جامعة محمد بوضياف ـ المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

الرقم التسلسلي: 22/ 102

مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
ـ دراسة مقارنة ـ

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

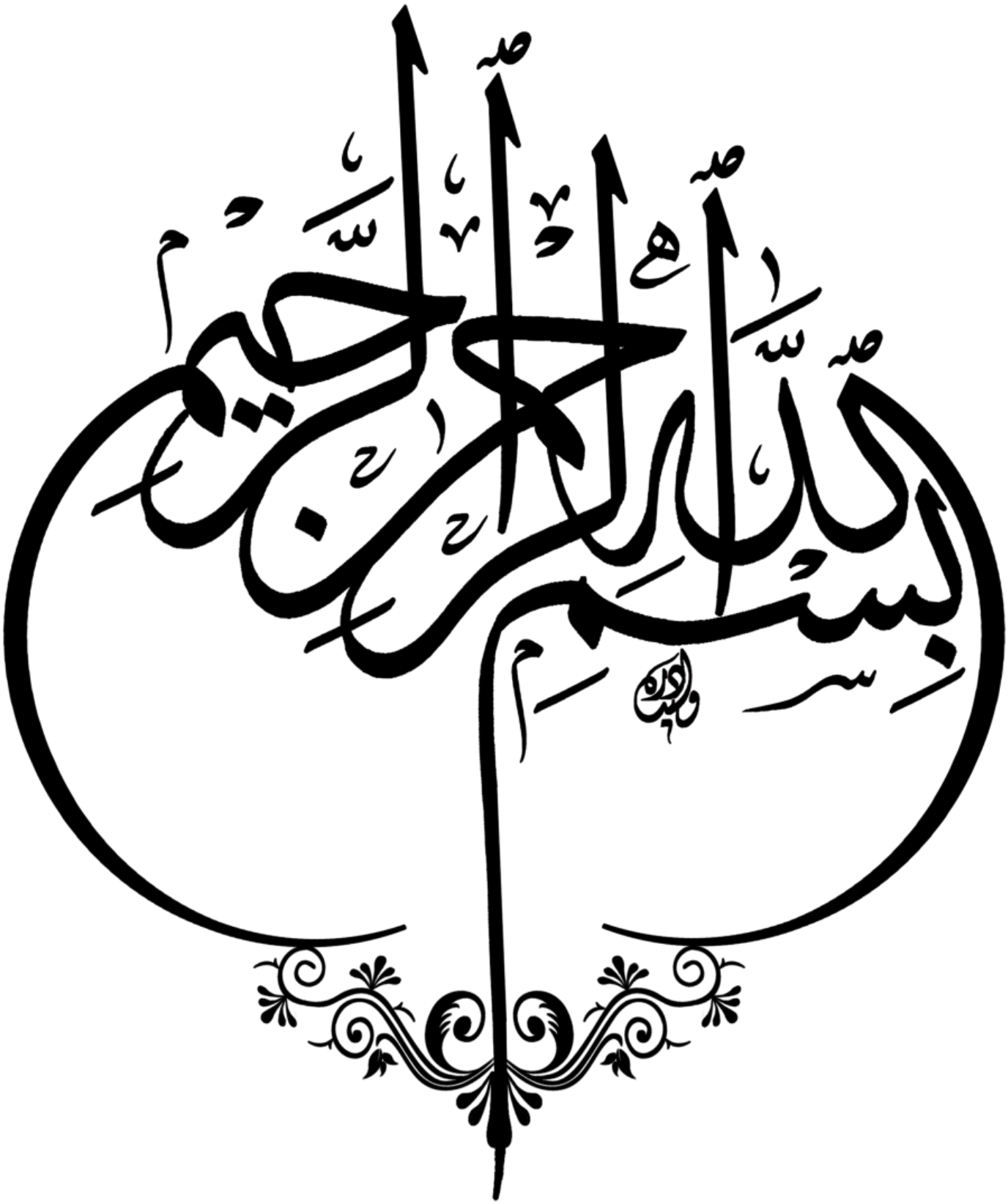
إعداد الطالبتين:
ـ فرجاوي مسعودة
ـ صالحي ايمان

إشراف الأستاذ:
ـ بوهالي محمد

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف ـ المسيلة	رئيسا
بوهالي محمد	محمد بوضياف ـ المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف ـ المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع:

مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

إعداد الطلبة:

1- ايمان مالصو رقم التسجيل: 17183509466

2- فرحاوي مروى رقم التسجيل: 17183508525

القسم: علوم الشريعة **الشعبة:** الشريعة **التخصص** فقه وقانون

إشراف: بوهالي محمد **الرتبة:** أستاذ مساعد أ

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2021-2022 وأسمح بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة): **رئيس فريق الاختصاص**

