

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:.....

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون قضائي

الشعبة: حقوق.

تحت إشراف الأستاذ(ة):

من إعداد الطالب(ة):

أ/ بلحاج جيلالي

أحمد بن قلاوز صارة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)..... جلطي منصور.....رئيسا

الأستاذ(ة)..... بلحاج جيلالي.....مشرفا مقرر

الأستاذ(ة)..... زواتين خالد.....مناقشا

نوقشت يوم: 2026/06/24.

السنة الجامعية: 2026/2025



الجمهورية العراقية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة نهر الفرات بن ياديس حنظلهم



كلية الحقوق و العلوم السياسية

مصلحة الترخيصات

تصريح شرقي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية في إنجاز البحث

أنا الممضي أدناه الطالب (ة) :

اللقب : أحمد محمد خنظلهم الاسم : صالح
الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 11.16.12.111.6 والصادرة بتاريخ: 18.11.2018
المسجل (ة) بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم: القانون التخصص: القانون
والمكلف (ة) بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان: أحكام الضمان في القانون الأساسي الجزائي

أصرح بشرقي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والتزامه الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2016.10.6.24

إمضاء المعني



عبدالله المظفر
رئيس اللجنة
ويعمل مستشاراً
لوزير التعليم العالي والبحث العلمي

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

الإهداء

الحمد لله الذي شرح لي صدري و يسر لي أمري ووفقنا لإنجاز هذا العمل المتواضع
ونهدي هذا البحث الى:

الذي فرح لفرحي و تألم لألمي صاحب القلب الحنون و منبع الحب و العطاء من تعب
وكافح متاعب الحياة أبي أطال الله في عمره
إلى أغلى ما أملك في هذا الوجود, ملاكي في الحياة، من حملتني وهنا على وهني
وسهرت لتربيتي أُمي أدامها الله نعمة لا تزول.
إلى من قاسموني حلو الحيا ومرها أخوتي جعلهم الله ذخرا للدين والعلم والوطن.

شكر وتقدير

نشكر الله عز و جل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل و أنار لنا الدرب للعلم و المعرفة و نتقدم بجزيل الشكر و الإمتنان للأستاذ المشرف الدكتور "بلحاج جيلالي" لإشرافه على هذا البحث و على نصائحه و إرشاداته و صبره طوال فترة عداد البحث شكرا له وجزاه الله عنا خير الجزاء.

وشكرا مسبقا للجنة المناقشة على سعة صبرهم لقراءة و تقييم هذا البحث شكرا شكرا لكل من ساعدنا بمعلومة, نصيحة, توجيه, أو بكلمة طيبة شكرا لكم.

قائمة المختصرات

باللغة العربية

ص: صفحة

ط: طبعة

د.ط: دون طبعة

ب.ن: بلد النشر

س.ن: سنة النشر

ج.ر.ع: جريدة رسمية عدد.

الأسرة أهم خلية يتكون منها جسم المجتمع البشري، حيث إذا صلحت صلح المجتمع كله، وفسادها يؤدي إلى فساد، في ظل كنفها يتعلم النوع الإنساني أفضل أخلاقه، وينشأ الفرد فيها.

حيث تنطبع سلوكياته، وتبقى آثارها منقوشة فيه يحملها معه، ويورثها لذريته من بعده. وتعد الأسرة عنوان قوة تماسك المجتمع أو ضعفه لأنها مأخوذة من الأسر وهي القوة والشدة، فهي تمثل الدرع الحصين لأفرادها، باعتبار أن كل من الزوجين يعتبر درعا للآخر، وفي ظل هذه العلاقة يزن ميزان العدل التزاماتها، فيما تتحمل الأم تبعات الحمل والولادة و الرضاع والرعاية، ويتحمل الأب مسؤولية العمل و الكسب والإنفاق لتوفير سبل الراحة المادية، ولذلك تتكامل المسؤوليات لتنتج وحدة اجتماعية متجانسة الأسرة الآمنة بالمودة والرحمة والمستقرة قال تعالى "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة".

ولما كان الطفل هو ثمرة هذا الزواج، فهذه الثمرة قد حباها الله عز وجل بالحب والحنان من طرف الوالدين، فالطفولة تعد البذرة الأساسية التي بصلاحتها تصلح الأم، وتبنى الشعوب، فلقد وصف الله عز وجل الأولاد بأنهم زينة الحياة الدنيا .

ولقد أولت الشريعة الإسلامية أهمية كبرى للأولاد من خلال تقرير عدة حقوق تتدرج معهم منذ نشأتهم وتضمن لهم عيشة كريمة منذ الولادة إلى غاية بلوغهم سن الرشد الذي هو مظنة كمال نموهم العقلي والجسدي.

وقد يتعرض هذا الزواج إلى جملة من الإضطرابات والمشاكل نتيجة التغيرات الاجتماعية والثقافية، مما يؤدي إلى تفكك الأسرة وإنحلالها سواء كان نتيجة وفاة أحد الوالدين أو الطلاق الذي هو حالة إجتماعية تنشأ عند فشل الزوجين في الإنسجام والتفاهم وإمكانية التعايش تحت سقف واحد، وهذا الإنحلال يشكل خطرا يهدد استقرار وتقدم المجتمع ويخلف آثار سلبية تمس المجتمع وأفراده.

حيث يكون الطلاق سبب معاناة للكثير من الأطفال وتعرضهم لأوضاع صعبة وذلك لعجزهم عن تولي شؤونهم بأنفسهم، فالطفل يعتبر أكبر متضرر من الطلاق ذلك لأنه في مرحلة الطفولة يكون في حاجة ماسة إلى كلا والديه مجتمعين ليعيش طفولة سوية وليجد من يقوم بتربيته ورعايته.

لذلك فإن أهم آثار الطلاق بالنسبة للطفل هي حقه في الحضانة، فالحضانة تعتبر من أهم المواضيع التي لقيت اهتماما كبيرا من قبل الشريعة الإسلامية وكذا من قبل مختلف التشريعات، فهي تشكل إحدى أهم الوسائل التي بموجبها يمكن العناية والحرص على حماية حقوق الصغير، والسهر على مصالحه، فالحضانة تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه وذلك برعاية شؤونه، وتدبير طعامه و ملبسه ونومه في سن معينة، فكانت لمن هو أشفق وأقدر وأصبر على تحمل المشاق ومن هو أفرغ للقيام بخدمته.

ونظرا لأهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري على غرار الشريعة الإسلامية والمتمثل في حماية ورعاية وصيانة الطفل، ونظرا لتعدد الأحكام المتعلقة بالحضانة ومواقف الفقهاء والمشرع المختلفة فيها. لذا كان لا بد من البحث في موضوع أحكام الحضانة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وذلك من أجل الالمام بكل ما جاء في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وبناء على ما سبق نطرح الإشكالية:

إلى أي مدى أسهمت أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في تكريس الحماية

القانونية للطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية؟

-أهمية الموضوع:

تعتبر الحضانة من أهم المواضيع التي لقيت اهتماما كبيرا من قبل الشريعة الإسلامية وكذلك في التشريع، فهي من أهم قضايا الأسرة فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم، فهدفها تحقيق مصلحة المحضون والنفع له بالدرجة الأولى.

ولهذا الموضوع أهمية بالغة كون الأطفال هم رجال الغد، وعدة المستقبل وعتاده الذين هي تؤول إليهم لا محالة المسؤولية الاجتماعية والأسرية. فالعائلة التي تتولى شخصية

الطفل منذ نعومة أظافره بالرعاية والعناية والإشراف والتوجيه، وهي التي تعمل على إشباع حاجيات الطفل المادية والاجتماعية والنفسية والأخلاقية فهي مصدر الحب والحنان، فإما أن يشعر بالعطف والتراحم والمودة فيشب خاليا من الأمراض، وإما أن يتربي على القسوة والحرمان فيشب غير متكيف مع المجتمع الذي يعيش فيه وتدفعه للجريمة.

وعليه فإن أهمية الحضانة للطفل، سواء ما تعلق بضمان تعليمه و السهر على حمايته وحفظه صحيا وخلقيا ودينيا، وكذلك القيام بجميع شؤونه وحاجياته عن طريقها، وتبيان الأصلح للطفل في الشؤون الخاصة بالحضانة وكذلك الأحكام القانونية والشرعية المتعلقة بموضوع الحضانة والوقوف على الآليات القانونية لها، والتي تظهر من خلال نص على جملة من الحقوق تهدف إلى رعاية وحماية المحضون.

- أسباب اختيار الموضوع:

(أ) الأسباب الذاتية :

-الميل الشخصي و الدافع لدراسة موضوع الحضانة
-أنه موضوع من المواضيع الحساسة و خاصة بعد زيادة نسبة الطلاق بعدد رهيب و ما ينجر عليه من ضياع الأولاد بين الأب و الأم ، و بالتالي الواقع الأليم الذي يعيشه المحضون. محاولة معرفة مصير الأطفال خلال فترة الحضانة و بعد انتهائها.

(ب) الأسباب الموضوعية :

-أن الحضانة من أهم حقوق الطفل على والديه فهي تعتبر أهم أثر من آثار الطلاق.
-الوقوف على مدى مسايرة قانون الأسرة الجزائري و خاصة في موضوع الأحوال الشخصية للشرعية الإسلامية.

-إبراز الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري للطفل و التي جاءت بها الشريعة الإسلامية أيضا.

- المنهجية المتبعة

المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل نصوص القانون الجزائري وآراء الفقهاء بشأن موضوع الحضانة للتوصل إلى معرفة أهم الأحكام المتعلقة بها من أجل صياغة الحلول المناسبة للمشاكل الناجمة عن حضانة الطفل في كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

والمنهج الوصفي تم الاعتماد على هذا المنهج الذي يتناسب مع جل الدراسات القانونية والشرعية، لتوضيح بعض المفاهيم والتعاريف المتعلقة بالموضوع محل الدراسة . كما استعنا بأسلوب المقارنة بين النصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع. و لأجل دراسة هذا الموضوع قمنا باتباع الخطة الآتية :

تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول يتعلق بماهية الحضانة

الفصل الثاني: بالآثار المترتبة عن الحضانة.

الفصل الأول: مآهية الحضانة

تمهيد:

الحضانة هي أحد أهم المفاهيم في قانون الاسرة الجزائري، حيث تعني الحضانة الرعاية والاهتمام بالطفل وتوفير احتياجاته، فالأصل في الحضانة مصلحة المحضون والتي تعتبر العمود الفقري لها، ويهدف قانون الاسرة الى حماية حقوق الطفل وتوفير بيئة امنة ومستقرة له، وأن الفهم السليم لهذا الإطار المفاهيمي يساعد على تسليط الضوء على كيفية تعامل قانون الأسرة الجزائري مع المسألة الجوهرية، كما يساهم في فهم الأسس القانونية التي تحكم العلاقة بين الوالدين والطفل في مرحلة ما بعد التفريق، ويؤكد على حماية المصلحة الفضلى للطفل في جميع الظروف.

ولقد ضبط المشرع الجزائري لهذا الغرض عدة مواد من المادة 62 الى المادة 72 من قانون الاسرة الجزائري.

شرعت الحضانة لتولي شؤون الطفل العاجز عن القيام بحاجاته لوحده من بداية ولادته الى غاية قدرته على القيام بذلك بمفرده، ودون الحاجة الى غيره في فعل ذلك، فالطفل تثبت له منذ ولادته ولاية التربية أي الحضانة.

المبحث الأول: أحكام الحضانة

الحضانة في المبدأ هي القيام بشؤون الطفل وكفالاته، بغرض الحفاظ على بدنه وعقله ودينه وحمايته من عوامل الانحراف والجنوح، بحيث يكون أهل لخلافة الله في الأرض وأهلاً حينذاك لخدمة الوطن والمجتمع، لذلك ولأهمية تحقيق هذه الأهداف فقد حرص المشرع الجزائري وقبله الشارع الحكيم بتنظيم موجبات الحضانة وتبيان أحكامها.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

الفرع الأول: تعريف الحضانة

أولاً: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً

تعرف الحضانة لغة بأنها مصدر حضنت الصغير حضانة، تحملت مؤنته وتربيته، مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهو الجنب، لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جنبها¹. وتعرف اصطلاحاً بأنها تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه .

وقد عرّف الإمام مالك الحضانة بأنها " تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء."

كما عرفها الشافعية بأنها " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره"².

بالتمعن في التعاريف المذكورة أعلاه نجد أنها جاءت متقاربة وتشترك في الهدف الرئيسي من الحضانة والمتمثل في مراعاة مصلحة المحضون وتنشئته تنشئة دينية وعقلية سوية تجعله قادراً على التفريق بين الضار والنافع له³.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ، د.ط، دار المعارف، القاهرة، د.ت، ص2479.

² - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط 6، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998، ص588.

³ - ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر ، بيروت، ص299.

ثانيا: التعريف التشريعي للحضانة

عرّف المشرع الجزائري بموجب المادة 62 من قانون الأسرة¹ الحضانة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا . والتعريف موفق من حيث شموليته لحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية، التعريفان الفقهي والقانوني جمعا في مجملهما كل ما يتعلق بشؤون الطفل من تربية وحفظ الأخذ بعين الاعتبار تنشئته الدينية والخلقية، فهما بذلك يتوافقان، فكل الأحكام ورعاية مع الفقهية والقواعد القانونية تصب في قالب جلب الصلاح للطفل ودرء الفساد عنه.

ومما تقدم نستخلص أهداف الحضانة والتي تظهر فيما يلي:

- 1-تعليم الولد ويقصد به التمدرس وما دام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وقدراته العقلية.
- 2-تربية الولد على دين أبيه لابد أن تقوم تربية الولد على المبادئ والقيم الإسلامية ولما كان
- زواج المسلم بغير المسلمة جائزا شرعا وقانونا طبقا للمادة 31 من قانون الأسرة² المعدل والمتمم بالأمر 05-02 فإنه يجوز للقاضي أن يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة فهي كالأم المسلمة بشرط أن تراعي أحكام الشريعة الإسلامية في تربية الطفل.
- 3-السهر على حماية المحضون وذلك من جميع الجوانب فيجب أن لا يكون عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب مثلا أو معنوي كالتخويف والشتم حفاظا على استقراره النفسي والعاطفي.

¹ - المادة 62 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع.27.صادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

² - المادة 31 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.

من الناحية الخلقية فلا بد من تنشئة الطفل على حسن الخلق وإعداده لأن يكون فردا
أما صالحا.¹

ثانيا: في الفقه الإسلامي

عرفها الحنابلة بأنها : حفظ صغير ومجنون ، ومعتوه ، وهو المختل العقل عما
يضرهم وترتيبهم بعمل مصالحهم كغسل رأس الطفل وغسل يديه وثيابه وكدهنه وتكحيله
وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحة.
أما الشافعية فعرفوها بقولهم : " الحضانة شرعا حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما
يؤذيه، لعدم تميزه كالطفل والكبير المجنون وترتيبه أي نتميه المحضون بما يصلحه بالتعهد
بطعامه وشرابه ونحو ذلك " .²

ثالثا: التعريف القانوني

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من (ق.أ.ج) كالآتي: " الحضانة
هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة
وخلقا" (قانون رقم 84-11، صادر بتاريخ 27/02/2005، موافق لـ: 09 يونيو 1984)
³وبذلك فالحضانة هي رعاية وعاطفة تجاه الولد فلا بد من توفير هذا الجو، لأن الحضانة
تكون نتيجة للطلاق وأثر من أثاره فلا بد من حماية الطفل بعد حصول الفرقة بين الزوجين،
فعمد المشرع على تشريع الحضانة في قانون الأسرة.

¹ - أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج1، دار إحياء التراث العربي، 1423هـ، ص374.

² - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، ط1، دار الجامعة
الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص198.

³ - المادة 62 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع.27.صادرة بتاريخ
12 يونيو 1984.

