرفان على مواعيد الزيارة وكيفية ممارستها، ورأى القاضي أن في ذلك مصلحة المحضون قام باحترام موقفهما، وهذا ما تركه القانون لتنظيم حق الزيارة بالاتفاق فيما بين الوالدين بتحديد مكان وزمان الزيارة، لكيلا يضار المحضون من حق الزيارة. فالمشرع الجزائري لم يحدد زمن الزيارة ساعة أو عدة ساعات فترك ذلك للقاضي بالسلطة التقديرية بأن يراعي العرف والعادة، وكما ذكرنا سابقا فإن القاضي عادة ما يحكم بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذا المناسبات الدينية والوطنية وفي أيام العطل الدراسية إن كان مزاولا للدراسة [5]. وفي قرار للمحكمة العليا: "في مذكرة جواب المطعون ضدها المقدمة في جلسة تاريخ 21/02/2010م طلب بتمكين من أخذ الابن المشترك في أيام

1- بشيري عبد الرحمان وعمور راضية، مرجع سابق، ص866.

2- دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (زواج، طلاق، ط01، دار هومة، الجزائر، 2008م، ص75.

3- المحكم العليا، غ .أ.ش، مؤرخ في 04/01/2006م، ملف رقم 350942،، م .م . ع، ع 01، السنة 2006م، ص162459.
- لحسن بن شيح آت ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص ص212-213.

4- حنان ملية، مطبوعة محاضرات في قانون الأسرة، لطلبة ثانية حقوق وماستر قانون الأسرة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة نور البشير، البيض، سنة الجامعية 2013م/2014م، ص ص 178-179.

5- بن عامر يزيد مرجع سابق،ص ص 161-162.

العطل الجمعة والسبت من العطل المدرسية، وأن المجلس لم يتطرق إلى دراسة هذا الطلب ولم يناقشه، مما يعد إغفالا عن الفصل في الطلب ويعرض القرار للنقض. وبالرجوع إلى الحكم المستأنف المؤيد لقرار المطعون فيه بالنقض يتبين أن المحكمة استجابت لطلب الطاعن في الزيارة وقضت له حق الزيارة كل يوم جمعة ومن الساعة التاسعة صباحًا إلى السادسة مساءً، وهي فصلت في الطلب بما يتوافق مع مصلحة الابن"[1].

ونظرًا للأهمية البالغة في الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون، فإن حق الزيارة من الحقوق المحمية قانونا، بل ورتب عقوبة جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به[2]. إذ نصت المادة 328 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب من شهر إلى سنة وبغرامة 20.000 إلى 100.000 دينار الأب والأم، أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له حق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه، أو عن تلك الأماكن أوحمل الغير على خطفه ومنعه أو إبعاده، حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني"[3].

وفي نهاية المطاف تجدر الإشارة فيما يتعلق بحث الزيارة إلى أن المشرع الجزائري لما كلف القاضي عند الحكم بالطلاق وإسناد الحضانة إلى الأب أو الأم أو غيرهم الأقرب درجة حسب المادة 64 أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه المنفصلان، فالمشرع في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي تقضي أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلب به الخصوم، وكان على المشرع عندما ألزم القاضي بالحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة[4].

1- المحكمة العليا، غ أش، قرار مؤرخ في 11/10/2012م، ملف رقم 121304، غ م، نقلاً عن لحسن بن شيخ آن ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 219.

2- بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص129.

3- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 هجري الموافق ل: 20 يونيو 1966م، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، صادر في ج ر، ع49، المؤرخة في 11/06/1966م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02، المؤرخ في 19 يونيو 2016م، ج ر، ع 37، المؤرخة في 22 يونيو م2016م.

4- بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص130.

المبحث الثاني: الإجراءات القانونية للحضانة وطرق انقضائها

للمطالبة بحق الحضانة لابد من اتباع إجراءات قانونية نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، محددًا كيفية تحصيل هذا الحق ضمانا لمصلحة المحضون.

وتكون هذه الإجراءات منصبة في دعوى لتقديمها للهيئة المختصة بها، فلابد من اتباعها من طرف المطالب بها، كما يمكن إنهاء هذا الحق بعدة طرق تنقضي بها الحضانة.

ولهذا خصصنا هذا المبحث لمعرفة كيفية اتخاذ الإجراءات القانونية لدعوى الحضانة (المطلب الأول)، وسبل انقضاء الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإجراءات المتبع لرفع دعوى الحضانة

نظم المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجموعة من الإجراءات لابد منها لقبول دعوى المدعي في المطالبة بحق الحضانة، وخصها في عدة مواد، وهنا تناولنا هاته الإجراءات في الفرع الأول، تحت عنوان إجراءات رفع دعوى الحضانة، و(الفرع الثاني) إجراءات سير دعوى الحضانة.

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الحضانة.

تبدأ إجراءات المطالبة بالحضانة بإيداع عريضة افتتاح دعوى، ثم تكليف الخصوم بالحضور في الزمان والمكان المعنيين، وهي تختلف عن الخصومة التي تتشكل من مجموعة إجراءات تتمثل في الشق العملي والتنفيذي لممارسة الحق[1].

إن دعوى الحضانة يختص بها قسم خاص ينظر فيه القاضي المخول قانونا، خصه قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنظر في هذه المسائل، وسماه المشرع قاضي شؤون الأسرة، وأسند له صلاحيات في القضايا المعروضة عليه، وذلك باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية والوقائية أثناء دعوى الحضانة، ومن أجل ذلك نظم المشرع الجزائري هذه الإجراءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي بمقتضاه ترفع الدعوى بموجب عريضة افتتاحية[2].

1- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 02، دار،بغدادي، رويبة - الجزائر، 2009م، ص32.
2- مزيان محمد، "دعوى الحضانة وموقف المشرع الجزائري"، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم، عدد 01، سنة 2011، ص. 70–71.

أولاً: افتتاح العريضة

إن رفع الدعوى لا يخلو من عريضة افتتاحية، ولا ترفع الدعوى إلا بشروط محددة في هذا القانون، تبنى بها الدعوى، وتنقسم إلى قسمين: شروط شكلية وشروط موضوعية نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- شروط قبول الدعوى: يشترط لرفع الدعوى وقبولها توافر جملة من الشروط الأساسية، أهمها الصفة والمصلحة. أما الإذن فعلى الرغم من أنه ليس شرطًا عامًا لقبول جميع الدعاوى، إلا أن المشرع قد اشترطه في بعض الحالات الخاصة، ويحق للقاضي أن يثير مسألة انعدامه تلقائيًا إذا تبيّن أن القانون يشترط وجوده لقيام الدعوى، بينما اعتبر الأهلية مسألة موضعية أدرجها ضمن الدفع بالبطلان، وخصها المشرع في نص المادة 13 للتميز بين الشروط الشكلية والموضوعية لقبول الدعوى، فخص الصفة والمصلحة في الشروط الشكلية، وأحال الأهلية كشرط موضوعي في لمادة 64 من هذا القانون[1]. فنصت المادة 13 على ما يلي: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون[2].

- الصفة: يقصد بها الحق للمطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي[3].

- أما المصلحة فيقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، ولا دعوى من دون مطالبة، سواء كانت هذه المصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

أما شرط الأهلية فهو شرط موضوعي منصوص عليه في المادة 64، واعتبره المشرع من الشروط الموضوعية، جاء في نص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجرائية من حيث موضوعها محدد على سبيل الحصر فيما يلي: انعدام الأهلية"[4]، إن الأهلية

1- بربارة عبد الحمان مرجع سابق، ص 33.

2- قانون 08-09، المؤرخ في 18صفر 1429هجري الموافق ل: 25 فبراير سنة 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع21، المؤرخ بتاريخ 23 ابريل 2008م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق 12 يوليو 2022، يعدل و يتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، ج.ر، ع 48، صادر بتاريخ 17 يوليو 2022 .

3- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص34.

4- المادة 64 من ق إ م إد مرجع سابق

وضع غير مستقر قد يتوفر قيد الدعوى، وقد تغيب أو تنقطع أثناء سير الخصومة، لذلك استبعد هذا الشرط المتصل برفع الدعوى[1].

بدون صفة ومصلحة لا تقبل دعوى الحضانة، وهذا ما أكدته المادة 67[2]من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وخلاصة القول في هذا المجال أنه لا يمكن قبول أية دعوى من دعاوى الأحوال الشخصية أو غيرها من الدعاوي المدنية إذا لم يكن المدعي متمتعا بالصفة القانونية لممارسة الدعوى، أو إذا لم تكن له مصلحة في رفع الدعوى، أو لم يكن كل من المدعي والمدعى عليه يتمتع بالأهلية الكاملة للتقاضي[3].