رئيس القسم

لتسهل الوثيقة يرجى نسخ الرمز

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
Faculty of Humanities and Social Sciences
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues
الرقم: /2022

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): قرجاوي مسعودة

الصفة(طالب, استاذ باحث, باحث دائم): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم:

الصادرة بتاريخ : 07/11/2018 عن دائرة : بوسعادة

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل: 171735085152

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج, مذكرة ماستر' مذكرة ماجستير' اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: مصالح المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2022/06/09

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: /2022

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): صالحي ايمان

الصفة(طالب, استاذ باحث, باحث دائم): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 100 36 22 50

الصادرة بتاريخ : 25-05-2016 عن دائرة : بوسعادة

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل: 171735 09 46 68

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج, مذكرة ماستر' مذكرة ماجستير' اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 07-05-2022

امضاء المعني (ة): SALHI

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

الإهداء :

الحمد لله الذي أنار طريقي وكان لي خير عون

إلى أغلى ما أملك في الوجود, الذين صاحبوني بدعواتهم لي طيلة المشوار ولم يملوا

إلى أمي حبيبتي وقرة عيني إلى حياتي وجنتي التي أرجو أن أكون قد نلت رضاها

إلى الحنونة "زهرة" أدامك الله لنا.

إلى أبي حبيبي وعزيزي الذي أدين له بحياتي كلها, إلى من ساندني وكان له الفضل علي

إلى من رافقني بدعواته طيلة المشوار الدراسي, الذي منع عن نفسه وأعطاني

أبي حبيبي "بوضياف" أدامك الله لنا.

إلى شقيقاتي وأشقائي كلهم الذين آمنوا بمجهوداتي و واصلوا دعمهم لي بالقول والفعل,

وكانوا سندا لي لكم كل الحب.

إلى كل أحبتي صديقاتي وأهلي وكل من يحمل في قلبه ذرة حب لي

أهديكم هذا العمل المتواضع وأرجوا أن يتقبله الله مني ويجعله في ميزان الحسنات.

مسعودة فرجاوي

الإهداء :

لا يطيب الكلام إلا بذكر الرحمان

ولا يصفو المقام الا بالصلاة على رسول الله خير الأنام

ولا تستساغ الدنيا الا بالوالدين الكرام

إلى من قال فيهما المنان ﴿ وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رِبِّ اِرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَيَانِي صَغِيرًا﴾

[الإسراء–الآية 24]

أهدي ثمرة مجهودي المتواضع إلى رمز الصبر والعطاء رمز الحب المكنون والقلب الحنون

إلى من سعت في سيري على الطريق المستقيم أمي حفظها الله.

إلى رمز الشهامة والوفاء والعطاء إلى من شقى وشاب لأعيش الشباب أبي الغالي

أسأل الله أن يحفظه ويجعل عافيته خيرا.

إلى اخوتي وأخواتي : حليمة، صابر، عمر، ياسين، اسراء .

إلى كل من عائلتي صالحي وسماحي حفظهم الله ورعاهم .

إلى من تقاسمنا مر الدراسة وحلوها صديقاتي سميحة، مروى.

و إلى من سعت معي في انجاز هذا العمل : ابتسام مزاري.

إلى الاطفال الذين ذهبوا ضحية لمصالح الآخرين.....

إلى الأطفال المحرومين من العطف والحنان.....

إلى أطفال الجزائر

إلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم مذكرتي .

اهدي ثمرة جهدي هذا

ايمان صالحي

شكر وعرفان

أول من يشكر ويحمد أناء الليل وأطراف النهار هو العلي القهار الأول والآخر والظاهر والباطن الحي القيوم, الذي أنعم علينا وهدانا إذ جعلنا مسلمين,

الذي أنار دروبنا, فله جزيل الحمد والثناء العظيم, هو الذي أنعم علينا إذ بعث فينا عبده ورسوله محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من لم يشكر الناس لم يشكر الله ومن اهدى إليكم معروفا فكافؤه فإن لم تستطيعوا فادعوا له" وعملا بهذا الحديث

نود أن نتقدم بجزيل الشكر لأستاذنا الكريم **بوهالي محمد** الذي ساندنا وأرشدنا ولم يبخل علينا في عملنا هذا وكان لنا نعم الأستاذ, ونقدم شكرنا هذا لأساتذتنا الكرام في قسم العلوم الإسلامية أدامكم الله ونفع بكم الأمة ورفع درجاتكم في الدنيا بالعلم والعمل الصالح وفي الآخرة في الفردوس الأعلى مع الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم, كما نتقدم بالشكر إلى والدينا بفضلهما وبدعمهما وصلنا لهذا اليوم...

لكم فائق الشكر والإحترام.