الفرع الثاني: خصائص الحضانة

من خلال تعريف الحضانة يتبين أنها تهدف إلى نفع الولد لذا اعتبرت واجبة وبالتالي فهي من النظام العام، لأنه بتحقيق نفع الولد وتربيته تربية صحيحة ما يحقق مصلحة مجتمعه، كما أنه بالنظر إلى الحق في الحضانة نجد حقًا مشتركًا للحاضن والمحضون وهذا ما سنحاول الإجابة عنه.¹

أولاً: الحضانة من النظام العام

الحضانة من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب، فإن الحضانة لا تسقط عنها ما دامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلاً لممارسته، وقد تجبر الحضانة على حضانة الصغير حتى وإن تنازلت - عنها وحتى وإن لم تتوفر فيها الشروط كاملة، ما عدا التي لها علاقة بأخلاقها إذ أن ذلك لمصلحة الطفل، فالحضانة شرعت لحفظ النفوس، إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي لأنها ولاية شرعية مقدرة، يحكم بها القاضي على وجه الإلزام، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي.²

ثانياً: الحضانة حق مشترك

تعتبر الحضانة عملاً مادياً يتصف بصفتين متقابلتين هما كون الحضانة حقاً وواجباً في نفس الوقت، فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى هي التزام على الحاضن، ولهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فينتج مباشرة حق الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار لقوله عليه الصلاة والسلام: أنت أحق به، ومن جهة أخرى هي حق للصغير وذلك لحاجته إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المرحلة من حياته، لأنه يكون عاجزاً عن القيام بذلك بنفسه، فإذا لم يحدد القاضي الأم الحضانة أو امتنع

¹ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص 199.

² - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014، ص 147.

عن إمساكه فإن حقها يسقط بتنازلها عنه، ولكن حق الصغير منها لا يسقط فإذا لم يوجد غيرها تجبر على الحضانة لكي لا يضيع حقه في التربية والرعاية، باعتبار أن أقوى الحقين في الحضانة حق الصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تستطيع إسقاط حقه أبداً.¹

ثالثاً: الحضانة غير قابلة للتجزئة

إن المقصود بتجزئة الحضانة هو أن يكون الطلب الأم مقتصرًا على الذكور فقط دون الإناث، أو تختار الأصغر سناً وتترك الآخرين، رغم أن هذا يعد حقاً للأم خاصة في ظل عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، إلا أنه ومن أجل المحافظة على الترابط بين الأبناء فقد أصدرت المحكمة العليا في هذه المسألة قراراً بعدم تجزئة الحضانة للأم، حيث جاء في هذا القرار: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحضانة تسند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها ولا تسقط عنها ما لم يجرد لها من هذا الحق مانع شرعي.

وحيث أن المبدأ الذي أسنقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم إلى أهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب، ومن جهة أخرى ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضون الالتحاق بأمهما وعلى رغبتهم في بقاءهما عند جدتهما لأبيهما، وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي".

ويلاحظ من خلال القرار أن القانون يمنع تفرقة الأولاد عن بعضهم البعض بعدما تفرق الأبوين، والعمل على إبقائهم معاً، سواء كان بقاؤهم مع أمهم، أو حضانة أخرى غير

¹ - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص148.

أهم، حتى يبلغوا سن نهاية الحضانة وذلك حفاظا على الأبناء، لأنهم يمرون بمرحلة حرجة من حياتهم، لهذا فإن تجزئة الحضانة تعد سببا من أسباب سقوطها عن الأم.¹

رابعاً: الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه

بما أن الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارستها، سواء بأجر أو تبرعا، وهنا اختلفت الآراء بين قائل بوجوب الأجر، وبين معارض لذلك:²

1-أجرة الحضانة

إن الحضانة عمل متعب وشاق يتطلب إمكانيات وجهودا مادية ومعنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات ممارستها في سبيل رعاية الطفل، وبالتمعن في المواد 75 و 76 ، 77³ ، 78، من (ق.أ.ج)، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة ليظل التساؤل قائما حول القول بأجرة الحضانة من عدمها، فحتى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 221 من (ق.أ.ج)⁴ على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية"، ونجد الفقهاء ليسوا على المسألة، فالمالكية قالوا بأنه ليس للحضانة أجرة على حضانتها سواء كانت أو غيرها، وبغض النظر عن حالتها المادية إن كانت ميسورة أو معسورة، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه، لكونها فقيرة وليست لكونها حاضنة.

¹ - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض - عدة - حضانة-متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص255.

² - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض - عدة - حضانة-متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص256.

³ - المادتين 77-78 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع. 15 لسنة 2005.

⁴ - المادة 221 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع. 15 لسنة 2005.

أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجره الحضانة إن لم تكن الزوجة قائمة بينها وبين والد طفلها، ولم تكن معتدة من طلاق رجعي، ولا تستحق أجره الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن، وتستحق النفقة من أب الطفل، ذلك أن الأجره حسبهم ليست عوضا خالصا بل هي كأجره الرضاع للأم ومؤونة ونفقة لقوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف سورة البقرة ، وبما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة، فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وإن تعدد السبب، وما عدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجره الحضانة، أما الشافعية فالحضانة عندهم تستحق الأجره سواء كانت أما أم غيرها، وهي غير أجره الرضاع ¹.

2-المدین بأجره الحضانة

أجره الحضانة غير أجره الرضاع، وهي تجب في مال الصغير ان كان له مال، فإن لم يكن له مال فيلزم به أبوه أو من كانت تلزمه نفقة الصغير، فإن كان معسرا عن الكسب اعتبر في حكم عدم الوجود وفوض أجره الحضانة إلى من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب، ويؤديها إلى الحضانة، وإذا كان قادراً على الكسب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته وأمر بالأداء، وعلى من تجب عليه نفقة الصغير أن يؤديها للحضانة ويرجع بها على الأب إذا أيسر. ²

¹ - جمال سايس ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، الجزائر، ج1، 2013، ص336.

² - جمال سايس ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص337.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يقل بأجرة الحضانة فهو لم يشر إليها في المواد 75 76 77 78 ليضلل هناك أشكال فيما يخص أجرة الحضانة، غير أنه بالرجوع للمادة 222¹ من ق.أ.ج والتي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني، وعليه فلا بد من الرجوع إلى آراء فقهاء المالكية لأن المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي.

3-التبرع بالحضانة:

إذا أثبت أم الولد أن تحضنه إلا بأجرة، ووجدت من محارمه من هي أهل لحضانتها كجدته أو خالته أو عمته تتبرع بحضانتها، فإن كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله بأن كان له مال ونفقته واجب فيه، فإنه يسلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة لماله من غير إضرار به، فالمتبرعة بحضانتها ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه، وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانتها مستحقا على الأب، فإن كان موسرا لا يعطى للمتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها، لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لتوفر الشفقة ولا ضرر على الأب لأنه موسر، وإن كان معسرا يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره إضرار به.

كذلك لا يمكن تجزئة الحضانة، أي لا يمكن التفرقة بين الأبناء للمحافظة على ترابطهم، ونظرا لعدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، فإن المحكمة العليا أصدرت قرارا في هذا الشأن بعدم تجزئة الحضانة للأم أن كان لها الحق فيها، وهو عدم السماح لها باختيار من تحضن من الأبناء، حيث جاء في القرار : أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الحضانة تسند للأم من باب أولى ما دامت شروطها متوفرة فيها، ولا تسقط عنها ما لم يجردها من هذا الحق مانع شرعي وحيث أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو

¹ - المادة 222 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع. 15 لسنة 2005.

أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم إلى أهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب.¹ ومن جهة أخرى أنه ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد ان قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضونين من الالتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في بقائهما عند جدتهما لأبيهما وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي، فلا مجال اذن لتجزئة وتفريق الأولاد عن بعضهم البعض بعد ان فرقا عن أحد أبويهم فالأصلح لهم البقاء والعيش معاً، سواء كانت الحضانة أهم أو غيرها إلى أن يبلغوا السن المحدد لانتهاء الحضانة، وهذا من أجل الحفاظ على الأبناء خاصة أنهم في مرحلة صعبة من اطوار العمر من الناحية النفسية والاجتماعية، ولهذا فإن تجزئة الحضانة تعد سببا من أسباب سقوطها عن الأم رغم أحقيتها في ذلك.²

الفرع الثالث: مشروعية الحضانة

اختلف الفقهاء في تحديد تعاريف مختلفة إلا أنها كانت متقاربة في المعنى تدور كلها حول حفظ الصغير ورعاية شؤونه ويمكن إجمالها بالتعريف التالي:³
- حفظ من لا يستقل بأمره ولا يستطيع تدبير شؤونه وتربيته والقيام بمصالحه من قبل من له الحق في ذلك.

أولاً: عند المالكية: حفظ الولد في مبيته ومئونه، وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه فالإمام مالك يعرف الحضانة بتربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يهب الغلام حيث يشاء .

¹ - جمال سايس ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص338.

² - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص577.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص578.

ثانياً: عند الشافعية : عرفوها بأنها حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه وفيه ما يضره)، وتثبت الحضانة للمحضون باكتمال ميلاده فمئذ تلك اللحظة يكون في حاجة الى من يحضنه ويرعاه ويلزمه في معيشتة لعجزه وعدم إدراكه لمصالحه ونظراً لكون الوالدان اقرب الناس إليه وأشفقهم عليه فقد جعل المشرع لهما الولاية عليه كما راعى الشارع ما هو الأصلح والأأنفع للصغير فاسند أمر تربيته وتدريب شؤونه والعناية به في مراحل حياته الأولى إلى الأم نظراً لكونها أرفق وأحن عليه من غيرها وذلك إلى حين فإذا بلغ سناً معيناً يستغني عن رعاية النساء ويخضع بالأشراف وتربيته الرجال أولهما الأب ففي هذه المرحلة يكون الصغير أو الصغيرة في حاجة إلى من يقوم بالإشراف عليه وتعليمه وتهذيبه وصونه من الانحراف ولا شك إن في هذه المرحلة يكون دور الأب هو الأساسي لكمال رأيه وحسن ذلك للرجل تصرفه ذلك جعل الشارع حق الحضانة في المراحل الأولى في حياة الصغير للنساء وبعد ذلك الرجال.¹

ودليل تقديم النساء عن الرجال في حضانة الصغير هو: ما روى أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : ابني هذا كانت بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما تتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق، حتى إن يكره الإنسان ان يدعوا على ولده أثناء تربيته كما يكره ان يدعو على نفسه وخادمه وماله لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا تدعو على أنفسكم ولا تدعو على أولادكم ولا تدعو على خدمكم ولا تدعو على أموالكم لا توفق ومن الله سلعة يسأل فيها عطاء فيستجيب " له .

¹ - السيد سابق، فقه السنة ، ط5 ، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص625.

فعلى هذا يتضح لنا أن الحضانة هي عبارة عن عملية أساسية وفعالة للقيام بالأطفال دون سن التمييز ورعايته وحفظه وصونه من كل العواقب التي تحيط به وهي واجبة على من له الحق في ذلك من أقاربه وأنه تقدم النساء على الرجال في ذلك، كون الصغير هو في حاجة ذلك من الرجال، لما يراعاه في صغره ومن يقوم بحاجاته من إطعامه وتربيته والحفاظ عليه والنساء أولى في ذلك من الرجال، وحفظ الطفل المحضون من الناحية الصحية والخلقية¹.

المطلب الثاني: شروط الحضانة وتمييزها عن غيرها

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة

الحضانة حق ثابت لمن هو أهل لها إذا توفرت فيه الشروط التالية:

أولاً: إستحقاق الحضانة في الرجال و النساء معا

تثبت الحضانة للرجال و النساء و إن تقدمت النساء عن الرجال بحكم الأقر على تربية الصغير و حفظه و تتمثل هذه الشروط في:

1- شرط أهلية الحاضن يحتاج الصغير ولو كان مميزاً إلى من يتولى حفظه يستطيع أن يتولى حفظ نفسه فكيف يتولى أمور غيره؟.

فالحضانة مهمة شاقة لا يقوم بوظائفها إلا الكبار ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة. وقد حصر المشرع الجزائري شروط الحضانة في الأهلية فقد عرفها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية² على أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك"، ووفقاً للقانون الجزائري المادة 40 من القانون المدني³ منه عرفها "على أن سن الرشد هو تمام 19 سنة".

¹ - الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ص625.

² - المادة 62 فقرة ثانية من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

³ - المادة 40 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 التضمن القانون المدني، ج.ر.ع 31 لسنة 2007.

وبالرجوع إلى المادة السابعة قانون الأسرة الجزائري التي نص على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

نجد أن ترشيد الزوج القاصر وجعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى آثار الزواج ولا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم.

وقد أجاز قانون الأسرة الجزائري الزواج بإذن قضائي عندما لا يتمتع المقبل عليه بالسن القانوني له بعد وذلك لمصلحة أو ضرورة، وتخول المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية¹ والإدارية لقاضي شؤون الأسرة القدرة على ترشيد القاصر بأمر ولأني ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا، فلإذن القضائي دور هام ووقائي إذ سيؤكد إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره قبل السن المحددة له قانونا فإن وقع الطلاق يفصل القاضي في شأن الحضانة للأب حتى ولو لم تبلغ سن 19 سنة.

ويقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق و تحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك.

2- القوى العقلية للحاضن: اتفق جمهور الفقهاء على أنه من أهم شروط الحاضنة أن تكون متمتعة بقواها العقلية، فلا حضانة للصغير أو المعتوه أو المجنون لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالح ولا يعقل أن يوكل إليهم تدبير شؤون غيرهم كما أنه ترك الولد عند هذه الحاضنة فيه ضرر عليه فمصلحة المحضون تتطلب دفع الضرر عنه وجلب النفع له.²

¹ - المادة 480 من القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 48 صادرة 17 يوليو 2022.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجدد وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص105.

3-القدرة على الحضانة : هي التمكن من القيام بشؤون المحضون اللازمة لنموه و حفظه فلا يكون أهلا للحضانة العاجز على ذلك جسمانيا لعدة فيه كالأعمى و الأخرص و كبير السن أو المصاب بمرض مزمن أو معدي و غيرها من الأمراض التي تمنع الحاضن من العناية بالمحضون أو تعرضه للضرر.¹

4-أمانة الحاضن :تعتبر الأمانة في الأخلاق شرط من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، وقد اشترط جمهور الفقهاء في الحاضن أن يكون مأمونا على تربية المحضون لكنهم اختلفوا في مدى ما يكون به الفسق مانعا من الحضانة. فقد اتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة إلا أنهم اختلفوا حول درجت الفسق فهم يفرقون بين المطلق الذي يمنع الحضانة وبين الفسق أقل حدة، أما المالكية والشافعية و الحنابلة فاتفقوا على أن الفسق مانع من الموانع.²

وقد جاء قرار المحكمة العليا الصادر في 30-09-1997 أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون حيث قضت "متى ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون خاصة نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري³.

¹ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجدد وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص107.

² - بن شويخ رشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ، ط 1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص114.

³ - المادة 62 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

5- شرط الإسلام اختلف الفقهاء حول هذا الشرط فيرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لثبوت الحضانة فليس للمطلقة الذمية أن تحضن ولدها المسلم إذ لا حضانة لكافر على مسلم. لقوله تعالى "وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا .

وهي كالولاية على الزواج و المال و لأنه يخشى على دين المحضون من الحاضن وحرصهم على تشيته عن دين أبيه فالرسول صلى الله عليه و سلم قال " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه" إلا أن المالكية ذهبوا إلى عدم اعتبار هذا الشرط وأنه لا أثر لاختلاف الدين في الحضانة ، فتجوز الحضانة عن الكتابية أو غير كتابية وحتى لو كان الحاضن كافرا أو مجوسيا أو غيره وكان المحضون مسلما سواء كان ذكر أو أنثى أما عن موقف قضاء المحكمة العليا فإنه لم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة وقد طبقت هذه القاعدة في الكثير من قراراتها مع العلم أن المشرع اشترط في المادة 620 قانون الأسرة الجزائري¹ أن يربي المحضون على دين الإسلام وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الصادر في 13/03/1989 " بأنه من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف عن دينه".

ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال:

1- أن يكون الحاضن ذا رحم محرم الصغير المحضون: فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم المحرمية ولأنه يجوز نكاحها فلا يؤتمن عليها، فإن كانت المحضونة صغيرة لا تشتهى، ولا يخشى عليها فلا تسقط الحضانة ابن عمها، وإذا لم يكن للمشتهاة غير ابن العم، وضعت عند أمينة يختارها ابن العم، كما يقول الشافعية و الحنابلة، أو يختارها القاضي، كما يقول

¹ - المادة 620 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.

الحنفية إذا لم يكن ابن عمها أصلح لها، وإلا أبقاها القاضي عنده، وعند المالكية يسقط حق الحضانة لغير المحرم وأجاز الشافعية أن تضم لابن عمها إذا كانت له بنت يستحي منها.¹

2- إتحاد الدين بين الحاضن و المحضون: مع بنته وذلك أن الحضانة ولاية على النفس و اختلاف الديانة قاطع للولاية بين المسلم وغيره، وعلى هذا فحضانة الرجل مشروطة دائماً بإتحاد الدين مع المحضون إضافة إلى ذلك، فإن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلماً، فليس له حق الحضانة، بل حضنته إلى ذوي رحمه من عامة أهل دينه، وإذا كان الولد مسلماً وذو الرحم غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه فلا توارث بينهما، إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث.

3- أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كان المحضون أنثى يشترط في الحاضن الذكر أن يكون محرماً للأنثى المحضونة، فقد حدد الحنابلة والحنفية سن الأنثى بسبع سنوات تقاديا للخلوة بها لانتقاء المحرمية، وإن لم تبلغ الطفلة حد الشهوة أعطيت له بالإتفاق لأنه في حالة بلوغها فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة كأصل، أما الحنفية فقد أجازوها إن لم يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقاها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأموناً.²

4- أن يكون الحاضن من العصابات في ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكراً: هذا الشرط اشترطه الفقهاء لأن أصل إستحقاق العاصب للحضانة يقوم على أساس قوة القرابة، باعتبارها تضمن الشفقة على الصغير، فكلما كانت درجة القرابة قوية كلما زادت الشفقة على الصبي، وبالتالي فلا خلاف بين العاصب الذي يكون محرماً على المحضون كالأب، أو كان غير محرم على المحضون كإبن العم، ويشترط المالكية لثبوت الحضانة للذكر أن يكون عنده

¹ - بن شويخ رشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، المرجع السابق، ص115.

² - حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص88.

من النساء ما يصلح للحضانة كزوجة، أو أمة، أو مستأجرة لذلك، أو متبرعة، أو غير ذلك
النساء الصالحات لحضانة الطفل.¹

ثالثا: شروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من شروط الخاصة بالنساء التي بسببها تسند الحضانة إليهن:

1- شرط عدم التزوج بأجنبي عن الصغير: فإن تزوجت بغير ذي رحم محرم عن الصغير
المحضون أي بأجنبي سقط حقها في الحضانة لما رواه عبد الله ابن عمر أن امرأة قالت يا
رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له شفاء ورغم أبوه أن
ينزعه مني فقال صلى الله عليه و سلم أنت أحق به ما لم تنكحي"

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فنصت المادة 66² من قانون
الأسرة الجزائري على أنه "يسقط حق الحضانة بتزويج بغير قريب محرم و بتنازل ما لم
يضر بمصلحة المحضون"، وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها
حيث جاء في القرار المؤرخ في 18/05/2005 يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير
قريب محرم" حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطأ بتطبيقه، وذلك لأن
الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير محرم هذا من
جهة، ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه
الأخيرة".

¹ - حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 89.

² - المادة 66 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

2-وجوب كون الحاضنة من محارم الصغير نسبيا: حتى تقبل المرأة أن تكون حاضنة للطفل يجب أن تكون ذات رحم محرم للمحضون، كالأم والأخت ، والخالة ، والعمة ، والجدة ، فلا حضانة لغير القرابة النسبية ، ولا حضانة للقريب غير المحرم كبنات العم، أو بنت العمة، فالقرابة وحدها لا تكفي، بل يجب توفر المحرمية وقرابة عمود النسب حتى تكون للنساء الأهلية لحضانة الأطفال.¹

3-عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغيه: وهذا ما نصت عليه المادة 70 قانون من الأسرة الجزائري² بقولها: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت مع المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

لأن في حضنته في بيت من يبغيه أو يبغي أباه يؤدي بأضرار لطفل.

4-أن لا يتمتع عن حضنته دون أجر عن إفسار وليه: نص الفقهاء على سقوط حق الأم في حضانة الصغير إذا أثبت أن تحتضنه مجانا عند إفسار الأب ووجود متبرعة بالحضانة وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه وهو معسر³.

الفرع الثاني : تفريق الحضانة عن بعض المفاهيم المشابهة

بعدما تبين معنى الحضانة في اللغة والاصطلاح، اتضح لنا أن مفهوم الحضانة يختلط هي بمفاهيم أخرى، بحيث يتبادر في ذهن منذ الوهلة الأولى إلى أن الحضانة نفسها الكفالة أو هي الوصاية أو وله شروطه وأحكامه خاصة به.

¹ - حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص90.

² - المادة 70 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.

³ - عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص66.

أولاً: تمييز الحضانة عن الوصاية

الوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها وحفظها لمصلحة الصغير، بينما الحضانة فهي إلزام شرعي وقانوني بتدبير شؤون الطفل ورعايته ووجه الصلة بين الوصاية والحضانة أن كلاهما فيهما معنى الحفظ والرعاية والتنمية، وأن هدف كل منهما هو رعاية الطفل والقيام بمصالحه وحفظه من الهلاك.¹

أما الفرق بينهم فهو كالآتي:²

- أن مقتضى الحضانة حفظ المحضون، وإمساكه عما يؤذيه وتربيته حتى يكبر، والقيام بجميع حاجياته ومتطلباته، وعمل ما هو في صالحه، في حين أن مقتضى الوصاية هو حفظ وتنمية المال الموصى عليه بما يصلح له في الغالب وإن كانت تشمل في بعض الأحيان التصرفات المتعلقة بنفس القاصر.

- أن الوصاية تكليف والتزام، وبموافقة الموصي للوصاية يلتزم بحفظ مال الموصى عليه وتنميته بما يصلح له، في حين أن الحضانة متعلقة بالنفس لا المال، بخلاف الوصاية تتعلق بالمال والنفس معا، كما أن تبوُّث الحضانة بالشرع وقد يكون الوصي حاضنا، أما تبوُّث الوصاية إنما تكون بتفويض من الموصي للموصى أو القاصي.

فالمشرع خول لوالد الطفل تعيين وصي مختار لابنه القاصر ليدبر أمواله، بخلاف الحضانة فليس الصغير ملكا لأبيه ولا هو الذي أودع حاضنته؛ بل الشرع هو الذي سلطها على حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة أبيه ولا لمصلحة شخص آخر، بل للصالح العام.

¹ - عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 67.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل) ، ط 2 ، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 52.

ومما سبق يمكننا القول بأن الوصاية والحضانة للأطفال، وأنهما متقاربين من ناحية المصطلحات القانونية.¹

ثانيًا: تمييز الحضانة عن الكفالة

من خصوصيات ق. أ.ج أنه اهتم بالكفالة ونظمها منذ قانون رقم 84-11، المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن ق. أ. ، وهذا بحسب ضمن إيجابياته، ذلك أن كفالة اليتيم أو الضائع أو مجهول النسب هو البديل الحقيقي للتبني الذي هو حرام في الإسلام. وعرفت المادة 116 من ق. أ.ج² الكفالة بأنها "التزام" على وجه التبرع بالقيام بولد القاصر من نفقة وتربية ورعاية وقيام لأب بابنه وتتم بعقد شرعي.

ويتضح من خلال ما سبق أن الكفالة تهدف لتحقيق مصلحة الأولاد والقيام بجميع حاجاتهم وشؤونهم وإمساك الأذى عنهم، وتتفق الحضانة الكفالة مع من حيث تعلقها بالقاصر، بحيث يحتل الكافل للمكفول مرتبة أحد والديه، وأن للكافل والحاضن الولاية القانونية على القاصر، إذن فهما يشتركان في الغرض والغاية المرجوة منهما. ولابد من معرفة الفرق بين الكفالة والحضانة، وذلك لأن بعض من الفقهاء جعلهما مترادفين، فهل حقا لا يوجد اختلاف بينهما؟.

أول ما يمكن البدء به لكشف الاختلاف بين الحضانة والكفالة هو التعريف اللغوي لكل منهما، يقال كفّل " فلانا بمعنى أنفق عليه وأعاله، وحضن الصبي " جعله في حضنه وضمه إلى صدره، ومنه يمكن إجمال الفروقات بينهم كالتالي:³

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، المرجع السابق، ص53.

² - المادة 116 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

³ - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006، ص178.

1-الكفالة تحرر في وثيقة رسمية أمام المحكمة أو أمام الموثق، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي.

2-الكفيل ملزم بالإنفاق على المكفول، في حين أن الحضانة غرضها تقديم الخدمات المادية والمعنوية للمحضون دون إلزام الحاضن بالنفقة عليه.

3-شرط الإسلام في الكافل ضروري، بحيث يكون متحد مع المكفول في الدين، أما بشأن الحضانة فالمشرع الجزائري اكتفى باشتراط تربية المحضون على دين أبيه، بحيث لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون.

4-الكفالة مطلقة يكون فيها الكافل قريب للمكفول، وقد يكون أجنبي عنه لا تربطه به قرابة، أما الطفل المحضون يكون في حضانة أمه وأبيه وأقاربه.

5-من خلال ما رأيناه من فرق بينهما يمكن القول بأن " الكفالة هي استكمال للحضانة من ولي النفس أو من يقوم مقامه، وبذلك لا تعتبر الكفالة حضانة.¹

ثالثاً : تمييز الحضانة عن التبني

"التبني هو أن شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب، مع يدعي علمه بعدم وجود أي قرابة تربطه به ، ومع ذلك يتخذه ويعطيه اسمه " .

في حين أن الحضانة هي رعاية الولد" وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

وهناك من يرى أن نظام التبني يخدم مستقبل الأطفال ويحمي مصالحهم، فبناء على هذا فإن التبني يتفق مع الحضانة لأن كلاهما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا. بخصوص الاختلاف الكائنة بينهم فهي كالآتي:²

¹ - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص179.

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، 1950، ص389.

1- من حيث المشروعية: الحضانة واجبة شرعا، ولأن في تركها تضييعا للولد وهلاكه، فالحضانة مشروعة بالكتاب والسنة واجماع العلماء، ومن أدلة مشروعيتها قوله تعالى: بعد بسم الله الرحمن الرحيم: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)، أما التبني فهو محرما تحريما قطعيا، فمن قوله تعالى: وما جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ كُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا.¹

فإن المشرع أخذ بحكم الشريعة الإسلامية، فنصت المادة 46² من (ق. أ.ج) صراحة وبوضوح على أنه يمنع التبني شرعا وقانونا، وبالتالي فالتبني محرم بنص صريحا سواء في الدين أو القانون، نقيض للحضانة التي أقرها كل من الفقه والقانون بتحديدهم أحكامها وتعليمهم شروطها.

2- المحضون شخص معلوم النسب، أما التبني يمكن أن يكون شخص معروف النسب أو مجهول.

3- الحضانة تحتفظ بنسب طفل المحضون، في حين التبني فيحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل اسمه، ومن ثم فإن التبني يقوم على تزيف شخصية الطفل المتبنى.

4- يشترط أن يكون المتبني متزوجا، أما زواج الحاضنة برجل أجنبي يسقط حقها في الحضانة.

¹ - الآية رقم 233 من سورة البقرة.

² - المادة 46 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات ولاية التربية والولاية على النفس والولاية على المال إن كان له مال و ما يهمنها ولاية التربية أو ما بالحضانة يسمى إن حضانة الطفل عند طلاق الوالدين تعتبر من قضايا الأساسية التي قد تزيد من حدة الصراع بين الوالدين، و التي قد تؤدي إلى عدم استقرار الطفل و الحضانة إما تكون حضانة الأم أو حضانة الأب أو الحضانة مشتركة.

المطلب الأول: ترتيب أصحاب الحقوق

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005

نصت المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي: الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بأسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة، وعلى ذلك فقد رتب المشرع أصحاب الحق في الحضانة كما يلي¹:

أولا : الأم

1-التبريرات الشرعية بتقديم الأم إلى المرتبة الأولى: حسم الاجماع على ان الام أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة لكونها تعد عنصرا جماع، ولما رزقها الله سبحانه وتعالى من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان فعدت بذلك الملاذ المجيد للمحضون. ومن الأدلة الشرعية على ذلك ما روي عن عمر عن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر بن العاص رضي الله عنه قال أن امرأة أتت الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وجحري له جواء من وثديي له سقاء، وزعم ابوه أنه ينزعه مني.²

¹ - المادة 64 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع. 15 لسنة 2005.

² - بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص122.

وقال صلى الله عليه وسلم: «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» رواه مسلم¹.

وقال ابن القيم: (دل الحديث على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد فالأم أحق به من الأب ما لم يبق بالأم ما يمتع تقديمها، أو بالولد وصف يقتضي تخييرها، وهذا ملا يفرق فيه نزاع).

وعن البراء بن عازب رضي الله عنه أن ابنه حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد فقال علي أنا أحق بها وهي ابنة عمي وقال جعفر ابنة عمي وخالتها تحتي (زوجتي) وقال زيد ابنة أخي، فقفي بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم. وروي أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، وأراد أن يأخذ ولده عاصما منها فأبى عليه ذلك، وتخاصما إلى أبي بكر رضي الله تعالى عنه وهو خليفة، فقال لعمر، خل بينه وبينها، ريحها ومسها ومسحها وريقها خيرا له من الشهد عندك، وكان هذا القضاء بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحدا منهم، فكان أجماعا منهم على تقديم الأم على غيرها ولو كان أبيا.

مما ذكر السابقون وأجمع عليه الفقهاء، فإن الأم الممتازة في أحقيتها لحضانة أولادها لا ينافيها فيها أحد لعظمة دورها في تربيتهم وتنشئتهم صحيا واجتماعيا وأخلاقيا.²

2- وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكان الأم في ممارسة حقها في الحضانة وأعتبر تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح ما دام ذلك يؤثر سلبا على حالة المحضون النفسية، وأن اسناد حضانتها لشخص آخر يجعل من القرار مخالفا للصواب، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا تحت رقم 220470 مؤرخ في 1999 ما يلي: (من القرار قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا اضر هذا التنازل بمصلحة المحضون ومن تمة

¹ - البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص185.

² - البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ص186.

فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأُمها رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فانهم طبقوا بذلك صحيح القانون).¹

بل أن تنازل الأم عن الحضانة وتراجعها عنها لا يحرمها نهائيا من إعادة اسناد الحضانة اليها ان كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك ن كما جاء في قرار اخر للمحكمة العليا تحت رقم 53340 مؤرخ في 27/03/1989 تبني ما يلي : (من المستقر عليه أن مسالة اسناد الحضانة يمكن التراجع فيها ، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم.

ومتى تبين في قضية الحال - أن تنازل الام عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة اليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا للمادتين : 66 و 67 ومن قانون الاسرة.²

وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأ وفي تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

والواضح أن هذا الاجتهاد عاكس ما كان قبله من القول بأن تنازل الأم عن الحضانة لا يقبل طلب استرجاعها كما جاء في قرار المحكمة العليا، ملف رقم 53340 مؤرخ في 27/03/1989 و الأم أولى بحضانة ولدها المسلم حت لو كانت كافرة.

وقد ورد حق الحضانة للأم في الاتفاقيات الدولية وذلك في إعلان حقوق الطفل لعام 1909 في المبدأ السادس، وميثاق الطفل في الإسلام المادة 16 منه.³

¹ - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 1996، ص168.

² - المادتين 66-67 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

³ - المادة 16 اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 44/25 بتاريخ 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز النفاذ في 02 سبتمبر 1990 وصادقت عليها الجزائر سنة 1992.

ثانيا : أم الأم (الجدة لأم)

رتب المشرع سابقا الجدة لأم في المرتبة الثانية في حال إسقاط الحضانة عن أم المحضون لأي سبب كان، سواءا تعلق الأمر بالوفاة أو الزواج بأجنبي أو أي سبب آخر وعلى هذا المنوال سارت غالبية التشريعات العربية ، ويبقى الاعتبار في ذلك أن أم الأم مشاركة للأم في الإرث و الولادة ، وكذلك لأن الجدة أكثر رأفة و شفقة على المحضون من غيرها.¹

ثالثا : الخالة:

إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، هذا ما اتفق عليه في الأثر، وخالة المحضون بعموم اللفظ سواء كانت أختا شقيقة للأم أو أخت أو أخت من الأب أخت من الأم، وجاء ترتيب الخالة عموما في المرتبة الثالثة بعد الأم و أم الأم، وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء أيضا وصدقته المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري² قبل تعديلها، وكرسه اجتهاد المحكمة العليا في عديد قراراته.

رابعا : الأب

العبرة في الحضانة أن جانب الأنثى أغلب على جانب الذكور لخصوصيتها والهدف من وجودها، ذلك أن الأنثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير و حمايته و الصبر على مشاق ذلك. لكن المشرع الجزائري الذي غلب جانب الأنثى من الأم في الحضانة في المادة 63 من قانون الأسرة.³

¹ - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص169.

