الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقـــوق والعلـــــوم السياسية
قسم : العلوم القانونية والإداريـــــــة
رقم : .....

ميدان: الحقـــوق
تخصـــص: قـــــانون أسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

النظام القانوني للحضانة وآثارها على مصلحة المحضون

اعداد الطالبتين:
- **بن جدو سارة**
- **خريف خليصة**

اشراف الاستاذ :
أ.د عمارة عمارة

لجنة المناقشة :

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
		رئيسا
		مشرفا ومقررا
		ممتحنا

السنة الجامعية : 2022/2021

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 .....
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،
السيد(ة): بن حمو سارة الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 203159506 والصادرة بتاريخ 18/07/10
المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: النظام القانوني لحماية وآثاره على مصلحة الحضون

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

التاريخ: 22/06/06

توقيع المعني (ة)

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: سارة Prénom.: Sara

اللقب: بن جدو Nom : Bendjeddou

رقم التسجيل : 200468859

اسم الأب: ابراهيم اسم ولقب الأم: بلحوز أم الخير

تاريخ الازدياد: 1982/10/18 مكان الازدياد: الجزائر

رقم الهاتف: 06 64 01 55 61

البريد الالكتروني: sarabendjeddou536@gmail.com

العنوان الشخصي: ص.ب 1364 الجزائر

الباكالوريا:

المعدل: 14.66 الشعبة/التخصص: آداب وعلوم إنسانية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2000

الليسانس/المهندس/DEUA: الدفعة/سنة التخرج

تخصص : قانون أسرة Spécialité : .....

الشعبة : الحقوق والعلوم السياسية Filière :.....

القسم : الحقوق

الوضعية المهنية:

موظف: [X] عاطل عن العمل: [ ]

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: [X] قطاع خاص: [ ]

المصلحة المستخدمة: مديرية التربية لولاية الجزائر اسم المؤسسة / الشركة: متوسطة حاج المهدي - الحراش

الرتبة في العمل: عون إدارة

الصيغة:

موظف دائم: [X] موظف في إطار عقود: [ ] نوع العقد: [ ]

امضاء الطالب

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2023

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): خريف خديجة الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 602087 والصادرة بتاريخ 2014/02/20

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: الاطار القانوني للحماية وآثارها على الطفل المجني

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

التاريخ: 2024/06/06

توقيع المعني (ة)

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: خلـــيصة Prénom.: Khalissa

اللقب: حنـــريف Nom : Kherif

رقم التسجيل : 209833.621

اسم الأب: لخضر اسم ولقب الأم: عـــادة بـــشريفت

تاريخ الازدياد: 15/12/1983 مكان الازدياد: برج بوعريريج

رقم الهاتف: 07.72.94.48.46

البريد الالكتروني:

العنوان الشخصي: حي 1000/300 مسكن - عمارات F

رقم البناية 42 الطابق - الباب

الباكالوريا:

المعدل: 11.03 الشعبة/التخصص: علـــوم تجريبية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 1998

الليسانس/المهندس/DEUA: الدفعة/سنة التخرج

تخصص : حقوق - قانون أسرة Spécialité :

الشعبة : علوم قانونية وإدارية Filière :

القسم : الحقوق

الوضعية المهنية:

موظف: [X] عاطل عن العمل: [ ]

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: [X] قطاع خاص: [ ]

المصلحة المستخدمة: جامعة محمد بوضياف اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل: متصرف إداري - الكلية

الصيغة:

موظف دائم: [X] موظف في إطار عقود: [ ] نوع العقد: [ ]

امضاء الطالب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل .

ثم الشكر و الامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على انجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهناه من صعوبات، ونخص بالذكر الأستاذ المشرف عمارة عمارة الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لنا في إتمام هذه المذكرة.

ولا يفوتنا أن نشكر كل أساتذة قسم الحقوق

قائمة المختصرات:

ج الجزء.

ج ر الجريدة الرسمية

د س ن دون سنة النشر

ط: الطبعة

ص الصفحة.

مج المجموعة

ع العدد

غ أ ش غرفة الأحوال الشخصية

م ق المجلة القضائية

م ع المحكمة العليا

ق أ ج قانون الاسرة الجزائري

ق إ م إج قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

ق م ج القانون المدني الجزائري

ق إ ج ج قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ق ع ج قانون العقوبات الجزائري

ق ح ط قانون حماية الطفل

ق ص ن قانون صندوق النفقة

خطة البحث

مقدمة

الفصل الأول :ماهية الطفل و الحضانة

المبحث الأول : مفهوم الطفل

المطلب الأول : تعريف الطفل في اللغة العربية و الفقه الإسلامي

الفرع الأول : تعريف الطفل في اللغة العربية

الفرع الثاني : تعريف الطفل في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : تعريف الطفل في القانون

الفرع الأول : تعريف الطفل في القانون الدولي

الفرع الثاني : تعريف الطفل في القانون المقارن

الفرع الثالث : تعريف الطفل في القانون الجزائري

المبحث الثاني :مفهوم الحضانة

المطلب الأول : تعريف الحضانة و خصائصها

الفرع الأول : تعريف الحضانة في اللغة العربية و الفقه الإسلامي

الفرع الثاني : تعريف الحضانة في القانون الجزائري

الفرع الثالث : خصائص الحضانة

المطلب الثاني :تمييز الحضانة عن بعض المصطلحات المشابهة لها

الفرع الأول : تمييز الحضانة عن الوصاية

الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن الولاية عن النفس

الفرع الثالث : تمييز الحضانة عن الكفالة

المطلب الثالث : شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول : الشروط العامة لاستحقاق الحضانة

الفرع الثاني : الشروط الخاصة لاستحقاق الحضانة

الفصل الثاني : الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة

المبحث الأول : الالتزامات القانونية المترتبة عن الحضانة

المطلب الأول : حقوق الطفل المحضون

الفرع الأول : حق الطفل في النفقة

الفرع الثاني : حق الطفل في السكن

المطلب الثاني : واجبات الحاضن

الفرع الأول : تمكين المحضون له من زيارة الطفل المحضون

الفرع الثاني : التزام الحاضن بمراقبة الطفل المحضون

المبحث الثاني : انقضاء الحضانة

المطلب الأول : أسباب سقوط الحضانة و عودتها

الفرع الأول : أسباب سقوط الحضانة

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة

المطلب الثاني : مدة الحضانة و مصير الطفل المحضون بعد نهايتها

الفرع الأول : مدة الحضانة

الفرع الثاني : مصير الطفل المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة

خاتمة

مقدمة

مقدمة :

إن الأسرة أهم حق للطفل باعتبارها اللبنة الأولى التي ينشأ فيها ويتفاعل معها ، وكذا المؤثر المباشر في تكوين الطفل الحسن ، وتشكيل توجهاته وملكاته في مستقبل حياته إيجابا أو سلبا ، وعليه يقع على عاتق والديه واجب الرعاية والمحافظة عليه معنويا وماديا، كما يجب عليهم المحافظة على تماسك الأسرة التي لابد من وجودها في حياة الطفل.

والإسلام أول من نادي بحقوق الأولاد، فوضع أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم، والإنفاق عليهم، و إدارة شؤونهم ، كما قامت العديد من التشريعات الوضعية بوضع لأحكام تتعلق بمصير الولد وحمايته، وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض.

والجزائر من الدول التي تولي اهتماما كبيرا بمصلحة الطفل، وذلك سواء من خلال مصادقتها على اتفاقية حقوق الطفل ، أو عن طريق قيام المشرع بتنظيم المسائل المتعلقة بحماية حقوق الطفل المالية والشخصية ، فالحماية القانونية للطفل في تشريع الأسرة الجزائري تندرج ضمن معيار واحد يتناول كل أوجه الحماية ويعالجها، والمتمثل في مصلحة الطفل.

ومن تم يظهر لنا أن تكريس مبدأ مصلحة الطفل في القانون الجزائري يرتكز على التعاون بين كل من المشرع الذي يضع نصوصا قانونية عامة ومجردة، وبين القاضي الذي له السلطة التقديرية التي خولها له المشرع ليتصرف بموجبها في الأحوال التي لم ينص فيها على قانون، أو تلك التي يكون النص القانوني فيها دلالته غير قطعية ، فالقاضي له حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه، وتعد المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتب عنها من أثار بالغة الأهمية، ومن أبرز القضايا التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي خاصة الزواج الذي هو أساس تكوين الأسرة التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع من هنا تتبلور شخصية الطفل في كنف أسرته فقد يحرم الطفل من أحد والديه أو كلاهما بالموت أو الطلاق فلا بد أن يتوفر من يحل محل الأبوين في رعاية الطفل ويعوضه هذا الحرمان

والحضانة شرعت للتخفيف من حدة الآثار المترتبة عن انتهاء العلاقة الزوجية كنوع من أنواع التكفل الاجتماعي والنفسي والتربوي للطفل ولمساعدته على تحمل الوضع الجديد ومساعدته على التأقلم.

لهذا كان من الضروري التدخل وحماية الطفل وعدم تركه عرضة للأخطار، ومن هنا ظهرت العديد من التشريعات الوضعية التي حاولت تجسيد ما جاءت به الشريعة الإسلامية ،خاصة في الدول المسلمة التي من بينها الجزائر التي أصدرت قانون الأسرة حماية لهذه الفئة بعد فك الرابطة الزوجية وضمان حقوقها وذلك بالنص على الحضانة واعتبارها البديل الوحيد والممكن الذي يعوض الطفل عن الجو العائلي المفقود بان أسندت رعايته إلى احد والديه أو أحد أقربائه من جهة أمه أو أبيه حماية له من الضياع .

أسباب اختيار الموضوع : ترجع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية فالأولى فلكون الحضانة لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد إلى الطفل في ظل انتشار الطلاق حتى لأسباب تافهة والضحية هو الطفل بل قد يكون محل مساومة بين الأزواج بعد الطلاق دون مراعاة مشاعر هذا الطفل أو مصلحته، أما الثانية فكون الحضانة من أهم حقوق الطفل على والديه فهي أهم اثر من أثار فك الرابطة الزوجية .

أهمية الموضوع : يعتبر الطفل ثروة مهمة في المجتمع مما يتعين على هذا الاخير ان يوفر له الحماية الكاملة في الأسرة خاصة القانونية من خلال تسليط الضوء على أهم أثر من آثار الطلاق وهو الحضانة والنظام القانوني الذي يسيرها والآثار القانونية المترتبة عنها من نفقة وسكن، نظرا لعلاقتها المباشرة بمصلحة الطفل المحضون الذي هو مناط وهدف كل مادة من مواد قانون الأسرة المتعلقة بهذا الموضوع المهم وتعديلاتها التي لم تخرج عن الأصول والقواعد العامة للشريعة الإسلامية .

منهج الدراسة : اقتضت طبيعة الدراسة إلى إتباع المنهج الوصفي الملائم للدراسات القانونية بالإضافة إلى الاستعانة أحيانا بالمنهج التحليلي من اجل تبيان و شرح موقف المشرع من بعض المسائل القانونية المتعلقة بالدراسة .

الإشكالية : من اجل دراسة هذا الموضوع والإحاطة بأهم جوانبه قمنا بطرح الإشكالية التالية:

ما هو النظام القانوني للحضانة ؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة بالنسبة للطفل المحضون؟

الإطار القانوني للدراسة :

سنتناول موضوع الدراسة أي الحضانة من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري الصادر بالقانون 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005 المعدل للقانون 84-11 المؤرخ في 9يونيو 1984 ونظرا لارتباط الموضوع بالفقه الإسلامي و باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا مهما من مصادر قانون الأسرة وفقا لنص المادة 222 منه، فإننا سنرجع إلى الفقه الإسلامي كلما اقتضت الضرورة ذلك بالإضافة إلى الاستعانة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية والقانون المدني وقانون العقوبات وقانون حماية الطفل وقانون صندوق النفقة كلما اقتضت الضرورة لذلك .

الدراسات السابقة :

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة وقفنا على بعض الدراسات السابقة كانت مرجعا مهما لنا في دراستنا ونذكر منها :

- بن صغير، محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2009 .

- إلغات، ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011 .

- كربال، سهام، الحضانة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة ، 2012.

تقسيم الدراسة :

من أجل الإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه والإجابة على الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم الدراسة إلى فصلين ، تناولنا في الفصل الأول ماهية الطفل والحضانة ، وقسمناه بدوره إلى مبحثين، تناولنا بالدراسة في المبحث الأول : مفهوم الطفل وفي المبحث الثاني مفهوم الحضانة وخصائصها .

أما في الفصل الثاني فقد تطرقنا بالتفصيل الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة وقسمناه بدوره إلى مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول : الالتزامات القانونية المترتبة عن الحضانة، وفي المبحث الثاني تناولنا موضوع انقضاء الحضانة.

الفصل الأول

ماهية الطفل والحضانة

الفصل الأول : ماهية الطفل والحضانة

إن الحضانة باعتبارها من آثار الطلاق وجب ايلاؤها عناية قانونية و شرعية كاملة لعلاقتها المباشرة بالطفل الذي غالبا ما يكون في مرحلة عمرية حرجة من حياته ستؤدي به إلى الضياع إذا ما أسندت رعايته لغير مستحقيها ’لذا شرعت الحضانة حماية له مصداقا لقوله تعالى: "فتقبلها ربها بقبول حسن وكفلها زكريا" آل عمران الآية 37 أي جعلها تحت رعايته وحمايته، فالحضانة واجبة لان الطفل المحضون يهلك بتركها والواجب على الحاضن حفظه من الهلاك، وكما أن الحضانة تثبت للنساء ابتداء كونها انسب لهن لصبرهن على التربية وقربهن من الطفل فإنها أيضا تثبت للرجال وفق شروط عامة لكليهما و أخرى خاصة بكل منهما .

على ضوء ما سبق سنتناول في هذا الفصل التعريف بالطفل لغة وشرعا وقانونا باعتباره المعني بالحضانة وهذا في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فسنتطرق إلى تعريف الحضانة وذكر خصائصها وكذا تمييزها عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها وشروط استحقاقها، مع الإشارة أن دراسة كل هذه المسائل ستتم وفقا لقانون الأسرة الجزائري مع الاستعانة بفقه الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص أو كان محل إبهام وغموض.

المبحث الأول: مفهوم الطفل

إن الطفل يحتل مكانة بالغة الأهمية، فشغل الكثير من المفكرين والفقهاء في شتى المجالات وكان مصدر عدة دراسات، وبالتالي فقد مر تحديد مفهوم الطفل بمراحل عديدة وعرف عدة مفاهيم، وقبل إعطاء تعريف لمدلول الطفل من الناحية القانونية، حري بنا الوقوف عند مدلول الطفل في مختلف العلوم اللغوية والشرعية والقانونية، وإن بيان ذلك سيعين على الفهم وسيزيل اللبس خصوصا مع الألفاظ المستخدمة للدلالة على الطفل.

المطلب الأول: تعريف الطفل في اللغة العربية والفقه الإسلامي

عنيت اللغة العربية والشريعة الإسلامية بتعريف الطفل لما له من أهمية كونه يمر بمرحلة عمرية لها أحكامها وضوابطها وسنتناول تعريف الطفل لغة كفرع أول ثم تعريفه وفقا للفقه الإسلامي في فرع ثان ، كما سيأتي بيانه على النحو التالي :

الفرع الأول: تعريف الطفل في اللغة العربية

ومعنى كلمة طفل لغويا ومن حيث الاشتقاق أو المصدر، كلمة (الطفل) مشتقة من الكلمة اللاتينية infans والتي تعني (الذي لا يتكلم).

الطفل بكسر الطاء مع تشديدها يعني الصغير من كل شيء، عينا كان أو حدثا. فالصغير من الناس أو الدواب طفل، والصغير من السحاب طفل، والليل في أوله طفل، وأصل لفظ الطفل، من الطفالة والنعومة ، والطفل إنسان في سن الطفولة.[1]

لا تطلق كلمة طفولة إلا على الكائنات الحية ، فلا يمكن أن نقول طفل سيارة أو طفولة شارع ، أو طفل منضدة لكن يمكن أن نقول طفل بشري ، فالكائنات الحية طفولة تبدأ مع مولدها وظهورها أما الجماد فلا طفولة له.[2]

وبالتدقيق في قواميس اللغة العربية نجد ثمة بعض الألفاظ لها نفس الدلالة لمفهوم الطفل ونذكر منها ما يأتي:

[1]– ابن المنظور ، لسان العرب ، الطفل ، ج13 ، مختار الصحاح ، ص 408 ، المعجم الوسيط ، ج2 ، ص 560.

[2]– حسين عبد الحميد أحمد رشوان ، الطفل دراسة في علم الاجتماع ، د.ط ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، مصر ، 2008 ، 1.

أولا : القاصر: جمعه قصر، ففي اللغة: قصر الشيء بمعنى حبسه وقصر عن الشيء بمعنى عجز عنه، القصر والقصر في كل شيء: خلاف الطول. والقصير من الشعر: خلاف الطويل. وقصر الشعر : كف منه وغض حتى قصر .[1]

ثانيا: الصغير: الصغر والصغر ضد الكبير، من صغر صغارة وصغرا، وهو كل من قل حجمه أو سنه، فهو صغير والجمع صغار، واستصغره عده صغيرا، وقيل الصغر في الجرم والصغارة في القدر، والصغير خلاف الكبير. والصغار بالفتح: الذل، وكذا الصغر، والمصدر : الصغر بالتحريك، ومنه قوله تعالى :" سيصيب الذين أجرموا صغار عند الله وعذاب شديد " الأنعام الآية 124، فهم وإن كانوا أكابر في الدنيا فسيصيبهم صغار عند الله؛ أي مذلة.

قال الليث : يقال صغر فلان يصغر صغرا وصغارا فهو صاغر إذا رضي بالضيم وأقر به، وقال الله جل وعلا: "حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون" لتوبة الآية 29أي أذلاء، أو يصيبهم قهر وذل.[2]

ومما سبق يتبين لنا أن صغر السن تطلق على من قل سنه أو قل حجمة فهو صغير، أو هو الطفل أو الصغير من حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم، فهو صغير السن؛ أي دون سن البلوغ.

ثالثا : الحدث: فلغة يعني الشاب الحديث: نقيض القديم والحدوث: كون شيء لم يكن وأحدثه الله فحدث. وحدث أمر؛ أي وقع. ورجال أحداث السن، وحدثانها ، وحدثاؤها. ويقال : هؤلاء قوم حدثان، جمع حدث، وهو الفي السن. قال الجوهري : ورجل حدث أي شاب، فإن ذكرت السن قلت: حديث السن، وهؤلاء غلمان حدثان أي أحداث .

الفرع الثاني: تعريف الطفل في الفقه الإسلامي

تعتبر الطفولة من أهم مراحل حياة الإنسان، لذلك اعتنى الإسلام بها، وأولاها أهمية بالغة لتنشئة الطفل تنشئة حسنة، كما اهتم الفقهاء بدراسة أحكام صغار السن.

[1]– ابن منظور، المرجع السابق، 11/ 458.

[2]– الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة، بيروت، 1418هـ، 1998م، ص 285.

وإذا استقرانا كتب الفقه الإسلامي نجد هنالك اتجاهين، الاتجاه الأول يرى أن مرحلة الطفولة تبدأ بتكوين الجنين في بطن أمه وتنتهي بالبلوغ، والاتجاه الثاني يرى أن المقصود بالطفل هو المولود الذي انفصل عن أمه نمائيا، ولا يمتد هذا المدلول ليشمل المرحلة الجنينية، وذهب إلى هذا غالبية الفقهاء في الشريعة، واستدلوا بما ورد في القرآن الكريم.

وبالرجوع إلى النصوص القرآنية لتوضيح نقطة ، فإن سورة الحج جاءت لتبين أن لفظ الطفل يطلق على المولود وليس الجنين؛ أي أن الطفولة تبتدئ بالميلاد[1] ، أما قبل ذلك فهو الجنين فقد قال الله تعالى : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ البدء فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ ، وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ، وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّىٰ وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا ، وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ " الحج الآية 05.

ويعتبر البلوغ في الفقه الإسلامي البلوغ الطبيعي ببلوغ النكاح بأن تظهر في الغلام مظاهر الرجولة والقدرة على النكاح، وفي الأنثى الحيض والاحتلام والحبل، فإذا لم يظهر شيء من هذه العلامات الطبيعية على الطفل فقد أجمع الفقهاء على تحديد سن معينة كنهاية لمرحلة الطفولة، بيد أنهم انقسموا فيما بينهم حول معيار السن، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتماد سن الخامسة عشر عاما كنهاية لمرحلة الطفولة، واستندوا في ذلك إلى حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال[2]: "عرضت على النبي ﷺ يوم بدر وأنا ابن ثلاث عشرة سنة فلم يجزي في المقاتلة، وعرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني في المقاتلة"[3].