ومن هنا يمكننا القول أنه ترفع دعوى الحضانة بتوفير الشروط المتعلقة برفع الدعوى بموجب عريضة افتتاحية والتي تسمى صحيفة الدعوى أو عريضة رفع دعوى، هي الوسيلة القانونية التي يعدها المدعي لإخبار المدعي عليه، وإحاطته علما بما يدعه وبما يقدمه من طلبات.

وبدون تسليمها إلى الخصم لا يمكن أن تنشأ أو تنعقد الخصومة، ما تنفتح بها دعوى المتعلقة بشؤون الأسرة أمام قسم خاص بها بالمحكمة، وهي تختلف عن الدعاوى العقارية والاجتماعية والتجارية بصفة خاصة[4].

إذ ترفع الدعوى بموجب عريضة افتتاحية مصحوبة بنسخ عدد الأوراق، وتتضمن ما أقرته أحكام المادة 14-15 [5]من حيث الشكل والمضمون اشترطها المشرع الجزائري، إضافة إلى شروط رفع الدعوى التي ذكرناها في الأعلى، فتودع العريضة الافتتاحية بصندوق المحكمة بعد دفع الرسوم القضائية المقدرة بمبلغ رمزي، وتسجل حالا في سجل خاص، وتحدد لها أول جلسة، ويقوم المدعي بالاستدعاء عن طريق محضر قضائي في غضون 20 يوم على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور طبقا لأحكام المادة

1- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 39.

2- المادة 67 من ق إ م إد نصت على أن: "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية شيء المقتضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

3- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013م، ص م، ص55.

4- سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص155.

5- المادة 14-15 من ق إ م إد .

16 من ق إ م إ د، ما لم ينض القانون على خلاف ذلك، ثم يتم إيداع الوثائق لدى كاتب أمين الضبط، ويتأكد من صحة الوثائق أو النسخ طبق الأصل، ويحرر وصلا على ذلك، ويتم إيداع الوثائق، ويتم جردها طبقا للمادة "21-22 [1]من نفس القانون[2].

وينظر في الدعاوي المتعلقة بالنفقة والحضانة وحق الزيارة قسم شؤون الأسرة، وهذا طبقا لأحكام المادة 423 من ق إ م إ التي أعطت لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات واسعة في اتخاذ أي إجراء يراه ضروريا لحماية الأسرة، وخاصة مصلحة الطفل المحضون، فهو يمارس صلاحيات قاضي الاستعجال[3]، وهذا طبقا للمادة 57 [4]من قانون الأسرة الجزائري، حيث أجيز له التدخل في الفصل على وجه الاستعجال بموجب عريضة فيها جميع التدابير المؤقتة، لاسيما فيما يتعلق بالحضانة وتوابعها[5].

كما أن الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف غير دعاوي المتعلقة بالطلاق، فهي غير قابلة للاستئناف فيما عد جوانبها المادية، وهذا طبقا لأحكام المادة 57 مذكورة سالفا.

إلا أن السؤال المطروح: أين تجري هذه الإجراءات لرفع دعوى؟ وأين ترفع هذه الدعوى؟ إذ لابد من مقر يؤول إليه طالب حق الحضانة، لذلك نظم المشرع الجزائري في القانون كيفية اللجوء إلى القضاء في باب الاجتهاد النوعي والإقليمي لإقامة دعوى الحضانة.

ثانيًا: الاختصاص النوعي والإقليمي لدعوى الحضانة: لقبول دعوى قضائية لابد من تحديد اختصاصها الذي يعتبر من المسائل المهمة، بحيث إذا تجاوزت الجهة القضائية أو المحكمة حدود الاختصاص، يكون حكمها معيبا لعدم الاختصاص ويكون قابلا للإلغاء[6].

1-الاختصاص النوعي لدعوى الحضانة: يسند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون إلى مضمون قانون الأسرة، الذي يضبط الجانب الموضوعي الذي يتعلق بقضايا الأسرة [7]، أما عن الاختصاص النوعي لدعوى

1- المادة 16 من ق إ م إد.

2- المادة 51-22 ق إ م إد.

3- مزيان محمد، مرجع سابق، ص71.

4- لوعيل محمد لمين مرجع سابق، ص- ص11-12.

5- المادة 57 من ق .أ. ج.

6- طواهري محمد، إجراءات التقاضي في دعاوي شؤون الأسرة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، مجلد 07، ع01 سنة 2021م، ص399.

7- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 328.

الحضانة فتقام أمام قسم شؤون الاسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى عادة ما تسمى بالمحكمة الابتدائية للقضاء العادي، والاختصاص النوعي من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه[1].

حدّد المشرع الجزائري الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى الحضانة، حيث أوجب أن تُرفع هذه الدعاوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المحضون، وذلك مراعاة لمصلحته الفضلى. كما نصّ على الاختصاص النوعي في هذا الشأن ضمن المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي أسندت للمحاكم الفصل في القضايا المتعلقة بالنفقة، والحضانة، وحق الزيارة.

ومعنى هذا الكلام أن الاختصاص النوعي خوله المشرع لكل محكمة مختصة بالفصل في نوع من الدعاوى، فبالنسبة لقسم شؤون الأسرة ينظر في الدعاوي المتعلقة بالأسرة، لاسيما توابع انحلال الزواج دون سواه من الأقسام الأخرى، وإذا حصل وسجلت دعوى لقسم آخر أمام قسم شؤون الأسرة، فهذه الحالة خاطئة، وهي ليست من اختصاصه النوعي، ولا يمكنه الفصل فيها، ولا أن يحكم بعدم الاختصاص النوعي؛ بل عليه أن يحيلها عن طريق أمانة الضبط إلى القسم المختص بأمر تنظيمي، ويخطر رئيس المحكمة بذلك[2].

2-الاختصاص الإقليمي لدعوى الحضانة: الاختصاص الإقليمي لدعوى الحضانة تحدده المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقسم شؤون الأسرة، إما في موطن المدعى عليه، أو موطن المدعي، أو بناء على اختيار الطرفين[3]، ونصت المادة 426 يقضي بأنه: "تكون المحكمة المختصة إقليما في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخصة الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة"[4]، هذا يعني إذا وقع طلاق بين الزوجين، وحكم بإسناد حق حصانة الأطفال إلى الوالدين، أو أحد الأقربين للمحضون، ضمن نفس الحكم الذي قضى بالطلاق لأي سبب من الأسباب، ثم قام خصام بين لحاضنة وبين الحاضن أو شخص آخر ممن لهم الحق الحضانة شرعا، فإن المحكمة المختصة بالفصل في دعوى

1- دلاندة يوسف، مرجع سابق، ص 78.
2- سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص38.
3- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 329.
4- المادة 426 من ق إ م إد.

الحضانة في أي موضوع كان النزاع عليه بخصوص الحضانة، المحكمة التي تمارس الحضانة ضمن دائرة اختصاصها الإقليمي دون سواها[1].

إذًا يمكن القول أنه يؤول الاختصاص في الدعوى المتعلقة بالحضانة، أو زيارة الطفل المحضون، والمتعلقة بالرخص الإدارية المسلمة للمحضون، إلى المحكمة التي يقطن في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، وذلك إسنادًا للمادة 426 من ق إ م إد[2].

الفرع الثاني: إجراءات سير دعوى الحضانة

بعد معرفتنا في الفرع السابق، إجراءات رفع دعوى الحضانة، الأمر الذي يحيلنا للتطرق إلى المرحلة التي تليها، والمتمثلة في سير الدعوى، فقد نظم ق م إ د ج طرق سير دعوى الحضانة، إذ يجب تقييد وتبليغ الدعوى، بالإضافة إلى إجراء التحقيق فيها.

ومن خلال هذا الفرع قمنا بالتطرق إلى قيد وتبليغ الدعوى (أولاً)، ثم تطرقنا إلى إجراء التحقيق (ثانيًا).

أولاً: قيد وتبليغ الدعوى: إن عريضة افتتاح الدعوى في مسائل شؤون الأسرة مثل غيرها من الدعاوى، فبعد إيداع المدعي للعريضة أمام المحكمة[3]، تقيد حالا في السجل المخصص لتسجيل الدعاوى[4]وذلك بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[5]، وهو ما قضت المادةبه 16 والمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

بعد قيد الدعوى، توجب المادة 16 من ق إ م إ د ج سالفة الذكر، على المدعي أن يقوم بتكليف المدعى عليه للحضور في الجلسة المحددة، مع القيام بتسليمه نسخة من العريضة الافتتاحية المقدمة لدى أمانة الضبط[6]، ويتم ذلك عن طريق المحضر القضائي، الذي يقوم بتحرير محضر التكليف بالحضور

1- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحصانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، 2014م/2015م، ص14.