مسعودة فرجاوي/ ايمان صالحي

قائمة المختصرات:

- **ب ت ن: بدون تاريخ النشر.**
- **ب م ن: بدون مكان النشر.**
- **ب ط: بدون طبعة.**
- **ت: توفي.**
- **ج: جزء.**
- **ص: صفحة.**
- **ف: فقرة.**
- **م: ميلادي.**
- **هـ: هجري.**
- **ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.**

مقدمة

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه, والصلاة والسلام على حبيبنا وشفيعنا ورسولنا الكريم الذي نطق بلسان الحق وعلمنا علما لازلنا ننتفع به, خاتم النبيين والمرسلين محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه وتبعه بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع, فإذا صلح أفرادها صلح المجتمع بأكمله, فهي المنشأ الأول للطفل يكبر ويترعرع في أوساطها, والأسرة تزرع في روح الصغير الحب وتعلمه الإيمان وتغرس فيه مكارم الأخلاق, وتنشئه تنشئة سوية, فيجتهد الوالدان في تحسين مستواه العلمي وتربيته على الاحترام والتعاطف مع غيره, فيكون بذلك شخصا ذو مقام محمود ويكبر على طاعة الله فلا يخشى عليه من فتنة العصر.

هذا إن كانت الأسرة مستقرة, قائمة على المودة والمحبة والرحمة, لكن في بعض الأحيان تسير الرياح بما لا تشتهي السفن, فيحصل بين الزوجين شقاق وخلاف, فيؤدي بهما الوضع إلى الإنفصال و وقوع الطلاق الذي يعد أبغض الحلال عند الله, ومن آثار هذا الطلاق الحضانة, التي تعتبر رعاية للطفل وحمايته والقيام بكل شؤونه, وتقديم الأفضل له, تحقيقا لمصلحته ليعيش عيشة سوية وهنيئة في الفترة ما بعد الطلاق عند من شُرعت له الحضانة لأن مصلحته مقدمة على أي مصلحة كانت.

لكن الأمر لا يتوقف هنا, فبعد انتقال المحضون لحاضنه وجب على الطرف الآخر أن يتعاون مع الحاضن في تربية الصغير وتهيئة بيئة مناسبة له, فبما أنه كان من مصلحته أن يتم الطلاق بين أبويه لزوال الخلاف والابتعاد عن المشاكل, فمن مصلحته أيضا أن يعيش في استقرار وأمان بعد وقوعه, فلا يكون الصغير مشتت بينهما, ولهذا شُرعت الحضانة فينتقل المحضون إلى حاضنه ليعيش معه وفق ما تقتضيه المصلحة.

إلا أن الحضانة تعد من الأمور المعقدة التي يصعب فيها اختيار عند من يبقى المحضون, فالفقه الإسلامي عرف الحضانة ووضع لها شروطا وأحكاما خاصة بها, وتبعه في ذلك المشرع الجزائري الذي أخذ بما جاء به الفقه وما يتوافق مع مصلحة المحضون, إلا أنه اختلف في بعض النقاط لكنه لم يخرج عن أحكام الفقه الإسلامي.

كما أن الحضانة تعتبر من المسائل التي تطرح وبشدة على القاضي والذي يقوم بدراستها وتكييفها حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون.

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية موضوعنا في النقاط المجملة كالآتي:

1- يعتبر الطفل أساس هذا المجتمع يجب الحفاظ عليه وتوفير كل ما يحقق له الراحة والطمأنينة والعيش بسعادة.

2- تتجلى أهمية موضوعنا في مدى مراعاة وحفظ الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري لمصلحة المحضون مادية كانت أو معنوية.

3- تظهر أيضا أهميته في معالجة القاضي للأحكام الصادرة عن القضايا المتعلقة بالحضانة وتقديمه لمصلحة المحضون قبل كل شيء.

أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب التي جعلتنا نختار هذا الموضوع أسباب شخصية وأخرى موضوعية يأتي بيانهما في التالي:

أ-الأسباب الشخصية:

- توجيه الأستاذ المشرف الفاضل لنا في هذا الموضوع, والذي كان فعلا يستحق ذلك.

- كذلك مما دفعنا لاختيار هذا الموضوع كونه جد حساس, الحلقة الأضعف فيها الصغير فهو لا يملك لنفسه ضرا ولا نفعا.

- هذا الموضوع يمس بالصغير, الذي يعتبر أحد اللبنات الأساسية في الأسرة خاصة وفي المجتمع عامة. فالصغير يحتاج إلى رعاية خاصة في هذه المرحلة التي يمر بها بعد حصول الفرقة بين أبويه كما أنه بحاجة إلى بيئة مناسبة ليعيش فيها مطمئنا عند حاضنه.

- تعتبر الحضانة من المواضيع المهمة والأكثر تداولا, نظرا لكثرة الطلاق في المجتمع, وهذا ما دفعنا لاختيارها لمعرفة أحكامها وعلاقتها بمصلحة المحضون.