² - المادة 64 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

³ - المادة 63 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

قبل التعديل، قد خالف المبدأ من جانب الأبوة بتسبيقه للأب على أم الأب لما قال به الإمام مالك إذا ماتت الأم، كانت رفيقة أو كافرة ، وأنكحت فأم الأم وإن علت أولى من الأب ما لم تنكح، فإن نكحت سقط حقها إلا أن تنكح جد الصبي فلا يسقط حقها ، فإن لم يكن أحد من أمهات الأم فالأب أولى ، ثم بعده أمهات الأب و إن علون أولى من الجد ولا حق لأحد من نساء الأب إلا ملأه الأم ، وأمها ، ولا مع جد ألب إلا لأم الأم و أمهاتها، أو أم الأب و القرابة مع أمهاتها .

و بتقديم المشرع للأب على أم الأب إقرار منه بقدرة الأب على رعاية المحضون كمرعاة النساء له .

2- **المرتبة الثانية مرتبة الرجال العصباء:** يشتمل العصبية من الرجل على ترتيب الميراث، وهم : الأب ، ثم أبو الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق، ثم العم الأب، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عم الأب لأب.¹

3- **المرتبة الثالثة : مرتبة الرجال المحارم غير العصبية:** تشتمل المحارم غير العصبية الرجال وهم : الجد أبو الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم .

ولا ينتقل الى مرتبة من المراتب إلا بعد التأكد من عدم وجود في المرتبة التي قبلها احد مستحق للحضانة بألا يوجد أحد أصلا، أو يوجد من لا يستكمل جميع شروط الحضانة، وإذا وجدت واحدة تستحق الحضانة فهي لها .²

¹ - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2010، ص110.

² - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص111.

الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين بعد تعديل فيفري 2005

أحدث المشرع الجزائري تغييرا في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الامر رقم 27 فيفري 2005 اذ نصت على ما يلي « الأم أولى بحضانة ولدها ثم الاب، ثم الجدة لام ثم الجدة لاب ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي الذي يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة.»

فالتعديل جاء مخالفا لمل سبق تبينه في السابق وجاء معاكسا لما ادلى به فقهاء الشريعة الاسلامية، ويظل البحث عن السبب في تعديل المادة متواصلا طالما ان الاعمال التحضيرية لهذا التعديل لم تصل الى القانونيين والمتبعين في هذا المجال، ومع ذلك يمكن ان نقول ان تعديل المادة 64 من قانون الاسرة جاء معالجا للواقع الذي تعيشه العائلات الجزائرية، لاسيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة¹.

ويذكر بعض المسؤولين في وزارة العدل في الجزائر أن احصائيات أجريت أكدت أهمية النزاع بين الام والاب ودويهما فيما يتعلق بحق الحضانة، كما ان الاب يعتبر أن حقه مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها.

فتعديل 2005/02/27 وأن خرج عن المذهب المالكي وبقيت المذاهب في ترتيب الحاضنين، فانه حاول أن يساوي بين الأم و الأب وأن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر بمبدأ التداول، وفي اعتقادي انه حسن ما ذهب اليه المشرع الجزائري².

¹ - المادة 64 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع. 15 لسنة 2005.

² - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص112.

المطلب الثاني: مصلحة المحضون

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، لأجل ذلك وضعت قاعدة عدة معايير يستطيع من خلالها القاضي حماية الطفل، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي مراعاة مصلحة الطفل المحضون، ولقد لقيت اهتماما كبيرا من طرف المشرعين إلى أن أصبحت الحضانة القاعدة الوحيدة التي يفصل القاضي في موضوع حسم سلطته التقديرية.

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

إن المصلحة لغة تعني المنفعة وهي مثلها لفظا، والمصدر بمعنى الصلاح، وهي اسم لواحدة من المصالح، وتطلق أيضا على المنفعة، وكل ما يبعث على الصلاح وكل ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.¹

أما المصلحة اصطلاحا فلقد عرفها الغزالي بأنها عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ونعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمس: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه المصلحة فهو مفسدة ودفع للمصلحة، ومن الصعب تحديد تعريف لقاعدة مصلحة الطفل لأنها مسألة مستقبل انطلاقا من حاضره، وهذا ما يجعل القاعدة متغيرة وغير ثابتة.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا، فقاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية، أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى، وما يمكن قوله هو أن مصلحة الطفل قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمانية، فهي تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر ومن طفل إلى آخر.²

¹ - محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الفكر، دمشق، 2007، ص292.

² - محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص293.

ولقد أورد المشرع الجزائري هذه القاعدة في عدة نقاط، وهي:

* ترتيب مستحقي الحضانة حسب المادة 64 من قانون الأسرة¹ جاء مع مراعاة مصلحة المحضون.

* تطرقت المادة 65 من قانون الأسرة² إلى انقضاء مدة الحضانة، ومع مراعاة مصلحة المحضون.

* في المادة 66 من قانون الأسرة، في حالات السقوط، تنازل الحاضنة عن المحضون مع مراعاة مصلحة المحضون.

* في المادة 67 من قانون الأسرة³، أوجبت عند الحكم بالسقوط لاختلال أحد الشروط مراعاة مصلحة المحضون.

* في المادة 69 من قانون الأسرة⁴، في حال اسناد أو إسقاط الحضانة من شخص يستوطن في الخارج، مع مراعاة مصلحة المحضون.

فالمشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا للمصلحة، بل ذكرها من خلال المواد المذكورة أعلاه، وكذلك لم يحدد المعايير الواجب العمل بها. وبذلك وجب الرجوع إلى المعايير الواردة في الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة⁵ والتي تتلخص في معيارين:

1 - المادة 64 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.
2 - المادة 65 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.
3 - المادة 67 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.
4 - المادة 69 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.
5 - المادة 222 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.

أولهما: المعيار المعنوي

وهو معيار جوهري له أهمية في حياة الطفل، فالطفل الصغير له حاجة إلى التربية والرعاية بما يضمن نموه السليم، فمصلحة المحضون تقتضي توفير المحيط العائلي المنسجم والمتشبع بالقيم الدينية والأخلاقية وذلك ما ذكره المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة.¹

ثانيهما: المعيار المادي

فالمشرع الجزائري أقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد، أو كان غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه، وهذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.²

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى، وأعطى للقاضي السلطة في تقدير هذه المصلحة، بحيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها، مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة.

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة، له اللجوء إلى عدة وسائل، ومن ذلك:³

¹ - المادة 62 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع. 15 لسنة 2005.

² - المادة 75 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع. 15 لسنة 2005.

³ - مصطفى عبد الغني شيبه، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق و آثاره (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2006 ، ص133.

أولاً: التحقيق والمعاينة

فللقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، وكذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات طبقاً للمادة 43 من قانون الإجراءات المدنية.¹

ثانياً: الانتقال للمعاينة

وذلك لمعرفة المكان الذي تمارس فيه الحضانة، والظروف المحيطة بذلك الوسط مثل: ضيق السكن، مدى قرب السكن من المدرسة...

ثالثاً : الاستماع إلى الشهود

للقاضي أن يطلب حضور الأقارب أو الأصهار أو إخوة أو أخوات أحد الخصوم لتجميع المعلومات وترجيح رأيه طبقاً لأحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية²، غير أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين.

وما يمكن قوله هو أن مصلحة الطفل قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمانية، فهي تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر ومن طفل إلى آخر.³

¹ - المادة 43 من القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 48 صادرة بتاريخ 17 يوليو 2022.

² - المادة 64 من القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 48 صادرة بتاريخ 17 يوليو 2022.

³ - مصطفى عبد الغني شيبه، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق و آثاره (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص134.

خلاصة الفصل:

ان موضوع الحضانة من المواضيع الحساسة كونه يأتي نتيجة فك الرابطة الزوجية والتي بدورها توقع أثرا بالغاً في نفسية الطفل البريء نتيجة حرمانه من الجو الأسري والمعانة لذلك أولت الشريعة الإسلامية أهمية بالغة بموضوع الحضانة وكذا قانون الأسرة الجزائري من أجل توفير الرعاية المادية والمعنوية للطفل الصغير ووضعه عند من يكون قادراً على تربيته والتكفل به ولتحقيق ذلك فقد وضعت شريعتنا السمحاء جملة من الأحكام وذلك من خلال النصوص والاجتهادات المتعلقة بالحضانة.

الفصل الثاني: الآثار القانونية

المرتبة عن الحضارة

تمهيد :

بعد انحلال الرابطة الزوجية أو موت أحد الوالدين لابد من إسناد الحضانة الى مستحقيها حسب الأولوية التي نص عليها القانون لكن الأشكال لا يتوقف بإسناد الحضانة اليها أو الى غيرها حسب ما حدده القانون من التزامات وواجبات تقع على عاتقهما، وإنما يسوقنا الحديث إلى الوقوف عند ذكر أهم الآثار المترتبة عن الحضانة وما يترتب عنه كل هذه الوقفات يتطرق إليه في هذا الفصل و ما يندرج تحته.

و للإجابة على هذه التساؤلات كفيلة بأن ترسم معالم حياة مستقرة و متوازنة و ظروف جد مساعدة كلها تنصب في مصلحة المحضون باعتباره العنصر الرئيسي في هذه الدراسة.

و هنا يتجلى لنا مدى حرص الشريعة الإسلامية في جمع مذاهبها الفقهية و قانون الاسرة الجزائري من خلال الوقوف على مصير المحضون عند سقوط الحضانة أو إنتهائها و أسباب سقوطها و ما يلحق بالمحضون بعد انتهاء الحضانة .

المبحث الأول: الحقوق المقررة لحماية المحضون في التشريع الجزائري.

تحقق الحماية القانونية والقضائية للمحضون من خلال العناية والاهتمام برعاية حقوقهم، لأن هؤلاء الأطفال هم جيل المستقبل فبصلاحهم يصلح المجتمع وبفسادهم يفسد المجتمع، فلا بد أن تكون النصوص والأحكام تتماشى ومصلحتهم وحقوقهم وتكفل لهم الرعاية اللازمة والكاملة.

المطلب الأول: الحقوق المادية لحماية المحضون في التشريع الجزائري

إن حماية المحضون تتطلب حتما تغطية الجانب المادي في حياته نظرا لأهميتها في حياته، لذا نجد أن المشرع الجزائري خصص الكثير من الأحكام للمحضون حتى تحفظ حقوقه المادية.¹

الفرع الأول: حق المحضون في النفقة

إن الحق في النفقة يعد من أهم الحقوق المالية التي كفلتها الشريعة الإسلامية والتشريعات الداخلية والمواثيق الدولية للطفل، خاصة في حالة ما إذا كان هذا الأخير عبارة عن محضون فمن خلال النفقة تصان حياته وتوفر له الحماية والرعاية الضرورية، ومن هنا فإن أهم النقاط التي يجب أن تتوفر لضمان حق المحضون في النفقة، تتمثل في تعريف نفقة المحضون (أولا) ثم التعرض إلى شروط نفقة المحضون، (ثانيا)، فضلا عن تقدير نفقة المحضون (ثالثا) والحديث عن ضمانات تكريس حق المحضون في النفقة (رابعا).

أولا: تعريف نفقة المحضون

فالنفقة على الطفل حق من حقوقه الأساسية، قرره له الشريعة الإسلامية ولحقها في ذلك المشرع فلقد فرضت الشريعة على الآباء النفقة على الأبناء، فالنفقة عطاء وبذل من الوالد على ولده أمر الله بها في كتابه فقال تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ، فَلْيُئْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا عَاتَتْهَا

¹ - أحمد إبراهيم عطية نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني، القاهرة 2008، ص144.

سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا¹، وقد فضل رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقدم نفقة العيال على غيرها من النفقات حيث قال: "أفضل دينار ... ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله ودينار ينفقه الرجل على دابته في سبيل الله. ودينار ينفقه على أصحابه في سبيل الله"، وبذلك فان النفقة هي التي بها قوام حياة الطفل، وصلاح معاشه فلهذا أمر الله بها وجعلها حقا من الحقوق الواجبة للطفل على من تلزمه نفقته.

أما المشرع الجزائري فلم يتعرض إلى تعريف النفقة واكتفى بالإشارة إلى مشتملاتها في نص المادة 78 من ق.أ.² التي تنص: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

إذا حسب نص المادة السالفة الذكر فإن المشرع ذكر مشتملات النفقة على سبيل المثال لا الحصر، وعليه فإن تحديد مشتملات النفقة يحدد حسب عرف وعادة كل منطقة في الجزائر بالنسبة لقانون رقم (01-24) المتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة³، وطبقا لنص المادة 02 منه فإن المقصود بالنفقة بموجب هذا القانون هي: "النفقة: المبلغ المالي المحكوم به قضاء وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين وكذا النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق".

¹ - الآية رقم 07 من سورة الطلاق.

² - المادة 78 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

³ - المادة 02 من القانون رقم 06-24 المؤرخ في 28 أبريل 2024 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع 30 صادرة بتاريخ 30 أبريل 2024.

ثانيا :شروط نفقة المحضون

نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري¹ على أن نفقة الأولاد عموما سواء أكانوا مع والديهم في إطار العلاقة الزوجية قائمة، أو محضونين في حالة حضانة بعد انحلال علاقة الزواج والفرقة بينهما بقولها: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب " يستوجب من نص هذه المادة أن نفقة الولد الذي لا مال له تكون على أبيه، وتستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد، أما البنت فإلى زواجها والدخول بها لينتقل واجب النفقة عليها من الأب إلى الزوج، كما تستمر نفقة الأب على أولاده العاجزين عن الكسب لعاهة عقلية أو بدنية، أو لسبب مزاولتهم الدراسة.

كما بينت لنا هذه المادة أن وجوب نفقة الأب على الأبناء يسقط في حالة الاستغناء عنها بالكسب، فلا تجب نفقة الأب على ابنه الذي أنهى دراسته وأصبح له دخل عمل أو حرفة، كما يسقط واجب النفقة عن الأب المعسر غير قادر على توفيرها بأن يكون عاجزا عنها لا متقاعسا عنها ليحل غيره محله، لتنتقل إلى الأم بشرط قدرتها عليها وبذلك بان يكون لها مال وهذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري² بقولها: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا قادرة على ذلك".

¹ - المادة 75 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

² - المادة 76 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

ثالثا : تقدير قيمة النفقة

بالنسبة لتقدير قيمة النفقة فإن الأصل أن الأب ينفق على ابنه المحضون دون ما حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناعه عن ذلك فإنه يكون لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذا الأخيرة النفقة بالحضانة لذلك فقد نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري¹ على مسألة تقدير النفقة بقولها: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يرجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، يستشف من نص هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير نفقة الزوجين، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون وذلك في إطار تحقيق احتياجاته ورعاية مصلحته .

إذ أن هذه المادة تقرر أن القاضي لما يقدر النفقة يأخذ بعين الاعتبار وسع الزوج وحاله في اليسر والعسر وأن يراعي المعروف بحسب الأزمنة والأمكنة وحسب الأحوال والأشخاص وما يستشف من هذه المادة أيضا أنه لا يجوزوا للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها، ويجب على القاضي حينئذ _ أي حين إعادة النظر في تقدير مراعاة المعايير السابقة المنصوص عليها في المادة وعليه فإن عدم تسديد النفقة المحضون يعد جنحة تستحق المتابعة والجزاء بنص المادة 331 عقوبات²، وذلك تدعيما لنص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

رابعا : ضمانات تكريس حق المحضون في النفقة

لضمان تكريس حق المحضون في النفقة أصدر المشرع القانون رقم 01-24 والمتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة.

¹ - المادة 79 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

² - المادة 331 من القانون رقم 06-24 المؤرخ في 28 أبريل 2024 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع 30 صادرة بتاريخ 30 أبريل 2024.

فالنفقة هي حق مخصص لحماية الأطفال المحضون وهذا القانون من المفترض أنه يعمل على حماية هذه الفئة من أجل استيفاء حقها المادي تقاديا للحاجة والعوز إذا فالهدف من القانون رقم 01-24 المتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة هو تخصيص مبلغ مالي للمحزون في حالة تخلي المدين عن دفع النفقة الذي من خلاله يحق للمرأة المطلقة الاستفادة من النفقة المقررة للمحزون شرعا وقانونا.¹

الفرع الثاني: حق المحزون في السكن

خول الشارع الحكيم والمشرع الوضعي الطفل المحزون مجموعة من الحقوق، ويعتبر "المسكن" أحدها، بل أهمها، ويجد هذا الحق سنده الشرعي في عموم النصوص الدالة على مبدأ النفقة على الأولاد، مثل قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ وَجُوبَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾²، ولما لحق المحزون في السكن من أهمية وضرورة لحمايته كان لابد من تعريف حق المحزون في السكن (أولا) والتطرق إلى شروط تمتع المحزون بحقه في السكن (ثانيا)، والتعرض إلى مواصفات سكن المحزون (ثالثا)، وأخرا الحديث عن التدابير الحمائية لحق المحزون في السكن (رابعا).