2- طواهري محمد، مرجع سابق، ص404.

3- ربيع زهية، محاضرات إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة، مقدمة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص ق أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة 2020م/2021م، ص15.

4- نصت المادة 17 من ق إ م إ د، ج على أنه: "لا تقيد القضية إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

5- المادة 16 من ق إ م إ د ج،.

6- ربيع زهية، مرجع سابق، ص 15.

بالحضور الذي استلمه المدعي عليه، إلا أن المشرع قد استلزم توافره على بعض البيانات، وذلك طبقا لنص المادة 18 من ق إ م ا د[1]، والأمر نفسه بالنسبة للمحضر الذي يحرره لإثبات عمليه تسليم التكليف بالحضور للخصوم، وهو ما نصت عليه المادة 19 من ق إم إد[2].

وللنيابة العامة الحق في مباشرة الدعوى العمومية وتحريكها، وذلك باعتبارها طرفا أصليا في جميع شؤون الأسرة، وذلك وفقا لنص المادة 3 مكرر من ق أج[3]، إذ يجب على المدعي إضافة لتبليغه للخصوم أن يبلغ النيابة العامة رسميا، وذلك بنسخة من العريضة الافتتاحية، ويكون هذا إما من خلال المحضر القضائي أو عن طريق أمانة الضبط[4].

ثانيا: التحقيق: حتى يتوصل القاضي لإصدار حكم حول إسناد الحضانة، ويتمكن من تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون، فإن المشرع خول للقاضي سلطات واسعة وفقا لق إ م إ د، فلا بد له أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل الإجراءات الازمة للتحقيق، حيث نصت المادة 75 من ق إ م إ د على أنه: "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه، أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون"[5].ومن بين إجراءات التحقيق ما يلي:

1- الانتقال للمعاينة والاستماع لأفراد العائلة: يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراءات المعاينة، وهو ما قضت به المادة 146 من ق إ م إ د في فقرتها الأولى[6].

والمشرع قد منح للقاضي إمكانية أن يستدعي أي شخص من أفراد العائلة، من أجل الاستماع إليه حول الظروف الاجتماعية للعائلة ولظروف القاصر[7]، وهو ما نصت عليه المادة 463 من ق إ م إ د بقولها: "يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده وأمه أو الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا ..."[8].

1- المادة 18 من ق إ م إ د ج.
2- المادة 19 من ق إ م إ د ج.
3- نصت المادة 3 مكرر من ق .ا.ج، على أنه: "تعد النيابة العامة طرف أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".
4- ربيع زهية، مرجع سابق، ص16.
5- المادة 75 من ق إ م إ دج.
6- المادة 146 من ق إ م إ د ج.
7- مزيان محمد، مرجع سابق، ص710.
8- المادة 463 من ق إ م إ دج.

ويمكن أيضًا إجراء تحقيق اجتماعي وفقا لنص المادة 426 من ق إ م إ د ج، وإمكانية اتخاذ التدابير المؤقتة اللازمة لحماية القاصر، كإسناد الحضانة المؤقت إلى أحد الأبوين أو إلى شخص يكون أهلا للحضانة، وذلك بحسب الترتيب المعمول به في نص المادة 64 من ق إ ج الجديد [1].

2 - مساعدة المرشدة الاجتماعية: إضافة إلى كل ما سبق، نجد أن المادة 425/1 من ق إ م إ د ج قد منحت سلطات واسعة لقاضي شؤون الأسرة، بإمكانه اتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة لحماية الأسرة، لكونه يمارس الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجالي، بحيث يمكن له في مجال التحقيق أن يستعين بأهل الاختصاص، سواء في المجال الطبي أو الاجتماعي، وأن يلجأ إلى الاستشارة كتعيين طبيب نفساني مثلا[2]، كما يلاحظ أن المشرع قد استعمل مصطلحا جديدا وهو مصطلح (المحقق)، وقد أعطى للمحقق صلاحية اقتراح الحلول، لكن مع ذلك لم يبين المشرع طبيعة العمل الذي يمارسه هذا المحقق وصلاحياته وحدوده، وإن كان المشرع يعطي الصلاحية في المراقبة لقاضي شؤون الأسرة.

المطلب الثاني: انقضاء الحضانة

إن الغرض من الحضانة هو العناية المحضون وحفظه على الوجه المطلوب، إلا أنها غير مقررة على سبيل الدوام، ولذلك قد تنقضي الحضانة بانتهاء مدة معينة، أو بسقوطها عمن يستحقها إذا توافرت موجبات لذلك[3].

وعلى هذا قمنا بتخصيص الفرع الأول لانقضاء الحضانة بانتهاء مدتها وفقا للفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أما الفرع الثاني فتناولنا فيه انقضاء الحضانة بسقوطها عمن يستحقها وفقا للفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

الفرع الأول: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها

الحضانة حق للأبوين مادامت الزوجية قائمة بينهما، وما داما يقيمان في بيت واحد، لكنفي حال حدوث فرقة أو انفصال بينهما، فإن الحضانة تنتقل إلى صاحب الحق فيها. ومعلوم أن الحضانة تبدأ من وقت ولادة المحضون، غير أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون نصا على مدة معينة تنقضي فيها، وتختلف

1- مزيان محمد، مرجع سابق، ص71.
2- المادة 425 من ق إ م إ د ج.
3- ربيع زهية، مرجع سابق، ص09.

على حسب ما إذا كان المحضون ذكرا أو أنثى، وعليه سوف نقوم بدراسة هاته المسألة من الناحية الفقهية أولاً، ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري ثانيًا.

أولاً: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها في الفقه الإسلامي

فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على تحديد مدة انقضاء الحضانة، بالنظر إلى احتياج الصغير العناية من جهة، وقدرته على الاستقلال بنفسه من جهة ثانية.

1- آراء الفقهاء في انقضاء الحضانة:

فقهاء الحنفية: فقد فرقوا بين كون المحضون ذكرًا أو أنثى، فبالنسبة للذكر ببلوغه سن السبع (07) أو التسع (09) سنوات تنقضي حضانته، أما بخصوص الأنثى فتنقضي حضانتها ببلوغها تسع (09) سنوات، أو إحدى (11) عشرة سنة، والأم والجدة أحق بالصغيرة إلى حين ظهور علامات البلوغ[1].

أما المالكية: فيرون بأن حضانة الذكر تنتهي بمجرد بلوغه ولو كان مجنونا، أما الأنثى فتنتهي حضانتها بالزواج ودخول الزوج بها[2].

ويرى الشافعية أن حضانة الذكر أو الأنثى تنتهي بقدرته على التمييز، والمقصود بالتمييز أن يستقل الولد بشؤونه، وبعد إتمام الولد السبع (07) سنوات من العمر، تنتهي حضانته[3].

أما فقهاء الحنابلة فقالوا: تنتقضي الحضانة للذكر برشده، والأنثى إلى أن تتزوج، بإكمال الصبي سبع (07) سنوات تنقضي حضانته، مع إمكانية تخييره بين أبويه، أما الأنثى بإتمامها السبع (07) سنوات تكون مع أبيها إلى الزفاف[4].

ومن خلال هذه الآراء الفقهية يتضح لنا أن الفقهاء جعلوا انقضاء الحضانة مرتبطا باستغناء الولد بنفسه وقدرته على القيام بشؤونه، دون حاجته إلى غيره، وهو أمر غير كاف، بل يجب توفير الأمن والاستقرار للمحضون مع حاضنته، فهم بذلك لم يراعوا مصلحة المحضون، ويتبين لنا أيضًا أن الفقهاء لم يتفقوا في تحديد مدة انقضاء المحضون سواء كان ذكرا أو أنثى.

1- ابن عابدين، مرجع سابق، ص 267.

2- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص ص 869-870.

3- الخن مصطفى، والبغا مصطفى، مرجع سابق، ص ص 194-195.

4- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج05، ط01، مؤسسة الرسالة، د .ب. ن 1421هـ/2002.، ص ص.700-699

2- تمديد مدة الحضانة: إن الفقهاء رغم تقديرهم لمدة الحضانة، إلا أن هذا لا يمنع من تمديدها، وعليه سوف نتناول ما تطرق إليه الفقه في ذلك:

ذهب فقهاء الحنفية إلى عدم التخيير بقولهم: الأم أحق بالغلام حتى يستغني بنفسه، فإذا استغنى بنفسه فالأب أحق بالذكر والأم أولى بالأنثى، ووافقهم المالكية في عدم التخيير[1].