[1]– حمدي رجب عطية، المسؤولية الجنائية للطفل، دار النهضة العربية، مصر، 2000 م، ص 149.

[2]– ناصر زياد حمدان المصالحة، الحماية الجنائية للأطفال الجاني عليهم، رسالة الماجستير، الجامعة الأردنية، 2009 م، ص 13.

[3]– أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003 م، الحديث رقم : 11302، 92/6.

هذا وبالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية نجد أنها قد نصت على أحكام تختلف باختلاف المراحل التي يجتازها الإنسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن البلوغ، وهي ثلاثة كالآتي[1]:

أولا : هي مرحلة انعدام الإدراك: ويسمى الطفل فيها بالصغير غير المميز، وتبدأ هذه المرحلة بولادة الصغير وتنتهي ببلوغه سن السابعة، ويعتبر خلالها إدراكه منعدما، فإذا ارتكب جريمة لا يسأل جنائيا عنها، ولا يعاقب عليها، ولا يتخذ في شأنه إجراء تأديبي، ولكن إعفاءه من المسؤولية الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية؛ فهو مسؤول في ماله الخاص عن تعويض أي ضرر يصيب به غيره في ماله أو نفسه.

ثانيا : هي مرحلة الإدراك الضعيف: وتبدأ ببلوغ الصغير السابعة من عمره وتنتهي بالبلوغ، ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاما أو ثمانية عشر عاما على رأي الإمام أبي حنيفة ومشهور مذهب الإمام مالك كما ذكرنا آنفا، فإذا بلغ الصغير هذه السن اعتبر بالغا حكما ولو لم يبلغ فعلا، والصغير خلال هذه المرحلة يعتبر ضعيف الإدراك، ولا يسأل عن جرائمه مسؤولية جنائية، فلا يحد إذا ارتكب جرائم الحدود، ولا يقتص منه إذا قتل أو جرح، وإنما يسأل مسؤولية تأديبية فيؤدب على ما يأتيه من جرائم.

ولم تحدد الشريعة العقوبات التأديبية، وتركت لولي الأمر أن يحددها على النحو الذي يتراءى له، كالتوبيخ أو الضرب أو تسليم الصبي لوالديه أو لوصيه أو بوضعه في إصلاحية أو بوضعه تحت مراقبة خاصة، إلى غير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى تأديبه.[2]

ثالثا : هي مرحلة الإدراك التام: وتبدأ ببلوغ الصغير سن الرشد؛ أي ببلوغه العام الخامسة عشر من عمره على رأي عامة الفقهاء – كما ذكرنا آنفا –، وخلال هذه المرحلة يكون

[1]– عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، د.س .ن، ص 601.

[2]– سعيد حوى، الإسلام، شركة الشهاب للنشر، الجزائر، 1988 م، ص 605.

الإنسان مسؤولا جنائيا عن جرائمه أيا كان نوعها، فيحد إذا ارتكب أيا من جرائم الحدود، ويقتص منه إذا قتل أو جرح، ويعزر بكل أنواع التعزير.[1]

المطلب الثاني: تعريف الطفل في القانون

وسنقوم بتعريف الطفل في القانون الدولي كفرع أول ثم نعرفه وفقا للقانون المقارن كفرع ثان ثم في القانون الجزائري كفرع ثالث كما سيأتي بيانه على النحو التالي :

الفرع الأول: تعريف الطفل في القانون الدولي

على الرغم من أن مصطلح الطفل والطفولة قد ورد في العديد من الوثائق الدولية واتفاقيات وإعلانات حقوق الإنسان، ابتداء من إعلان جنيف لحقوق الطفل عام 1924 مرورا بإعلان حقوق الطفل في العام 1959 والاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني إلا أن معظم هذه الوثائق لم تحدد على وجه الدقة المقصود بهذين التعبيرين، كذلك لم تحدد معظمها سن الطفل، أو نهاية مرحلة الطفولة.[2]

وسوف نقوم بتسليط الضوء على تعريف الطفل في اتفاقية الأمم المتحدة للعام 1989، ثم الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته للعام 1990 ، والإطار العربي لحقوق الطفل لعام 2001 .

أولا : تعريف الطفل وفق إتفاقية الأمم المتحدة بشأن حقوق الطفل للعام 1989

تعتبر إتفاقية حقوق الطفل الوثيقة الدولية الأولى التي بموجبها تم وضع مفهوم الطفل بشكل عام[3] ، حيث عرفت الطفل بأنه " كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه "[4].

---

[1]– ابن منظور، المرجع السابق، 11/ 459.

[2]– محمود سعيد ، الحماية القانونية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة ، د.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2007 ، ص 14

[3] – عبد العزيز مندوة عبد العزيز أبو خزيمة، الحماية الدولية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير منشورة، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010 ،ص47

[4]– عبد العزيز أبو خزيمة، مرجع سابق، ص 49.

يلاحظ أن تعريف الطفل الوارد في الاتفاقية اتسم بالمرونة التي تسمح لكل دولة تحديد سن الرشد على نحو يتفق وظروفها سواء أقل مما هو مذكور في الاتفاقية أو أكثر، حيث ذهبت بعض التشريعات بالتضييق من مدلول الطفل فتجعله ينطبق على الصغير الذي لم يتجاوز السابعة عشرة، وبالتالي يكون من بلغ هذه السن قد تجاوز مرحلة الطفولة ويتحمل المسؤولية الجنائية مثل القانون الانجليزي، اليوناني، البوليفي، واقتدت بعض الدول العربية بهذا النهج في الإعلان عن التزامها بحقوق الطفل .[1]

بينما ذهب جانب من فقهاء القانون الدولي بنقد الاتفاقية حول بداية مرحلة الطفولة بقولهم أن تعريف الطفل ورد بشكل عام فضفاضة ولم تتطرق للحماية الواجبة للطفل قبل ميلاده على الرغم أن ديباجة الاتفاقية تطرقت لذلك فهناك من هو مؤيد لجعل تاريخ الميلاد تاريخ بداية هذه المرحلة والجانب المعارض يطلب بسط هذه المرحلة على فترة الحمل .

أما الخلاف حول نهاية مرحلة الطفولة فيرى جانب من الفقه أن رفع سن الطفل إلى الثامنة عشرة عاما يتفق مع تصبوا إليه الاتفاقية من مد فترة حماية الطفل بينما يرى جانب أخر أن تحديد سن الثامنة عشرة عاما يتعارض مع التقسيمات الحديثة في علم نفس النمو ذلك أن مرحلة الطفولة تنتهي بالبلوغ ويبدأ بعد ذلك مرحلة جديدة وهي مرحلة المراهقة.[2]

والذي نراه أن تحديد سن الخامسة عشرة لتحديد نهاية فترة الطفولة يستقيم مع المنطق القويم وبداية مرحلة المراهقة حتى نهاية سن الثامنة عشر.

ثانيا : تعريف الطفل وفق الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته (1990) :

عرفت المادة الثانية من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته بأنه " أنه يعد طفل كل إنسان أقل من 18 سنة " وهذا التعريف يشبه تعريف الذي نصت عليه اتفاقية الأمم

[1]– عبد الرحمن محمد خلف، السياسة الجنائية والأمنية لمواجهة عنف الأطفال، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص15 .

[2]– عبد العزيز أبو خزيمة، مرجع سابق، ص 50.

المتحدة لحقوق الطفل مع العلم أن هذا التعريف يتميز بالوضوح والدقة ، وأنه لم يقيد سن الثامنة عشرة بالقانون الوطني كما فعلت اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل .[1]

ثالثا : تعريف الطفل في الإطار العربي لحقوق الطفل (2001) :

لم يتم وضع تعريف محدد للطفل حيث تم التعرض للطفل في معرض الأهداف العامة بالقول : " يجب تكريس الحقوق للطفل حتى إتمام الثامنة عشرة دون أي تمييز بسبب العنصر أو الدين أو اللغة أو الجنس أو الوضع الاجتماعي أو المولد أو لأي سبب أخر "

إلا أن تعريف الطفل وتحديد مرحلة الطفولة، وإن ورد في الوثائق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، إلا أنه بقي دون تحديد باستثناء ما ورد في بعض الاتفاقيات السالفة الذكر.[2]

الفرع الثاني : تعريف الطفل في القانون المقارن

يقصد بالطفولة اصطلاحا –كما سبقت الإشارة إليه– أنها المرحلة التي يعتمد فيها الطفل على غيره في تأمين متطلباته الحياتية، وكلما كانت المجتمعات بدائية وفقيرة كانت مرحلة الطفولة قصيرة[3] حيث تباينت التشريعات المعاصرة في استعمالاتها للاصطلاح المعبر عن شخص الصغير الذي لم يصل بعد إلى بلوغ سن الرشد الجنائي أو سن تحمل المسؤولية، فنرى أنه استعمل لفظ الطفل، واستعمل لفظ الحدث، واستعمل لفظ الصبي والقاصر والناشئ[4]، كما أن هناك من رجال الفقه القانوني من اعتمد معيارين في تعريفه للصغير:

[1]– فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، رسالة دكتوراه منشورة ، جامعة الاسكندرية ، كلية الحقوق ، دار الخدمات الجامعية ، 2001 ، ص 12 .

[2]– محمود سعيد، مرجع سابق، ص 21.

[3]– هداية الله أحمد الشاش، موسوعة التربية العلمية للطفل، دار السلام، القاهرة، ص27.

[4]– مفتاح أبو بكر المطروى، تطويع الإجراءات الجنائية لجرائم الأحداث، رسالة دكتوراه (غير منشورة)، الإسكندرية، 1997م، ص 12/ حسن الجوخدار، قانون الأحداث الجانحين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1992م، ص 36.

أولا : المعيار العضوي في تعريف الطفل: يهتم المعيار العضوي بالخصائص البيولوجية لجسم الطفل، فيعد طفلا من يتميز جسمه بخصائص معينة[1]، ويصبح بالغا إذا ظهرت عليه خصائص جسمية معينة، كالاحتلام عند الرجال، وظهور ثدي البنت، وبدء الدورة الشهرية عندها.

ثانيا : المعيار العمري في تعريف الطفل : هو المعيار الذي يأخذ بالسن بدلا من الحالة الجسمية وذلك وقت ارتكاب الجريمة، وبالتالي يحتاج إلى تحديد تاريخ ميلاد الطفل لمعرفة ما إذا كان طفلا أو لا.

وبالمقارنة بين المعيارين يمكن القول إن المعيار العضوي يتميز بالمميزات التالية:

1- معيار واقعي.

2- أسهل للتعرف عليه من خلال الخصائص والملامح البيولوجية.

لكن بالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد أنها تعتمد المعيار العمري؛ بعلة أن المعيار العضوي لا يعكس دائما تطور الشخصية، فقد تظهر الخصائص البيولوجية للطفل كالبالغ ولكونه غير ناضج، فسنه العقلي يتأخر عن سنه العضوي كما يظهر من سماته البيولوجية[2].

غير أن المعمول به غالبا هو معيار السن لبيان من يصدق عليه وصف الطفل، لذا تعتبر بعض الدول أن مرحلة الطفولة تبدأ منذ لحظة ميلاده، في حين تعتبر أخرى من لحظة الحمل ووجود الجنين في رحم أمه، كما نهي بعض الدول مرحلة الطفولة ببلوغ الطفل سنا معينة[3]، في حين اختلفت التشريعات الوضعية في تعريفها للطفل واختلاف ألفاظه، وذلك لاختلافها في تحديد كل من سن التمييز وسن الرشد كما ذكرنا آنفا[4].

ومن التشريعات التي عرفت الطفل التشريع المصري حيث تنص المادة الثانية من قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 والمعدل بالقانون 126 لسنة 2008 على أنه:

---

[1]- عمر الفاروق الحسيني، انحراف الأحداث – المشكلة والمواجهة – مطبعة الإيمان، د.م، 1995م، ص 42.

[2]- عمر الفاروق الحسيني، المرجع نفسه، ص 44.

[3]- شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001م، ص10.

[4]- محمد الحداد، الحماية الجنائية للأحداث أثناء التحقيق والمحاكمة، رسالة ماجستير، المملكة الأردنية، 2010م، ص 26.

«يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة»، ولم يغير المشرع من وجهة نظره في تعريف الطفل عما سبق في ظل القانون السابق لسنة 1974 الذي نص في المادة الأولى منه على أنه «يقصد بالحدث في حكم هذا القانون من لم يتجاوز سنه ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف».

الفرع الثالث : تعريف الطفل في القانون الجزائري :

سندرسه خلال فترتين زمنيتين أولا قبل صدور قانون حماية الطفل و ثانيا بعد صدور قانون حماية الطفل .

أولا : قبل صدور قانون حماية الطفل رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة2015يتعلق بحماية الطفل

نجد أنه عبر عن صغير السن أو الطفل بالحدث أو القاصر، وهو ما كان دون سن الرشد، والمشرع الجزائري استعمل مصطلح الطفل في بعض القوانين استعمالا سطحيا وعرضيا، بداية من (ق إج ج)[1] إذ ورد هذا المصطلح في الباب السادس من الكتاب الثالث، وجاء على النحو التالي: «حماية الأطفال المجني عليهم في جنايات أو جنح»، وبمراجعة المادتين 493 و494 اللتين تضمنهما هذ الباب لا نجد أثرا لاستعمال مصطلح الطفل، سواء بصيغة المفرد أو الجمع.

ومثل ما لاحظنا أن الأمر رقم 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة (قبل الإلغاء)، استعمل أيضا مصطلح الطفولة في عنوان هذا الأمر، أما في محتواه فقد استعمل مصطلح القاصر، وهو نفس الشيء بالنسبة للأمر رقم 75-64 (قبل الإلغاء)، والذي استعمل في أغلب مواده مصطلح الحدث. كما أنه لم يعرف صغير السن أو الطفل؛ تاركا

[1]- قانون رقم 06-22 ممضي في 20 ديسمبر 2006، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية ، ع 84 مؤرخة في 24 ديسمبر 2006، الصفحة 4، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966.

ذلك لشراح القانون، واكتفى في المادة 49 من (ق ع ج) المعدلة بموجب القانون 14-01[1] باستبعاد المسؤولية الجنائية عن القاصر على النحو التالي: «لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر سنوات.

لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من عشرة إلى أقل من ثلاثة عشر سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب، ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ. ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من ثلاثة عشر إلى ثمانية عشر سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة»، غير أنه استدرك هذا الأمر فبالرجوع إلى المادة 02 من (ق ح ط) أنها تنص على «الطفل: كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة».[2]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حدد سن التمييز بثلاث عشرة سنة طبقا للمادة 42 من (ق م ج)[3]، وذلك إثر التعديل المؤرخ في 2006/06/20 بعدما كانت ست عشرة سنة وبالرغم من التعديل الذي استحدث بموجب الأمر 14-01 نلاحظ أن هناك اختلافا بين ما ورد في كل من القانوني المدني والجنائي فيما يخص بلوغ سن الرشد، وهو أنه في القانون المدني يكون بإتمام القاصر التاسعة عشرة سنة طبقا لما ورد في المادة الأربعين من (ق م ج) والتي تنص على أن «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر (19)

[1]- قانون رقم 14-01 ممضي في 04 فبراير 2014، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية ، ع7 ،مؤرخة في 16 فبراير 2014، الصفحة 4، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966.

[2]- لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر من عمره إلا تدابير الحماية و التربية؛ قرار صادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 20-03-1984 تحت رقم 14.250 . راجع: عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري-الجريمة، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002م، ص587.

[3]- قانون رقم 07-05 ممضي في 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية ،ع 31 ، مؤرخة في 13 مايو 2007، الصفحة 3، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975.

سنة كاملة». و(ق أج)[1] هو الآخر فقد حدده بتسع عشرة سنة في المادة 07 منه. وفي المقابل نجد أن (ق إج ج) يحدد سن الرشد الجزائي ببلوغ الشخص ثماني عشرة سنة على النحو الوارد في المادة 442: «يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر»، في حين نصت المادة الأولى من الأمر 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة الملغي «أن القصر الذين لم يكملوا الواحد والعشرين عاما، صحتهم وأخلاقهم أو تربيتهم عرضة للخطر أو يكون وضع حياتهم أو سلوكهم مضرا لمستقبلهم، يمكن إخضاعهم لتدبير الحماية والمساعدة التربوية ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد الواردة بعده».

ثانيا: بعد صدور قانون حماية الطفل : بينما نجد المشرع الجزائري في المادة 02 من (ق ح ط) جعل سن 18 سنة هو سن الرشد الجزائي في جميع الحالات سواء الطفل الجانح أو في حالة الخطر المعنوي، فتنص المادة 2 منه: «يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة... »، وتضيف ذات المادة: «... سن الرشد الجزائي بلوغ ثماني عشرة (18) سنة كاملة، تكون العبرة في تحديد سن الرشد الجزائي بسن الطفل الجانح يوم ارتكاب الجريمة».

هذا فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من مسألة تحديد سن الرشد، أما فيما يخص سن الضحية فهو الآخر لم يحدده تحديدا دقيقا، وهذا ما لمحناه من خلال النصوص؛ إذ جعلها ثماني عشرة سنة في المادة 322 من (ق ع ج) «كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشر وذلك بغير عنف ولا تهديد...»، و جعلها تسع عشرة سنة كما جاء في المادة 380 من (ق ع ج) فيما يتعلق باستغلال حاجة قاصر؛ إذ تنص المادة «كل من استغل حاجة قاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلا أو هوى...».

وبالرجوع إلى المادة 269 من (ق ع ج) نجد أنه حدد سن الضحية محل الحماية بستة عشر سنة «كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا تتجاوز سنه السادسة عشر ...»، وجعل في بعض الأحيان تقدير سن القاصر إلى الشريعة العامة (القانون المدني)، وأحيانا

[1]- الأمر رقم 05-02 ممضي في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية ، ع 15 ، مؤرخة في 27 فبراير 2005، الصفحة 18، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984.

قانون الأسرة كما هو الحال في جريمة الامتناع عن تسليم قاصر لمن قضي بشأن حضانته؛ إذ نصت المادة 65 من (ق أج) على: «تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون».

من خلال ما تقدم في هذا العنصر وبعد تتبعنا لمختلف النصوص التشريعية في ما يتعلق بتحديد مصطلح الطفل رأينا كيف تعامل المشرع الجزائري مع مسألة تحديد سن الرشد بالنسبة للحدث كجانح التنوع في الأحكام وإن كان لديها ما يبررها من الناحية العملية غير أننا نقترح على المشرع الجزائري التدخل مرة أخرى من أجل توحيد قدر الإمكان مثل هذه الأحكام، وسيما بعد صدور (ق ح ط) الذي يفترض معه أن المشرع قد استدرك هذا القصور.

المبحث الثاني: مفهوم الحضانة.

يثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات : ولاية التربية، والولاية على النفس والولاية على ماله إذا كان له مال ، وما يهمنا ولاية التربية أو ما يسمى بالحضانة، ومنه الرعاية والتربية للطفل التي هي من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية وجاء بها (ق أ ج) وإصطلح عليه بالحضانة وهي من أبرز النتائج المتولدة عن إنحلال الزواج بالطلاق أو بالوفاة ومن أهم آثاره لذا وجب الإحاطة بهذا المصطلح من كل جوانبه وهو ما سنتناوله في هذا المبحث بدءا بتعريفها وتبيان أهم خصائصها التي تتميز بها كمطلب أول وتمييزها عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها كالوصاية وغيرها كمطلب ثان بالإضافة إلى شروط استحقاقها ممن تثبت لهم من النساء والرجال كمطلب ثالث وذلك على النحو التالي بيانه:

المطلب الأول : تعريف الحضانة و خصائصها .

للحضانة عدة حقوق مختلفة كما أن الجهات التي تقوم بصياغتها وتنفيذها متعددة، وعليه سنقوم بتعريف الحضانة كفرع أول، وتبيان خصائصها التي تتميز بها كفرع ثان و هو ما سيتم تبيانه على النحو التالي:

الفرع الأول : تعريف الحضانة في اللغة العربية و في الفقه الاسلامي

أولا : تعريف الحضانة في اللغة العربية:

جاء في القاموس المحيط : " الحضن بالكسر مادون الإبط إلى الكشخ أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشئ وناحيته، جمع أحضان، وحضن الصبي حضنا وحضانته بالكسر جعله في حضنه أو رباه واحتضن الطائر بيضه حضنا وحضانة بكسرهما وحضونا رحم عليه للتفريخ ".[1]

في تعريف لإبن منظور للحضانة " بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحضن وهو الجنب أو الصدر، والعضدان وما بينهما، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جبها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته".[2]

ثانيا : تعريف الحضانة في الفقه الاسلامي:

عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه و وقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها .

والولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأنه يكون عاجزا في حياته الأولى عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وينفعه، والشارع الحكيم قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير لانهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له أما عن تربيته ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى فقد جعلها للأم، وأما عن ولاية التصرف في نفس الولد وماله فقد جعلها للأب، وقد عرفها **الإمام مالك**[3]بأنها:"تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء".

[1]– الفيروزأبادي ، القاموس المحيط : ج9 ، ط 3 ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 1980 ، ص 211 .

[2]– ابن منظور ، المرجع السابق ،ص 661.

[3]– الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، ص 358 ، دار صادر ، ج2.

أما بعض فقهاء **الشافعية** يعرفوها بأنها " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته، بما يصلحه ويقيه ما يضره " ويرى ابن القيم أن الولاية على الطفل نوعان : نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم وهي ولاية الحضانة والرضاع، وقدم كل من أبويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد.[1]

أما الشيخ أبو زهرة [2] فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: الأولى ولاية التربية، الثانية ولاية النفس، والولاية الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال.

ففي ولاية التربية الدور الأول يكون فيها للنساء وهي ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن له الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم محارمه من النساء ، فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته، فلا يمكن الاستغناء عن وجود النساء في جانبه خاصة .

ويرى الأستاذ صالح جمعة[3] أن الولاية على النفس هي القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه، ويدخل في نطاقها ثلاث ولايات :

1- ولاية الحفظ والرعاية، وتبدأ منذ ولادة المولود حتى بلوغه سن التمييز، وهي ما تسمى بالحضانة .

2- ولاية التربية والتأديب والتهذيب، وتبدأ بعد بلوغه سن التمييز واستغنائه عن النساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة .

3- ولاية التزويج، وهي تثبت للولي بناءا على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في تزويج من في ولايته .

---

[1]- ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مج 2، دار الكتاب العربي ، ص 12.

[2]- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، ص 474.

[3]- صالح جمعة حسن الجبوري ، الولاية على النفس في الشريعة الاسلامية والقانون ، ط1 ، 1976 ، مؤسسة الرسالة ، ص 33-34.

الفرع الثاني : تعريف الحضانة في قانون الاسرة الجزائري:

لقد جاء تعريف الحضانة في نص المادة 62 من (ق أج) بقولها :"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

لم يخرج المشرع الجزائري إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا عن الصغير، كما أنه اعتمد في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها.

يبدو من خلال هذا التعريف مدى حرص القانون الجزائري على إبراز مهمة الحاضن، حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون، وما يلاحظ على هذا التعريف: إرادة عازمة أظهرها المشرع الجزائري اتجاه هذا العمل الخطير أحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى ما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون[1].

عرفت المادة 97 من المدونة المغربية : "الحضانة حفظ الولد مما قد تضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه .[2]

كما عرفته المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".[3]

من خلال ما سبق نجد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. يعلق عبد العزيز سعد على التعريف بأن تعريف قانون الأسرة على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف، ولاسيما من

[1]– فاطمة حداد ، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الاسرة الجزائري ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2017 ، ص 88 –89 .

[2]– مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، ط2 ، المطبعة الأمنية ، الرباط ، 1962 ، ص 30.

[3]– مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، ط2 ، المطبعة الرسمية ، تونس ، 1982 ، ص 16.

حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره، ومن حيث أن التعريف جمع في عمومه كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.[1]

إنطلاقا من تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهداف فهي:

أولا: تعليم الولد : ويقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حق لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا إلى غاية استنفاذ طاقته واستطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته[2].

ثانيا :تربيته على دين أبيه : ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه، بمفهوم المخالفة في المادة 30 من (ق أ ج) المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، والعكس جائز شرعا وقانونا، وما يؤكد ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة 62 على تربية الولد على دين أبيه، أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة و لذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ و قيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل.[3]

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته: " لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها على الدين الإسلامي".[4]

ثالثا : السهر على حمايته :إذا كانت الحضانة رعاية وحماية يجب اتخاذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو الجرح أو أي اعتداء معنوي كالتخويف والشتم ، مما يؤدي إلى زعزعة الطفل نفسيا، وليس معنى ذلك ترك الطفل يفعل ما يشاء وأن لا يؤدب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك، ولا بد من حماية الطفل من نفسه وليس من الغير فقط.

[1]– فاطمة حداد ، المرجع السابق ، ص 89.

[2]– باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة ،د.ط ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 ، ص 125.

[3]– باديس ديابي ، المرجع نفسه ، ص 125.

[4] – قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 457038 ، بتاريخ 2008/09/10 ، المجلة القضائية ، ع2 ، 2008 ، ص 313.

رابعا : حمايته صحيا: يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته، وذلك بأن يتلقى كل التلقيحات اللازمة والدورية، وأن يعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة.[1]

خامسا : حمايته خلقيا : الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه و حسن تأديبه و إعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع و رفقاء السوء[2].

الفرع الثالث : خصائص الحضانة

من خلال تعريف الحضانة يتبين أنها تهدف الى نفع الولد لذا اعتبرت واجبة وبالتالي فهي من النظام العام، لأنه يتحقق نفع الولد وتربيته تربية صحيحة ما يحقق مصلحته ومصلحة مجتمعه، كما أنه بالنظر إلى الحق في الحضانة نجده حقا مشتركا للحاضن والمحضون ، وبما أنها حق مشترك ،فهل هذا يعني أن للحاضن أن يمارسها بمقابل مالي ؟ وهل يعطي هذا الحق للحاضن إمكانية تجزئتها ؟ وهذا ما سنحول بيانه على النحو التالي :

أولا : الحضانة من النظام العام : الحضانة من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها ، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب ، فان الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها ، وقد تجبر الحاضنة على حضانة الصغير وإن تنازلت عنها حتى وان لمن تتوفر فيها الشروط كاملة، ماعدا التي لها علاقة بأخلاقها إذ أن ذلك لمصلحة الطفل[3] ، 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[4].

---

[1]– حسيني عزيزة ، الحضانة في قانون الأسرة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2000 ، ص 28–29.

[2]– باديس دياببي ، المرجع السابق ، ص 126.

[3]– عيسى، طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2011، ص42

[4]– حسين ،طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ط1،دار الخلدونية، الجزائر،2009 ،ص153

ثانيا : الحضانة حق مشترك : تعتبر الحضانة عملا ماديا يتصف بصفتين متقابلتين، هما حقا وواجبا 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 صلى الله عليه و سلم :" أنت أحق به" ،و من جهة أخرى هي حق للصغير 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 أبدا.

يتبين مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة 66(ق أ ج) فاعتبرها من هذا الوجه حقا له ومن وجه آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير، أي أن المشرع ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الحق حسب ظروف ومصلحة الطفل وقد أحسن في ذلك .

ويترتب على كون الحضانة حقا للصغير ما يلي[1]:

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

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

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

و يترتب عن كون الحضانة حقا للحاضن ما يلي[2] :

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

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

---

[1]- بدران، ابو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ،ج1، الزواج و الطلاق، دار النهضة العربية ، بيروت، 1967، ص542

[2]- بدران، ابو العينين بدران ، المرجع نفسه ،ص 544 .

3-إذا كانت للطفل مرضعة غير الحاضنة ، وجب إرضاعه في منزل الحاضنة حفاظا لحق الحاضنة من الضياع .

ثالثا : الحضانة غير قابل للتجزئة : إن المقصود بتجزئة الحضانة هو أن يكون طلب الأم مقتصرا على الذكور فقط دون الإناث ، أو مقتصرا على الإناث دون الذكور، أو تختار الأصغر سنا وتترك الآخرين، رغم أن ها يعد حقا للأم خاصة في ظل عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، إلا انه ومن أجل المحافظة على الترابط بين الأبناء فقد أصدرت المحكمة العليا في هذه المسألة قرار[1] بعدم تجزئة الحضانة للام ، حيث جاء في القرار :" من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحضانة تسند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها ولا تسقط عنها ما لم يجردها من هذا الحق مانع شرعي، وحيث ان المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم إلى أمهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها المشرع في هذا الباب، ومن جهة أخرى ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضونين الالتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في بقائهما عند جدتهما لأبيهما، وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي ".

ويلاحظ من خلال هذا القرار أن القانون يمنع تفرقة الأولاد عن بعضهم البعض، بعدما تفرق الأبوان ، والعمل على إبقائهم معا، سواء كان بقائهم مع أمهم، أو حاضنة أخرى غير أمهم، 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 [2].

رابعا : الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه: بما أن الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارسته ، سواء باجر أو تبرعا ، وهنا اختلفت الآراء بين قائل بوجوب الأجر ، وبين معارض لذلك:

---

[1]- م ع ، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/04/02 ، ملف رقم 2549، المجلة القضائية ، عدد 4، سنة 1989 ، ص77

[2]- كربال، سهام، الحضانة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة ، 2012

1-**أجرة الحضانة** : إن الحضانة أمر متعب و شاق و يتطلب إمكانيات وجهودا مادية ومعنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات ممارستها في سبيل رعاية الطفل، وبالتالي فهل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة للحاضنة ؟

بالتمعن في المواد 75،76،77، 78 من (ق أ ج) نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة ليظل التساؤل قائما حول القول بأجرة الحاضنة من عدمها ، فحتى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222[1] (ق أ ج) نجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسألة فالمالكية قالوا بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أم غيرها، وبغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أو معسرة ، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال أنفق عليها منه لكونها فقيرة وليست لكونها حاضنة.[2]

أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجرة الحاضنة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها و بين والد طفلها ، و لم تكن معتدة من طلاق رجعي ، ولا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن ، وتستحق النفقة من أب الطفل ،ذلك أن الأجرة حسبهم ليست عوضا خاصا بل كأجرة الرضاع للأم ومؤونة ونفقة لقوله تعالى : "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" البقرة الاية233 ، 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 أجرة الحضانة.

أما فقهاء الشافعية فالحاضنة عندهم تستحق الأجرة سواء كانت أما أم غيرها وهي غير أجرة الرضاع[3].

ويرى الحنابلة أن للحاضنة طلب أجرة الحضانة ، والأم أحق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا ، وتجبر الأم على حضانة طفلها ، وإذا استأجرت امرأة لإرضاعه وحضانته لزمها العقد ، وإذا ذكر في العقد الرضاعة لزمتها الحضانة تبعا، وإن

[1]– تنص المادة 222 (ق أ ج) على :"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

[2]– باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 86 .

[3] – سامية ، بن قوية ، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول 2010، ص152 .

استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع ، وإن امتنعت الأم سقط عنها حقها و انتقل إلى غيرها[1].

وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل ليحسم هذه المسألة خاصة وأن أجرة الحضانة هي أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون ، لأن حصول الحاضنة عل مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه ، وبالتالي فعدم الوفاء بهذا المقابل المادي ، خاصة إذا كان الحاضن في حاجة إلى هذا المقابل يدفعه الى الإحجام عن القيام بهذا العمل ، و في هذا ضرر بالمحضون ، والمعلوم أن الحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره .

مما سبق نستنتج نص المادة 222 (ق أ ج) أن المشرع الجزائري أحالنا في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لعدم وجود نص قانوني، وبما أن هاته المسألة محل خلاف بين المذاهب الأربعة ، وأن المشرع الجزائري غالبا ما يأخذ بالمذهب المالكي، وبالتالي يمكن القول استنتاجا أن المشرع الجزائري اخذ بالمذهب المالكي القائل بان لا أجرة للحاضنة على حضانتها للطفل .

2-المدين باجرة الحضانة : أجرة الحضانة غير أجرة الرضاع ، وهي تجب في مال الصغير إن كان له مال فإن لم يكن له مال فيلزم به ابوه أو من كانت تلزمه نفقة الصغير، فإن كان معسرا عن الكسب اعتبر في حكم عدم الوجود وفوض أجر الحضانة إلى من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ، ويؤديها إلى الحاضنة، وإذا كان قادرا على الكسب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته وأمرا بالأداء ، وعلى من تجب عليه نفقة الصغير أن يؤديها للحاضنة ويرجع بها على الأب إذا أيسر[2] .

من خلال ما سبق نخلص إلى أن [3]:

أ- أجرة الحضانة لا تسقط بموت الصغير بخلا ف الفقه.

---

[1]- سامية ، بن قوية ، المرجع نفسه ، ص154 .

[2]- عمرو،عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية،ج2،ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ،2005، ص194 .

[3]- عمرو، عيسى الفقي، المرجع نفسه، ص194 .

ب–أجرة الحضانة لا تسقط إلا بالأداء او بالإبراء على خلاف نفقة الصغير .

ج–الأم تجبر على رد ما عجل لها من اجل الحضانة لوالد الصغير عن المدة التي زال فيها السبب أو انقطع فيها العمل بخروج الولد عن يدها.

3–التبرع بالحضانة : إذا أبت أم الولد أن تحضنه إلا بأجرة ، ووجدت من محارمه من هي أهل لحضانته كجدته أو خالته أو عمته تتبرع بحضانته، فان كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله بأن كان له مال ونفقته واجب فيه ، فانه يسلم للمتبرعة لان في هذا صيانة لماله من غير إضرار به فالمتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه [1] وإن لم يكن للصغير مال وكان اجر حضانته مستحقا على الأب، فان كان موسرا لا يعطي للمتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها، لان حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لتوفر الشفقة ولا ضرر على الأب لأنه موسر، وإن كان معسرا يعطي للمتبرعة لان في إلزامه بالأجر مع إعساره إضرار به[2] .

المطلب الثاني : تمييز الحضانة عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة :

يشتبه مفهوم الحضانة بمفاهيم قانونية أخرى قريبة منها كالوصاية والولاية عن النفس والكفالة ولتوضيح الفروق بينها وبينهم وجبت المقارنة بينها وبين كل مصطلح على حده وعليه سنتناول التمييز بين الحضانة والوصاية كفرع أول ثم بين الحضانة والولاية على النفس كفرع ثان ثم بين الحضانة والكفالة كفرع ثالث وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : تمييز الحضانة عن الوصاية :

الوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها أما الحضانة فهي حق مقرر لرعاية الطفل وحفظه بما يكفل حسن تربيته [3].

[1]–كربال ، سهام، المرجع السابق ، ص16 .

[2]– كربال ، سهام، المرجع السابق ، ص16–17 .

[3]–رشدي ، شحاتة ابو زيد، ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة ،1989 ، ص 45–46 .

ولذلك فإن الفقه الإسلامي قد فرق بين حق الحضانة والوصاية ، فخول لوالد الطفل أن يعين عليه وصيا مختارا يدير أمواله ، ولم يجعل له حق اختيار من يحضنه بل جعل ذلك منوطا بمصلحة المحضون في الحدود التي رسمها ولا اعتبار لإرادة والده فيها[1].

ومن ثم ، فإذا اشترط الوالد أن تكون حضانة ولده لشخص معين كان شرطا باطلا ولا يعمل به، بخلاف الوصاية، وحكمة التشريع في ذلك أن الحضانة نوع من أنواع الولاية جعلها الشارع في أشخاص بعينهم حماية ومحافظة على الطفل ورعاية لمصالحه[2]، فمدار الحضانة يتمثل في الحفاظ على مصلحة المحضون والنظر في ذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل وعروف الحوادث، غير أن في الوصاية تنص المادة 92 من (ق أ ج) على أنه : " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..." .

الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن الولاية على النفس :

يقصد بالولاية على النفس ، الولاية التي تجعل للولي القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج [3] وهي تثبت للأب و بعد وفاته تنتقل للام وفي حالة الطلاق تعطى لمن يمنح له القاضي الحضانة.

إذا اوجد الفقه فروقات بين الحضانة والولاية على النفس ،فإنه لن يعثر عليها بلا شك في **الهدف الذي أسس كل منهما لأجله** وهو مصلحة الطفل، لأن حماية الطفل من الضياع ورعاية مصالحه هو سبب قيام كل من الحضانة والولاية على النفس وهذا ما يدعو إلى القول بأنهما من النظام العام [4] .

ويختلف كل من الحضانة والولاية على النفس **من حيث مصدرهما** حيث يشهد الفقهاء العرب وكذا الفقه الفرنسي بأسبقية الإسلام في تأسيس نظام الحضانة على خلاف الولاية

[1]– زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان ، 2005 ،ص 101 .

[2]– زكية حميدو،المرجع نفسه، ص .102

[3]– بدران،ابو العينين بدران، المرجع السابق،ص 136.

[4]– زكية حميدو،المرجع السابق، ص 91 .

التي أسسها القانون المدني والأسري[1] **ومن حيث موضوعهما** حيث أن الحضانة تحمل معنى جسديا عاطفيا محضا أي ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل وتلبية حاجياته كحفظه وإمساكه، ومنحه الطعام،و تنظيف جسمه، وغسل ثيابه، فضلا عن العناية الرؤوفة به كضمه الى الصدر [2] في حين الولاية على النفس تشمل التربية بمعناها الواسع فهي تقتصر على تنشئته، وحراسته وحسب.

ومن حيث سن الطفل حيث تمارس الحضانة على الطفل منذ ولادته و في طفولته وبالتالي فسن المحضون اقل من سن الطفل الذي تمارس عليه الولاية على النفس شرعا ،و**من حيث شرط وحدة الدين**، حيث يشترط في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه، أما في الحضانة فلا يشترط أن تكون الحاضنة متحدة الدين مع المحضون إذا كانت أنثى[3]، **و من حيث وقت انتهاء كل منهما** حيث تنتهي الولاية ببلوغ الطفل سن الرشد في حين تنتهي الحضانة ببلوغ الذكر 10 سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة وببلوغ الأنثى سن الزواج [4] ، وكذا **من حيث الاشخاص** حيث الولاية لا تصح إلا للرجال، فهي تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الميراث في حين الحضانة تسند للأم ثم للأب، ثم أم الأم ، ثم أم الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون و هذا ما جاء به (ق أ ج)[5] .

الفرع الثالث : تمييز الحضانة عن الكفالة :

الكفالة **لغة** : هي الضم و منه قوله تعالى : " و كفلها زكريا" آل عمران الآية 37 .

---

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

[2]– احمد، الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، آثار الولادة و الأهلية و النيابة القانونية، ط 1، دار نشر المعرفة ، الرباط ،1994 ، ص 117 .

[3]– زكية حميدو، المرجع السابق، ص 94 .

[4]– محمد مصطفى، شلبي ، أحكام الاسرة في الاسلام ، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ، ط 4 ، الدار الجامعية ، بيروت ،1983 ، ص 791 .

[5]– زكية حميدو، المرجع نفسه، ص 92–93 .

أما معناها **شرعا** فهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطابقة بنفس أو دين أو عين، أو عمل[1].

أما المشرع الجزائري فقد عرفها في المادة 116 (ق أ ج) بقوله : "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة ، وتربية، ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، والكفالة نوعان، كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال .

ويتضح من خلال ما سبق أن الكفالة تهدف إلى رعاية الولد القاصر وهي بذلك تشترك مع الحضانة في الغاية المقصودة من ورائهما .

أما فيما يخص الفرق بين الحضانة والكفالة فيكمن في أن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول في حين الحضانة غرضها مد الحنان والرعاية وتقديم الخدمات المادية دون أن نلزم الحاضن بالنفقة على المحضون، كما أن الحضانة تتعلق بطفل أصغر سنا ممن هو في سن الكفالة، وهذا القول الذي ندعمه بنظر الشافعية الذين جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي سبع أو ثماني سنوات، أما الكفالة فجعلوها بعد ذلك بالإضافة إلى أن الكفالة التزام، وعلى وجه الدقة عقد يتم بدون مقابل ،حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه، على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ الأجرة ،كما أن الكفالة تسند بقرار إداري بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي، كما أن للكافل الولاية القانونية على المكفول، أما الحاضن فليست له مبدئيا الولاية القانونية بالإضافة إلى أن الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرهما بينما الكفالة تطلق في الذي يكون عند غير والديه، زيادة على ذلك المكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب ، أما المحضون يطلق على الطفل معروف النسب، كما يشترط الإسلام في الكافل، أما في الحضانة فلم يشترط فيها مثل هذا الشرط في الحاضنة للاختلاف الفقهي القائم ما لم يكن المحضون رجلا فلا نقاش في أن يكون متحد الدين مع المحضون ، وأخيرا تنتهي الكفالة بطلب من احد الأبوين أو كلاهما

[1]– أحمد داود، رقية ، الحماية القانونية للطفل في قانون الاسرة الجزائري و المعاهدات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2003 ، ص 125 .