أولا: التعريف بحق المحزون في السكن

إن سكن المحزون أو السكن المخصص لممارسة الحضانة التعبير الأكثر استعمالا لدى (المحكمة العليا) هو مأوى المحزون وحاضنته اللائق بهما بحسب حال المحزون له يسارا أو إعسارا. هو المكان الذي يتطلب لتحقيق مضمون الحضانة مثل ما نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة.

¹ - القانون رقم 01-24 المؤرخ في 11 فبراير 2024 المتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة، ج.ر.ع 10

صادرة بتاريخ 14 فبراير 2024.

² - الآية 233 من سورة البقرة.

نصت المادة 72 من قانون الأسرة¹ على أنه ((في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى في بيت الزوجية الغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن)).

تضمنت هذه المادة العديد من القواعد القانونية، إذ ألزمت الأب بالتوفير العيني لمسكن لائق الحاضنة لأولاده المحضونين، وفي حالة تعذر ذلك يلتزم بأداء مبلغ مالي كبديل للإيجار.

ووفقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة لا يغادر المحضون وحاضنته بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم المتعلق بسكن المحضون.

كما أقر المشرع الجزائري في المادة 72 من قانون الأسرة المذكور أعلاه حقاً واجباً للمحضون وهو استقراره في مسكن إلى حين بلوغ المحضون الذكر السن القانوني المحدد في عشر (10) سنوات، أو بلوغ الأنثى المحضونة من الزواج (19) سنة، طبقاً لنص المادة 64 من قانون الأسرة:² ((تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها من الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة ..)) .

ثانياً : شروط تمتع المحضون بحقه في السكن.

وهي كالآتي:

1- صدور الحكم القاضي بإسناد الحضانة: بما أن الحضانة تعتبر من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، وأن انحلال الرابطة الزوجية لا يثبت إلا بحكم قضائي، طبقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة³ لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من رفع الدعوى.

¹ - المادة 72 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

² - المادة 64 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

³ - المادة 49 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

على هذا الأساس فمن شروط حصول الحاضنة مع محضونها على حق السكن صدور حكم قضائي بات بإسناد الحضانة لها، ولأن فترة الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية تستغرق وقتاً طويلاً نسبياً، بحكم أن القاضي ملزم بالقيام بمحاولات الصلح كإجراء جوهري قبل الحكم بالتفريق بين الزوجين، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من رفع الدعوى، فقد تظن المشرع إلى مسألة في غاية الأهمية، تتمثل في وضع حق المطلقة في مسكن لممارسة الحضانة بين إقامة دعوى فك الرابطة الزوجية وصدور حكم بات فيها، فنص في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة¹ بأنه: (يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة فيها جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن).

2- أن تكون الحاضنة هي أم للمحزون : أن تكون الحاضنة هي أم المحزون : تملك الأم حق المطالبة في المسكن، كون أنها هي الحاضنة وهي التي تقوم بممارسة الحضانة، لأن الحضانة مرتبطة بالمسكن، والأم الوحيدة التي لها حق المطالبة بهذا المسكن بصفتها تقوم برعاية الولد، وتسهر على حفظه وتربيته، ولها صفة التقاضي في طلب تهيئة مسكن لمحزونها لممارسة الحضانة فيه باعتباره عنصر من عناصر النفقة المستحقة للمحزون شرعاً وقانوناً، فإذا لم يحكم لها بالمسكن لها حق المطالبة ببديل الإيجار طبقاً لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة².

¹ - المادة 57 مكرر من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

² - المادة 72 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

حيث اعتبرت المحكمة العليا في مبادئها أن «: الأم دائماً محقة طلب مسكن ممارسة الحضانة أو بدل الإيجار لمصلحة المحضون». كما أن « إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو أجرته»، ولا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار، باعتبارهما من مشمولات النفقة، حتى ولو كان للحاضنة سكن»، و « يمكن للحاضنة المطالبة ببديل الإيجار في أي وقت، ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجية الشيء المقضي فيه، لأنه حق للمحضون، وللأم حق المطالبة به، ما دامت هي الحاضنة وهي تشرف على رعايته وتربيته والقيام بشؤونه. وعليه، فإن الأم الحاضنة هي الوحيدة التي لها حق المطالبة بمسكن ممارسة الحضانة أو بدل الإيجار في حالة عدم قدرة المطلق على توفير المسكن لها، وهذا طبقاً لما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها.¹

3- أن يكون السكن ملائماً لممارسة الحضانة: إذا وفر الأب السكن للمحضون تنفيذاً للحكم القاضي عليه بذلك، يجب أن يكون هذا السكن ملائماً كما نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة ملائماً للحاضنة". والظاهر أن إرادة المشرع تقصد ملائماً للحضانة، يجعل معيار الملائمة معياراً شخصياً وليس معياراً موضوعياً، وهو ما يعقد مهمة القضاء في تجسيد مصلحة المحضون؛ إذ إن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل..²

ثالثاً: مواصفات سكن المحضون

إن الأب ملزم بتوفير مسكن الحضانة هو حق مقرر للمحضون وعدم وجوده في العلاقة الزوجية المنفكة يعني عدم استحقاق الحاضنة تقرير هذا الحق ولما له من أثر على استقرار المحضون فكان من الضروري توفر جملة من المواصفات به تضمن توفير الرعاية الكاملة للمحضون.³

¹ - أحمد إبراهيم عطية نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، المرجع السابق، ص151.

² - أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص225.

³ - أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، المرجع السابق، ص226.

1- أن يكون مسكن الحضانة مناسباً : يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق للحضانة، أن يكون مناسباً للمحضون والحاضنة سواء ، لتتمكن الحاضنة من أدائها لواجباتها نحو محضونيها على أكمل وجه، فينبغي أن يتم تزويده بكل متطلبات المعيشة والتناسب هنا يتلاءم ويسار الأب حيث لا يكون اختياره للمسكن بقصد الإضرار بالحاضنة ووضعها الاجتماعي فيجب أن يكون المسكن مشتملاً على كل ما يلزم من أثاث وفراش و أواني ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة ويراعى في ذلك حالة الزوج المادية من يسر وعسر ووضعه الاجتماعي".¹

2- أن يكون مسكن الحضانة مستقلاً: يقصد بمسكن مستقل المسكن الذي لا يشارك فيه آخرين مع المحضونين والحاضنة، ويعتبر شرعاً مسكن قائم بذاته ولو كانت مرافقه الأخرى مشتركة وضرورة استقلالية مسكن الحضانة يراعى من خلالها مصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن وبين الجيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى، وعليه فإعداد مسكن الحضانة يقاس بقدر إعداد مسكن الزوجية من مواصفاته الشرعية فالأمر يتعلق بالمحضون ورعاية الأسرة في المجتمع حتى إذا كان المشرع الجزائري قد أغفل في إسكان المحضون اشتراط شرعية سكناه شأنه شأن المواصفات الشرعية المطلوبة في توفير مسكن للإقامة الزوجية.²

¹ - أحمد محمد داوود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، الطبعة الأولى ، دار الثقافة، عمان الأردن، 1427هـ - 2006، ص169.

² - أحمد محمد داوود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، المرجع السابق، ص170.

رابعاً: التدابير الحمائية لحق المحضون في السكن

لا شك أن الغاية من إقرار حق سكن المحضون وتحديدده بشكل مستقل عن باقي المستحقات الأخرى بموجب المادة 72 من قانون الأسرة، والتأكيد عليه باعتباره من مشتملات النفقة طبقاً لأحكام المادة 78 من نفس القانون¹ والتي تنص على أنه: ((تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته...))، تتمثل في توفير الحماية اللازمة للمحضون في مسكن يأويه من التشرّد والضياع ويضمن نشأته في جو من الدفء الأسري رفقة حاضنته التي تتواجد معه بصفة تبعية، ثم أن المنع التشريعي الصريح للأب من إخراج المحضون رفقة حاضنته من بيت الزوجية قبل أن يهيئ سكن له، أو تأدية المبلغ الذي تقدره المحكمة لإيجاره، يكرس لا محالة حماية لمتنع المحضون بحقه في المسكن والمأوى وتأمين العيشة السوية المستقرة.

غير أن ما يجب التنبيه إليه هو أن مسألة بقاء المحضون مع حاضنته ببيت الزوجية تثير إشكالية تتعلق بعدم التنصيص على خروج الزوج من هذا المسكن بعد الطلاق، وخاصة عند وجود خلافات ومنازعات ربما هي التي أفضت إلى الطلاق، تخلق بيئة من التوتر الشديد بين الأب والأم مما يجعل مناسبة للخصام وتبادل الشتائم مما يضع الطفل في مواقف صعبة تدخل عليه القلق والتمزق بين أبوين لا يعيان الضرر الذي يلحقانه بالطفل وهو دون شك أمر يتنافى مصلحة المحضون ويجعله رهينة للصراعات بين أبويه ... فلا المشرع ولا القاضي اهتم بهذا مع الإشكال وعالجه.²

¹ - المادة 78 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

² - أنور العمروس، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين النصوص الفقه ومبادئ النقض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2005 ، ص574.

المطلب الثاني: الحقوق المعنوية لحماية المحضون في التشريع الجزائري

تعتبر الحقوق المعنوية لحماية المحضون في التشريع الجزائري معيارا جوهريا لما له أهمية في حياة المحضون خاصة وأنه في سن صغير جدا وهو في حاجة دوما إلى التربية والرعاية بما يضمن نموه السليم وتربية المحضون تقتضي توفير المحيط العائلي المنسجم المتشبع بالقيم الدينية والأخلاقية وهذا يخلق علاقة وطيدة بينه وبين المحضون فهو السبيل إلى الاستقرار الروحي والعقلي له أيضا، فحق الزيارة يعتبر كذلك عامل مهم في الحقوق المعنوية لحماية المحضون في التشريع الجزائري.¹

الفرع الأول: الحق في الرعاية النفسية و الأدبية و الدينية

يعتبر هذا الحق من أهم الحقوق المعنوية لحماية المحضون في التشريع الجزائري والتي لها تأثير على شخصيته ولقد اعتنى المشرع الجزائري بهذه الجزء والذي سنتم التطرق إليه حيث قسمنا هذا الفرع إلى ثلاث أقسام (أولا) الحق في الرعاية النفسية (ثانيا)، الحق في الرعاية الأدبية، (ثالثا) الحق في الرعاية الدينية.²

أولا: الحق في الرعاية النفسية

يبدأ تأثير الأسرة على الطفل من خلال العلاقة الوثيقة التي تنشأ بين الأم والطفل، ثم العلاقة بين الأب والطفل في مرحلة لاحقة ولا شك أن غياب أحد الأبوين، خاصة الأم بسبب انحلال الرابطة الزوجية، يؤثر في تكوينه، فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب والطمأنينة والعطف، إذ تعتبر قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة، فما يلقاه الطفل المحضون من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته، سواء النفسية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره لأنها تتعلق بالمحضون في أولى مراحل حياته، وعليه فإن المشرع الجزائري سعى إلى تحقيق الأمان العاطفي للمحضون عن طريق تشبع الطفل بالمشاعر داخل الأسرة، والذي يجده خاصة مع الأم لما

¹ - أنور العمروس، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين النصوص الفقه ومبادئ النقض، المرجع السابق، ص575.

² - أحمد لعور نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة، دار المهدي، الجزائر، 2005، ص41.

لها من الصبر والوقت والعطف والراحة على محضونها، والذي لا يمكن أن يجده مع شخص آخر، ما يوفر الاستقرار والثبات في حياته، ومنه الاحترام المتبادل من أفراد الأسرة.¹

ثانيا : الحق في الرعاية الأدبية

تعتبر نقطة مهمة في تكوين شخصية المحضون فنفسية المحضون الثابتة تنعكس بإيجاب على تربية الطفل وتكوين شخصيته، فالاستقرار والأمن ينتجان عن الديمومة في التصرفات اليومية الصادرة عن الأشخاص الذين يعيش معهم المحضون، فشخصية الطفل تتأثر بما يحيط بها من أجواء، وهي تبني على الخلفيات التي تنشأ في المحيط الدائر به وتتكون خلال سنواته الأولى من عمره.²

ثالثا: الحق في الرعاية الدينية

يولد الطفل على فطرة التوحيد، طاهر النفس، نقي الجوارح، سليم العقيدة، وفي ذلك يقول الله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: " فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ " من جانب الفقه القانوني يذهب الفقيه جون دني برودان أن الانتماء الديني للطفل يعود للأب مثل كل ما هو متعلق بالحالة، وأن التربية الدينية تخضع للسلطة الأبوية، في حين يرى الفقيه جون كربوني أن دين الطفل يدمج في حالة الطفل شأنها شأن الاسم والجنسية. وأن صلاحية الأب في تقرير دين الطفل لا تعود إلى سلطته الأبوية بل بمقتضى المبدأ القانوني الذي يقضي بأن الطفل يتبع المركز القانوني للأب.³

¹ - أحمد لعور نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة، المرجع السابق، ص42.

² - العيش فوضيل، قانون الأسرة مدعماً باجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص52.

³ - الآية 30 من سورة الروم.

بالنظر للقانون الدولي فقد أقر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية هذا المبدأ من خلال المادة¹ 133 منه وكذلك ما تضمنته المادة 18-04 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وبخلاف ذلك فقد نادت اتفاقية الطفل 1989 من خلال الفقرتين 1 و 2 من المادة 14 منها باحترام الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين وقصرت حقوق وواجبات الوالدين وكذلك، تبعا لأوصياء القانونيين عليه، في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تتجسم مع قدرات الطفل المتطورة. مما أدى بالعديد من الدول الإسلامية المصادقة على هذه الاتفاقية للحفاظ على هذه المادة، ومنها الجزائر، وقد فسرت الحكومة الجزائرية تحفظها على أحكام الفقرتين من المادة² 21 بمراعاة الركائز الأساسية للنظام القانوني الجزائري، وبالأخص الدستور الذي ينص في المادة 32 منه على أن الإسلام دين الدولة، وفي مادته 35 على أنه لا مساس بحرمة حرية الرأي.³

مما تقدم يتضح أن القانون الجزائري أفصح عن موقفه بكل وضوح والذي يتمثل في تبني المبدأ القانوني الذي مفاده أن تربية الطفل تكون على دين أبيه والذي تضمنه قانون الأسرة من خلال نص المادة 62 والتي تعرف الحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهل على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، كما اشترطت أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بذلك، وهذا يعني أن القدرة على تربية المحضون على دين أبيه شرط من شروط الحضانة وبموجب المادة 67 المعدلة من ق.أ التي تقضي بأن حق الحضانة يسقط على الحاضن باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ذات القانون.⁴

¹ - المادة 133 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

² - المادة 21 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

³ - المادة 35 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

⁴ - المادة 62 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة

2005.

الفرع الثاني: حق المحضون في الزيارة

حق الزيارة هي من حقوق المحضون التي لا يجوز تجنبها فهو حق محمي فقها وقانوني وعليه ولقد قسمنا هذا الفرع إلى ثلاث أقسام مثلناها في (أولا) مفهوم حق المحضون في الزيارة (ثانيا) مكان الزيارة، (ثالثا) الأهداف المقصودة من حق زيارة المحضون.

أولا : مفهوم حق المحضون في الزيارة.

1-تعريف حق المحضون في الزيارة لغة :تأتي بمعنى جيء شخص إلى آخر لرؤيته والبقاء معه مدة معينة، أو استقبال زائر.

2-تعريف حق المحضون في الزيارة اصطلاحا: فقد عرفها بعض الفقه على أنها رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية، ولقوله تعالى "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لأتكلف نفس إلا وسعها ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له على الوارث مثل ذلك" وكذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلکم راع وكلکم مسؤول عن رعيته فالوالد في أهله ومسؤول عن رعيته والمرأة راعية في مال زوجها وولده ومسؤولة عن رعيته، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته ألا كلکم راع وكلکم مسؤول عن رعيته فالطفل في السنين الأولى لا يعي مفهوم الخطر الحقيقي، ومن هنا كان على الوالدين رقابة صغيرهما من أي خطر يهدد حياته.¹

ثانيا : مكان الزيارة

نصت المادة 69 من قانون الأسرة² على أنه " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة مراعاة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه، مع مصلحة المحضون فثبتت الحق في الحضانة متروك أمر تقديره للقاضي، لذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها أنه من المقرر شرعا وقانونا أن تسقط

¹ - العيش فوضيل، قانون الأسرة مدعماً باجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص55.