وقال الشافعية: إذا افترق الزوجان ولهما ولد مميز، ذكرا أم أنثى، وله سبع سنين أو ثمانية، وصلح الأبوان للحضانة، وتنازعا فيه، خُيِّر بينهما، ويكون عند من اختاره[2]. والحنابلة ذهبوا إلى ما ذهب إليه الشافعية.

ثانيًا: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها في التشريع الجزائري

في هذا المقام نص المشرع الجزائري على ما يلي:

يتضح من خلال الاطلاع على نص المادة 1/65 من ق إ ج، أن الحضانة تنقضي ببلوغ الذكر عشر (10) سنوات من عمره، أما الأنثى فببلوغها سن الزواج القانوني.

كما يلاحظ أن المادة 65 من ق إ ج نصت أيضًا على إمكانية تمديد الحضانة من قبل القاضي بالنسبة للذكر إلى غاية ستة عشرة (16) سنة من العمر[3].

فالمشرع قد جعل نهاية حضانة الولد خاضعة للقاعدة العامة، إلا أنه استثناء يجوز تمديدها إلى أكثر من ذلك في حال ما رغبت الحاضنة في استمرار حضانته، ويكون ذلك وفقا للشروط التالية:

1- أن يكون طلب التمديد من الأم الحاضنة دون سواه، فإن أم المحضون هي وحدها التي تستطيع طلب تمديد حضانة ولدها الذكر إلى غاية ستة عشر (16) سنة، ولا يمكن ذلك لغيرها من الحاضنات[4].

1- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص872.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ط01، دار الفكر، دمشق - سوريا، 1404هـ/1984م، ص743.

3- نصت المادة 65 من ق .أ.ج على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"

4- فضيل سعد، شرح ق .إ. ج في الزواج والطلاق، ج01، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986م، ص377.

2- أن ترفع الحاضنة طلبها إلى المحكمة لاستصدار حكم بتمديد مدة الحضانة، فالأم ملزمة بتقديم الطلب إلى المحكمة لتمديد الحضانة خلال سنة من تاريخ انتهاء الحضانة، وإلا سقط حقها في التمديد، الا إذا قامت عذرا شرعيا مقبولا[1].

وقد جاء ذلك في نص المادة 68 من ق إ ج:"إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها"[2].

3- أن تكون الأم غير متزوجة، فالأم التي تتزوج للمرة الثانية، لا حق لها في طلب التمديد لسقوط حقها بالزواج، إلا إذا كان زوجها غير أجنبي عن المحضون، فتعفى من توافر هذا الشرط[3].

وفترة التمديد يأخذ فيها أمران بعين الاعتبار وهما:

- إلا يتجاوز التمديد كحد أقصى ستة عشر (16) سنة، وبالتالي للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من ذلك.
- أن ينظر إلى مصلحة المحضون، حتى ولو كان عدم التمديد أفضل له، قضى به القاضي، ورفض بذلك طلب الأم.

إن المشرع تحدث عن تمديد مدة انقضاء الحضانة من خلال نص المادة 65 من ق إ ج، إلا أنه لم يتطرق إلى مصير المحضون بعد أن تنقضي مدة حضانته؟ على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين فصلوا في ذلك، والراجح أن المحضون سواء كان ذكر أم أنثى، يختار الإقامة في مسكن أحد أبويه الذي يأنس إليه، وتكون مصلحته في جانبه[4].

الفرع الثاني: انقضاء الحضانة بسقوطها عمن يستحقها

بعد معرفتنا في الفرع السابق أن الحضانة تنقضي بانتهاء مدتها، فإنه يمكن أن تنقضي بوجود مانع يمنع استحقاقها، أو باختلال أحد شروطها، مع إمكانية عودتها في بعض الحالات. وسنتطرق من خلال هذا الفرع إلى انقضاء الحضانة بسقوطها وفقا للفقه الإسلامي(أولاً)، وإلى انقضاء الحضانة بسقوطها عمن يستقها في التشريع الجزائري.

1- المرجع نفسه، ص 377.

2- المادة 68 من ق إ م إ دج.

3- فضيل سعد، مرجع سابق، ص378.

4- حداد فاطمة، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا، مرجع سابق، ص 180.

أولاً: انقضاء الحضانة بسقوطها عمن يستحقها في الفقه الإسلامي: سنقوم بالحديث عن أسباب سقوط الحضانة من وجهة نظر الفقه الإسلامي، ثم بعدها نتطرق إلى عودة الحق في الحضانة.

1 - أسباب سقوط الحضانة: الحضانة أداء أوجبه الشرع، فهي لا ثبتت للأبد، لذا قد أوردت الشريعة الإسلامية أسبابا مسقطة لها، والتي تكمن في أسباب اختيارية وأسباب غير اختيارية الاضطرارية)، على النحو التالي:

أ-الأسباب غير الاختيارية (الاضطرارية) لسقوط الحضانة:

- **الأمراض العقلية والجسدية:** ذكرنا فيما سبق في شروط الحضانة، أن يكون الحاضن سليم البدن، خاليا من الأمراض المعدية، فإذا افتقد هذا الشرط، كان غير أهل للحضانة، ويسقط حقه في ممارستها، وعليه فهل كل حالة مرضية تطرأ للحاضن تهدد حقه بالسقوط؟

قال الشافعية: إن كان بالحاضن مرض دائم كالسل والفالج، فإنه يسقط حقه في الحضانة[1]، أما الحنابلة فيرون أنه إذ كان بالأم برص أو جذام، سقط حقها في الحضانة"[2].

ففي الواقع غالبية الفقهاء قد ركزوا في هذه المسألة على أن يكون المرض معديا،حتى تسقط الحضانة[3].

ب- الأسباب الاختيارية لسقوط الحضانة

- **زواج الحاضنة بأجنبي:** اشترط الفقهاء في الأم الحاضنة أن تخلو من الزواج بأجنبي عن المحضون، وذلك خوفا عليه، وبوجود ذلك يتعرض حقها للسقوط، وعليه سوف نتطرق إلى بعض من الآراء الفقهية حول ذلك:

المالكية يرون أنه: تسقط الحضانة بزواج الحاضنة برجل أجنبي غير محرم للمحضون، ودخول الزوج بها[4]، وهو ما أخذ به فقهاء الحنابلة بقولهم: لا حضانة لامرأة متزوجة بأجنبي من الطفل من حين العقد.

1- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 878.
2- الشربيني شمس الدين محمد الخطيب، مرجع سابق، ص597.
3- البهوتي منصور بن يوسف بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ص435.
4- الغرياني الصادق بن عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 168.

- **تنازل الحاضنة:** للأم الحاضنة إسقاط حقها في الحضانة، وهو ما قال به فقهاء الحنفية، أن الأم وغيرها لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت أو تنازلت عنها، إلا إذا لم يوجد غيرها للحضانة، وقد ورد هذا عند كل من فقهاء الشافعية والحنابلة[1].

- **سكوت الحاضن:** لو تزوجت الحاضنة بأجنبي، أو طلقت أو مات زوجها، قبل مطالبة من له الحق في الحضانة، استمرت الحضانة لها، وكذلك إن كان على علم بزواجها وسكت عن أخذ الولد سنة، فلا ينزع الولد منها، لأنه بسكوته طيلة هذه الفترة، يسقط حقه بطلب الحضانة[2] ، فقال المالكية:إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها فإن حقه يسقط، إن كان على علم بحقه في الحضانة، أو كان يعلم بأن سكوته طول هذه المدة يسقط حقه فيها، أو بفوات سنة أو أكثر من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة[3].

- **المساكنة:** إن سكنت الحاضنة مع من سقطت حضانتها، فإنه يسقط حقها في الحضانة، وهذا ما قاله المالكية: "إن صارت الحضانة إلى الجدة، وسكنت مع أم المحضون المتزوجة، سقطت حضانة الجدة كذلك".

- **اختلال أحد الشروط اللازمة للحضانة:** وقد قام فقهاء الشريعة الإسلامية بتحديد شروط الحضانة، والتي بدونها يسقط حق الحاضن في الحضانة من بينها:

- **فسوق الحاضن:** معظم الفقهاء اتفقوا على عدم صحة حضانة الفاسق، فقال المالكية: لا حضانة لفاسق، فالمرأة الفاسقة أو الرجل السكير لا يستحقان الحضانة، لأن هذا مفسد لأخلاق المحضون، ولما يتعرض له من إهمال[4]، وقد ورد نحو ذلك عن الحنفية والشافعية والحنابلة.

- **العجز عن حماية المحضون وحفظ صحته** فأغلب الفقهاء متفقون على ذلك، فلا حضانة لعاجز عن القيام بخدمة المحضون، لأنه لا تتحقق رعاية الطفل بحضانته[5].