عودة المكفول إلى ولايتهما ، أو التخلي عنه أما الحضانة فتنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات مع إمكانية تمديدها إلى ستة عشر سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج[1].

المطلب الثالث : شروط استحقاق الحضانة:

إن الحضانة حق ثابت لمن هو أهل لها بتوفر شروط معينة، وبالعودة إلى (ق أ ج) نجد أن المشرع لم يحدد لنا بشكل صريح الشروط الواجب توافرها في الحاضن، حيث تنص المادة 62 الفقرة 2 من (ق أ ج)على أنه: " يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، تاركا بذلك فراغا قانونيا يدفع القاضي للاجتهاد باحثا عن كيفية تطبيق المعايير التي يعتمد عليها، وعليه يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك استنادا لنص المادة 222 من (ق أ ج) ، فهناك شروط عامة يستوجب توفرها في الرجال والنساء، وشروط خاصة يستوجب توفرها فقط في النساء، وأخرى يختص بها الرجال دون النساء وعليه سنتناول في هذا المطلب كفرع أول الشروط العامة لاستحقاق الحضانة ثم كفرع ثان الشروط الخاصة بكل من النساء والرجال وذلك على النحو التالي :

الفرع الاول : الشروط العامة لاستحقاق الحضانة:

الأهلية للحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة ومن بين الشروط العامة الممارسة الحضانة للرجال والنساء نجد :

أولا : العقل : لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون مطبقا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة، ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير، ولو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونها في

[1]– انظر المادة 124 من الأمر رقم 05–02 ممضي في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية ، ع 15 ، مؤرخة في 27 فبراير 2005، الصفحة 18، يعدل ويتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984.

أي وقت وإن كان نادرا أو قصيرا[1]، ولو مثلا مرة في كل سنة، لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي الإبتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصلحته .

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه وهو ما ورد في نص المادة 85 من (ق أ ج) التي تنص، أنه : "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه ".

كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا، لأن الحضانة هي رعاية المحضون وحفظ مصلحته.[2]

ثانيا :البلوغ : الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها وتبعاتها إلا الكبار، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية ، أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنها بالغة حكما، إذا ادعت البلوغ وهي أن ادعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة ما دام أن الظاهر يشهد بصدق ادعائها، وكون البلوغ شرط في الحاضنة، شرط سار عليه سائر الفقهاء، لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه ويقوم على شؤونه، فكيف يكون له أن يتولى شؤون غيره ، والبلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة، لأن به اكتمال الإرادة عادة .[3]

والقضاء الجزائري اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية .

ثالثا : الأمانة على الأخلاق : الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة للمحضون، تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا ألقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة

[1]– عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا ، دار الفكر العربي ، ص 235 .

[2]– العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ص 383.

[3]– أحمد محمد العساف ، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة ، مج 2 ، دار إحياء العلوم ، ص 438 .

تربيته، والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير وحمايته من الضياع وصيانته من الإهمال، حتى قال بعض الفقهاء : " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها وسقطت الحضانة عنها "[1] ، وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلا رجلا كان أو امرأة.

الفرع الثاني : الشروط الخاصة لاستحقاق الحضانة:

بالرجوع الى الفقه الإسلامي و استنادا إلى نص المادة 222 من (ق أ ج) نجد جملة من الشروط الخاصة بالنساء و كذا شروطا خاصة بالرجال يمكن سردها فيما يلي :

أولا : الشروط الخاصة بالنساء لاستحقاق الحضانة :

يشترط في النساء جملة من الشروط الخاصة بهن و هي كالآتي :

1- **ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه** : اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون على آراء منها: قولهم أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهو ما ذهب إليه كل من الأئمة الأربعة : مالك والشافعي، وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه، وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو : (أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه متي فقال ﷺ : " أنت أحق به ما لم تنكحي " فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج، وعندها لا يكون لها هذا الحق وكذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج، فتسقط عنها ويدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم فقد قال له الدين أبو بكر : إنها أحق به ما لم تتزوج، وقد وافقه عمر لي على هذا الحكم وكان بحضور الصحابة ولم ينكر عليه أحد ذلك، وعلى حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شريح لا يختلفون فيه زمانا ومكانا.

[1]- محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية ، ج1 ، 1956 م، ص 394 .

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، تنص المادة 66 من (ق أ ج)على أنه : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، وعليه يستشف من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي، وبقريب عير محرم، ولقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها.

وعليه وخدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها:[1]

أ-عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم .

ب-ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة.

ج-أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراضي.

2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير : أي تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأم المحضون وأخته وجدته، فلا حق لبنات العم والعمة و بنات الخال والخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لبني الخال والخالة والعم والعمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور .[2]

3- عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه : يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الغير يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها، وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من (ق أ ج) :"تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم " .

وجاءت هذه المادة تكريسا لمصلحة المحضون ليتربي تربية سوية بعيدة عن كل المشاكل التي تحيط بالطفل وتؤثر عليه سلبا في المستقبل .

[1]- السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي ، سراج السالك لشرح أسهل المسالك ، ج2 ، وزارة الشؤون الدينية ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، 1992 ، ص 120 .

[2]- السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي ، المرجع السابق، ص 121 .

4- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا : إن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند إعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة.[1]

فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة .

ثانيا :الشروط الخاصة بالرجال :

يشترط في الرجال جملة من الشروط الخاصة بهم و هي كالآتي :

1-أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى: ولقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بما لانتهاء المحرمية، وإن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة والشهوة أعطيت له بالاتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه[2].

2-اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد بني حق الحضانة للرجال على الميراث[3].

[1]- الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ، ص 408.

[2]- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 7، ط 3، دار الفكر ، سوريا،1989 ، ص 729-730 .

[3]- محمد ابو زهرة ، مباحث في أحكام الفتوى ،دار ابن حزم للطباعة و النشر ،بيروت .لبنان ، د س ن ، ص 408 .

نستخلص مما سبق ذكره في هذا الفصل أنه مهما تعددت و اختلفت تعريفات الطفل والحضانة فإنها تشترك في الهدف منها و هو حماية الطفل المحضون و ضمان حقوقه بالنظر الى خصائصها تتميز عن باقي المصطلحات القانونية المشابهة لها في ضمان الرعاية العاطفية والمعنوية للطفل المحضون بالإضافة إلى ضمان باقي الحقوق المادية المترتبة عنها وقد خصها المشرع الجزائري في قانون الأسرة بجملة من الشروط العامة والخاصة واجب توفرها في شخص الحاضن ليستحقها ويكون أهلا للقيام بها كل ذلك دائما مراعاة لمصلحة الطفل المحضون وضمانا لنشأته في ظروف عائلية مناسبة.

الفصل الثاني

الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة

الحكم بفك الرابطة الزوجية من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد إلى أحد الزوجين المنفصلين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانونا وشرعا حسب مصلحة المحضون ، و لعلها الأم مبدئيا لكونها الأنسب والأجدر فالحضانة تتعلق أساسا بالأولاد و مصيرهم بعد افتراق الزوجين ، من حيث ترتيبهم ورعايتهم وحفظهم فرتب المشرع و قبله الشريعة الإسلامية آثارا لممارسة الحضانة ، نظرا لما تتطلبه الحضانة من مجهودات مادية و معنوية في سبيل القيام بشؤون المحضون والسهر على مصالحه، وتتمثل هذه الآثار أساسا في الالتزامات المترتبة عن الحضانة والتي ينصرف معناها إلى حقوق الولد المحضون كحقه في النفقة وسكن الحضانة ومجموعة الواجبات الملقاة على عاتق الحاضن من جهة ، وإلى جانب دوره في رعاية وحفظ وتربية المحضون يقع عليه ألا يحرم المحضون له من رؤية المحضون، والتزامه برقابة المحضون ومسؤوليته عن الأضرار التي يلحقها الغير من جهة أخرى وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول بالإضافة إلى كون هذه الالتزامات المتبادلة بين المحضون له والحاضن لا تكون أبدية باعتبار ان حق ممارسة الحضانة ليس كذلك فهو إما ينتهي مؤقتا وذلك بسقوطها عن مستحقها وإما نهائيا بانتهاء مدتها وهو ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الالتزامات القانونية المترتبة عن الحضانة

إذا كان معنى الالتزام ينصرف إلى الحقوق والواجبات، ونظرا لما تتطلبه الحضانة من مجهودات مادية ومعنوية في سبيل رعاية المحضون وتربيته وتنشئته التنشئة القويمة، كان لزاما علينا بيان أهم حقوق الولد المحضون التي يسعى المحضون له لضمانها تحقيقا لمصلحة المحضون وذلك في المبحث الأول، وأهم واجبات شخص الحاضن تجاه المحضون له من جهة والمحضون من جهة أخرى وهو سنتناوله في المبحث الثاني وذلك على النحو التالي بيانه:

المطلب الأول: حقوق الولد المحضون

عندما تؤول الحضانة لمن تتحقق معه مصلحة المحضون وللأم في هذا الحق الأولوية على الأب ما لم يقم مانع يمنع تقديمها، غير أن الأب إذا لم تسند إليه الحضانة لا يتنصل من التزاماته الأخلاقية والقانونية اتجاه المحضون، فكون الولد أو الأولاد تحت حضانة الأم أو عيرها من النساء الحاضنات لا يعني أن تتولى تدبير شؤونهم لوحدها، فيقع على عاتق الأب وتحت مسؤوليته واجب الإنفاق على أولاده كحق من حقوق الولد المحضون وهو ما سنتناوله في الفرع الأول ، كما أنه ملزم بتوفير مكان يأوي تحت سقفه الطفل ويتلقى حاجاته المادية والمعنوية وهو حق المحضون في السكن وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني و ذلك على النحو التالي بيانه:

الفرع الأول: حق الولد المحضون في النفقة

من بين الحقوق التي تقررها التشريعات للمحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد أو كان غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لدراسة[1] ، وقد وردت أحكام النفقة في المادة 78 من (ق أج) : "تشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العادة والعرف"، والنفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج. والأصل أن النفقة تعود إلى سببين هما: الزواج والقرابة حسب نص المادة 77 من (ق أ ج).

[1]– شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2014 ، ص 421.

وقد استمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون من مال أبيه – إن لم يكن للمحضون مال مما ذهب إليه أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية من أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب.[1]

حيث سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة 75 (ق أج) التي تنص على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، بالنسبة 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".

ويسقط واجب النفقة على الأب المعسر، فلا بد أن يكون الأب قادرا وأن يكون الابن محتاجا للنفقة إذا لم يكن له مال، أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج[2]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1999/02/16 : " من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على الكسب".

ويبقى حكم النفقة سواء إذا كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة، وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة:

- إذا كان الأب عاجزا والأم قادرة على النفقة.
- يجب أن يقوم بالدليل عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق .

أولا : تقدير قيمة النفقة:

تنص المادة 79 (ق أج) في مسألة تقدير النفقة على ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

[1]– عامر، عبد العزيز، المرجع السابق، ص 413.

[2]– ديابي، باديس، المرجع السابق ، ص 154.

هذه المادة تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين، إلا أنه يمكن الاعتماد عليها لتقدير نفقة المحضون، فما يستنتج من هذه المادة أن القاضي، عندما يقدر النفقة يأخذ بعين الاعتبار وسع الزوج، كما يجب أن يراعي ظروف المعيشة والمستوى الاجتماعي.[1]

فالحاضنة قد تطالب بالنفقة أثناء سير دعوى الطلاق، وقد تطالب بها على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة تقدمها إلى قاضي شؤون الأسرة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدابير المطلوبة، وقد ترفع دعوى مستقلة لطلب النفقة بعد صدور الحكم بالطلاق أمام محكمة موطن الدائن بها[2].

ومنه يتبين أن المشرع الجزائري النفقة من الأمور المستعجلة التي يتدخل فيها قاضي الاستعجال لرفع النفقة للزوجة وأولادها وهذا ما أكدته المادة 57 مكرر من (ق أ ج) التي تنص على : " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن" ، وهذا الصدد نص (ق إ م إج) على خضوع النفقة إلى النفاذ المعجل.

كما لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها، ولا يجوز الطعن في حجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة و هو مذكور في قرار المحكمة العليا رقم 136604 صادر في 1996/04/23.[3]

فبخصوص مسألة نفقة المحضون فالأصل فيها أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن آلت له حضانة

[1]– بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2014 ، ص 45.

[2]– كربال، سهام، الحضانة في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق ، جامعة البويرة ، 2013 ، مرجع سابق ، ص 56.

[3] – سايس، جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، ص 878.

الولد حق المطالبة بنفقة المحضون، لارتباط هذه النفقة بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه من أجل رعايته وتعليمه والقيام بتربيته.[1]

ثانيا : عدم دفع قيمة النفقة :

وعلى المستفيد من حكم النفقة أن يقدم نسخة من الحكم إلى الملزم بها لأجل الحصول عليها[2]، وفي حالة ما إذا امتنع عن التنفيذ فالمشرع أعطى ضمانة لاستيفاء هذا الحق إذ نص في المادة 331 (ق ع ج) على جنحة عدم دفع النفقة؛ إذ تعاقب الممتنع عن دفع النفقة بعقوبة تتراوح بين 6 أشهر إلى 3 سنوات حبس ومن 50000 دج إلى 300000 غرامة نافذة.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حال من الأحوال، وتبين من المادة أن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك سلبي بالامتناع عمدا عن دفع نفقة الطفل المحضون لمدة تتجاوز الشهرين.

بالإضافة إلى أن هذه الجريمة مستمرة ولا تخضع لقواعد التقادم، فهي جريمة لا يشترط لتحريك الدعوى العمومية فيها شكوى من الطفل المحضون أو الحاضن.[3]

كما أن هذه الجريمة تبقى قائمة في حق المتهم حتى وإن كان الأبناء يعيشون معه ويتكفل بكل مستلزماتهم، وإن أثبتت ذلك بواسطة محضر قضائي، فقد قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 228139 صادر في 1999/11/16 بأن: "متى تبين أن الطاعن قد حكم عليه بدفع النفقة لابنتيه إلا أنه رغم إلزامه بالدفع امتنع عن ذلك لمدة تتجاوز الشهرين، ولما

[1]– بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، المرجع نفسه، ص 45.

[2]– كربال، سهام، المرجع السابق، ص 58.

[3]– سويقات، بلقاسم، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ورقلة، 2011، ص 104.

تمت إدانته بجنحة الإهمال العائلي، وقد ألزم قضاة الموضوع المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب الرفض".[1]

إلا أنه من الناحية العملية، فالنفقة التي يحكم بها على الأب هي غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته، وإن إهمال المشرع الجزائري واضحا عندما حصر حقه في النفقة في الضروريات بموجب المادة 78 (ق أج).

والمشرع الجزائري ركز على ظروف المنفق الفقير وجعل من وضعه المادي المقياس لتحديد النفقة التي بموجبها ضمن للطفل الغداء والكسوة والعلاج والسكن، وما يعد من الضروريات في العرف والعادة، وليس وفق متطلبات العصر، وكأن هدفه من تنظيم حق الطفل في النفقة ضمان عدم موته جوعا أو بردا!

وحفاظا على الطفل المحضون أقر المشرع الجزائري القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق لـ 4 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة الذي يعد آلية من آليات سياسة التضامن والتكافل الاجتماعي لإسعاف فئة الأطفال خاصة في حالة طلاق الأبوين فيما تعلق بحق النفقة، وهذا نظرا للمشاكل المتعلقة بدفع النفقة وانعكاساتها السلبية على حسن تربية المحضونين وحسن تنشئتهم ، وكان من أسباب إقرار هذا الصندوق أن المتضرر من عدم دفع النفقة هو بصفة أولية الأطفال ، فهذا الصندوق يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة ورفع الاحتياج عن المحضونين .

وقد جاء القانون في 16 مادة مقسمة على أربع فصول تناولت تنظيم صندوق النفقة وهذا من خلال حلوله محل المدين بالنفقة حيث يتولى دفع المستحقات المالية للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي والجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك ، أو لعدم معرفة محل إقامته وهو ما نصت عليه المادة 03 من هذا القانون .كما حدد هذا القانون الإجراءات المتعلقة بكيفيات الاستفادة من المستحقات المالية وتناول أيضا المصادر التي يتم من خلالها تمويل هذا الصندوق وهي مصادر متنوعة تتيح للصندوق القدرة على الاستجابة لطلبات تسديد مبالغ النفقة المطالب

[1]- سايس، جمال، المرجع السابق، ص 1004.

بها ، الأمر الذي يجعل من صندوق النفقة في قدرة مالية تحقق الحماية المطلوبة والمرجوة للطفل من خلال ضمان التكفل بنفقاته.[1]

الفرع الثاني: حق الولد المحضون في السكن

الأصل في الحضانة مراعاة مصلحة المحضون، والأصل في الوالدين عدم المضارة بأولادهم قال تعالى:" لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ" البقرة، الآية 233.

ومنه ألزم الله تعالى الأب أن يهيئ للحاضنة وللمحضونين بيتا يسكنونه، بحيث إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة بينهما فإن مسكن الزوجية هو مسكن الحضانة، قال تعالى: " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ" الطلاق، الآية 6. ، وإن كان الأب والأم منفصلين تماما فإنه على الأب أن يؤجر أو يشتري لأولاده المحضونين مع أمهم بيتا لإيوائهم، وذلك داخل في باب النفقة على أولاده.[2]

والمقصود بمسكن الحضانة قد لا يكون مسكن الزوجية، وذلك في حالة توفير الأب مسكنا لم يكن محلا لإقامة الزوجين المشتركة بغرض حضانة الصغير به، وفي هذه الحالة يسمى مسكن الحضانة، ومسكن الحضانة إذا لم يكن مسكن الزوجية فإنه ينبغي أن يكون مسكنا مستقلا ومستوفيا المرافق الشرعية، على خلاف مسكن الزوجية والذي لا يشترط فيه في جميع الأحوال أن يكون مستقلا وبه جميع المرافق الشرعية باعتبار أن الزوجة قد قبلت الإقامة فيه.[3]

إن الإشكال الكبير الذي يطرح هو ما يتعلق بحق الإسكان للزوجة خاصة إذا كانت حاضنة، ولم يكن للزوج سكن آخر يمكن أن يوفره لها، هل استثناء المشرع الجزائري في نص المادة 72 (ق أج) مسكن الزوجية من النزاع هو التحيز لصالح الرجل؟ أم هناك

[1]– والي ،عبد اللطيف، حقوق الطفل ، محاضرات في مقياس حقوق الطفل، القيت على طلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون الأسرة جامعة محمد بوضياف ،المسيلة ،2021/2020

[2]– زقور، أحسن، أحكام القصر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، ع 5، 2007، ص 73.

[3]– شامى، أحمد، المرجع السابق، ص 426.

اعتبارات أخرى راعاها المشرع الجزائري خاصة أن الاجتهاد القضائي قد جسد هذه القاعدة واعتبر أن حق البقاء للحاضنة في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر، وهذا نظرا لمصلحة المحضونين.[1]

أولا : توفير السكن للمحضون مع حاضنته

حسم المشرع في مسألة تخصيص سكن للحضانة من أجل ممارسة الحضانة، حيث جاءت بصيغة الوجوب[2]، وذلك ما جاء في المادة 72 المعدلة من (ق أج) والتي نصت على: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

فالمادة المعدلة جاءت أكثر وضوحا وصرامة من سابقتها المنصوص عليها سابقا في القانون84-11 المتعلق بقانون الأسرة التي وإن نصت هي الأخرى على السكن لكن أسلوبها لم يكن صارما، إذ جاءت على النحو التالي: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته".

غير أن المادة 72 من (ق أ ج) المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها، خاصة بشأن الفقرة التالية منها التي نصت "...وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

وإجمالا نقول أن المشرع لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

[1]- إلغات، ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011 ، ص179.

[2]- سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الجزائر ، دار هومة ، ط2 2009، ص 243.

1-استعمال مصطلح بيت الزوجية ليس في محله بل الأصح بيت المطلق، لانقطاع عقدة النكاح بعد الطلاق.[1]

2-في معنى الفقرة حصر المشرع الحاضنة في المطلقة، رغم علمنا بأن الحاضنة قد تكون أما أو خالة أو أم الأم أو أي حاضنة أخرى فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق.

3-لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في (ق أج) طلاق بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف لأجنبية أن تقيم ببيت من صار أجنبيا عنها في الوقت الذي لم يلزم المشرع المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة أبنائها، كما أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة و زوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكن، وذلك لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، وأن كلا الزوجين أو أحدهما لم يطق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الأخر أثناء فترة النزاع.