² - المادة 69 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

الحضانة بسبب بعد المسافة حالة في إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر. ويفرق جمهور الفقهاء والمالكية والشافعية والحنابلة بينما إذا كان سفر الحاضنة للنقلة والانقطاع فتسقط حضانة الأم وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة، والأب هو الأولى بالمحضون، أما إذا كانت منقضية عدتها فإنه يجوز لها الخروج بالمحضون إلى بلد آخر الأحوال الآتية :

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

- إذا خرجت إلى مكان بعيد مع تحقق الشروط التالية:

1-أن يكون الزوج قد عقد نكاحه عليها في هذا البلد.

2-ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه دار حرب¹.

ثالثا: الأهداف المقصودة من زيارة المحضون

يتمثل دور حق الزيارة في ترسيخ صلة الرحم من خلال تمتين العلاقات الأسرية ومن جهة أخرى أداة للوقوف ورقابة المحضون وسن فصل في هذا على النحو التالي²:

1.حق الزيارة لمتتين العلاقة الأسرية : تعد الحضانة من الأمور المهمة للطفل المحضون فلذة كبد الوالدين والأسرة والمجتمع أثناء قيام الزوجية وبعد الفرقة، فلا بد للمحضون أن ينعم برعاية حقيقية لا تشعره بفراق والديه وعلى الوالدين أن يتفهموا حالة المحضون وإلا تدخل القانون بما له من سلطة ملزمة لتنفيذ ما يعانيه المحضون من مشاكل عميقة وخطيرة بحسب اعتباراته المتعددة بتنفيذ ما هو مطلوب، ولقد قررت زيارة المحضون لحماية المصالح الاجتماعية للمحضون، غير أنه يجب أن تكون لزيارة دور في تحقيق الرعاية اللازمة للمحضون من خلال تمتين علاقة القرابة وكذلك الإشراف على تربية ورقابة المحضون

¹ - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة دار المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، د.ت، ص164.

² - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص165.

ويعتبر الحق في الزيارة أداة لتقويم العلاقات الأسرية، ينبغي الإشارة إلى أن تبادل الزيارة بين الأشخاص، كما هو مسطر في باب المجاملات حرية لا يمكن لأحد أن يفرضها على الآخر فهي التزام أدبي أو ديني تخرج عن أي جزاء القانوني، ولكن هذه الحقيقة لا يمكن تطبيقها على المحضون الذي هو بحاجة ماسة إلى رؤية والديه أو أقاربه، هذه الزيارة تعتبر إليه مصدرا للحنان والعطف.¹

2-الزيارة أداة لرقابة مصلحة المحضون :ورغم الأهمية البالغة التي تلعبها الزيارة في تمتين الروابط العائلية والرقابة على المحضون وهذا يجعله يتربى على دين أبيه وتعليمه وتفقد صحته وخلقه حتى نحقق أهداف المادة 63 من قانون الأسرة²، وهي كذلك وسيلة غير مباشرة لرقابة الحاضنة في ممارستها اليومية للحضانة، وقد ذهب فقهاء المالكية إلى أنه من حق الأب أن يأخذ المحضون من حاضنته ليسلمه إلى أحد الكتاب لتعليمه أو إلى الصانع لتدريبه، ولكن أن لا يبيت إلا عند حاضنته، وعليه يجب ممارسة زيارة المحضون ممن له الحق في ذلك، وعليه وجب من كان تحت عهده ترك المحضون أن يتصل بأبيه أو أمه حتى يُراعي مصالحه ويُراقب شؤونه ويوجهه التوجيه السليم، وبالمقابل إذا كان الأب هو الحاضن وجب عليه أن لا يحرم الأم من الالتقاء بولدها، لأنها بفطرتها تحمل الحنان والعطف والشفقة ستمكن بواسطة هذه الزيارة من تقديمها له.³

¹ - أبو الفضل عادل، فتاوي المرأة المسلمة، دار الكتاب الجزائر، 1428 هـ، 2007 م، ص522.

² - المادة 63 من القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

³ - أبو الفضل عادل، فتاوي المرأة المسلمة، المرجع السابق، ص523.

المبحث الثاني: انقضاء الحضانة

لقد أخذ كل من الفقه الإسلامي والقانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، ولهذا عدوا شروطاً معينة، فإذا وقعت الحضانة مستوفية مقوماتها وشروطها كانت صحيحة يجوز لمستحقها أن يولّاها بمجرد الحكم بها ومعنى ذلك أنه إذا توفرت في الحاضر الأهلية للقيام بالحضانة كما سبق شرحها، فله أن يمارسها وقد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيسقطها، فتسقط عن الحاضر وتسند إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط، إلا أن سقوط الحضانة عن الحاضر، أي خروج المحضون من تحت يده، هو خروج مؤقت، فقد يعود المحضون إلى الحاضر إذا ازل سبب السقوط.

المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة وعودتها

تسقط الحضانة بوجود مانع منها، أو زوال شرط من شروط استحقاقها، كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، وكأن يصاب الحاضر بآفة كالجنون والعتة، أو يلحقه مرض يضر بالمحضون، أو بسبب سفر الولي أو الحاضر حسب ما هو مبين في مكانه، وقد تسقط الحضانة إسقاط بسبب المستحق لها. كذلك إذا أسقط الحاضر حقه ثم عاد وطلب أجيب إلى طلبه، لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة¹.

وإذا امتنعت الحضانة لمانع ثم زال المانع كأن عقل المجنون، أو تاب الفاسق، أو شفي المريض، عاد حق الحضانة، لأن سبيلها قائم وأنها امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم طبقاً للقاعدة المعروفة إذا زال المانع عاد الممنوع².

¹ - أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص187.

² - أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص188.

الفرع الأول : أسباب إسقاط الحضانة وفقا للشريعة الاسلامية

أولا : موقف الشريعة الإسلامية

سقوط الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي ان الحق في الحضانة يسقط بوجود مانع من الحضانة، أو انتقاء وتخلف شريط من شروط استحقاقها، كأن يصاب مستحق الحضانة بالجنون، أو بمرض يصر المحضون أو كان مستحق الحضانة عبر أمين أو تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون .

واستثنى المالكية حالات لا يسقط فيها حق الخاصة بتزوجها من أجنبي من المحضون، وهذه الحالات هي:¹

- 1- أن يعلم من له حق الحضانة بعدها بدخول زوجها بها، وسقوط حقها بالحضانة ولكن يسكت بعد علمه بذلك دون عذر لمدة سنة، فحينئذ لا تسقط حضانتها .
- 2- أن لا يقبل المحضون غير مستحقة الحضانة، أما كانت أو غيرها، فلا تسقط حضانتها بدخول الزوج بها .
- 3- أن لا تقبل المرضعة أن ترضعه عند بدل أمه الذي انتقلت له الحضانة بسبب تزوج الأم.
- 4- أن لا يكون للولد حاضن غير الحاضنة التي دخل بها، أو يكون له حاضن غيرها ولكنه غير مأمون، أو عاجز عن القيام بمصالح المحضون.
- 5- أن لا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على المحضون، وذلك في رواية، وفي رواية أخرى لا يشترط ذلك.

¹ - المكي صلوح و شهرزاد عبد الله ، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والفقه و الإجتهد القضائي ، مجلة العلوم الإنسانية ، الجزائر ، مجلد 05 ، العدد 1 ، 2020 ، ص336.

كما أن الحضانة تسقط بسبب سفر الحاضن، أو الولي مع مراعاة ما تم ذكره في هذه المسألة فيما سلف، وقد تسقط الحضانة بسبب إسقاط المستحق لها إلا أن الحق في الحضانة قد يعود بعد سقوطه أو إسقاطه، فإذا أسقط الحاضن حقه في الحضانة ثم عاد وطلب الحضانة أجيب إلى طلبه؛ لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان، و إذا امتنعت الحضانة لمانع ثم زال هذا المانع، كأن تاب الفاسق، أو شفي المريض، أو عقل المجنون، عاد له حق الحضانة.¹

وهذا كله متفق عليه عند جمهور الفقهاء - الأحناف والشافعية والحنابلة إلا أنهم اختلفوا في بعض التفاصيل، وبيانها على النحو التالي:²

6-فقال الحنابلة وهو المذهب عند الشافعية :إن حق الحضانة يعود بطلاق المنكوحه من أجنبي فور الطلاق، سواء أكان بائناً أم رجعيًا دون انتظار انتهاء العدة وذلك لزوال المانع. وعند الحنفية والمزني من الشافعية أن حق الحضانة يعود فور الطلاق البائن أما الطلاق الرجعي يعود حق الحضانة بعده إلا بعد انتهاء العدة.

7-أما المالكية فإنهم يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري . فإذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري لا يقدر معه الحاضن على القيام بحال المحضون كمرض الحاضن أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة، أو سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفاء الحاضنة من المرض، أو عودة الولي من السفر، أو عودتها من أداء فريضة الحج، عادت الحضانة للحاضن، لأن المانع كان هو العذر الاضطراري وقد زال، وإذا زال المانع عاد الممنوع.³

¹ - المكي صلوح و شهرزاد عبد الله ، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والفقہ و الإجتہاد القضائي، المرجع السابق، ص337.

² - دباغ رقية، الإختيارات الفقهية للمالكية في باب الحضانة وأثرها على قانون الأسرة دراسة نماذج، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد خاص، 2020، ص14.

³ - دباغ رقية، الإختيارات الفقهية للمالكية في باب الحضانة وأثرها على قانون الأسرة دراسة نماذج، المرجع السابق، ص15.

و اذا كان سقوط الحضانة بسبب اختياري، كأن تتزوج برجل أجنبي من المحضون ثم طلقت، أو أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بإرادتها دون عذر ، ثم أرادت العودة للحضانة، فلا تعود الحضانة بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق الحاضن وهو المشهور عند الإمام المالك.

لكنهم قالوا إذا كانت الحضانة لا تعود للمطلقة إلا أنه من حق من انتقلت له الحضانة رد المحضون لمن انتقلت عنه الحضانة، فإن كان الرد للأم فلا مقال للأب، لأن المحضون نقل لما هو أفضل، وإن كان الرد لأختها مثلا فلاأب المانع من ذلك، فمعنى أن الحضانة لا تعود، هو أن من انتقلت له الحضانة لا يجبر على رد المحضون، وله رده باختياره ومن بين الحالات التي تسقط فيها الحضانة فعند المالكية أربعة أسباب وافقهم في أغلبها غيرهم... 1-سفر الحاضن سفر نقلة و انقطاع إلى مكان بعيد، وهو مقدار 132 كلم، فلو سافرت الحاضنة ستة برد فللولي اخذ المحضون و تسقط حضانتها إلا إن تسافر معه.¹

2-إصابة الحاضن بآفة، كالجنون والعتة أو بمرض خطير يضر بالمحضون، كالجذام والبرص لأنه لا يتأتى منه الحفظ، فهي تحتاج إلى من يقوم بشؤونها 3-فسق أو قلة الدين الحاضن أو الحاضن ، لأن المحضون لا حظ له في حضانة الفاسق؛ لأنه يتربى وينشأ على طريقته.

4- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون.

5-و كذا تسقط الحضانة عند الشافعية والحنبلة بالكفر.

6- إذا كان بيت الحاضن غير مأمون، بأن كان بيته مأوى للفاسق، أو يجاورهم، بحيث يخاف على البنت المحضونة المطيقة منهم الفساد، وعلى الولد المحضون سرقة ماله وغصبه

¹ - سامية بن قويه آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 1 ، 2010، ص28.

7- الجدة إذا سكنت مع بنتها سقطت حضانتها.

8- تسقط الحضانة بالنشور عند الزيدية¹.

ثانيا : الموقف المشرع الجزائري

حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أجل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه.

لقد نص المشرع الجزائري على الحالات أو الأسباب التي تسقط فيها حق الحضانة الواردة في المواد 66 إلى 70 من ق.ا.ج، وهذا ما يتم بيانه فيما يلي:²

1-زواج الحاضنة بغير قريب محرم:

تسقط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي، أي بغير قريب محرم، ولا تسقط بزواج القريب وهذا ما نصت عليه المادة 66 من نفس القانون على إن: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون .

هذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه:" من المقرر 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 اشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة.³

¹ - سامية بن قوية آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص29.

² - المواد من 66 الى 70 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

³ - صليحة بوجادي ، مقالة الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12 ، العدد 01 ، سنة 2021، ص153.

لذلك يستوجب نقض قرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدها
لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة.

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.
ومن خلال ما تقدم نجد أن المشرع الجزائري، بنصه للمادة 66¹ بقواعدها الآمرة، قد
قيدت من سلطة القاضي، الذي جعل مجرد زواج الحاضنة ولو كانت أما مسقطا لحقها في
الحضانة، إلا إذا تبين أن هذا التنازل الضمني عن حقها، يضر بمصلحة المحضون فعلى
القاضي أن يحكم بخلاف ذلك .

ترى الأستاذة حميدو زكية تشوار أنه : " على المشرع الجزائري إدخال تعديل على
المادة 66 من قانون الأسرة بأن لا يجعل أمر إسقاط الحضانة بالتزوج وجوبيا وحتميا ،
وإنما يفيدها باستثناءات كما فعل المشرعن المغربيين و التونسي، تتمثل منها خاصة في
حالة عدم وجود حاضنة للمحضون سواها أو في حالة عدم وجود من يخاصم الحاضنة
ممن له الحق في الحضانة، أو في حالة ما إذا كان الحاضن الذي مرتبة غير مأمون أو
عاجز أو إذا كان المحضون رضيعا لا يقبل إلا ثدي أمه..."²

2-تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة:

أجاز المشرع الجزائري التنازل عن الحضانة حيث اعتبرها حقا له، ولكن قيد هذا
التنازل بعدم الاضرار للمحضون، ولكنه لم يوضح الحالات التي يكون فيها هذا التنازل،
مما يعني الاستناد إلى ما قرره فقهاء الإسلام في هذا الصدد، إذ ينبغي لإحداث هذا الأثر
أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون وأن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي

¹ - المادة 66 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع 15 لسنة 2005.

² - صليحة بوجادي ، مقالة الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري، المرجع السابق،

الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقا لأحكام القانون لذلك فإن الحضانة حتى وإن كانت حقا للحاضنة، فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها فقط، بل يشترط في هذا التنازل أن يكون هناك حاضن آخر تستند له الحضانة وتتوافر فيه الشروط المطلوبة مع قبوله لهذه الحضانة، هذا ما جسدهته المحكمة العليا في قرارها أنه " من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن الحضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإذا لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها".¹

وفي قرار آخر عن المحكمة العليا أنه : " من المقرر قانونا أنه لا يتقيد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضاوا بإسناد حضانة الولدين لأُمها رغم تنازلها عنها لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون

3-اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق إ ج:

تسقط الحضانة بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 ق.أ سواء تعلقت بأهلية الحاضن أو اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي تربية و الرعاية الصحية و الخلقية، لكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون طبقا لما ورد في المادة 67 فقرة 2 ق. أ²، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها أنه من مقرر شرعا إن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها، فإنه يسقط حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

¹ - كمال لدراع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، جزء 39 ، عدد 01 ، 2001، ص222.

² - المادة 67 فقرة ثانية من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

4- عدم المطالبة بالحضانة لمدة تزيد عن سنة:

- تنص المادة 68¹ على أن: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، فقد تضمنت المادة العناصر التالية:
- تنظم هذه المادة سقوط الحق لا سقوط الدعوى.
 - إن صاحب الحق في الحضانة، إذا مرت عليه السنة ولم يطالب فيها بحقه، سقط عنه هذا الحق.
 - إذا لم يطالب الحضانة من له الحق فيها خلال مدة السنة، فالاحتمال الوارد أنه تنازل عنها ضمناً.
 - إذا وجد عذر أو سبب قاهر منع صاحب الحق في الحضانة من المطالبة بها، فإن حقه لا يسقط مهما طالت المدة.
- ومما لا شك فيه أن المشرع أراد من وراء إقحام هذه المادة الإجرائية في القواعد الموضوعية حماية للمحضون من أية زعزعة من جهة، وحماية الحاضن وأصحاب الحق في الحضانة من جهة أخرى.²
- انتقدت هذه المادة على أساس أنها أتت بصياغة اللغوية خاطئة مما يجعلها تثير بعض اللبس في معناها، مما يجعلنا نتساءل هل سقوط حق الحضانة تكون بقوة القانون أم للقاضي سلطة تقديرية في ذلك؟

¹ - المادة 68 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع. 15 لسنة 2005.

² - كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 223.