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص733.
2- المرجع السابق، ص734.
3- الغرياني الصادق بن عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 158
4- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 879.
5- الغرياني الصادق بن عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 161.

- **السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي:** اتجه فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقا لشروط معينة تختلف على حسب كل مذهب إلى إسقاط الحضانة، إن كانت الأم حاضنة وانتقلت بالمحضون إلى مكان آخر، وإلى عدم إسقاطها عن الأب إن كان هو الحاضن.

واتجه البعض منهم إلى حد جعل حضانة الأم تسقط برحيل الأب واستيطانه في مكان بعيد[1]، بحيث كانت آراء الفقهاء حول ذلك:

فالمالكية قالوا: يسقط حق الحاضنة إن سافرت بالمحضون إلى بلدة أخرى، ليس فيها أب المحضون أو وليه، وذلك شرط أن يكون انتقالها مسافة 72 ميلا فأكثر[2]، وأن يكون سفرها للإقامة والاستيطان لا لقضاء حاجة أو تجارة، ويرون أيضًا أنه إن أراد الولي السفر من بلدة إلى بلدة أخرى قصد الإقامة والاستيطان، فله أخذ المحضون من حاضنته، وبذلك فإنه يسقط حق الحاضنة في الحضانة في حال لم ترض بالسفر معه، إن كان سفره قصد الانتقال والاستيطان، وأن يكون سفره إلى بلد تبعد عن بلد الحاضنة مسافة ستة برد[3] فأكثر[4]. أما الحنابلة فيرون أنه متى أراد أحد الأبوين الانتقال بالمحضون إلى بلد آمن مسافة القصر فأكثر للإقامة[5]يسقط حق الحاضنة بذلك، ويكون الأب أحق، ما لم يكن المراد من انتقاله الإضرار بالحاضنة[6].

2- مدى إمكانية عودة حق الحضانة بزوال سبب سقوطها: اختلف الفقهاء حول عودة الحضانة إلى الحاضنة بعد سقوطها، فانقسموا بذلك إلى فريقين، اتجه الفريق الأول إلى القول بعودة الحضانة بعد زوال المانع، بينما ذهب الفريق الثاني إلى أنه تعود الحضانة في حالات، وعدم عودتها في حالات أخرى، وسوف نبين ذلك وفق لما يلي:

1- أعرب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في ق . أ.ج والفقه الإسلامي المقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، ع01، 1994م. ص55.

2- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص883.

3 - البَرِيد وحدة مسافة كانت تُستخدم قديمًا، وهي تساوي أربعة فراسخ، والفرسخ يُقدّر بنحو 5.5 كم تقريبًا، وعليه فإن ستة بُرُد تعادل تقريبًا 132 كم.

4- الغرياني الصادق بن عبد الرحمان، مرجع سابق، ص162.

5- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 883.

6- البهوتي منصور بن بونس بن إدريس شرح منتهى الارادات، مرجع سابق، ص697.

الفريق الأول: قد ضم كلا من فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، حيث قالوا: يعود الحق في الحضانة مطلقا بزوال سبب سقوطها، وتعليلهم لذلك هو أن الحكم إذا ثبت بعلة زال بزوالها[1].

الفريق الثاني: وهو لفقهاء المالكية، الذين يرون أن حضانة المرأة لا تعود بعد الطلاق أو وفاة الزوج، حتى بموت الحاضنة الجديدة، فلا ترجع الحضانة إلى الأم، لأن حقها سقط بزواجها، وإنها تنتقل الحضانة إلى الخالة أو من بعدها. ويرون أيضًا أن الحاضنة إذا سقطت حضانتها لعذر وأخذ الحضانة من يليها مرتبة، فإن الحضانة تعود لها بزوال ذلك العذر[2].

ثانيًا: انقضاء الحضانة بسقوطها عمن يستحقها في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري على أسباب سقوط الحضانة عن الأشخاص الذين أوكلت إليهم، إن لم يكونوا أهلا لذلك، كأن تتزوج الأم بغير قريب محرم، أو عدم مطالبة بها مدة تزيد عن سنة، أو غيرها من الأسباب والموانع الأخرى، وقد نص أيضًا على عودتها إذا زال سبب سقوطها، وعليه سنبين أسباب سقوط الحضانة، ثم نتطرق بعد ذلك إلى عودة الحضانة.

1- أسباب سقوط الحضانة: يسقط حق الحضانة بسبب من الأسباب الآتية:

أ- زواج الحاضنة بغير قريب محرم: هذا هو أول سبب لسقوط حق الحاضنة[3]، فقد نصت المادة 66 من ق. أ. ج على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم [4] ، فالنص لم يستثن الأم الحاضنة، ولم ولم يميز بين حاضنة وأخرى، وبذلك فهو يسري على كل امرأة متزوجة بأجنبي عن المحضون لوجود العلة نفسها[5].

ومنه فإن كل حاضنة أسندت لها حضانة أولادها، فإن حقها يسقط في الحضانة بمجرد عقد زواجها مع شخص أجنبي عن المحضون، فإذا قام الأب أو غيره ممن لهم حق الحضانة، الذين ورد ذكرهم في نص المادة 64 من ق إ ج برفع دعوى أمام المحكمة لطلب إسقاط حق حضانة الأم، فالمحكمة بدورها

1- اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص55.
2- الغرياني الصادق بن عبد الرحمان،مرجع سابق، ص170.
3- سعد عبد العزيز، ق . أ . ج في ثوبه الجديد . مرجع سابق، ص 141.
4- المادة 66 من ق . أ .ج، مرجع سابق، ص10.
5- حيدرة محمد، "زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأكاديمية للدراسات الإنسانية والاجتماعية، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف، العدد 20، جوان 2018، ص. 196.

تستجيب لذلك حتما، وتقضي بإسقاط حقها في الحضانة، وتمنحها إلى مقدم طلب الحضانة[1]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها: "متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها، أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ، وأسند حضانة البنت لجدتها الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة "[2].

والجدير بالذكر أن المشرع عندما أسقط عن الأم المتزوجة من غير محارم الصبي المحضون حق الحضانة، فهو بذلك لا يعاقب المرأة المطلقة، أو يحرمها من أولادها، أو يخيرها بين زواجها والأمومة، وإنما لمراعاته لمصلحة الولد التي تبقى اهتمامه الأول والأخير[3].

ب- **تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة:** يسقط حق الحاضنة في حضانة صغيرها بتنازلها، ويكون إما لوجود حاضنة أخرى، أو تتنازل لأبيه، وسواء كان ذلك بمقابل أو بدونه[4].

إذا كان المشرع الجزائري قد أقر التنازل عن الحضانة في نص المادة 66 من ق إ ج بقوله: "يسقط... وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"[5]، إلا أنه قيد هذا الحق بشرط أن لا يكون هذا التنازل التنازل ضارا بمصلحة المحضون، فإن كان تنازلها في غير مصلحة المحضون، رفض القاضي طلبها هذا، وبقي الحق قائما في حق المتنازلة[6].

ج- **اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق إ ج:** إن الحق في الحضانة يسقط عن صاحبه باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62، فالمشرع أورد في المادة 67/1 من ق أ ج ما يلي: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.[7] وبذلك الإخلال بالواجبات المنصوص عليها في المادة 62 من ق إ ج تستخلص في أهلية الحاضن، فالمشرع قد اشترط

1- العربط لمين، مرجع سابق، ص437.
2- قرار م ع، غ أش، ملف رقم 40438 بتاريخ 05/05/1986م، م،ق، ع02، 1989م، ص75.
3- عبد العزيز سعد، ق . أ . ج في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 141.
4- فضيل سعد، مرجع سابق، ص379.
5- المادة 66 من ق إ ج،
6- لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2136.
7- المادة 67 من ق. ا. ج

سلامته العقلية والجسدية والالتزامات المتعلق بالحضانة، كتوفير الرعاية الصحية والخلقية[1]، والتربية اللازمة لمهمة الحضانة، مع أخذ القاضي مصلحة المحضون بعين الاعتبار.[2]

يتضح من خلال نص المادة 67 سالفة الذكر، أن المشرع قد أضاف حالة أخرى بتوفرها سقط حق الحاضن أو الحاضنة في ممارسة الحضانة ورعاية المحضون، وهذه الحالة تتعلق بتخلف أحد الشروط الواجب توافرها في الشخص الحاضن ليكون أهلا لممارسة الحضانة[3].