لذلك فإن المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة وأن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب.[2]

مع الإشارة بأن عبارة: "بدل الإيجار" المنصوص عليها في المادة 1/72 يقصد منها أجرة السكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ، لأن المسكن إضافة إلى الإيجار الشهري تلحق به عدة أعباء، وعلى ذلك كان من الواجب أن ينص المشرع على كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن ووجوب توفير المستلزمات الضرورية للعيش فيه.

[1]- بوخاتم، آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان 2007 ، ص 70.

[2]- دياربي، باديس، المرجع السابق، ص 158.

ويلاحظ بأن الأمر رقم 05-02 قد عدل المادة 52 (ق أج)، بأن حذف الفقرات من الثانية إلى الرابعة المتعلقة بسكن ممارسة الحضانة، وتبعا لذلك لم يبق حاليا إلا نص المادة 72 في صيغته الجديدة[1]، لكن هذا لا يمنع من القول أن المشرع راعي بعض الحالات حيث هناك عائلات ترفض إيواء بناتهم المطلقات وخصوصا إذا كن مع أطفالهن، وهذا ما يجعل بقاء الحاضنة في بيت مطلقها حتى تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن حماية لها ولمحضونيها .[2]

ومن الملاحظات الأخرى التي لوحظت على هذه المادة أن فيها ظلما وإجحافا كبيرين في حق المطلقة الحاضنة؛ ذلك أن توفير مسكن لها أو بقاءها في مسكن الزوجية لممارسة الحضانة، يكاد يكون مستحيلا في ظل الشروط المقيدة للحكم لها بذلك، خاصة مع غياب مختلف الإجراءات القانونية التي تسمح للقاضي بإجراء التحقيقات اللازمة والكفيلة بالكشف عن الممتلكات العقارية للزوج المطلق والقابلة للسكن، وهذا ما ينجم عنه تشرد المطلقة الحاضنة مع محضونيها في الشوارع، مع ما لهذه الظاهرة من آثار سلبية لها انعكاساتها الخطيرة على الأفراد والمجتمع.[3]

وعلى هذا فإرادة المشرع غير واضحة في هذه المسألة، إذ يلزم من ذلك إما توفير سكن مستقل لها عن مسكنه إذا توفر لديه مسكن آخر، وهذا على خلاف الغالب وإما أن يتخلى لها عن مسكنه الوحيد فيقع بذلك المطلق في الضيق والحرج، وإنه لم يبين الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا، ولم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق وكذا الحكم عند الفرقة باللعان.

كما أغفل المشرع الحالات التي يكون فيها المحضون ذا مال يمكن معه استئجار منزل الحضانة له ولحاضنته، ذلك أن نفقة الصغير إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان من ماله صغيرا كان أو كبيرا؛ ومما لا

[1]- بوجاني، عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2014، ص 246- 247.

[2]- بوخاتم، آسية، مرجع سابق، ص 71.

[3]- قيزيلي، مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2003، ص 258.

شك فيه أن المطلقة لا حق لها بذاتها في مسكن الزوجية بعد انتهاء الصلة بينها وبين الزوج، فإنما يأتي حقها في مسكن الزوجية باعتبارها من نفقة المحضون على أبيه، فإذا كان للمحضون نفسه مال فنفقته أصلا من هذا المال، ولا حق لحاضنته عندئذ في مسكن الزوجية السابقة، وهنا كان الأولى بالمشرع إبقاء المادة 72 من قانون 84-11 على ما كانت عليه.[1]

فكان الأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدما على توفير السكن للحاضنة، لأنه يكون في مقدور المطلق توفيره لها حال صدور الحكم ، كما أن بدل الإيجار يكون الأفضل بالنسبة للحاضنة القاصر التي لا يكون بمقدورها الانفراد بسكن مستقل عن أهلها، وحتى لو أمكنها قانونا فإن العرف والواقع يأبيان ذلك لما قد ينجر عنه من مفاسد قد تلحق بالحاضنة وتضيع بذلك مصلحة المحضون.[2]

ويستثنى من النزاع حول الحضانة أن يكون مسكن الزوجية وحيدا، لأنه لا يجوز التمسك بحق البقاء في المسكن على أساس ممارسة الحضانة إذا أثبتت ملكية المسكن لشخص آخر[3]، قرار رقم 258532 صادر في 2001/03/28 ،كما أن الاجتهاد القضائي أضاف شرط أن تكون المرأة حاضنة لثلاثة أولاد وهو شرط قابل للمناقشة والنقد استناد لنص المادة 2/52 من قانون الأسرة 84-11 "...يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج"[4] قرار رقم 112705 صادر في 1994/11/29 .

وهذا يعتبر إجحافا في حق الحاضنة إذا كان لها ولد واحد أو اثنان، فيمكن القول أن المشرع الجزائري أساء للمرأة في حقها في السكن، لأن نفقة المحضون وسكناه تقع شرعا على عاتق الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وهو ما يتوافق أيضا مع المادة 72 المعدلة بموجب الأمر 02/05.

[1]- بن صغير، محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2009، ص 682 -684 - 685.

[2]- بن صغير، محفوظ، مرجع سابق، ص 685.

[3]- سايس، جمال، المرجع السابق، ص 1178.

[4]- سايس، جمال، المرجع نفسه، ص 803.

ومنه يتضح لنا أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب تقيم فيه هي و محضونها يجب توفر الشروط التالية:

أ- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسند إليها القاضي حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

ب- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.[1]

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد رفع تماما التعارض الذي كان قائما بين المادتين 52 و 72 من القانون 84-11، فلم تعد المادة 52 المعدلة تشترط عدد للمحضونين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة.[2]

وفي الأخير نقول بأن المشرع بتعديله للمادة 72 ق أج قد حاول صد كل الأبواب أمام الزوج المطلق من التهرب من توفير مسكن لممارسة الحضانة.[3]

وهذا ما جاء النص عليه في قرار المحكمة العليا رقم 189260 صادر في 1998/04/21 بأنه: "من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد ، ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببدل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة لكون أن أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من (ق أج) طبقوا صحيح القرار، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[4]

[1]- سعد، عبد العزيز، المرجع السابق، ص 145.

[2]- شامي، أحمد، المرجع السابق، ص 431.

[3]- بوخاتم، آسية، المرجع سابق، ص 71.

[4]- سايس، جمال، المرجع سابق، ص 1104.

ثانيا : مكان ممارسة الحضانة والانتقال بالمحضون

عند انقضاء عدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يلزمها أحد على البقاء بالمحضون في بيت الزوجية، فلها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة.[1]

نلاحظ أن المادة 72 ق أج لم تحدد مكان السكن، ويبقى مكان توفير السكن مرتبطا بمكان ممارسة الحضانة الذي يتحدد إما بمكان بيت الزوجية قبل الطلاق أو بمكان تواجد أهل الحاضنة، ومن ثم فإذا وفر الحاضن المسكن في المكان الذي يقيم فيه وهو مكان بيت الزوجية قبل الطلاق فإنه لا يمكن إلزامه بتوفير السكن في مكان آخر تختاره الحاضنة، وإذا كان المكان الأول يحقق مصلحة للمحضون من باب رعاية الأب وتفقد أحواله.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 581700 الصادر بتاريخ 2010/11/11 أنه: "يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة".[2]

كذلك، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير، لكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء في المادة 69 (ق أج)، إذ تنص: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

وبمفهوم المخالفة نجد أن المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون، والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه وزيارته ورعايته، أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.[3]

[1]– بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، المرجع السابق ، ص 54.

[2]– سايس، جمال، المرجع السابق، ص 1538.

[3]– بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، المرجع السابق، ص 54.

المطلب الثاني: واجبات الحاضن

إذا كانت الحضانة تلقي على عاتق المحضون له جملة من الالتزامات تتمثل أساسا في النفقة على المحضون وتوفير مسكن لممارسة الحضانة وذلك وفقا لما تقتضيه مصلحة المحضون، فبالمقابل تقوم على عاتق الحاضن كذلك جملة من الالتزامات تجاه المحضون له ينبغي عليه تنفيذها، وهذا كله لأجل ضمان الاستقرار النفسي والمادي للطفل وهي تمكين المحضون له من زيارة المحضون وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الأول وكذا التزام الحاضن بمراقبة المحضون وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني على النحو التالي بيانه:

الفرع الأول: تمكين المحضون له من زيارة المحضون:

إن إسناد الحضانة إلى مستحقيها، والذي يكون في الغالب الأم، باعتبارها الأولى بها وذلك رعاية لمصلحة المحضون، ما يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن والده ، يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون.

أولا: حق زيارة المحضون في الفقه الإسلامي: إن حق زيارة المحضون يصطلح عليه في الفقه الإسلامي بحق رؤية المحضون، والمتفق عليه أن للوالدين حق زيارة المحضون و رؤيته والاطمئنان عليه، فإذا كان الصغير في يد إحدى الحاضنات من النساء، كان للأب الحق في أن يرى ابنه، وليس له الحق في المطالبة بأن تتنقل الحضانة إليه، وعلى الحاضنة أن تمكنه من رؤية أبنه في مكان قريب[1] .

أما إذا كان الصغير في يد أمه وأراد أبوه رؤيته فيجب على الأم أن لا تمنعه من ذلك، كما أنها لا تجبر على إرساله إليه[2]، وإذا كان الصغير في يد أبيه فليس للأب أن يمنع الأم من رؤية ابنها إذا أرادت، كما لا يجبر على إرساله إليها، وإذا أراد المحضون زيارة أحد

[1]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، ط4 ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1983، مرجع سابق ، ص 748.

[2]– محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص 749.

والديه فله ذلك، والأصل عدم منعه وذلك محافظة على صلة الرحم بين المحضون ووالده أو أحد أقاربه.

وحق الزيارة حسب المذهب المالكي أنه لكل من الأب والأم الحق في رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه للأم الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيرا، أما إن كان كبيرا فلها رؤيته مرة كل أسبوع ، ونفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم، أما بعد بلوغ هذا السن فله حق الرؤية والإطلاع عليه ليتولى تأديبه وتعليمه[1].

كما يرون أن أجرة النقل على طالب الزيارة، كما لو كانت الأم متزوجة وطلبت من المحضون له أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد، فإن رفض فعليها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت سواء عند أبيه أو عند حاضنته.[2]

ثانيا : حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري:

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن الزيارة هي رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية بين يدي حاضنته وليس للزائر أن يأخذ المحضون ويتجول به من حين لآخر.[3]

إلا أن الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أموره، وتوطيد علاقة الزائر بالمحضون خاصة إذا كان الزائر هو الأب أو الأم والزيارة ليست قائمة على هوى الحاضنة والزائر، وكما هو أمر منظم يضبطه القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف أو لآخر مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.[4]

---

[1]– سامية بن قوية، أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ع 1 ، 2010 ،مرجع سابق، ص 154.

[2]– سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 154.

[3]– عبد العزيز سعد: "الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري" ، مرجع سابق، ص 296.

[4]– نوال ترفاس وعبد الرؤوف دباش، التنظيم القانوني لحق الرؤية وزيارة المحضون ، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014 –2015 ، ص 190.

فمشاهدة الصغير إذا كان حقا مكفولا لكلا الوالدين فهو واجب قانوني وأخلاقي وتربوي يقع على كل منهما لما في ذلك من أهمية المصلحة الصغير.[1]

وحق الزيارة هو بمثابة أداة لرقابة مصلحة المحضون[2]وهذا ما نصت عليه المادة 64 من (ق.أ.ج) في فقرتها الثانية: ".. وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، فأسلوب هذه المادة جاء على سبيل الوجوب بلفظ "وعلى القاضي" بمعنى أنه يجب على القاضي. و يمكن استنتاج بعض الدلالات من خلال الجملة الأخيرة من المادة 64 من (ق.أ. ج) أهمها:

- أن المشرع حينما رتب الحاضنين، خول لغيرهم حق الزيارة وأن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الوجوب وليس على سبيل الجواز والاختيار.[3]
- الجملة الأخيرة أمر المشرع فيها القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عن أهله نهائيا.[4]

- حق الزيارة المنوه به في المادة 64 من (ق أ ج) لم يكن حصريا على الأب والأم ممن تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به.[5]

---

[1]– زهية رابطى:" الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 64.

[2]– زكية حميدو، المرجع السابق، ص 190.

[3]– باديس ديابي ، المرجع السابق، ص90.

[4]– نسرين إيناس بن عصمان ، المرجع السابق، ص 124، 125.

[5]– باديس ديابي: "المرجع نفسه، ص 159.

وقد جعل القضاء الجزائري الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق استقبال أو زيارة أحفادهم وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 214290 صادر بتاريخ 1998/12/15 : "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي، كما تجب عليه النفقة يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.[1]

وعليه، إذا كان المشرع الجزائري نص على حق الزيارة وألزم القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة بأن يحكم بحق الزيارة مراعاة لمصلحة المحضون، إلا أنه يؤخذ عليه أنه لم يحدد معنى الزيارة ولا مكانها أو مدتها، كما أنه لم يتضمن الحالات أو الظروف التي يسقط حق الزيارة بموجبها وهو ما سنحاول بيانه:

1-مكان الزيارة: مكان الزيارة هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات محدودات[2]، فيجب أن يكون المكان المحدد من الأماكن التي تشيع فيها الطمأنينة في نفس المحضون أي مكان يتمتع فيه المحضون بالهدوء والأمان وألا يكون مكان الزيارة مما يكبد طرفي الخصومة عبء المشقة (عبء مادي أو مشقة الانتقال)[3]، وفي اجتهاد للمحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/12/15 تحت رقم 214290 أقرت بمبدأ مفاده أنه: " من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد مكان ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة تأسيسا على أن الزوجة بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن مطلقها وأن حق الزيارة يتحقق برعاية الولد ولو ساعات محدودة" .[4]

[1]- بن عصمان ، نسرين ايناس ، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، 2009 ، ص 125.

[2]- سهام كربال ، المرجع السابق، ص 80.

[3]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص197.

[4]- يوسف دلاندة:" استشارات قانونية في قضايا الأسرة"، دار هومة ، الجزائر ، 2011 ، ص 149.

2- مدة الزيارة: المشرع الجزائري لم يخص مسألة الزيارة بنص كاف لا من حيث مدتها ولا عدتها، فهل تكون يوميا، أسبوعيا أم شهريا؟

ولم يحدد كذلك المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة، لكن ما استقر عليه القضاء في الجزائر هو أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية[1]، ومسالة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية والموسمية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر له الحق في ذلك كل أسبوع، أي خلال العطل الأسبوعية، وأن أكثر من ذلك غير معمول به من طرف القضاء، وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث اعتبرت ان القرار المطعون فيه والقاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر هو خرق القانون.[2]

وتحديد مدة الزيارة أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، الذي عليه أن يراعي حالة الأولاد المحضونين ما إذا كانوا صغارا خاصة الرضع أو كبارا.[3]

3-التدبير المستعجل المتعلق بحق الزيارة: حسب المادة 57 مكرر من (ق أ ج)، فإنه من حق أي واحد من مستحقي الحضانة أن يلجأ إلى قضاء الأمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على عريضة يتضمن القضاء له بحق زيارة المحضون بصفة إستعجالية و مؤقتة طوال الفترة الممتدة ما بين تاريخ رفع دعوى فك الرابطة الزوجية وما بين تاريخ صدور حكم نهائي بشأن موضوع دعوى فك الرابطة الزوجية وبشأن الحضانة والزيارة.[4]

4-جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة: يعتبر حق زيارة المحضون من الحقوق التي حماها القانون، ورتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به، وتنفيذا لذلك نصت المادة 328 /1 من (ق ع ج) على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة

[1]- باديس ديابي، المرجع السابق، ص 160.

[2]- باديس ديابي ، المرجع نفسه، ص 161.

[3]- يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص 149.

[4]- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 158، 159.

به". ومنه نستنتج أنه لقيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل قضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به، وجوب توفر العناصر التالية:

- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاد المعجل أو حائز لقوة الشيء المقضي فيه.
- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.
- أن يكون الإمتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابتا بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابتا بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه، ومنه إذا توافرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة فإن الطرف الممتع يكون قد إرتكب جنحة الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته وبالتالي أصبح عرضة للمتابعة والعقاب[1]، فنص المادة 328 من (ق ع ج) يطبق على من له حق الحضانة إذا منع الطرف الذي له حق الزيارة من حقه، كما يطبق على من له حق الزيارة إذا امتنع عن إرجاع الطفل إلى حاضنه بعد انتهاء أجل الزيارة، إذ لا فرق من حيث مضمون الحكم بين حق الحضانة وحق الزيارة، فالهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية الطفل و معاقبة من يخل بها أو يعتدي عليها[2].

الفرع الثاني: التزام الحاضن برقابة المحضون

إن التزامات الحاضن لا تتوقف عند القيام بواجب الحضانة ولا بتمكين المحضون له من رؤية المحضون أو العكس، بل تتعداها إلى أكثر من ذلك، فيقع على عاتق الحاضن التزام برقابة المحضون وتحمل المسؤولية عن أفعاله الضارة بالآخرين، وعليه سنحاول أن نبين معالم هذه المسؤولية وفقا لما يلي:

[1]– أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، ج1 ، ط17 ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 ، ص 159.

[2]– مكي دردوس :" القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري"، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 150.

أولا : شروط مسؤولية شخص الحاضن عن رقابة المحضون:

إن مسؤولية الحاضن عن أفعال المحضون الضارة بالغير هي نفسها مسؤولية متولي الرقابة المعبر عنها في نص المادة 134 (ق م ج) التي تنص على: "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذ أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية" والتي يتضح من نصها أنها تشترط لقيام هذه المسؤولية توفر شرطين وهما:

1- الإلتزام بالرقابة: بتطبيق نص المادة 134 من (ق م ج) على الحاضن ، فإنه لابد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص آخر وهو المحضون، الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة للاعتناء به والقيام بشؤونه، ويكون حكمه حكم الصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ويدير شؤونه ويتولى رقابته، وهذا يعني أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا كان ملتزما برقابة المحضون، لأن وجود هذا الالتزام هو سبب مسؤوليته.

والمشرع ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حملته المادة 40 من (ق م ج) ب 19 سنة مع مراعاة مدة الحضانة المنصوص عليها في المادة 65 من (ق أ ج)[1].

2- صدور عمل غير مشروع من المحضون: لقيام مسؤولية الحاضن يجب أن يصدر من الشخص الخاضع للرقابة (المحضون) فعل غير مشروع يصيب الغير، فإذا تحققت مسؤولية المحضون قامت بجانبها مسؤولية الحاضن على أساس الإهمال في الرقابة أو سوء التربية والتأديب .[2]

[1]- خليل أحمد، حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري"، ج1، مصادر الإلتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص27.

[2]- محمد صبري السعدي:" الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق التعويض)، دراسة مقارنة في القوانين العربية"، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 184.

نلاحظ أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا وقع العمل غير المشروع من المحضون، فإذا كان هذا الأخير هو المضرور سواء أصيب بالضرر من فعل أجنبي أو من فعل نفسه، فلا تقوم مسؤولية الحاضن.[1]

ثانيا: أساس قيام مسؤولية الحاضن:

لقد افترض المشرع الجزائري بمقتضى أحكام المادة 134 (ق.م. ج) المسؤولية الشخصية لمتولي الرقابة، وذلك بإعتبار أن افتراض أيضا الإضرار بالغير من قبل المحضون يرجع إلى إخلال الحاضن بواجب الرقابة الذي يتحمله قانونا، وهذا يفيد قطعا أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة، لكن هذه القرينة المقررة هي قرينة بسيطة، يمكن إثبات عكسها.[2]

1-الخطأ المفترض في واجب الرقابة: الخطأ المفترض في جانب الحاضن هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة، فالمفترض هو عدم قيام متولي الرقابة (الحاضن) بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، فإذا ارتكب المحضون عملا غير مشروع، أفترض أن الحاضن قد قصر في رقابته فمكنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل. ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد، فيفترض أيضا أن الحاضن قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته، فهيأ له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع.[3]

فإذا قام المحضون بالتعدي على الغير بالضرب والسب مثلا، وكان من يحضنه أبوه أو أمه، فالمفروض أنهما قصرا في رقابة الولد أو أساءا تربيته، أو أنهما ارتكبا الخطأين معا. فواجب الرقابة هو التزام بذل عناية وليس بتحقيق غاية، فعدم تحقق النتيجة وهي عدم الإضرار بالغير لا يعني حتما أن الحاضن لم يقم بتنفيذ واجبه، بل قد يكون وفي بالتزامه،

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 184.