فصحة المادة كما رآها بعض من الفقه أنها إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها. في حين صححها البعض الآخر أنه إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها.¹

أما السقوط فلا يحصل بقوة القانون ولا بصفة تلقائية بل يجب أن يصدر حكم قضائي لإثبات وجود حالة من حالات الإسقاط، فالقاضي هو الذي يقدر من الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تنازل عنها أو لم يتنازل عنها، وهذه السلطات استمدت بالخصوص من عبارة " بدون عذر التي توسع من سلطة القاضي وذلك صيانة لحقوق المحضون وحماية لمصالحه.²

ومن العيوب التي انطوت عليها المادة 68 كذلك هو عدم تحديد تاريخ بدأ سريان مدة السنة، باعتبار أن المشرع الجزائري أخذ نص هذه المادة من المذهب المالكي، فإن التاريخ المحدد لبدأ سريان مدة سنة حسب أصحاب هذا المذهب هو من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة، كما أنهم اعتبروا السكوت بأنه بدون عذر في حالتين:³

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

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

¹ - عماري سناء، الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه تخصص

قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2021-2022، ص139.

² - محفوظ الصغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، جامعة باتنة، 2009، ص88.

³ - المادة 68 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق خلا لسنة و بناء على ذلك فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا قد خالفوا المبدأ و بالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة، الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للبطلان و النقض.¹

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقيها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون :

"وهذا ما أكدته القرار على أنه : " من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكونون قد خالفوا القانون".

وفي قرار آخر أنه من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له سنة كاملة دون مطالبة بها، وكان من مقرر قانونا كذلك، أن القرار الذي يكون أسبابه غير كافية لمواجهة ما قدم من وأبدى من الطلبات ودفع في الدعوى، فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية في مقتضياته.²

¹ - محفوظ الصغير ، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص89.
² - صالح بوغرة ، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2007، ص91.

إلا أن هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة 68 السابقة الذكر عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة وعدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون.

فالمضابط في المسألة هو مصلحة المحضون، فأينما تكون تجلب وان تدفع المفسد عن المحضونين دون الالتفات إلى مدة أو عذر.¹

5- سقوط الحق في الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

نصت المادة 69 من قانون الأسرة² على أنه : إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية الحاضرة، حيث جاء في القرار المحكمة العليا على أنه : " أن المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة لا بعد مبررا موجبا لسقوط حق الحضانة عن الأم ولا يمنع استعمال حق الزيارة".

وفي قضية أخرى قضت المحكمة العليا أنه : " من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد

¹ - صالح بوغرامة ، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص92.

² - المادة 69 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

على ألف كيلومتر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أهمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون. ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.¹

وفي قرار آخر قضت أنه: "إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة."

6- سقوط الحضانة بسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ورد في المادة تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ويكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وعلة ذلك أن الحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضنة، وهنا تعود الحضانة المحضون، وسكنت متزوجة مع إلى الأب طبقا للترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة.²

جاء في قرار المحكمة العليا أنه : " من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن ابنتها المتزوجة بأجنبي، وإن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه مع بالقصور في التسبب غير مؤسس. ولما كان من الثابت - في قضية الحال أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة (أم الأم)، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونون قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسببيا كافيا.³

¹ - عادل شباب ، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة و قانون ، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة ، الجامعة الإفريقية ، أدرار ، 2008، ص125.

² - المادة 64 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

³ - عادل شباب ، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص126.

الفرع الثاني: عودة الحضانة لمستحقيها

تعود الحضانة إذا سقطت عندما يزول المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضن فيه، أما الذي لإرادته دخل فيه إذا زال المانع لا تعود الحضانة بزواله.¹

أولا : موقف شريعة الإسلامية من عودة الحضانة

لقد اختلف الفقهاء في سقوط الحضانة لمانع من الموانع، ثم عودتها إلى رأيين:

1- قول الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) : يرون إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال المانع، عادت الحضانة إلى صاحبها، سواء كان المانع اضطرارا كالمرض أو اختيار كالزواج والسفر والفسق لزوال المانع لكن عند:²

أ- الحنفية: إن حق المطلقة في الحضانة لا يعود، إلا إذا انقضت عدتها، لأن المعتدة زوجة حكما، وتأخذ أحكام الزوجة بشكل عام، فهي ترث ولها النفقة، ويقع عليها الطلق والإيلاء والظهار، ويحرم عليه الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها، ولذلك فهي في العدة زوجة، فلا تعود لها الحضانة إلا إذا انقضت الزوجية، ويكون انقطاع الزوجية، بانتهاء عدة الطلاق.

ب- فيرى الشفعية : أن المطلقة تستحق الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب، بشرط رضا الزوج بدخول المحضون ببيته إذا كان له فان لم يرض لم تستحق.

ج- أما الحنابلة : قرروا استحقاق المطلقة للحضانة ، ولو كان الطلاق رجعيا ، ولو لم تنقضي العدة.

2- قول المالكية : فيرون أن حق الحضانة يسقط إما لعذر أو لغير عذر و انتقال الحضانة عودتها مبنيان على هذين الحليين :

¹ - طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهد القضائي ، منكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2011، ص73.

² - بعاكية كمال ، الحضانة و شروطها بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية و الإقتصادية ، المجلد 07 العدد 06 لسنة 2018، ص121.

أ - سقوط الحضانة لغير عذر: إذا كان سقوط الحضانة لغير عذر، كما لو تزوجت بعد أن انتقلت الحضانة إليها، أو أسقطت حقها منها بعد استحقاقها لها أو سكتت عاما فأكثر بعد انتقال الحضانة إليها مع علمها بذلك، فغن الحضانة لا تعود لها في ذلك كله.

ب- سقوط الحضانة لعذر: إذا سقطت الحضانة لعذر كمرض وخوف مكانة وسفر الولي بالمحضون سفر نقله، وسفرها لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر كشفائها من المانع للحضانة هو العذر الاضطراري وقد زال، فإذا زال المانع عاد الممنوع.¹

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من عودة الحضانة

تقتضي المادة 71 من قانون الأسرة² على أنه "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

وما يستشف من خلال مضمون هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر على رعايته و حمايته و ضمان العناية به صحيا و خلقيا فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه سبب الذي كان ينقصه و أثبت ذلك للمحكمة.

أما إذا كان سبب سقوط الحضانة وفقا لنص المادة 71 ق . أ ، سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها انه: "من المقرر قانونا أنه يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياريين ومن ثم فغن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".

¹ - بعاكية كمال ، الحضانة و شروطها بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص121.

² - المادة 71 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

و في قضية أخرى قضت المحكمة العليا أنه: " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري.¹

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم، ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقا في الحضانة، فغن قضاة المجلس بقضائهم بحقا في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون.

كما جاء في حكم للمحكمة العليا : إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لان حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفق لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة".²

الملاحظ من خلال ما تقدم أن الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري قد أقروا حقوقا لمحضون منها النفقة، المسكن، الزيارة كما قد بينوا أسباب سقوط الحضانة وعودتها وذلك حفاظا على مصلحة المحضون وتوازنه من الناحية النفسية والجسمية والعقلية.

المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون

كما أن للحضانة مدة تبدأ بتاريخ معين فإن الحضانة تنتهي بتاريخ آخر وتبدأ مدة الحضانة بولادة الطفل حيا ولا فرق في هذا بين الذكر والأنثى. ولكن الصغير بعد مدة محددة يصبح قادرا على القيام بشؤونه، لوحده، وبالتالي يستغني عن خدمة النساء ويحتاج إلى من يؤهله ويعلمه لخوض تجارب الحياة.

¹ - بلقاسم اعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن، دراسة تأصيلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية كلية الحقوق، الجزائر ، 2014، ص103.

² - المادة 66 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.

الفرع الأول: انتهاء مدة الحضانة

أما انتهاء مدة الحضانة فإن فقهاء الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية قد اختلفت في بيان هذه المدة، وهم يميزون بين الذكر والأنثى.¹

أولاً: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي

انتهاء الحضانة فيه اختلاف بين المذاهب الإسلامية، وهي في كل الأحوال مرهونة بمصلحة المحضون:²

1- فالأحناف يرون أن غير مميز يظل في حضانة المستحق حتى يتم السابعة، وبعدها تستمر الفتاة في رعاية الحاضنة الأم حتى تبلغ فتنتقل حضانتها إلى الأب، وفي هذا المعنى يقول "الغمام ابن همام" و "الأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض. أما الذكور من الأولاد فالأب أولى بهم فور بلوغهم سن السابعة، حيث يقول الإمام ابن نجيم و الأم و الجدة أحق بالغلام حتى يستغني وقدر بسبع".

2- أما المالكية فيرون أن الحضانة تستمر في الغلام إلى بلوغ سن الاحتلام و بعد ذلك يخير بين أمه و أبيه حيث جاء في المدونة الكبرى : " قلت كم يترك الغلام في حضانة الأم في قول مالك (قال) قال مالك حتى يحتلم ثم يذهب حيث شاء ، و الأنثى حتى تتزوج و يدخل بها الزوج، حيث جاء في المدونة الكبرى : قلت الجارية حتى متى تكون الأم أولى بها... قال مالك حتى تبلغ النكاح ويخاف عليها فإذا بلغت مبلغ النكاح وخيف عليها نظر فإن كانت أمها في حرز ومنعه وتحصين كانت أحق بها".

¹ - بومالة نظيرة ، أحكام الحضانة و الإشكالات المتعلقة بها ، مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية و القضائية بتاريخ 30 ماي 2023.

² - محمد زيد الإيباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، الجزء الثاني، 2006، ص591.

3- أما الحنابلة يرون أن الصغير يبقى في حضانة النساء حتى يبلغ السن التمييز و الذي قدره بسبع سنين ثم يخير بين أبويه فيضم إلى من يختار منهما، وهم يستدلون على ذلك بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه من النبي صلى الله عليه و سلم خير غلاماً بين أبويه بعد بلوغه هذه السن وكذلك فعل الخليفة عمر .

4-أما الشافعية : فيرون عن بانة المرأة من زوجها في حال الحياة، وبينهما ولد له سبع سنين فما زاد وهو مميز، وتنازع الأبوان فيمن يكون عنده، فإنه يخير بينهما فإن اختار أحدهما كان عنده .¹

ثانيا : مدة الحضانة في القانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 65 من قانون الأسرة الأمر 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 على أنه: "تقضي مدة الحضانة للذكر لبلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى ست عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

واضح من هذه المادة أن مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، وبلوغ الأنثى سن الزواج القانوني أي ثماني عشرة سنة وفقا للمادة 7 من قانون الأسرة³، غير أنه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من عشر (10) سنوات الى ست عشر (16) سنة، وذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها، وألا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون .

¹ - محمد زيد الإيباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص592.

² - المادة 65 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

³ - المادة 07 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة

2005.

هذا ما جسده المحكمة العليا في قرار لها أنه: "من المقرر قانونا انه تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة اما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم على أن المشرع الجزائري في المادة 02/65¹ ق.أ، نص بأنه يجب أن يراعى في الحكم بانتهاء الحضانة مصلحة المحضون في الرعاية والتربية والحماية. كما أن المادة 64 ق.أ²، تقضي بأنه يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة، أن يحكم بحق الزيارة، لمرات معينة، وفي أوقات وأماكن محددة.

فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني ولما كان ثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر أولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون . "

وفي قرار آخر قضت أنه: من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة".

وذلك قضت المحكمة العليا في قرارها أنه من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.³

¹ - المادة 65 فقرة ثانية من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

² - المادة 64 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

³ - نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا ، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، عين مليلة ، الجزائر، 2005، ص113.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال إن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن .

ونلاحظ أن المحكوم له بالحضانة سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما، سيكون مسؤولاً عن تربية الولد وحمايته وصيانته ومسؤولاً مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر يلحقه هذا المحضون بالغير مدة الحضانة (أي مدة وجوده لديه)، أما إذا كان المحضون عند المحكوم له حق الزيارة فإنه يكون تحت سلطة ورقابة هذا الأخير.

وجعل حضانة الذكر تنتهي ببلوغ سناً يتراوح بين العاشرة والخامسة عشرة، وهو السن الذي غالباً ما تظهر فيه علامات البلوغ عند الذكر كالاختلام والانبات.

أما حضانة الرجال للصغير فهي تنتهي ببلوغه سن الرشد اختلفت القوانين العربية فيما بينها في تحديده .¹

الفرع الثاني : مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة

إذا لم تسقط الحضانة عن الحاضن فهذا يعني بقاء المحضون عنده، لكن بقاءه لا يكون مؤبداً، بل ينتهي متى انتهت المدة المقررة لممارسة الحضانة، وبالتالي قد يصبح المحضون بعد نهايتها في خطر، لذا فقد حاول الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه بيان مصير المحضون بعد نهاية مدة الحضانة على خلاف القانون الجزائري الذي لم يتطرق إلى هذه المسألة.²

¹ - نبيل صقر ، قانون الأسرة نصاً و فقها و تطبيقاً، المرجع السابق، ص114.

² - عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.ط، دار تالة الجزائر، 2000، ص102.

أولاً : المصير المحضون حسب الشريعة الإسلامية

تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للصغير متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء، وقدرت هذه المدة ببلوغه العاشرة، وتنتهي بالنسبة للصغيرة إذا بلغت مبلغ النساء، والسبب في انتهاء حضانة النساء متى بلغ الصغير هذا السن واستغنى عن خدمتهن، أنه حينئذ يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة، والأب أقدر من الأم على ذلك، أما البنت فإنها تحتاج بعد الاستغناء عن خدمة غيرها إلى معرفة آداب النساء والعمل في المنزل والتدرب على مهمتها في المستقبل والنساء على ذلك أقدر من الرجال، ولهذا كان من الأفضل لها أن تبقى في يد الحاضنة سواء كانت أما أو غيرها¹.

ولقد ذهب الحنابلة والشافعية إلى أن الولد إذا بلغ سن التمييز خير بين أبويه، لأنه في تلك الحالة تحرك همته لتعلم القرآن والأدب ووظائف العبادات وذلك يستوي فيه الغلام والصبية، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في رواية أبو داود عن أبي هريرة قال: "جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة، وقد نفعتي"، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "إستهما عليه"، فقال زوجها: "من يحاقتني في ولدي؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أحدهما شئت"، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به".

فالحديث دليل على أن الصبي بعد استغنائه بنفسه يخير بين الأم والأب، واختلف العلماء في ذلك، فذهب جماعة قليلة إلى أنه يخير الصبي عملاً بهذا الحديث وهو قول إسحاق بن راهوية وحد التخيير من السبع سنين، وذهب الحنفية إلى عدم التخيير وقالوا:

¹ - عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، المرجع السابق،

الأم أولى به إلى أن يستغني بنفسه فإذا استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر، والأم أولى بالأنثى، ووافقهم الإمام مالك في عدم التخيير .¹

وروي أن رجلاً أسلم ولم تسلم امرأته فاختصما في ولدهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "لهما إن شئتما خيرتماه فأجلس الأب ناحية والأم ناحية، ثم خير الغلام فانطلق نحو أمه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم أهده فرجع الغلام إلى أبيه فتخيير النبي صلى الله عليه وسلم كان بعد اختيار أبيه"، فاختار الغلام الأب.

فالصبي إذا انتهت مدة حضانته انتقلت جبراً إلى أبيه وإن لم يكن لديه أب تنتقل إلى أقرب عصبته من الرجال سواء كانوا محارم كإخوته الأشقاء أو غير محارم كأبناء عمه، وذلك لأن الشارع رأي مصلحة الصغير في أن يمسكه أبوه أو عاصبه بعد تجاوزه سن الحضان ليهدبه ويربيه.²

ولكن في حالة ما إذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للمحضون أحد من العصبه الذين لهم حق الضم وأهليته، ولم يكن هناك وصي يمكن أن يسلم إليه الغلام فإنه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو الأصح له.

أما بخصوص البنت فقد فرق الحنفية بين البكر والثيب، فإن تعلق الأمر بالبكر فإن أبوها يضمها إليه ذلك فإن تقدمت في السن وكانت لها تجربة في الحياة يمكنها أن تسكن وحدها، أما الثيب فإن ومع كانت أخلاقها حسنة فغنّها لا تضم إلى والدها لان الولاية سقطت عنها ولأن لها تجارب في الحياة ولكن إذ كانت أخلاقها فاسدة فالأجدد ضمها جبراً إلى والدها أو من يقوم مقامه بتأديبها .³

¹ - نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد و الصغار، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009، ص187.

² - نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد و الصغار، المرجع السابق، ص188.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الطبعة الثالثة، دار الفكر ، دمشق، سوريا، 1989، ص541.

ثانيا : مصير المحضون حسب قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري أغفل عند ضبطه لموضوع الحضانة أن يتحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة لذا لابد من الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالرغم من اختلاف آراء الفقهاء في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة.

كما أن المشرع لم يضع نصا خاصا بالابن الذي انتهت حضنته دون إخوته، وخاصة إذا كان أكبرهم، وقد تنتهي سن الحضانة بالنسبة إليه ويبقى مع إخوته، وقد لا يبادر الأب بأخذه استمراره في النفقة عليه وبالتالي يثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة.¹

ثالثا: تمديد مدة الحضانة

تمديد مدة الحضانة يعتبر قرار قانوني يتم اتخاذه بناء على ظروف معينة وبموجب إجراءات قانونية محددة، حيث يختلف الإجراء المتبع وقوانين التمديد من دولة إلى أخرى، و سنتطرق في هذا الصدد موقف الفقه ثم موقف مشرع الجزائري.²

1-موقف فقهاء الشريعة الإسلامية:

قول الحنفية قال ابن عابدين من بلغ معنوها كان عند الأم سواء كان ابنا أو بنتا ومعنى ذلك أنه إذا كان الصغير مفسدا مجنونا أو معنوها فإنه يبقى عند الأم وصار في حضانتها إلى أن يشفي.

قول الحنابلة : قال البهوتي إن اختيار ابن سبع سنين أباه ثم ازل عقله رد إلى أمه لحاجته إلى من يتعهد كالصغير وبطل اختياره.

¹ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007، ص81.

² - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص82.

وقال ابن قدامة إذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار إذا لم يكن معتوها أو مجنون.

- قول الشافعية ومن التمييز غالبا إن الحضانة تنتهي بالتمييز ولا تمدد بينما إذا كان غير مميز كالجنون فإن الحضانة تمدد بالنسبة للصغير المميز.

- **المالكية** : تستمد الحضانة في الغلام إلى البلوغ على المشهور ولو مجنونا أو مريضا وفي الأنثى إلى الدخول بها.¹

2-تمديد مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كنف أي شخص يعيش، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة.²

هذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة³ تقتضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج "... ، إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل، عندما أضافت : "...و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية من خلال تحليلنا لنص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أورد استثناء عن القاعدة التي تقضي بانتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغه العشر سنوات، إذ نص على أنه يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة حضانته من سن 10 سنوات إلى غاية بلوغه 16 سنة وذلك في حالة ما انتهت المدة القانونية لحضانته وطلب الحاضن من هيئة المحكمة تمديدها له وذلك في حالة توفر شرطين وهما:

¹ - سليمان ولد خصال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، 2010، ص159.

² - سليمان ولد خصال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص160.

³ - المادة 65 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

أ- **الشرط الأول :** أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها.

ب- **الشرط الثاني :** أن لا تكون الأم متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس بمحرم للمحضون معنى ذلك أنه إذا قضت المحكمة حين فصلها في موضوع الطلاق بإسناد حضانة الطفل المحضون لأمه وكان سنه لا يتجاوز مثلاً السبع سنوات ثم بلغ سن العشر (10) سنوات وبالتالي انتهت المدة مطالبتها القانونية المنصوص عليها في المادة 65 من قانون الأسرة، جاز لها أن تطلب من هيئة المحكمة تمديد مدة هذه الحضانة وإبقاؤه عندها إلى أن يبلغ سن 16 من عمره، أما في حالة عدم بتمديد مدة الحضانة فإنها تسقط منها كما سلف ذكره حين تطرقنا إلى أسباب سقوط الحضانة.¹

جاء في قرار المحكمة العليا : من المقرر قانوناً أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة، أمه، ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة .

وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق واسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضون تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه : " أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر (16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 69 من قانون الأسرة".²

¹ - دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث دار هومة ، الجزائر ، 2003، ص171.

² - المادة 69 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع15 لسنة 2005.

خلاصة الفصل:

لا شك أن الطفل يكون في بداية حياته عاجزا عن القيام بتدبير أموره بنفسه فهو لا يدرك ما ينفعه مما يضره، وهو يستمر على هذه الحال على حين بلوغه سنا تمكنه من القيام بتنظيم شؤونه ومصالحه بنفسه، ومن هنا كان لابد أن يكون هناك من هو أقدر على تربيته والاهتمام به و العناية بشؤونه وإدارة مصالحه، وهذه الفترة التي يبقى فيها الطفل غير قادر على العناية بأموره تسمى بفترة الحضانة أما الشخص الذي يقوم بالعناية بأموره فيسمى الحاضن.

إن حضانة الطفل بعد الطلاق من أهم القضايا الشائكة التي تحدث بعد أن يتخذ الأب والأم قرار الطلاق، فإن الطفل في تلك المرحلة يحتاج إلى الرعاية الكاملة وأن يكون في حضانة شخص يؤتمن أن يحافظ عليه.

لذا كانت الشريعة الإسلامية السبابة إلى وضع أحكام شرعية لحماية الأطفال المحضونين نتيجة التفكك الأسري و تحديد ضوابطها في إطار لا يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية، وواكب ذلك المشرع الجزائري.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وتطرقنا إلى أبرز مواضيعه وإشكالاته تبين لنا أنه من المواضيع المعقدة والحساسة لأن موضوع الحضانة قائم بالدرجة الأولى على قاعدة مصلحة المحضون، وإذا عدنا إلى قانون الأسرة الجزائري خاصة في مواد المتعلقة بالحضانة نجد أن مصطلح مصلحة المحضون "قد تم ذكره في أغلب هذه المواد تقريبا، إلا أن المشرع لم يحدد مفهوم هذه القاعدة بدقة ولم يوضح معالمها مما جعلها فكرة مرنة قد تقبل التوسيع أو التضييق وترك المجال مفتوحا أمام القاضي في تقديره لهذه المصلحة وهذا ما قد يجعله في حرج نظرا لتقشي ظاهرة الطلاق وما يتبعها من قضايا الحضانة فهو ملزم من جهة بالبحث عن كمصلحة المحضون واسناد الحضانة لمن هو أجدر بها، ومن جهة أخرى كثرة القضايا واختلافها تجعله ربما لا يعط العناية اللازمة والدراسة الكافية للملفات المعروضة عليه.

النتائج :

- ركزت الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة في تعريف الحضانة على أهدافها و هي تربية الطفل على دين أبيه و القيام برعايته سواء صحيا أو خلقيا و الحفاظ عليه من المهالك.
- أن طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري هي هجينة فهي حق للحاضن ولمحضون معا.

- أن الشريعة الإسلامية حددت شروط الحضانة بالتفصيل فهناك شروط عامة للرجال والنساء وشروط خاصة بالرجال و شروط خاصة بالنساء، و لكن المشرع الجزائري اكتفى بالقول أن يكون الحاضن أهلا لذلك دون تفصيل.

- اتفاق المشرع الجزائري مع ما أقرته الشريعة الإسلامية بخصوص ترتيب مستحقي الحضانة على أولوية الأم.

- حددت الشريعة الإسلامية، مفهوم نفقة المحضون، في حين نجد المشرع الجزائري لم يذكر تعريفا محددا لها بل تكلم عن أحكام النفقة .

- إختلف الفقهاء في مشتملات النفقة في حين حدد المشرع الجزائري مشتملات النفقة من الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و كل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

-الاقتراحات:

- من الافضل أن تكون هناك مادة قانونية توضح المسؤولية المشتركة بين الوالدين عن أفعال ابنهما المحضون مع تحميل المسؤولية بشكل اساسي للوالد الذي يكون لديه الطفل المحضون عند ارتكابه الفعل الضار بالغير.

-يجب التركيز على تطوير مهارات قضاه الأسرة في الجانب الفقهي والذي يكون متزامنا مع تكوينهم القانوني بهدف عدم الفصل بين الاجتهاد الفقهي والقانوني.

-تقديم حلول فعالة لمشاكل الحضانة الناتجة عن الزواج المختلط وذلك بإدراج نصوص قانونية في قانون الأسرة أو من خلال جهود الجزائر في التوصل الى اتفاقيات مع الدول المعنية بقضية الحضانة بهدف تقليل النزاعات ذات الطابع الدولي.

-وضع قاعدة تعريف دقيقة لمبدأ مصلحة المحضون وتحديد معايير تقديرها حيث تعتبر هذه القاعدة الأساسية التي يعتمد عليها القاضي في اصدار قراره بشأن النزاع المعروض أمامه في قضية الحضانة.

- اعادة النظر في النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة وتوضيحها وتعديلها وتصحيح الأخطاء فيها بناء على الأهمية البالغة التي تستحقها نظرا لتأثيرها على المحضون وتحقيق مصلحته.

قائمة المصادر والمراجع

أ- المصادر:

القرآن الكريم.

ب-المراجع:

أولاً: النصوص القانونية والتنظيمية

1.القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 36 لسنة 2008.

2.القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع.27.صادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

3.القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر.ع.15 لسنة 2005.

4.القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 التضمن القانون المدني، ج.ر.ع.31 لسنة 2007.

5.القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.48 صادرة 17 يوليو 2022.

6.القانون رقم 24-06 المؤرخ في 28 أبريل 2024 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع.30 صادرة بتاريخ 30 أبريل 2024.

7.القانون رقم 24-01 المؤرخ في 11 فبراير 2024 المتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة، ج.ر.ع.10 صادرة بتاريخ 14 فبراير 2024.

8.الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 44/25 بتاريخ 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز النفاذ في 02 سبتمبر 1990 وصادقت عليها الجزائر سنة 1992.

9.العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

ثانياً: الكتب

1.ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر ، بيروت.

2.ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ، د.ط، دار المعارف، القاهرة،

د.ت الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط 6، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998 .

3.أبو الفضل عادل، فتاوي المرأة المسلمة، دار الكتاب الجزائر، 1428 هـ، 2007 م.

4. أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج1، دار إحياء التراث العربي، 1423هـ.
5. أحمد إبراهيم عطية نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني، القاهرة 2008.
6. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
7. أحمد لعور نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة، دار المهدي، الجزائر، 2005.
8. أحمد محمد داوود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان الأردن، 1427هـ - 2006.
9. أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
10. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
11. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014.
12. أنور العمروس، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين النصوص الفقه ومبادئ النقض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2005 .
13. باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض - عدة - حضانة-متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2008.
14. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجدد وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
15. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
16. بن شويخ رشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ، ط 1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
17. البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.
18. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، الجزائر، ج1، 2013.

- 19.حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 20.الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- 21.دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث دار هومة، الجزائر، 2003.
- 22.سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، 2010.
- 23.الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
- 24.عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006.
- 25.عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 26.عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 1996.
- 27.عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 28.عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.ط، دار تالة الجزائر، 2000.
- 29.عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 30.العيش فوضيل، قانون الأسرة مدعماً باجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 31.الغوثي بن ملح، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة دار المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، د.ت.
- 32.محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، 1950.
- 33.محمد زيد الإبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، الجزء الثاني، 2006.

34. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الفكر دمشق، 2007.

35. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2010.

36. مصطفى عبد الغني شيبه، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق وآثاره (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2006.

37. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا ، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، عين مليلة ، الجزائر، 2005.

38. نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009.

39. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الطبعة الثالثة، دار الفكر ، دمشق، سوريا، 1989.

ثالثا: الرسائل الجامعية

1. صالح بوغرة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.

2. طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011.

3. عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، الجامعة الإفريقية، أدرار، 2008.

4. عماري سناء، الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2021-2022.

5. محفوظ الصغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، جامعة باتنة، 2009.

رابعاً: المجالات العلمية

- 1.بعاكية كمال، الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 07 العدد 06 لسنة 2018.
- 2.بلقاسم اعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن دراسة تأصيلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية كلية الحقوق، الجزائر 2014.
- 3.بومالة نظيرة، أحكام الحضانة والإشكالات المتعلقة بها، مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية والقضائية بتاريخ 30 ماي 2023.
- 4.دباغ رقية، الإختيارات الفقهية للملكية في باب الحضانة وأثرها على قانون الأسرة دراسة نماذج، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد خاص، 2020.
5. سامية بن قوية آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 1 ، 2010.
- 6.صافية خيرة، دور مجلس المنافسة في القضاء على مخالفات قانون المنافسة، أعمال الملتقى الوطني الافتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة، جامعة بن يوسف خدة، الجزائر 1، 2022.
- 7.صليحة بوجادي، مقالة الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 01 ، سنة 2021.
- 8.كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، جزء 39، عدد 01 ، 2001.
- 9.المكي صلوح و شهرزاد عبد الله ، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والفقه و الإجتهد القضائي ، مجلة العلوم الإنسانية ، الجزائر ، مجلد 05 ، العدد 1، 2020.

الفهرس

.....الإهداء	1
.....شكر وتقدير	
.....قائمة المختصرات	
.....مقدمة	أ.
.....الفصل الأول: ماهية الحضانة	
.....تمهيد:	7
.....المبحث الأول: أحكام الحضانة	8
.....المطلب الأول: مفهوم الحضانة	8
.....الفرع الأول: تعريف الحضانة	8
.....الفرع الثاني: خصائص الحضانة	11
.....الفرع الثالث: مشروعية الحضانة	16
.....المطلب الثاني: شروط الحضانة وتمييزها عن غيرها	18
.....الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة	18
.....الفرع الثاني: تفريق الحضانة عن بعض المفاهيم المشابهة	24
.....المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة	29
.....المطلب الأول: ترتيب أصحاب الحقوق	29
.....الفرع الأول: ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005	29
.....الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين بعد تعديل فيفري 2005	34
.....المطلب الثاني: مصلحة المحضون	35
.....الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون	35
.....الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون	37
.....خلاصة الفصل:	39

.....	الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة
40.....	المبحث الأول: الحقوق المقررة لحماية المحضون في التشريع الجزائري
40.....	المطلب الأول: الحقوق المادية لحماية المحضون في التشريع الجزائري
41.....	الفرع الأول: حق المحضون في النفقة
59.....	الفرع الثاني: حق المحضون في السكن
65.....	المطلب الثاني: الحقوق المعنوية لحماية المحضون في التشريع الجزائري
65.....	الفرع الأول: الحق في الرعاية النفسية و الأدبية و الدينية
68.....	الفرع الثاني: حق المحضون في الزيارة
71.....	المبحث الثاني: انقضاء الحضانة
71.....	المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة وعودتها
72.....	الفرع الأول : أسباب إسقاط الحضانة وفقا للشريعة الاسلامية
83.....	الفرع الثاني: عودة الحضانة لمستحقيها
85.....	المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون
86.....	الفرع الأول: انتهاء مدة الحضانة
89.....	الفرع الثاني : مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة
95.....	خلاصة الفصل:
97.....	الخاتمة
.....	قائمة المصادر والمراجع
.....	الفهرس

المخلص

ملخص مذكرة الماستر

قد أولى المشرع الجزائري عناية كبيرة بحماية الطفل المحضون و السعي إلى تحقيق مصلحته من خلال تكريسها على أرض الواقع من خلال تعاون كل من المشرع بوضعه نصوص قانونية يحمي من خلالها حقوق الطفل، و كذا القاضي الذي يسعى إلى تفسيرها وتطبيقها أحسن تطبيق مراعيًا في ذلك مصلحة الطفل. فتقدير تلك المصلحة من المسائل الموضوعية العائدة لتقدير القاضي الأساس الذي ينبغي عليه تعليل قراره تعليلًا واضحًا فالمصلحة تعتبر هنا المعيار الأساسي للحماية التي يجب توفيرها للمحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية بين أبويه، و تبقى الصلاحية للقاضي في تقدير ذلك.

الكلمات المفتاحية:

-الحضانة - المحضون - الحاضنة - قانون الأسرة الجزائري.

The Algerian legislator has given considerable attention to protecting the child in custody and striving to achieve their best interests by enshrining these principles in practice. This is accomplished through the cooperation of both the legislator, who has enacted legal texts to protect the child's rights, and the judge, who seeks to interpret and apply these texts in the best possible way, always keeping the child's best interests in mind. Assessing these interests is a matter of fact that falls under the judge's discretion, and the judge must provide clear justification for their decision. The child's best interests are considered the fundamental criterion for the protection that must be provided to them after the dissolution of the marital bond between their parents, and the judge retains the authority to make this assessment.

Keywords: - Custody - Child in custody - Custodial - Algerian Family Law.