ويثور الإشكال في هذا المقام حول، هل يشكل عمل المرأة عائقا يمنعها من ممارسة حقها في الحضانة؟

نصت المادة 2/67 من ق إ ج على أنه "...ولا يمكن المرأة أن يشكل سبب من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة..." [4]، يتبين من خلالها أن عمل الحاضنة خارج سكن الحضانة ليس سببا من أسباب سقوط الحضانة، فالمرأة العاملة لها الحق في حضانة صغيرها، إذا ما أسندت إليها الحضانة، والمشرع قد احتاط بربطه لهذا الشرط بمصلحة المحضون، ومفاد هذا وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة كقاعدة عامة، فإنه كاستثناء ولهذه القاعدة يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على المرأة العاملة في حال كان عملها، يؤدي إلى تقصير في حق المحضون، ويحرمه من العناية وغيرها، مما يخل بمصلحة المحضون[5].

د- سكوت الحاضن عن المطالبة بالحضانة: حق الحضانة كسائر الحقوق يخضع لمدة زمنية محددة، وعليه فإن وقع الطلاق بين الزوجين، وبقي الصغار مع والدهم، ولم تطالب الأم أو من يليها بالحضانة في مدة تزيد عن سنة بدون عذر، فإنه يسقط حق الأم ومن يليها في الحضانة، ويبقى لمن احتفظ بالمحضونين الحق في حضانتهم بقوة الشرع والقانون [6]، وهذا ما نصت عليه المادة 68 من ق إ ج بقولها: "إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها"[7]؛ إلا أنه قد

1- المادة 62 من ق . ا.ج،
2- فضيل سعد، مرجع سابق، ص380.
3- لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2136.
4- المادة 67 من ق .ا . ج
5- عبد العزيز سعد، ق. أ . ج في ثوبه الجديد، سابق، ص 142.
6- محروق كريمة، مرجع سابق، ص149
7- المادة 68 من ق إ . ج،

توجد حالات يمكن فيها تجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة، ومع هذا لا يسقط الحق فيها، وجود عذر مقبول منطقا وعقلا[1].

ولا يعتبر السكوت عذرا في حال علم صاحب الحق في الحضانة بحقه فيها وسكت عن المطالبة بها، أو أن يكون على علم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة[2].

و- الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي: إن المشرع لم ينص صراحة على مسافة معينة ينقضي عندها حق الحاضن في اصطحابه للصغير، إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 69 من ق إ ج والتي تقضي بأنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون[3]، وعليه فإن رغب من أسند إليه الحق في الحضانة الاستيطان في بلد أجنبي خارج الجزائر، فإن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إثبات حق الحضانة له أو إسقاطه عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون[4]؛ أما في حال انتقال الحاضن بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن، فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة[5]. **هـ) مساكنة الجدة أو الخالة مع الأم المتزوجة بأجنبي:**إذا كان زواج الأم بغير قريب محرم يسقط عنها حقها في الحضانة، فإن مساكنة الجدة أو الخالةمع أم المحضون المتزوجة بهذا الأجنبي يأخذ نفس الحكم من الناحية المنطقية، وذلك حماية للطفل المحضون مما قد تتسبب فيه مساكنة زوج أمه الأجنبي[6]، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من من ق أ ج بقولها: تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم[7].

وتجدر الإشارة إلى ان إسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين بمقتضى النص السابق، يستدعي توافر بعض الشروط، ومن بينها أن تكون الحاضنة جدة للطفل من الأم أو خالته، وثانيا أن تقيم الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة إقامة دائمة ومستمرة[8]، لأنه في حال ما إذا كانت زائرة أو كانت إقامتها

1- بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص138.
2- اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص53
3- . المادة 69 من ق . ا.ج،
4- محروق كريمة، مرجع سابق، ص147.
5- عبد العزيز سعد، ق .أ . ج، في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص142
6- العربط لمين، مرجع سابق، ص441.
7- المادة 70 من ق. ١. ج،
8- العربط لمين، مرجع سابق، ص440.

مؤقتة، فلا يمكن الادعاء بسقوط حضانتها[1]، وأخيرًا أن تكون الأم متزوجة مع غير قريب محرم للمحضون[2]. وبتوافر كل هذه الشروط المذكورة أعلاه، فإن حق الخالة أو الجدة يسقط بقوة القانون، ويحق لمن تتوافر فيه الشروط الشرعية والقانونية من غيرهما، أن يرفع طلبا أمام المحكمة للمطالبة بإسناد الحضانة إليه، وسقوطها عن أية واحدة منهما"[3].

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يبين لنا الغاية المرجوة من جعل الحضانة تسقط بالسكن مع أم المحضون في الخالة والجدة دون غيرهما من الحاضنين؟

2- عودة الحق في الحضانة: جاء في نص المادة 71 من ق إ ج: "إن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري[4]، ويتضح من خلالها أن المشرع بقوله (غير اختياري)، فرق بين الأسباب الاختيارية وغير الاختيارية التي تؤدي إلى سقوط الحضانة وعودتها.

فإن كان للشخص الحق في الحضانة، وسقط هذا الحق لسبب من الأسباب القانونية، بأن يكون غير قادر على الرعاية والعناية بخلقه وتعليمه، فإن حق الحضانة يمكن أن يعود إليه بعد زوال السبب الذي سلبت الحضانة منه لأجله[5]، فمن حق الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانة تقديم عريضة وفقا للقانون لدى المحكمة المختصة، يطالب فيها بإعادة حق الحضانة له، ويجب عليه ذكر مكانته من الطفل موضوع الحضانة، وأسباب سقوطها عنه، وبيان صريح يثبت زوال السبب الذي كان أساسا لسقوط حقه في الحضانة[6]؛ أما إن تسبب مستحق الحضانة بتصرفه هو في سقوطها، فإن حق الحضانة لن يعود إليه أبدًا بعد سقوطه،[7] ومثاله حالة زواج الحاضنة بأجنبي، فالأصل في الزواج أنه أمر أمر اختياري، ومن ثم فلن يعود حقها في الحضانة حتى بعد زوال هذا الأمر[8].

1- لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2137.
2- العربط لمين، مرجع سابق، ص441.
3- لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2137.
4- المادة 71 من ق. ا.ج،
5- لعميري ياسين، مرجع سابق، ص 2137.
6- عبد العزيز سعد، ق . ا . ج في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 143
7- لعميري ياسين، مرجع سابق، ص 2137.
8- العربط لمين، مرجع سابق، ص437.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال هذا الفصل تناولنا جانبين مهمين في الحضانة، يتمثل الجانب الأول في الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة لمستحقيها، بحيث تساهم في ممارسة الحضانة على أكمل وجه، والتي تتمثل في النفقة على المحضون وأجرة الحاضنة، مع إمكانية توفير مكان لممارسة الحضانة والحفاظ على نفسية المحضون، وذلك بإسناد حق الزيارة، أما الجانب الثاني فيتمثل في إجراءات دعوى الحضانة وسبل انقضائها.

ونستخلص مما سبق أن هناك إجراءات يجب على من يطالب بالحضانة اتباعها لرفع دعوى الحضانة أمام القضاء، كما تجدر الإشارة إلى أن حق الحضانة لا يكون بصفة دائمة، وهو أمر مؤقت، فقد نص المشرع في المادة 65 من ق أ ج على مدة انقضاء الحضانة بالنسبة للمحضون ذكرا أوأنثى، مع إمكانية التمديد مع مراعاة مصلحة المحضون، ويمكن أن تنقضي الحضانة قبل انتهاء السن المحدد لاكتمال أهلية المحضون، وذلك بأن يكون الحاضن غير أهل للحضانة، بعجزه أو افتقاده لشرط من الشروط اللازمة للحضانة، أو تنقضي لأسباب راجعة إلى تصرفات مستحقي الحضانة، فقد اتجه الفقه والمشرع إلى إمكانية عودتها في بعض الحالات.

بعد تعرضنا في الفصل الأول لمفهوم الحضانة، وكذا شروط استحقاقها، وترتيب مستحقيها، سنتطرق في الفصل الثاني إلى الآثار المترتبة عن الحضانة، وإلى إجراءات رفع دعوى الحضانة أمام القضاء، مع بيان أسباب انقضائها، وذلك وفقا للفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

وتفصيلا لذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين؛ المبحث الأول تناولنا فيه آثار الحضانة، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه إجراءات دعوى الحضانة وسبل انقضائها.