[2]- علي فيلالي:" الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض"، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص122.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري:" الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، ج1، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 1136.

مما جعل المشرع يفترض خطأ الحاضن (متولى الرقابة) افتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس.

كما يفترض وجود علاقة سببية بين التقصير في واجب الرقابة المنسوب إلى متولى الرقابة، وبين الفعل الضار الذي قام به المحضون إلى حين إثبات عكس ذلك.[1]

2-دفع الحاضن للمسؤولية: طبقا لأحكام المادة 2/134 من (ق م ج) والتي تنص على أنه:"...و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

فإنه يستطيع شخص الحاضن (متولى الرقابة) أن يدفع المسؤولية المفترضة عليه بوسيلتين وهما:

أ- **إثبات أداء واجب الرقابة:** إذا أثبت الحاضن عدم إخلاله بواجب الرقابة الملقى على عاتقه بأن ادعى أنه قام بواجبه حسب ما ينبغي من العناية، وأخذ الاحتياطات والتدابير الكفيلة بمنع المحضون من الإضرار بالغير، فإذا وقع الضرر يتولى القاضي تقدير العناية التي بذلها الحاضن تنفيذا لواجبه، وينظر القاضي على وجه الخصوص في نجاعة التدابير والاحتياطات التي اتخذت من قبل الحاضن لمنع الإضرار بالغير، وكذلك في شرعية الرخص الممنوحة لممارسة بعض النشاطات أو اللعب، ويعتمد القاضي في تقديره على عوامل منها: سن المحضون والظروف الزمانية والمكانية والبيئية وخطورة الأفعال، وتقدير العناية التي بذلها الحاضن هل هي عناية الرجل العادي أم لا.[2]

كما قد يقوم الحاضن بنفي مسؤوليته عن طريق الدفع باستحالة الرقابة في الظروف التي وقع فيها الفعل الضار والتي منعته من رقابة المحضون ولم يتمكن من منعه، ومن بين هذه الظروف: وجوده بعيدا عن المحضون كأن يكون غائبا وقت وقوع الضرر، أو لكون

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 124.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 125.

المحضون موجودا وقت الحادث تحت رعاية شخص آخر كأن يكون مؤقتا عند المحضون له عند ممارسته لحق الزيارة.[1]

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

المبحث الثاني : انقضاء الحضانة

باعتبار أن مصلحة المحضون هي مناط الحضانة و أساسها فان تهديد هذه المصلحة ووضعها في موضع الخطر لأسباب معينة يستوجب انقضاءها وسقوطها عن مستحقيها وكما انه بزوال تلك الأسباب تعود الحضانة إلى هؤلاء ليمارسوها بصفة طبيعية وعادية وفق أحكامها القانونية المعتادة أي ان سقوطها هو مؤقت وليس ابدي وتعود بزوال تلك الأسباب وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول من هذا المبحث وذلك على النحو التالي بيانه:

المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة وعودتها

إذا كان الهدف من الحضانة كما هو مبين بالمادة 62 سالفة الذكر هو رعاية الولد رعاية على الوجه المطلوب فليس مقررا بصفة مؤكدة لصاحبها وإنما هو أداء أوجبه القانون ،فإن قام به الحاضن كما نص عليه المشرع والتزم بشروطه بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني المنصوص عليه في المادة 65 من (ق أ ج) وإن أخل بالتزام من الالتزامات المرمية على عاتقه أو فقد شرط من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها منه كما

[1]– علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 126.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1139.

يمكن أن تزول الأسباب اختيارية وهو ما سنتناوله في الفرع الأول من هذا المطلب، وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها[1] هو ما سنتناوله في الفرع الثاني منه وذلك على النحو التالي بيانه :

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة

لقد أورد المشرع الجزائري مجموعة من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة ، حيث أنه توجد أسباب قانونية لسقوط الحق في الحضانة ، كما توجد أسباب اختيارية لسقوط هذه الأخيرة .

أولا :الأسباب القانونية لسقوط الحق في الحضانة :لقد نص المشرع الجزائري على الأسباب القانونية لسقوط الحق في الحضانة من خلال المواد 66 ، 67 ، 69 ، 70 (ق أ ج) والتي تتمثل فيما يلي:

1- زواج الحاضنة بغير قريب محرم : يسقط حق الحضانة إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون أي برجل غريب عن أبنائها ، وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تتزوج من أجنبي ولو لم يدخل بها أثناء قيام حق الحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 66 (ق أ ج) يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير محرم ، ويتم السقوط بناءا على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسندت إليهم حق الحضانة.[2]

كما تجدر الإشارة إلى أن زواج الحضانة من أجنبي ليس أمر وجوبي لسقوط الحضانة بل أن تقدير ذلك متروك للقاضي .

2-سكن الجدة أو الخالة بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم: يعد هذا السبب هو الأخر من أسباب سقوط حق الحضانة بقوة القانون ، وذلك ما نصت عليه المادة 70 (ق أ ج) " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون

[1]- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، ط1 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008 ، ص 260، ص 261.

[2]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص 300.

المتزوجة بغير قريب محرم" ويعني ذلك أنه إذا كانت الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته لأمه وسكنت به في مسكن أمه بصفة دائمة ومستمرة ، و أن الأم متزوجة مع رجل غريب عن المحضون ولا تربطه به قرابة التحريم ،فان الخالة أو الجدة سيسقط حقها في الحضانة بقوة القانون ، ويجوز لمن ينتقل إليه حق الحضانة من غيرهما أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه، إذا كان ممن تتوفر فيه الشروط القانونية وضمانا لمصلحة المحضون.[1]

3-تخلف أحد الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 62 (ق أ ج): إن اختلال أحد الشروط القانونية يعد كأحد الأسباب المؤدية إلى سقوط الحضانة وهو ما ورد النص عليه في المادة 67 (ق أ ج) والتي تقضي بأنه: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه" .[2]

وعليه إذا أسندت الحضانة بموجب قرار قضائي إلى أحد مستحقيها قانونا وثبت فيما بعد أن هذا الشخص ليس أهلا لها بمعنى قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون بحيث يكون قد تركه بدون رعاية ولا حماية ولا تعليم ولا تربية، ويمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في هذه الحضانة متى طلب بذلك أحد المستحقين من أصحاب الدرجات الأخرى، مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.[3]

4-سفر الحاضنة بالمحضون :ان المشرع الجزائري لم ينص صراحة عن المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير ، إلا أنه و بالرجوع إلى نص المادة 69 (ق أج) والتي تقضي بأنه : "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون وعليه

[1]- نسرين شرقي وكمال بوغرورة ، قانون الأسرة الجزائري ، ط1 ،دار بلقيس للنشر، الجزائر ،2013، ص110.

[2]- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 301.

[3]- عبد العزيز سعد ، المرجع نفسه، ص 301.

نستنتج بأن المشرع الجزائري يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون، والذي يعتبر محل إقامة أبيه وذلك لتمكين هذا الأخير من زيارته.[1]

أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي ،رجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في أن يثبت الحضانة له أو يسقطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك .

5-عمل المرأة المؤدي إلى إهمال المحضون :جاء في المادة 67ف 02 (ق أ ج) أنه:" لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة..." وتنص الفقرة الأخيرة من نفس المادة على وجوب مراعاة مصلحة المحضون، وما يمكن استخلاصه من ذلك أن الأصل عمل المرأة ليس من أسباب سقوط الحضانة ،لكن في حالة تم الإضرار بالمحضون وإهماله وعدم تقديم الرعاية الكافية له فإن عمل الحاضنة يعتبر سبب مسقط لحقها في الحضانة بقوة القانون.[2]

ثانيا :الأسباب الاختيارية المسقطة لحق الحضانة : بعد ما تناولنا الأسباب القانونية المسقطة للحضانة يعني بقوة القانون هناك أسباب أخرى تسقط الحضانة اختياريا فسببها يرجع إلى إرادة الحاضن وليس القانون والتي سيتم بيانها فيما يلي:

1-سقوط الحضانة بالتنازل عنها : إن تنازل الحاضنة القانونية عن حقها في حضانة الصغير ،يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة والتي نصت عليها المادة 66 (ق أ ج) "...، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، وذلك يعني أنه إذا سبق للمحكمة أن قضت بإسناد حق الحضانة إلى مستحقيها وأثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة وقدم المحضون إلى القاضي أو إلى شخص أخر من أصحاب حق الحضانة وأعلن تنازله عن حقه في حضانة المحضون، فهنا حقه سيسقط حتما بحكم القانون مع التقيد بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون ، لأنه إذا كان مثل هذا التنازل يضر بمصلحة

[1]- باديس دياني ، المرجع السابق ، ص 161.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص 389.

المحضون فلا سقوط لحق الحاضنة في الحضانة حتى ولو طلبها غيرها مادامت تتوفر فيها الشروط القانونية والشرعية للحضانة ، ومصلحة المحضون مازالت متعلقة بها.[1]

2- سقوط الحضانة بالتقادم :إن من أسباب سقوط حق الحضانة كذلك التقادم بمعنى أن الحاضن لم يطلب الحضانة لمدة تزيد عن سنة بدون أي عذر ، وهذا ما ورد النص عليه في المادة 68 (ق أ ج) والتي جاء فيها أنه: "إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها" وعليه إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلى عنها ضمنيا ولم يطلبها في الوقت المناسب بل بعد مرور سنة أو أكثر من النطق بحكم الطلاق فحقه سيسقط وذلك لتقادمها و بدون عذر.[2] مثال :وقع طلاق بين زوجين وبقي الأولاد عند أبيهم دون أن تطلب أمهم أو خالتهم حضانتهم حتى مضى على هذه الحال أكثر من سنة فإنه لم يعد من حق الأم ولا من حق أمها أو غيرها أن يطالبوا أمام المحكمة بحقهم في الحضانة ويبقى الأولاد عند الأب الكون هذا الأخير هو الحاضن الفعلي والقانوني لهم إلا إذا توفي وسقط حقه بالوفاة ،لتقادم الدعوى وبدون عذر .[3]

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة

إن أسباب سقوط الحضانة تختلف من سبب لأخر فهناك أسباب قانونية يكون فيها طالب الحضانة ليس له أي دور في سقوطها ،أي أن هذا السقوط سببه غير اختياري، والتي إذا زال سبب سقوطها تمكن الحاضن من استرجاع حقه في الحضانة ،أما أسباب السقوط الاختيارية هي راجعة إلى تصرف مستحق الحضانة ولا يمكن استرجاع الحضانة حتى ولو زال سبب سقوطها وهذا ما سنحاول دراسته كما يلي:

أولا : سقوط حق الحضانة الغير اختياري: لقد نصت المادة 71 من (ق أ ج) على أنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الغير اختياري" ويتضح من خلال هذه المادة

[1]- نسرين شريقي و كمال بوغرورة ، المرجع السابق ، ص 110.

[2]- عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ،د.ط ، الجزائر، 2007، ص137.

[3]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص 302، 301.

أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية ، كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا وخلقيا ، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة.[1]

أما إذا سقط حقها في الحضانة سبب الزواج من غير قريب محرم للصغير ثم طلقت فقد اختلف الفقهاء في رجوع حقها في الحضانة على النحو التالي:

1-الإمام أبو حنيفة: ذهب إلى أنه أن كان الطلاق رجعيا لم يعد حقها في الحضانة حتى تنتهي عدتها لأن الزوجية قائمة بينها، وإن كان الطلاق بائنا عاد حقها في الحضانة.

2- الإمام مالك :ذهب الى أن حقها في الحضانة لا يعود بأي حال ، لأن زواجها يعتبر رضا منها بتسليم الولد الى الذي يحضنه بعدها.

3- الإمام الشافعي والإمام أحمد: ذهبا إلى أن حقها في الحضانة يعود سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا قياسا لو كان الطلاق رجعيا ، لأن المطلقة رجعيا كالبائنة.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه لم يفصل في ذلك فمن خلال المادة 71فإنه أجمل في ذلك وبعبارة "إذا زال سببه غير الاختياري " و عليه يعود الحق لهذه المتزوجة بالزوج الأجنبي إذا هي طلقت أو توفي عنها زوجها ولم تتزوج بعده بمعنى غياب سبب سقوط الحضانة يؤدي ذلك إلى عودة الحضانة إلى مستحقيها.

ثانيا : سقوط الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة :إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف مستحق الحضانة وبناءا على رغبته واختياره فإن حق الحضانة سوف لا يعود إليه أبدا بعد سقوطه لكون هذا الأخير راجع للتنازل الصريح الطوعي أو مترتب عن الإهمال الطوعي لحقه في الحضانة لمدة أكثر من عام، وعليه فإن الأم أو الخالة أو أم الأم أو غيرهم من الرجال أو النساء لا يمكن لأحدهم أو لإحداهن أن تستفيد من أحكام المادة 71 (ق أ ج) إذا كان حقها في الحضانة قد سقط عنها بسب تنازلها أو بسبب عدم طلبه خلال المهلة القانونية المحددة في المادة 68 السابق ذكرها ودون أي مبرر شرعي ، وبالتالي

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 390.

لا يجوز لها أو لإحداهن بأي حال من الأحوال أن تطلب من المحكمة أن يعيد إليها حقها في الحضانة إذا تراجعت عن قرارها عن التنازل .[1]

المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد نهايتها

إن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون، ومدتها تحدد بقدر حاجته إليها تحقيقا لمصلحة المحضون لها، وتنتهي هذه المدة المحددة بانتفاء الحاجة إليها وذلك عند استغناء المحضون عن حاضنته، وذلك بقضاء حاجته وشؤونه بنفسه، كما أن الحضانة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا، كما يمكن تمديدها حسب مصلحة المحضون إذا كان المحضون بحاجة إليها أو أن يكون فاقدا للتمييز، ونجد أن الشرع والقانون فرق بين مدة حضانة الجنس بين الذكر والأنثى، كما فرق بين التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل واحد منهما، و عليه سنتناول في الفرع الأول مدة الحضانة وفي الفرع الثاني مصير المحضون بعد انتهائها وذلك على النحو التالي بيانه:

الفرع الأول : مدة الحضانة

الحضانة واجبة للصغير للقيام بحاجيات نفسه الأولية من مأكل و ملبس و نظافة فإذا زال هذا السبب زال الوجوب الذي أنبنى عليه، و لقد اختلف الفقهاء حول المدة التي يستطيع أثناءها الصغير القيام بشؤونه ، كما كان للمشرع الجزائري رأي بهذا الخصوص.

وعليه سنتناول مدة الحضانة في الفقه الإسلامي ثم في قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي بيانه:

أولا: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي :

1-مدة الحضانة الى سبع سنين:

أ- **الحنفية** : قالوا بان مدة حضانة الصغير إلى حين استغنائه عن الحاضنة أي ان الحاضنة أما أو غيرها أحق بالغلام حتى يستغني عن النساء بأن يأكل ويشرب ويستنجي

[1]- عبد العزيز سعد ،المرجع السابق، ص 303-304.

وحده أي الطهارة بأن يتطهر بالماء، وقيل مجرد الاستنجاء هو التطهير من النجاسة وإن لم يجدر على تمام الطهارة أي الطهارة الشاملة للوضوء.

بينما قال أن سن استغناء الصغير عن الحاضنة سن البلوغ هو سبع سنين أما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض .

ب- الحنابلة : قالوا بان مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون سبع سنين فاذا إذا بلغ الغلام سبع سنين، خير بين أبويه، فكان مع من اختار منهما إذا لم يكن معتوقا وتنازع فيه، فمن اختاره فهو أولى به .

وعلل الجصاص انتهاء مدة الحضانة الذكر ببلوغه سبع سنين بقوله بأن الغلام إذا بلغ الحد الذي يحتاج فيه إلى التأديب، كقول النبي ﷺ : أمروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين .[1]

ج- الشافعية : قالوا بان مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون سن التمييز الذي غالبا ما يكون مع سبع سنين أو ثمان تقريبا وقد يتقدم على السبع أو يتأخر فهذه الحضانة إلى بلوغ الذكر والأنثى حد التمييز، فتنتهي الحضانة في الصغير بالتمييز.

2-مدة الحضانة إلى البلوغ :

أ-المالكية : قالوا بأن الحضانة تنتهي إلى البلوغ للذكر فإذا بلغ زمنا أو سقطت عن الأم واستمرت نفقته على الأب أما حضانة الأنثى فتكون للأم حتى يدخل بها زوجها.

ب-الظاهرية : قالوا أن مدة الحضانة إلى البلوغ وأن الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى تبلغ المحيض أو الاحتلام، أو الإنبات مع التمييز وصحة الجسم، فمدة الحضانة عندهم إلى بلوغ الصغير والصغيرة بظهور علامات البلوغ فيهما كالحيض.[2]

[1]- أبوبكر أحمد بن علي الرازي ، الجصاص وأحكام القرآن ، دار الفكر ، ج 1 ، ص 405.

[2]- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي ابن حزم، المحلي بالآثار، دار الكتب بيروت ، ج 10،ص143.

3- التخيير في الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة :

أ-الحنابلة : قالوا بأنه إذا بلغ الغلام سبع سنين خبير بين أبويه فكان مع من اختار منهما، فمن اختاره منهما فهو أولى به . بينما إذا تنازع الأبوين فيه خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما و الجارية لا تخير بين أبويها عند انتهاء حضانتها، لأن الشرع لم يأت بها ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى حفظ كحاجتها إليه .

ب- الشافعية : قالوا بتخيير الغلام والجارية بين أبويهما أي ان المحضون ذكرا أو أنثى عند انتهاء مدة الحضانة يخير بين أبويه، فأيهما اختاره يكون عنده و معرفة أسباب التخيير تعني معرفة الغلام أو الجارية ما يدعوهما إلى الاختيار من كون المختار منهما يحقق مصلحتهما بما يقوم به من رعايتهما وتربيتهما، فإذا رأى القاضي التخيير جاز له ذلك، ولكن لا تطول مدة التأخير.[1]

ج- المالكية والظاهرية : قالوا بأنه لا تخيير للمحضون عند انتهاء مدة الحضانة أي إذا انتهت مدة الحضانة فلا خيار للغلام أو الجارية يعني إذا بلغ السن الذي يكون الأب أحق به كسبع سنين أخذه الأب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك.[2]

د- الحنفية : قالوا بهذا الرأي لأن الصبي في العادة يختار ما يفسده لأنه يختار من لا يؤدبه ولا يمنعه من شهوته.[3]

هـ-القول الأرجح : الرأي الراجح لتخيير المحضون بين أبويه عند انتهاء مدة الحضانة بالقيود التي ذكرها الآخرون بالتخيير من الحنابلة والشافعية فالمشرع جاء بهذا التخيير لأنه أراد به مصلحة المحضون .

ثانيا: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

1-انتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري : من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها، لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز وغير مستغني عن

[1]- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة بيروت ،ط 2 ،1994 ، ج10،ص80.

[2]- إبن الهمام ، الفتوى الهندية، دار الفكر ، مصر، ط 2 ،1991 ،ج 1 ص 373.

[3]- شمس الدين السرخسي، المبسوط. دار المعرفة بيروت ،1986، ج 3 ، ص 208.

خدمات الحاضن ، وكذلك من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة الذكر لتباين التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل واحد منهما ، هذان الاعتباران بنى عليهما المشرع الجزائري مواده، وخرج بقاعدة تتمثل في نص المادة 65 (ق أ ج) التي نصت على :" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى 16 سنة اذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم عند انتهائها مصلحة المحضون "

ويتضح من هذه المادة أن الحضانة لها مدة معينة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا كما أن المشرع فرق بين حضانة الذكر عن الأنثى.

ومعنى ذلك إن في التشريع الجزائري حق التخاصم على حضانة الأولاد يكون قبل بلوغ السن المحددة ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون هذا كأصل عام[1].

إلا انه بالرجوع إلى المادة السالفة الذكر نجد المشرع الجزائري أورد استثناء لهذا المبدأ وهو إمكانية تمديد الحضانة للذكر إلى 16 سنة حسب مقتضيات مصلحة المحضون [2].

2-التخيير في الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة :

نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة ، وللعلم فبانتهاء مدة الحضانة يفقد الولد صفة المحضون .

ولذلك إذا أردنا إقرار تخيير المحضون أو استماعه في القانون الجزائري، فإن ذلك يحصل أثناء مدة الحضانة التي يكون فيها النزاع على المحضون محلا ويتضح من النصوص القانونية لم يشير إليها ، فكثير ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش والانتقال إلى الجهة التي يسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة .

هنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين هما : الأول إما تطبيق النص القانوني بحكم انتهاء حضانة الأم وبالتالي تعود الصغير على العيش مع أبيه

[1]- سعد ، عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 296

[2]- بن عصمان ، نسرين ايناس ، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 126 .