خاتمة

يتضح من خلال هذه الدراسة أن مسألة مراعاة مصلحة المحضون تحتل مكانة مركزية في التشريعات الأسرية والأنظمة الفقهية على حد سواء، لما لها من تأثير مباشر في بناء شخصية الطفل واستقراره النفسي والاجتماعي. فقد اتفقت المذاهب الفقهية على أن مصلحة المحضون مقدَّمة على حق الحاضن، وجعلت الحضانة وسيلة لتحقيق تلك المصلحة، لا غاية في حد ذاتها. كما أن الشريعة الإسلامية، بمختلف مدارسها، راعت الجوانب التربوية والخلقية والنفسية للمحضون، في ضوء قواعد العدل والرحمة وحفظ الضروريات الخمس، أما قانون الأسرة، وخاصة في التشريعات ذات المرجعية الإسلامية كالقانون الجزائري، فقد تبنّى هذا المبدأ صراحةً، واعتبره أساسًا للفصل في منازعات الحضانة، دون أن يحدّد بدقة عناصر المصلحة ومعاييرها، ما جعل القاضي يضطلع بدور محوري في تقديرها بحسب ظروف كل حالة.

وإذا كان الهدف من الحضانة هو تحقيق مصلحة الطفل وتمكينه من النمو في بيئة سليمة، فإن تحقيق هذا الهدف لا يتوقف عند إصدار حكم قضائي، بل يتطلب تضافر جهود الأسرة، والقضاء، والمجتمع، لتكريس هذا المبدأ وجعله حقيقة ملموسة، لا مجرد شعار قانوني أو فقهي.

كما تبنّى المشرّع الجزائري هذا التوجه، حيث نص في المادة 66 من قانون الأسرة على أن مصلحة المحضون هي المعيار الأساسي في إسناد الحضانة، غير أن الصياغة العامة لهذا المفهوم تركت مجالاً واسعًا لاجتهاد القضاة، مما أفرز تباينًا في القرارات القضائية في غياب معايير دقيقة ومحددة.

وقد سمح لنا هذا البحث برصد جملة من النتائج، واستنباط بعض التوصيات التي يمكن أن تسهم في ترسيخ مفهوم مصلحة المحضون وتعزيز حمايته.

أولا: النتائج:

- إن مبدأ مصلحة المحضون متجذّر في الفقه الإسلامي، ويُقدّم على مصلحة الحاضن متى تعارضت معه.

- يُعدّ قانون الأسرة الجزائري وفياً للمرجعية الإسلامية، لكنه لم يضع تعريفًا دقيقًا أو محددًا لمفهوم مصلحة المحضون، مما فتح المجال لاجتهادات قضائية متفاوتة.

- المعايير المعتمدة لتحديد مصلحة المحضون غالبًا ما تركز على الجانب المادي أو الاستقرار السكني، مع إغفال جوانب مهمة كالرعاية النفسية والتعليمية والبيئة الأسرية السليمة.

- ضعف التنسيق بين القواعد القانونية والاجتماعية في تنفيذ أحكام الحضانة، لاسيما في حالة إعادة الزواج، أو السفر، أو امتناع الحاضن عن تنفيذ الحكم.

ثانيا التوصيات:

- وضع تعريف تشريعي دقيق لمفهوم "مصلحة المحضون" في قانون الأسرة الجزائري، يستند إلى معايير علمية واجتماعية ونفسية واضحة.

- تكوين قضاة الأسرة وأعوان التنفيذ تكوينًا متخصصًا في شؤون الطفل والطفولة، من أجل ضمان التطبيق السليم لمبدأ مصلحة المحضون.

- تعزيز دور الهيئات الاجتماعية مثل مراكز التوجيه العائلي والوساطة الأسرية، للمساعدة في تقييم مصلحة الطفل قبل إصدار الأحكام.

- مراجعة بعض المواد القانونية المتعلقة بالحضانة، خاصة في ما يخص انتقال الحاضن إلى مكان بعيد، أو حالة زواج الأم الحاضنة، بما يوازن بين مصلحة المحضون واستقرار الأسرة الجديدة.

- الاستفادة من الاجتهادات القضائية المقارنة وبعض التجارب الدولية التي اعتمدت آليات حديثة لتقييم مصلحة الطفل في منازعات الحضانة.

قائمة المراجع

القران الكريم برواية حفص عن عاصم

أولا - الكتب:

- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ج3،
- ابن قدامة المغني، دار الفكر، بيروت، ج8
- ابن قدامة، المغني، دار الفكر، ج8،
- ابن منظور، لسان العرب، مادة "حضن"، دار صادر، بيروت، ط1، ج13
- أبو داود، سنن أبي داود.
- أحمد الشامي، ق . أ . ج طبقا لأحدث التعديلات، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2010م
- الإمام محمد بن الحسن الكرخي، الفتاوى الهندية، ج1
- الباجوري، حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، ج2،
- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008
- باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012
- البخاري، الجامع الصحيح.
- بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، دار النهضة عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار ثالثة العربية بيروت
- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 02، دار بغدادي، رويبة - الجزائر، 2009م
- بشير الشقفة، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2004
- بشيري عبد الرحمان وعمور راضية، سلطة القاضي في تقرير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في تشريع الجزائري، مجلة علوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، مجلد 06، ع06، 2021م
- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، ج5
- بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، د ج، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2013

- الحطاب المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج4،
- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل مع شرح الدردير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2،
- ديب جمال، نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وق.أ.ج، مجلة الآفاق، مجلد11، ع01، 2019م،
- سعد عبد العزيز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القاهرة: دار الفكر العربي، 2012،
- سليمة مدان، "قضايا الأسرة في القانون الجزائري"، مجلة دراسات قانونية، جامعة الجزائر، بدون عدد، بدون تاريخ.
- السيد سابق، فقه السنة، ط21، دار الفتح للإعلام العربي مصر، المجلد الثاني، 1999،
- شحاتة أحمد زيدان، فاطمة، تشريعات الطفولة، د ج، د ط دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2008م،
- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا، فقها وتطبيقا، د.ج. د.ط، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2006م
- عبد الرحمن الصابوني، الأسرة بين الشريعة والقانون، الطبعة الخامسة، دار الفكر، دمشق، 1996،
- عبد الرحمن الصابوني، الأسرة بين الشريعة والقانون، ص. 292.
- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013م
- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013م
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية،2007،
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993، ج9.
- علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 2003
- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفق أحكام قانون الأسرة دارة هومة، عين مليلة الجزائر، 2004م،

- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفق أحكام قانون الأسرة دارة هومة، عين مليلة الجزائر، 2004م.
- الغرياني الصادق بن عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1994، ص. 178 .
- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005
- فضيل سعد، شرح ق .أ. ج في الزواج والطلاق، ج01، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986م
- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4
- كمال الدين ميمون، حق الطفل في الحضانة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2015/2016.
- لحسن بن شيخ آت ملويا.، المرشد في ق .ا.ج، ط03، دار،هومة، الجزائر، 2015م/2016م
- لحسن بن شيخ آت ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دراسة مقارنة فقهية وقضائية مقارنة، د .ج، د .ط، دار هومة، الجزائر،2013م
- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق تعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2010م
- محمد صبحي نجم، الأسرة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الفكر، دمشق،
- محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج4.
- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط04، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، 1403ه/1983م
- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، بيروت، ج9.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ط01، دار الفكر، دمشق - سوريا، 1404ه/1984م.

ثانيا - الرسائل الجامعية والمذكرات

1 – رسائل الماجستير

- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحصانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائرية رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، 2014م/2015م
- مداني هجيرة نشيد، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011م/2012م
- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحصانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائرية رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، 2014م/2015م، ص14.
- مداني هجيرة نشيد، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011م/2012م، ص153.

2 - مذكرات الماستر

- بوقرة الربيع، سكن المحضون في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2016 /2017.
- قدقاد بلخير، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مع بعض تطبيقاتها، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور بالجلفة،2013-2014،

ثالثا – المحاضرات والمطبوعات الجامعية:

- زهية، محاضرات إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة، مقدمة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص ق أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة 2020م/2021م
- ربيع زهية، محاضرات إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة، مقدمة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص ق أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة 2020م/2021م.

- حنان ملية، مطبوعة محاضرات في قانون الأسرة، لطلبة ثانية حقوق وماستر قانون الأسرة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة نور البشير، البيض، سنة الجامعية 2013م/2014م

رابعا: المقالات العلمية

- أحمد شامي، نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام الأمر 05-01 والقانون 15-01 مجلة المعيار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت الجزائر، ع18، 2017م.
- أعرب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في ق . أ.ج والفقه الإسلامي المقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، ع01، 1994م.
- بشيري عبد الرحمان وعمور راضية، سلطة القاضي في تقرير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في تشريع الجزائري، مجلة علوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، مجلد 06، ع06، 2021م، ص866.
- بن عامر يزيد زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجزائر01، ع06، 2019م.
- حميدو زكية، الحماية القانونية للأسرة في ظل قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، جامعة الجزائر1، العدد 12، ديسمبر2021.
- حيدرة محمد، "زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأكاديمية للدراسات الإنسانية والاجتماعية، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف، العدد 20، جوان 2018.
- حيفري نسيمة آمال، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في ق .ا.ج، مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة،وهران،ع27، 2017م.
- ديب جمال، نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وق.أ.ج، مجلة الآفاق، مجلد11، ع01، 2019م.
- سليمة مدان، سليمة مدان، قضايا الأسرة في التشريع الجزائري بين الشريعة الإسلامية والمعايير الدولية، مجلة دراسات قانونية، جامعة الجزائر1، العدد 10، سنة 2017.
- طواهري محمد، إجراءات التقاضي في دعاوي شؤون الأسرة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، مجلد 07، ع01 سنة 2021م،

- عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، مجلد06، ع04، 2021م
- عيسى طعيبة، "الأسرة في ظل قانون الأسرة الجزائري بين النص والتطبيق"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سطيف 2، العدد 9، جوان 2020.
- كربال سهام، كربال سهام، "الحماية القانونية للأسرة في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر – بسكرة، العدد 15، ديسمبر 2017.
- مزيان محمد، "دعوى الحضانة وموقف المشرع الجزائري"، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم، عدد 01، سنة 2011.
- مسعودي مناد، حق المحضون في مسكن الحضانة، مجلة الحقوق والحريات، كلية العلوم الإنسانية، جامعة الجزائر 1، مجلد 09، ع02، 2021م

خامسا - الندوات العلمية:

- بن أحمد بن صالح الصالح، مستحقو الحضانة، ندوة في أثر المتغيرات العصر في أحكام الحضانة، مجمع الفقه الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة - السعودية، 1436.

سادسا - النصوص التشريعية

1 - القوانين

- قانون 08-09، المؤرخ في 18صفر 1429هجري الموافق ل: 25 فبراير سنة 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع21، المؤرخ بتاريخ 23 ابريل 2008م، المعدل والمتمم
- القانون رقم 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق 12 يوليو 2022 ، يعدل و يتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج.ر ، ع 48 ، صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.

2 - الأوامر

- الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 هجري الموافق ل: 20 يونيو 1966م، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، صادر في ج ر، ع49، المؤرخة في 11/06/1966م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02، المؤرخ في 19 يونيو 2016م، ج ر، ع 37، المؤرخة في 22 يونيو م2016م.
- أمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون أمر رقم 21-08 ممضي في 08 يونيو 2021 الجريدة الرسمية عدد 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.
- - أمر رقم 21-08 ممضي في 08 يونيو 2021 الجريدة الرسمية عدد 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

3 - القرارات القضائية

- المحكمة العليا، غ أش، قرار مؤرخ في 11/10/2012م، ملف رقم 121304، غ م، نقلاً عن لحسن بن شيخ آن ملويا، المرشد في قانون الأسرة،
- قرار م ع، غ أش، ملف رقم 40438 بتاريخ 05/05/1986م، م،ق، ع02، 1989م،
- المحكم العليا، غ .أ.ش، مؤرخ في 04/01/2006م، ملف رقم 350942،، م .م . ع، ع 01، السنة 2006م.
- قرار المجلس الأعلى (الغرفة الأحوال الشخصية)، مؤرخ في 22 سبتمبر 1986، ملف رقم 43594، المجلة القضائية، عدد 44، سنة 1989.
- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 17/03/1998م، ملف رقم 1719558، م ق، د ع، 2001م.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 63311، مؤرخ في 25 ديسمبر 1989، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 199.
- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 25 ديسمبر 1989، ملف رقم 572، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1991.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 63311، مؤرخ في 25 ديسمبر 1989، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1991.

- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 25 ديسمبر 1989، ملف رقم 572، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1991.
- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 17/03/1998م، ملف رقم 1719558، م ق، د ع، 2001م، ص210 .
- قرار المجلس الأعلى (الغرفة الأحوال الشخصية)، مؤرخ في 22 سبتمبر 1986، ملف رقم 43594، المجلة القضائية، عدد 44، سنة 1989.
- المحكمة العليا، غ أش، قرار مؤرخ في 11/10/2012م، ملف رقم 121304، غ م،
- قرار م ع، غ أش، ملف رقم 40438 بتاريخ 05/05/1986م، م،ق، ع02، 1989م.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274207، مؤرخ في 2002/07/05، المجلة القضائية، سنة 2004، العدد 1.

الفهرس

قبس

إهداء

كلمة شكر

قائمة المختصرات

مقدمة 1

الفصل الأول الإطار المفاهيمي للحضانة ومصلحة المحضون

في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري..... 5

المبحث الأول: ماهية الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري..... 6

المطلب الأول: تعريف الحضانة ومشروعيتها..... 6

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحا..... 7

الفرع الثاني: حكم الحضانة وأهميتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري..... 13

المطلب الثاني: مميزات الحضانة وتمييزها عن المفاهيم المشابهة لها..... 19

الفرع الأول: مميزات الحضانة 20

الفرع الثاني: تمييز الحضانة عن المفاهيم المشابهة لها 24

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة 29

المطلب الأول: الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال:..... 29

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالأهلية القانونية والعقلية..... 30

الفرع الثاني: الشروط الأخلاقية والاجتماعية..... 31

المطلب الثاني: الشروط الخاصة المطلوبة في النساء والرجال..... 35

الفرع الأول: الشروط الخاصة المطلوبة في النساء..... 35

الفرع الثاني: الشروط الخاصة المطلوبة في الرجال..... 36

خلاصة الفصل الأول: 39

الفصل الثاني الإجراءات القانونية للحضانة وطرق انقضائها..... 40
المبحث الأول: آثار الحضانة..... 42
المطلب الأول: آثار الحضانة في الفقه الإسلامي..... 42
الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة..... 42
الفرع الثاني: سكن ورؤية المحضون..... 46
المطلب الثاني: آثار الحضانة في التشريع الجزائري 50
الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة..... 50
الفرع الثاني: حق المحضون في المأوى والزيارة..... 54
المبحث الثاني: الإجراءات القانونية للحضانة وطرق انقضائها..... 62
المطلب الأول: الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الحضانة..... 62
الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الحضانة..... 62
الفرع الثاني: إجراءات سير دعوى الحضانة..... 67
المطلب الثاني: انقضاء الحضانة..... 69
الفرع الأول: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها..... 69
الفرع الثاني: انقضاء الحضانة بسقوطها عمن يستحقها..... 72
خلاصة الفصل الثاني 81
خاتمة 82
المصادر والمراجع 85
الفهرس 95
.....ملخص المذكرة.....

ملخص مذكرة الماستر

تتناول هذه الدراسة موضوع مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، باعتبارها الضابط الأساسي الذي يُفصل به في النزاعات المتعلقة بالحضانة بعد الطلاق.

وقد أبرزت الدراسة كيف اعتبر الفقه الإسلامي أن مصلحة المحضون مقدّمة على حق الحاضن، فجعلها معيارًا جوهريًا لاستمرار الحضانة أو سقوطها. كما وضّح قانون الأسرة الجزائري، في مواده (62–72)، هذا المفهوم بربطه بالقدرة الفعلية للحاضن على توفير بيئة مستقرة للمحضون من حيث الرعاية والتربية. وخلصت الدراسة إلى أن تحقيق مصلحة الطفل يتطلب تكييفًا مرنًا بين قواعد الفقه ومقتضيات الواقع، بما يضمن توازنًا بين حقوق الوالدين ورفاه الطفل.

الكلمات المفتاحية:

1 - مصلحة المحضون 2 - الحضانة 3 - الفقه الإسلامي 4 - قانون الأسرة الجزائري 5 - حقوق الطفل 6 - الطلاق 7 الولاية على النفس.

Abstract of the master thesis

This study addresses the concept of the best interest of the child (custody) in both Islamic jurisprudence and the Algerian Family Law, viewing it as the decisive criterion in custody disputes following divorce. The research shows that Islamic law places the child's welfare above the custodian's rights, making it the core standard in determining the continuation or termination of custody. The Algerian Family Code (Articles 62–72) incorporates this principle, focusing on the custodian's ability to provide a stable and nurturing environment. The study concludes that ensuring the child's best interest requires a balanced application of religious principles and social realities, maintaining equilibrium between parental rights and child welfare.

Keywords:

1 - Best interest of the child 2 - Custody 3 Islamic jurisprudence 4 - Algerian Family Law 5 -Child rights 6 - Divorce 7 Legal guardianship