من جهة حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه أما الثاني : الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه الأخذ في الحسبان مصلحته.

وقد تأكدت هذه النظرة في القضاء الجزائري بمناسبة قرار أصدره المجلس الأعلى في 1970/10/11 قضى بأن سماع الأولاد المحضونين والنظر في اختيارهم أحد الوالدين هو وجه غير سديد لأن الشرع يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية كما أنه ليس هناك نص يلزم سماع الأولاد في هذا الموضوع .

الفرع الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة

إذا لم تسقط الحضانة عن الحاضن فهذا يعني بقاء المحضون عنده، لكن بقاءه لا يكون مؤبدا، 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، وعليه سنتناول مسالة مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة في الفقه الاسلامي اولا ثم سنتطرق الى هذه المسالة في القانون الجزائري و ذلك على النحو التالي :

أولا: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب الفقه الإسلامي: تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للصغير متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء، وقرت هذه المدة ببلوغه العاشرة، وتنتهي بالنسبة للصغيرة إذا بلغت مبلغ النساء، والسبب في انتهاء حضانة النساء متى بلغ الصغير هذا السن واستغني 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 غيرها.[1]

[1]– نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا ،د.ط ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006، ص252.

ولقد ذهب **الحنابلة** و**الشافعية** إلى أن الولد إذا بلغ سن التمييز خير بين أبوبه، لأنه في تلك الحالة تتحرك همته لتعلم القرآن والآداب و وظائف العبادات وذلك يستوي فيه الغلام والصبية، واستدلوا بقوله ﷺ في رواية أبو داوود عن أبي هريرة قال: "جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ وأنا قاعد عنده فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني و قد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني"، فقال ﷺ: "هذا أبوك وهذه أمك"، فخذ بيد أحدهما شئت "فأخذ بيد أمه، فانطلقت به.[1]

فالحديث دليل على أن الصبي بعد استغنائه بنفسه يخير بين الأم والأب، واختلف العلماء في ذلك، فذهب جماعة قليلة إلى أنه يخير الصبي عملا بهذا الحديث وهو قول إسحاق بن راهوية، وحد التخيير من السبع سنين، وذهب **الحنفية** إلى عدم التخيير وقالوا: الأم أولى به إلى أن يستغني بنفسه فإذا استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر، والأم أولى بالأنثى، ووافقهم **الإمام مالك** في عدم التخيير.

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

فالصبي إذا انتهت مدة حضانته انتقلت جبرا إلى أبيه وإن لم يكن لديه أب تنقل 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 الحضانة ليهذبه ويربيه.[2]

[1]– أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي، معتصر من المختصر من مشكل الآثر ، ج1 ، ط2 ، عالم الكتاب ، لبنان ، 1362 هـ، ص 325.

[2]– عبد الوهاب خلاف: "أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم"، ط2، دار القلم، الكويت، 1990، ص 200–201.

ولكن في حالة ما إذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للمحضون أحد من العصبة الذين لهم حق الضم وأهليته، ولم يكن هناك وصي يمكن أن يسلم إليه الغلام فإنه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو الأصلح له.[1]

ويبقى المحضون عند أبيه الذي يشترط فيه أن يكون أمينا ولا يخشى على الصبي منه، إلى أن يبلغ وتظهر عليه أمارات البلوغ، فإذا بلغ الصبي وكان لا يؤمن على نفسه كان لأبيه أو من يقوم مقامه أن يمسكه عنده ليدفع عنه الفتنة ما استطاع، وإن كان البالغ صالحا مأمونا على نفسه لم يكن لأحد الحق في أن يمسكه عنده، بل يصير هو صاحب الحق في توجيه نفسه حيث شاء، وفي الإقامة أين شاء، إن أراد أن يقيم منفردا أقام منفردا، وإن أراد أن يقيم مع أحد والديه كان له ذلك.[2]

أما بخصوص البنت فقد فرق الحنفية بين البكر والثيب، فإن تعلق الأمر بالبكر فإن أباها يضمها إليه ومع ذلك فإن تقدمت في السن وكانت لها حنكة وتجربة في الحياة فيمكنها أن تسكن وحدها، أما الثيب فإن كانت أخلاقها حسنة فإنها لا تضم إلى والدها لأن الولاية سقطت عنها، ولأن لها تجارب في الحياة، ولكن إذا كانت أخلاقها فاسدة فالأجر ضمها جبرا إلى والدها أو من يقوم مقامه لتأديبها.[3]

ثانيا: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري:

إن قانون الأسرة الجزائري أغفل التحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة لذا لا بد من الرجوع إلى أراء فقهاء الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من (ق أج) بالرغم من اختلافها في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة.[4]

[1]– سهام كربال، المرجع السابق، ص 103.

[2]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، ج1 ، الزواج والطلاق ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1967، مرجع سابق ، ص 572.

[3]– بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص 573.

[4]– عيسى حداد:" الحضانة بين القانون والإجتهاد القضائي"، مجلة التواصل، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ع 15، 2005، ص220.

ويمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي باعتباره المذهب السائد في الجزائر، هذا الأخير الذي يرى أنه بانتهاء مدة الحضانة فإن الأب أولى بالذكر والأم أولى بالأنثى.

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

نستخلص مما سبق ذكره في هذا الفصل أن الحق في الحضانة لحماية وحفظ الطفل المحضون من الضياع وهذا الحق يرتب التزامات سواء من المحضون لما ترتبه له من حقوق كالنفقة والسكن ، أو من جانب الحاضن أو المحضون له لما ترتبه عليهم من واجبات ، وهذه الالتزامات تصب كلها في وعاء واحد وهو تحقيق مصلحة الطفل المحضون.

مع ملاحظة أن الجانب الأكبر من هذه الالتزامات يقع على عاتق الحاضن لعلاقته المباشرة بالمحضون ويرافقه في أهم مرحلة من حياته وبالتالي يساعده في تكوين شخصية اجتماعية سوية ومتقبلة في المجتمع ، لذا كان لزاما أن يكون الحاضن أهلا لهذه المسؤولية فان عجز أو قامت احد أسباب سقوط الحضانة وجب إسناد الحضانة إلى من يليه شرعا للقيام بها، وبعد انتهاء فترة الحضانة تعود هذه المسؤولية إلى المحضون له لإكمال مهمته والاضطلاع بها على أكمل وجه .

خـــاتمة

خاتمة :

ان الحضانة من أهم الآثار المترتبة عن الطلاق وما في حكمه (التطليق ، الطلاق بالتراضي ، والخلع) أو عن الوفاة ، فهي تتعلق أساسا بالأطفال الناجمين عن فك الرابطة الزوجية من حيث تربيتهم ورعايتهم وحفظهم، لذلك جعل كل من الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة مراعاة مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، حيث صاغ المشرع الجزائري أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري من خلال المواد من 62 الى 72 منه، كما نص في المادة 222 من نفس القانون على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة .

وما يمكن استنتاجه من خلال دراساتنا هذه وفي ختامها :

- يعاب على قانون الأسرة عدم تحديده الشروط الواجب توفرها في الحاضن في نص المادة 62 من (ق أ ج) و اكتفائه بعبارة " أهلا لذلك" .
- بالإضافة الى الفقرة الثانية من المادة 64 منه و المتعلقة بحق الزيارة التي تنص على: " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " حيث يلاحظ ان المشرع اقر بحق الزيارة ، لكنه لم يحدد معناها ولا المكان الذي تجري فيه ولا زمانها ، مما قد يتسبب في إشكالات في تنفيذ الحكم بين الحاضن والمحضون له، بالإضافة إلى انه جعل هذا الحق للمحضون له ولم يجعله واجبا في جهة الحاضن مما قد يمس حقيقة بمصلحة المحضون ، خاصة في حالة إخلال الأب بهذا الحق وعدم زيارته للمحضون، مما قد يعرض مصلحة هذا الأخير للخطر خاصة ما تعلق منها بالجانب النفسي .

كما أن المشرع في نص المادة 65 (ق أ ج) التي تتعلق بمدة الحضانة يلاحظ انه عندما نص على تمديد الحضانة للذكر الذي أتم 10 سنوات إلى غاية 16 سنة قد حصر حق طلب هذا التمديد في الأم فقط إذا لم تتزوج ثانية ، ولا يمكن لغيرها طلب هذا التمديد ولو اقتضت مصلحة المحضون ذلك ، إذ لا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان المحضون عند شخص غير الأم ، كما انه لم يحدد المعيار الذي حدد به انقضاء

حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات ، فهذا السن غير كاف و هذا يعتبر قصورا من المشرع الجزائري من الواجب تداركه .

- اما بخصوص المادة 68 من (ق أ ج) في موضوع النص على انه إذا لم يطالب من له الحق بالحضانة بها لمدة تزيد عن السنة بدون عذر سقط حقه فيها ويعاب عليه انه لم يحدد تاريخ بداية سريان هذه السنة .
- كما أن المشرع في نص المادة 70 من (ق أ ج) لم يبين سبب حصر سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة بالسكن مع محضونها مع ام المحضون المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون .

وبالرغم من تعديل المادة 72 من (ق أ ج) إلا أنها لم تسلم من النقد وذلك لورودها معيبة من عدة جوانب :

- من خلال هذه المادة منح المشرع حق السكن للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات كما انه لم يحدد مواصفات سكن الحضانة واكتفى بعبارة " سكنا ملائما للحضانة " .

وبالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من هذه المادة نجد أنها تطرح إشكالية الجمع بين مطلقين بخصوص بقاء الحاضنة في منزل الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن هذا في حالة لم ينفذ الأب الحكم القضائي و مرت فترة العدة و هو أمر غير مقبول شرعا.

- كما ان إنشاء صندوق النفقة يعد حلا يجيب عن التساؤلات المرتبطة بنفقة المحضون، وهو بذلك يقلل من حدة المنازعات القائمة بهذا الخصوص وفيه مراعاة لمصلحة المحضون .
- كما ان مسالة الحضانة في الأصل هي مسالة قضائية بالأساس وأن غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير ، إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك .

وتبقى بعض المسائل غير منصوص عليها في نص هذا القانون مثل مسالة أجرة الحاضنة وفيها تم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بنص المادة 222 منه التي تحيل

إلى المذهب المالكي الذي يقول بعدم وجوب اخذ الحاضنة أجرة على حضانة ولدها وهو ما يأخذ به القضاء بهذا الخصوص .

من خلال النتائج المستخلصة يمكن إبداء بعض التوصيات نجملها فيما يلي :

- ضرورة تعديل المادة 62 من (ق أ ج) وتحديد الشروط الواجب توافرها في شخص الحاضن بدقة ووضوح.
- ضرورة تعديل نص المادة 66 (ق أج) بان لا يجعل أمر إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالتزوج بأجنبي عن المحضون وجوبيا وإنما يقيده باستثناءات منها :
- في حالة عدم وجود حاضنة للمحضون سواها .
- في حالة عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة .
- في حالة ما إذا كان الحاضن الذي يليها مرتبة غير مأمون أو عاجز ، وعليه نقترح تعديل نص المادة 66 كما يلي :" يجوز إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالزواج إذا دخل بها زوجها ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون" .
- ضرورة وضع إجراءات صارمة للتصدي للسفر بالمحضون والإقامة في بلد أجنبي سواء كان الحاضن الأب أم الأم أو غيرهما كون السفر يؤثر على مصلحة المحضون وبالحقوق المرتبطة بالحضانة كحق الزيارة .
- ضرورة تعديل المادة 68 منه وذلك بتحديد المشرع الجزائري لتاريخ بدأ سريان مدة السنة وعليه نقترح التعديل التالي :" لصاحب الحق في الحضانة أن يتقدم بطلبه في خلال سنة من تاريخ ظهور السبب المسقط للحضانة عن الحاضن ، وإذا تعلق الأمر بالحاضن الأم أو الأب فمن تاريخ تبليغ الحكم بالطلاق ، إلا أن له أن يطالب بذلك الحق قضاء خلال ستة أشهر من علمه به وبانقضاء هذه المدة يسقط حقه في الحضانة ما لم يكن له عذر ".
- ضرورة التفكير جديا في تقنين أحكام المذهب المالكي من أجل توحيد الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة في الجزائر خصوصا و أنه المذهب المعتمد في الدولة .

- ضرورة تعديل النظام القضائي الخاص بشؤون الأسرة و جعله قضاء متخصصا من خلال فصله عن النظام القضائي العادي من خلال جعله قطبا متخصصا في شؤون الأسرة خصوصا وعلى فقهاء القانون والقضاة المتخصصين بشؤون الأسرة العلم بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وفقه الواقع في مجال الحضانة وقضايا شؤون الأسرة عموما ، حتى تقوم اجتهاداتهم على أساس الموازنة بين ما يجب تحقيه من المصالح وما يجب درؤه من المفاسد ، وبذلك تكون لهم القدرة والكفاءة العلمية والقانونية التي تؤهلهم إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وانتقاء الأحكام المناسبة عند عدم وجود نص في قانون الأسرة الجزائري عملا بنص المادة 222 منه.

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري على الرغم من تعديله لبعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون ومراعاة لمصلحته، إلا انه مازالت تعتريها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركها حتى تكتمل هذه الحماية التي تهدف إليها هذه النصوص .

الملاحق

ملف رقم 1302053 قرار بتاريخ 2019/07/03

قضية (ق.ز) ضد (ز.ا) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة

الكلمات الأساسية: إسناد الحضانة - مسائل الحالة - قوة الشيء المقضي فيه.

المرجع القانوني: المادة 338 من القانون المدني.

المبدأ: إن إسناد الحضانة من مسائل الحالة ولا تطبق في شأنها قاعدة قوة الشيء المقضي فيه.

إن المحكمة العليا

بناء على المواد 349 إلى 360 و377 إلى 378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة برئاسة أمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 2018/01/03، وعلى مذكرة جواب محامي المطعون ضده (ز.ا) المودعة بتاريخ 2018/03/22.

بعد الاستماع إلى السيد ملاك الهاشمي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيدة عودي زهية المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية الى رفض الطعن.

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث إن المدعية في الطعن طعنت بالنقض بواسطة محاميها شركة المحامين الأستاذين زيدان عبد الكريم ومسعودي عبد العزيز المحاميان المعتمدان لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر بتاريخ 2016/08/11 رقم الفهرس 16/02092 عن مجلس قضاء بومرداس غرفة شؤون الأسرة. القاضي بقبول الاستئنافين الأصلي والفرعي، وفي الموضوع: تأييد الحكم المستأنف فيه الحكم المستأنف المذكور صدر بتاريخ 2015/11/11

وقضى بإسناد حضانة البنت (ز.ص) لوالدها المدعي مع تمكين الأم المدعى عليها من حق الزيارة (مذكور في منطوق الحكم).

وحيث يستخلص من ملف القضية وان المدعي (ز.ا) أقام دعوى ضد المدعى عليها (ق.ز)، جاء في دعواه أن المدعى عليها هي طليقته بموجب حكم صادر بتاريخ 2014/03/03 وقد كانت حاملا وسافرت إلى فرنسا أين وضعت مولودها هناك وقد أنجبت البنت (ص) بتاريخ 2014/04/14 يلتمس الحكم بإسناد الحضانة له، المدعى عليها لم ترد اين صدر الحكم المذكور أعلاه والذي كان محل استئناف من قبل المدعى عليها أصليا والمدعي فرعيا أين انتهى بالقرار محل الطعن بالنقض.

حيث ان المدعية في الطعن استندت في طعنها على **أربعة أوجه**.

حيث ان المدعى عليه في الطعن رد على عريضة الطعن والتمس رفض الطعن

وعليـــــه:

من حيث الشكل:

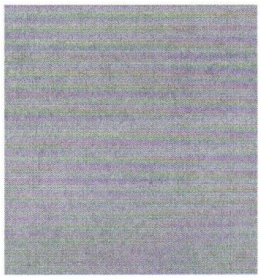
حيث إن الطعن استوفى إجراءاته الشكلية فهو مقبول.

من حيث الموضوع:

عن الوجه الأول: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني،

باعتبار وان قضاة المجلس في قرارهم المنتقد قضوا للمطعون ضده بالحضانة على أساس وان الطاعنة حرمته من ممارسة سلطته الأبوية دون الاعتماد على محضر يفيد ذلك فضلا وان الطاعنة أولى بممارسة الحضانة طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة.

حيث من المقرر قانونا وفقا للمادتين 62 و64 من قانون من قانون الأسرة، الأم أولى بحضانة ولدها، كما لا تسقط الحضانة إلا باختلال أحد الشروط الوارد بنص المادة 62 من القانون المذكور ولم تبين وان الطاعنة حاضنة فعليا للبنت منذ ولادتها والطاعن لم يعارض في هذه الحضانة وباكتفائه بطلب سقوط النفقة المرتبطة أساسا بالحضانة، يكون قضاة المجلس في قرارهم المنتقد بإسناد الحضانة على أساس وان



الطاعنة لم تطالب بها لمدة أكثر من سنة وان الحكم الصادر بتاريخ 2016/06/29 أصبح حائزا لقوة الشيء المقضي فيه يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون باعتبار وان مسائل الحالة لا تطبق في شأنها القواعد الخاصة المتعلقة بقوة الشيء المقضي فيه، ويتعين بالتالي نقض القرار المطعون فيه دون الحاجة للرد على باقي الأوجه مادام هذا الوجه وحده كاف للنقض.

وحيث إن المصاريف القضائية على من يخسر دعواه كما تقضي بذلك المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا - غرفة شؤون الأسرة والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً ونقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء بومرداس بتاريخ 2016/08/11 فهرس رقم 16/02092 وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقاً للقانون.

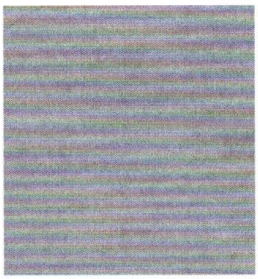
تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث من شهر جويلية سنة ألفين وتسعة عشر من قبل المحكمة العليا - غرفة شؤون الأسرة والمواريث، والمتركبة من السادة:

الضاوي عبد القادر	رئيس الغرفة رئيسا
ملاك الهاشمي	مستشارا مقررا
شرقي عبد القادر	مستشارا
بالأبيض أحمد	مستشارا
رزقاني معمر	مستشارا

بحضور السيدة: عودي زهية - المحامي العام،

وبمساعدة السيد: طريف سمير - أمين الضبط.



ملف رقم 1329085 قرار بتاريخ 2019/12/04

قضية (ق.ج) ضد (م.ح) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة

الكلمات الأساسية: وفاة الأم - جدة لأم - ولاية للأب - كفالة - مصلحة الأبناء.

المرجع القانوني: المادة 64 من قانون الأسرة.

المبدأ: يكون الأب وليا شرعيا بعد وفاة الأم الحاضنة. ويمقتضى هذه الإنابة يحق له منح كفالة المحضون لغير الجدة لأم، لأنه الأجدر بمراعاة مصلحته.

يحق للجدة لأم المطالبة بالزيارة على أساس صلة الرحم.

إن المحكمة العليا

بناء على المواد 349 إلى 360 و377 إلى 378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بمصلحة الطعون المدنية لمجلس قضاء سطيف بتاريخ 2018/04/16، وعلى مذكرة جواب محامية المطعون ضده (م.ح) المودعة بتاريخ 2018/06/24.

بعد الاستماع إلى السيد ملاك الهاشمي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، والى السيدة عودي زهية المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث إن المدعية في الطعن طعنت بالنقض بواسطة محاميتها الأستاذة لرقط نوال المعتمدة لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر بتاريخ

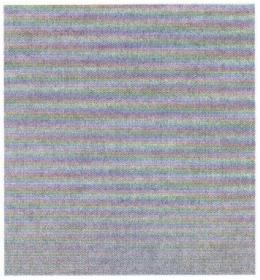
2017/12/17 رقم الفهرس 17/04668عن مجلس قضاء سطيف ـ غرفة شؤون الأسرة ـ القاضي في الشكل قبول الاستئناف، في الموضوع: تأييد الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2017/05/11 فهرس رقم 17/03080

الحكم المستأنف المذكور قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس.

وحيث يستخلص من ملف القضية وان المدعية (ق.ا)، أقامت بتاريخ 2017/01/31 دعوى أمام محكمة سطيف، جاء في دعواها وأنها كانت ترعى حفيدتيها قيد حياة والدتهما باعتبار الأم عاملة وبوفاة والدتهما أخذ والد الحفيدتين الأب المدعى عليه بناته وحرم المدعية في الطعن جدتهما من حق زيارتهما مما جعلها تستصدر أمر استعجاليا يمنحها حق الزيارة وتم إلغاء ذلك الأمر باعتبار وان الأب منح كفالة البنتين لعمتهما وزوجها وأنهما مقيمتان حاليا بفرنسا ويدرسان فيها والحضانة شرعت للتخفيف من آثار فقدان الولدين لذا تلتمس إسقاط حضانة البنتين عن والدهما وإسنادها للجدة لأم المدعية في الطعن، فيما رد المدعى عليه وان البنتين تعيشان عند عمتهما بموجب كفالة والحال أن الدعوى تتعلق بإسقاط الحضانة، مما يتعين عدم قبول الدعوى شكلا، وفي الموضوع أن الدعوى لا تتعلق بإسقاط الحضانة أو إسنادها لكونها تترتب عن الطلاق والبنتين توفيت والدتهما بفرنسا أين أخذها المدعى عليه في الطعن للعلاج ومكثت في ذلك الوقت عند أخته وقبل وفاتها أوصت أخته بكفالة البنتين عند وفاتها وهو ما حدث وتم منح كفالة البنتين لأخته باعتباره وليا عن البنتين وليس حاضنا والتمس في الأخير رفض الدعوى وهي الوقائع التي أسفرت عن صدور حكم بتاريخ 2017/05/11 يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس وهو الحكم الذي كان محل استئناف من قبل المدعية الأصلية والذي انتهى بصدور القرار المطعون فيه.

وحيث إن المدعية في الطعن استندت في طعنها الرامي إلى نقض القرار المطعون فيه على **وجهين.**

وحيث إن المدعى عليه في الطعن رد على عريضة الطعن والتمس رفض الطعن



وعليـــه:

مـن حيـث الشكـل:

حـيـث إن الطعن استوفى إجراءاته الشكلية فهو مقبول.

مـن حيـث الموضوع:

الـوجـه الأول: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني،

بـدعـوى وان طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة، أن الحضانة تطبق في الطلاق والوفاة، وقضاة المجلس عن خطأ سببوا قرارهم على أن الحضانة من الآثار المرتبطة بالطلاق وطلب الحضانة لا يستقيم مع الوفاة دون أن يبينوا الأساس القانوني.

الـوجـه الثاني: مأخوذ من القصور في التسبيب،

بدعوى وأن القاضي ملزم بتطبيق القانون ولا يمكن الاجتهاد مع النص، وطبقا للمادة 64 من قانون الأسرة بالوفاة تنتقل الحضانة إلى الأب إلا أن الأب منحها إلى أخته وزوجها الأجنبي المقيمان بفرنسا مما يجعله غير جدير بدور الرعاية والحماية للمحضون، كما أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبي هو الحال أن البنتين نقلتا للخارج من طرف العمة وزوجها الغريب عن البنتين والحضانة تسقط بالتزوج بغير قريب محرم، وكان يجب على قضاة المجلس في قرارهم المنتقد تطبيق المواد 62 و64 و66 من قانون الأسرة.

عـن الـوجهـين معا لترابطهما:

لـكـن حيث من المقرر قانونا أن الحضانة مرتبطة أساسا بالطلاق فيحين الوفاة مرتبطة بالنيابة الشرعية (الولاية والوصايا والتقديم) ولما تبين من دعوى الحال وان الزوجة توفيت وبوفاتها أصبح الأب هو صاحب الولاية الشرعية وهو الأجدر بمراعاة مصلحة أبنائه بمقتضى هذه الإنابة وبمنح الأب المدعى عليه في الطعن الكفالة لغير الجدة لأم المدعية في الطعن، يكون هو الأجدر بمصلحة أبنائه، ويبقى فقط لمن ذكر في المادة 64 من قانون الأسرة، المطالبة بحق الزيارة على هؤلاء المتوفى عنهما

والدتهما على أساس صلة الرحم دون سواها، مما يتعين رفض الوجهين لعدم التأسيس وبالتالي رفض الطعن.

وحيث إن المصاريف القضائية على من يخسر دعواه كما تقضي بذلك المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلاً ورفضه موضوعاً.

والمصاريف القضائية على الطاعنة.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع من شهر ديسمبر سنة ألفين وتسعة عشر من قبل المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة والمواريث، والمتركبة من السادة:

الضاوي عبد القادر	رئيس الغرفة رئيسا
ملاك الهاشمي	مستشارا مقررا
بالأبيض أحمد	مستشارا
رزقاني معمر	مستشارا

بحضور السيدة: عودي زهية - المحامي العام،

وبمساعدة السيد: طريف سمير - أمين الضبط.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

القرآن الكريم .

الكتب :

1. ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مج 2، دار الكتاب العربي .
2. ابن المنظور، لسان العرب، الطفل، ج13 ، مختار الصحاح، ص 408، المعجم الوسيط ، ج2 .
3. إبن الهمام الفتوى الهندية، دار الفكر ، مصر، ط 2 ،1991 ،ج 1.
4. أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي، معتصر من المختصر من مشكل الآثر، ج1، ط2 ، عالم الكتاب ، لبنان ، 1362 هـ.
5. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي ابن حزم، المحلي بالآثار، دار الكتب بيروت ، ج 10.
6. أبوبكر أحمد بن علي الرازي ، الجصاص وأحكام القرآن ، دار الفكر ، ج 1.
7. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، ج1 ، ط17 ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 .
8. أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003 م، الحديث رقم : 11302.
9. أحمد محمد العساف ، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة ، مج 2 ، دار إحياء العلوم .
10. احمد، الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، ط 1، دار نشر المعرفة ، الرباط ،1994
11. الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، ص 358 ، دار صادر ، ج2.
12. باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة ،د.ط ، دار الهدى، الجزائر ، 2012 .

13. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، ج1 ، الزواج والطلاق ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1967.
14. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية) ، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
15. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004.
16. حسن الجوخدار، قانون الأحداث الجانحين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1992م.
17. حسين ،طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ط1،دار الخلدونية، الجزائر،2009.
18. حسين عبد الحميد أحمد رشوان ، الطفل دراسة في علم الاجتماع ، د.ط ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، مصر ، 2008 .
19. حمدي رجب عطية، المسؤولية الجنائية للطفل، دار النهضة العربية، مصر، 2000م.
20. خليل أحمد حسن قدادة:" الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري"، ج1، مصادر الإلتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
21. الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة، بيروت، 1418هـ، 1998م.
22. رشدي ، شحاتة ابو زيد، ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، ط1، دار الفكر العربي ، القاهرة ،1989.
23. الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، ط1 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008.
24. سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الجزائر ، دار هومة ، ط2 2009.

25. سعيد حوى، الإسلام، شركة الشهاب للنشر، الجزائر، 1988 م.
26. السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي ، سراج السالك لشرح أسهل المسالك ، ج2، وزارة الشؤون الدينية ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، 1992 .
27. شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001م.
28. شمس الدين السرخسي، المبسوط. دار المعرفة بيروت ،1986، ج 3.
29. صالح جمعة حسن الجبوري ، الولاية على النفس في الشريعة الاسلامية والقانون ، ط1 ، 1976 ، مؤسسة الرسالة .
30. صبحي ، المحمصاني، المبادئ الشرعية، دون دار نشر ،بيروت، 1954.
31. عامر، عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، مصر، دار الفكر العربي.
32. عبد الرحمن محمد خلف، السياسة الجنائية والأمنية لمواجهة عنف الأطفال، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
33. عبد الرزاق أحمد السنهوري:" الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، ج1، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
34. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
35. عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ، د.ط ، الجزائر، 2007.
36. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، د.س ن.
37. عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة بيروت ط 2 ،1994 ج10.

38. عبد الوهاب خلاف: "أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم"، ط2، دار القلم، الكويت، 1990.
39. علي فيلالي:" الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض"، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2007.
40. عمر الفاروق الحسيني، انحراف الأحداث – المشكلة والمواجهة – مطبعة الإيمان، د.م، 1995م.
41. عمرو، عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية،ج2، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ،2005.
42. عيسى، طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر
43. فاطمة حداد ، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الاسرة الجزائري ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2017 .
44. الفيروزأبادي ، القاموس المحيط : ج9 ، ط 3 ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، 1980 .
45. محمد ابو زهرة ، مباحث في أحكام الفتوى ،دار ابن حزم للطباعة و النشر ،بيروت . لبنان ، د س ن.
46. محمد صبري السعدي:" الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق التعويض)، دراسة مقارنة في القوانين العربية"، دار الهدى، الجزائر، 2011.
47. محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، ط4 ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1983.
48. محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية ، ج1 ، 1956 م.
49. محمود سعيد ، الحماية القانونية للاطفال أثناء النزاعات المسلحة ، د.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2007 .

50. مكي دردوس :" القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري"، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
51. نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ،د.ط ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006.
52. نسرين شرقي وكمال بوغرورة ، قانون الأسرة الجزائري ، ط1 ، دار بلقيس للنشر، الجزائر ،2013.
53. هداية الله أحمد الشاش، موسوعة التربية العلمية للطفل، دار السلام، القاهرة.
54. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و أدلته ، الجزء 10 ، دار الفكر المعاصر ،د ط، دمشق ، 2006 .
55. يوسف دلاندة:" استشارات قانونية في قضايا الأسرة"، دار هومة ، الجزائر ، 2011.

الرسائل الجامعية :

1. أحمد داود، رقية ، الحماية القانونية للطفل في قانون الاسرة الجزائري و المعاهدات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2003 .
2. إلغات، ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011 .
3. بن صغير، محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2009.
4. بن عصمان ، نسرين ايناس ، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاسرة المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة ابي بكر بلقايد ، تلمسان ،2004-2005 .
5. بوتريبات، عائشة، وبوجمعة، نجاة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2014.
6. بوجاني، عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2014.

7. بوخاتم، آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان 2007 .
8. حسيني عزيزة ، الحضانة في قانون الاسرة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2000 .
9. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للاسرة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005 .
10. زهية رابطى:" الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
11. سويقات، بلقاسم، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ورقلة، 2011.
12. شامي، أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2014.
13. عبد العزيز مندوة عبد العزيز أبو خزيمة، الحماية الدولية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير منشورة، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010 .
14. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، رسالة دكتوراه منشورة ، جامعة الاسكندرية ، كلية الحقوق ، دار الخدمات الجامعية ، 2001.
15. قيزيلي، مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2003.
16. كربال، سهام، الحضانة في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق ، جامعة البويرة ، 2013 .
17. محمد الحداد، الحماية الجنائية للأحداث أثناء التحقيق والمحاكمة، رسالة ماجستير، المملكة الأردنية، 2010م.

18. مفتاح أبو بكر المطروى، تطويع الإجراءات الجنائية لجرائم الأحداث، رسالة دكتوراه (غير منشورة)، الإسكندرية، 1997م.
19. ناصر زياد حمدان المصالحة، الحماية الجنائية للأطفال الجان ي عليهم، رسالة الماجستير، الجامعة الأردنية، 2009 م.
20. نوال ترفاس وعبد الرؤوف دباش، التنظيم القانوني لحق الرؤية وزيارة المحضون ، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014 -2015 .
21. والي عبد اللطيف، محاضرات في مقياس حقوق الطفل ،ألقيت على طلبة السنة أولى استر قانون أسرة ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ،2020-2021.

النصوص القانونية :

1. قانون رقم 06-22 ممضي في 20 ديسمبر 2006، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية ، ع 84 ، مؤرخة في 24 ديسمبر 2006، الصفحة 4، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966.
2. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية العدد21 المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق لـ23 ابريل سنة 2008
3. قانون رقم 14-01 ممضي في 04 فبراير 2014، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية ، ع 7 ، مؤرخة في 16 فبراير 2014، الصفحة 4، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966.
4. قانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية ، ع 31 ، مؤرخة في 13 مايو 2007، الصفحة 3، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975.

5. قانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية ، ع 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 ممضي في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية ، ع 15 ، مؤرخة في 27 فبراير 2005 .
6. قانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة2015يتعلق بحماية الطفل.
7. القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق لـ 4 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.
8. مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، ط2 ، المطبعة الأمنية ، الرباط ، 1962

المجلات :

1. زقور، أحسن، أحكام القصر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، ع 5، 2007.
2. سامية بن قوية، أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ع 1 ، 2010 .
3. عيسى حداد ، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي ، مجلة التواصل مجلة العلوم الاجتماعية والسياسية ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، الجزائر ، ع 15 ، 2005 .
4. مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، ط2 ، المطبعة الرسمية ، تونس ، 1982.

فهرس الموضوعات :

شكر وتقدير	
قائمة المختصرات	
خطة البحث	
مقدمة	
الفصل الأول : ماهية الطفل والحضانة	05
المبحث الأول: مفهوم الطفل	06
المطلب الأول: تعريف الطفل في اللغة العربية والفقه الإسلامي	06
الفرع الأول: تعريف الطفل في اللغة العربية	06
أولا : القاصر	07
ثانيا : الصغير	07
ثالثا : الحدث	07
الفرع الثاني: تعريف الطفل في الفقه الإسلامي	07
أولا : مرحلة انعدام الإدراك	09
ثانيا : مرحلة الإدراك الضعيف	09
ثالثا : مرحلة الإدراك التام	09
المطلب الثاني: تعريف الطفل في القانون	10
الفرع الأول: تعريف الطفل في القانون الدولي	10
أولا :تعريف الطفل وفقا لاتفاقية الامم المتحدة بشان حقوق الطفل 1989	10
ثانيا : تعريف الطفل وفقا للميثاق الفريقي لحقوق الطفل و رفاهيته 1990	11
ثالثا : تعريف الطفل وفقا للإطار العربي لحقوق الطفل 2001	12
الفرع الثاني : تعريف الطفل في القانون المقارن	12
اولا : المعيار العضوي في تعريف الطفل	13
ثانيا : المعيار العمري في تعريف الطفل	13

الفرع الثالث : تعريف الطفل في القانون الجزائري	14
أولا : قبل صدور قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل	14
ثانيا : بعد صدور قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل	16
المبحث الثاني: مفهوم الحضانة	17
المطلب الأول :تعريف الحضانة و خصائصها	17
الفرع الأول :تعريف الحضانة في اللغة العربية و الفقه الإسلامي	18
أولا : تعربف الحضانة في اللغة العربية	18
ثانيا : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي	18
الفرع الثاني: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	20
أولا : تعليم الولد	21
ثانيا : تربيته على دين أبيه	21
ثالثا : السهر على حمايته	21
رابعا : حمايته صحيا	22
خامسا : حمايته خلقيا	22
الفرع الثالث : خصائص الحضانة	22
أولا : الحضانة من النظام العام	22
ثانيا : الحضانة حق مشترك	23
ثالثا : الحضانة غير قابلة للتجزئة	24
رابعا : الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه	24
1-أجرة الحضانة	25
2-المدين باجرة الحضانة	26
3- التبرع بالحضانة	27
المطلب الثاني : تمييز الحضانة عن بعض المصطلحات المشابهة	27

الفرع الأول : تمييز الحضانة عن الوصاية	27
الفرع الثاني : تمييز الحضانة عن الولاية عن النفس	28
الفرع الثالث : تمييز الحضانة عن الكفالة	29
المطلب الثالث :شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.	31
الفرع الأول :الشروط العامة لاستحقاق الحضانة	31
أولا : العقل	31
ثانيا : البلوغ	32
ثالثا: الامانة على الاخلاق	32
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لاستحقاق الحضانة	33
أولا : الشروط الخاصة بالنساء	33
1-أن لا تكون متزوجة من اجنبي عن الصغير او من قريب غير محرم	33
2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير	34
3-ان لا تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون	34
4-ان لا تكون الام قد امتنعت عن حضانته مجانا عند اعسار الاب	35
ثانيا : الشروط الخاصة بالرجال	35
1-ان يكون الحاضن محرما اذا كانت انثى	35
2-اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون.	35
الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة	37
المبحث الأول: الالتزامات القانونية المترتبة عن الحضانة	38
المطلب الأول: حقوق الولد المحضون	38
الفرع الأول: حق الولد المحضون في النفقة	38
أولا : تقدير قيمة النفقة	39

ثانيا : الامتناع عن دفع النفقة	41
الفرع الثاني: حق الولد المحضون في السكن	43
أولا : توفير السكن للمحضون مع حاضنته	44
ثانيا : مكان ممارسة الحضانة و الانتقال بالمحضون	49
المطلب الثاني: واجبات الحاضن	50
الفرع الأول: تمكين المحضون له من زيارة المحضون	50
أولا : حق زيارة المحضون في الفقه الاسلامي	50
ثانيا : حق زيارة المحضون في قانون الاسرة الجزائري	51
1-مكان الزيارة	53
2-مدة الزيارة	54
3-التدبير المستعجل المتعلق بحق الزيارة	54
4-جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة	54
الفرع الثاني: إلتزام الحاضن برقابة المحضون	55
أولا : شروط المسؤولية لشخص الحاضن عن رقابة المحضون	56
1-الالتزام بالرقابة	56
2-صدور عمل غير مشروع من المحضون	56
ثانيا -أساس قيام مسؤولية الحاضن	57
1-الخطأ المفترض في واجب الرقابة	57
2- دفع الحاضن للمسؤولية	58
أ-اثبات واجب الرقابة	58
ب-الدفع بنفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة	59
المبحث الثاني : انقضاء الحضانة	59

المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة وعودتها	59
الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة	60
أولا : الأسباب القانونية لسقوط الحضانة	60
1-زواج الحاضنة بقريب غير محرم	60
2-سكن الجدة او الخالة بمحضونها مع ام المحضون المتزوجة بغير قريب محرم	60
3-تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الاسرة	61
4-سفر الحاضنة بالمحضون	61
5-عمل المرأة المؤدي إلى إهمال المحضون	62
ثانيا : الأسباب الاختيارية لسقوط الحضانة	62
1-التنازل	62
2-التقادم	63
الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة	63
أولا : سقوط حق الحضانة الغير اختياري	63
ثانيا : سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة	64
المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد نهايتها	65
الفرع الأول : مدة الحضانة	65
أولا : مدة الحضانة في الفقه الإسلامي	65
1-مدة الحضانة الى سبع سنين	65
أ-الحنفية	65
ب-الحنابلة	66
ج- الشافعية	66
2-مدة الحضانة الى البلوغ	66

أ–المالكية	66
ب–الظاهرية	66
3–التخيير في الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة	67
أ–الحنابلة	67
ب–الشافعية	67
ج–المالكية والظاهرية	67
د– الحنفية	67
هـ– القول الراجح	67
ثانيا : مدة الحضانة في قانون الاسرة الجزائري	67
1–انتهاء الحضانة	67
2–التخيير في الحضانة بعد انتهاء مدتها	68
الفرع الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة	69
أولا: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب الفقه الإسلامي	69
ثانيا: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري	71
خاتمة	73
الملاحق	
قائمة المصادر والمراجع	
الملخص	

الملخص :

الطفل أضعف فئة في المجتمع ، لذا اهتم تشريع الأسرة الجزائري به ، حيث يعتبر حق الحضانة مظهر من مظاهر العناية بالطفل من خلال مراعاة مصلحة الطفل المحضون في كل الأحوال .

ولضمان ذلك قرر المشرع مجموعة من الأحكام القانوني، منها ما تعلق بشخص الحاضن، من حيث وجوب توفر جملة من الشروط فيه حتى يكون جديرا بالحضانة والحفاظ على مصالح المحضون ، وكذا إسقاطها عنه إذا تعارضت مع مصلحة هذا الأخير، ومنها ما تعلق بشخص المحضون له ، من حيث تحديد شروط وحدود الزيارة ، وكذا النفقة على الطفل المحضون وتوفير السكن له أو بدل الإيجار إذا تعذر ذلك .

وكل هذا من اجل وضع الطفل في محيط ملائم لنمو سليم من كل النواحي، النفسية، العقلية، الجسدية والتربوية .

Résumé :

L'enfant est la catégorie la plus vulnérable dans la société ,c'est pour cette raison que le législateur de code de la famille algérien lui a accordé de l'importance là où le droit de la garde est considéré comme un aspect d'attention est d'entretien accordé à l'enfant .

Pour assurer cela , le législateur algérien met en place des dispositions réglementaires, dont celle relatives à la personne chargée de la garde qui doit remplir certaines conditions lui permettant d'être digne de la garde et de la protection des intérêts de l'enfant gardé et de lui faire déchéance ci elle avec l'intérêt de ce dernier. Et dont celle ayant trait à la personne termes de détermination des conditions et limites de visite ainsi que la pension alimentaire et son logement ou le loyer le cas échéant.

Le législateur vise à travers cela à mettre l'enfant dans un environnement convenable pour se développer sur le plan psychique , mental, physique et éducatif.