ب-الأسباب الموضوعية:

- إبراز مكانة المحضون ومصلحته في الفقه الإسلامي وق.أ.ج والمقارنة بينهما.

- حرص الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري حرصا شديدا لتحقيق مصلحة المحضون وحمايته جعل منا فضوليين اتجاه موضوع الحضانة والمحضون.

أهداف موضوع البحث:

1- التعريف بالحضانة والمحضون وإبراز الأحكام المتعلقة بهما.

2- تبيان ما نص عليه الفقه الإسلامي ومدى توافق قانون الأسرة مع أحكامه خاصة فيما يتعلق بمصلحة المحضون.

3- معرفة الطرق والإجراءات التي يعتمد عليها القاضي في إسناده الحضانة.

إشكالية موضوع البحث:

من خلال التقديم السابق نجد أن هذا الموضوع يطرح إشكالا رئيسيا وهو كالتالي:

- فيما تتمثل مصلحة المحضون, وما هو الأساس المعتمد عليه من قبل الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في تحديد هذه المصلحة؟

ويندرج ضمنه أسئلة فرعية وهي كالآتي:

- ماهي الآثار المترتبة على مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وق.أ.ج؟

- ماهو دور قاضي شؤون الأسرة في بيان مصلحة المحضون؟

المنهج المعتمد:

اعتمدنا في دراستنا هذه المنهج المقارن متضمنا المنهج التحليلي الاستقرائي

1- المنهج المقارن: وذلك في مقارنتنا بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

2- المنهج التحليلي: ويظهر هذا في تحليل ما اعتمده الفقه الإسلامي في مختلف المسائل وما اختاره قانون الأسرة الجزائري للتوصل لنتائج البحث.

3- المنهج الاستقرائي: باستقراء وجمع ما تيسر من المسائل الفقهية والأقوال الواردة في مجال البحث, ثم بيانها.

الدراسات السابقة:

وقفنا من خلال بحثنا في موضوع مصلحة المحضون على بعض الدراسات السابقة من أطروحات ورسائل, والتي كانت مرجعا جد مهم بالنسبة لنا ومن أهمها ما يلي:

1- حميدو زكية, دراسة بعنوان: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, أطروحة دكتوراه 2005, جامعة أبو بكر بلقايد تلمان, حيث تناولت الباحثة جوهر المسألة وركزت عليها وقارنت بين القوانين المغاربية والعربية ورأي الفقه الإسلامي.

واعتمدت في دراستها على المنهج الاستنباطي الذي يعتمد على الاستقراء والتحليل لاستجلاء عناصر كل نقطة من نقاط بحثها, والمنهج المقارن لتبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين القوانين المغاربية للأسرة.

وتتفق دراستها مع موضوعنا في المعايير والضوابط التي يمكن للقاضي أن يستعين بها في تقديره لمصلحة المحضون, غير أنها توسعت في هذا الجزء وشرحه وقارنت فيه بين القوانين المغربية والعربية, على خلاف دراستنا حيث اقتصرنا على تحديد المعايير التي يستعين بها القاضي لتقديره مصلحة المحضون والآليات التي قد يتبعها في ذلك.

ومن النتائج التي توصلت إليها الباحثة:

- أن الإعتماد على مصلحة المحضون يقر إتيان الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة من حيث مستحقي الحضانة, لأن الفقه القديم حين حدد تلك المراتب كانت فيها العلاقات الأسرية من جهتي الأم والأب قوية ومترابطة, غير أن هذه الظروف قد تغيرت اليوم بتفكك الأسر الكبرى وحلت محلها الأسر الصغيرة التي تتألف من الأبوين فقط في سائر الأحيان.

- وجوب إفساح المجال لاجتهاد القاضي لاتخاذ ما يراه صالحا لفض الخلافات التي تحدث بين مستحقي الحضانة, وخاصة أن أحكام الحضانة أغلبيتها اجتهادية قررها الفقه بناءا على المبدأ الأساسي المتمثل في مصلحة المحضون ولكن دون إغفال بعض الأعراف التي كانت سائدة في عصره, مما ولد الاختلاف بشأن مراتب الحضانة.

2- عادل شباب, عنوان الدراسة: حضانة الطفل دراسة مقارنة, مذكرة ماجستير 2011, الجامعة الإفريقية أدرار, تناول الباحث موضوع الحضانة وأبرز مكانتها وذلك لأهميتها البالغة في حياة الطفل, وكانت دراسة بحثه دراسة مقارنة اعتمد فيها على المنهج المقارن.

تتفق دراسته مع بحثنا في العديد من العناصر من بينها ذكره لمستحقي الحضانة وترتيبهم وخاصة في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده, وقد كانت دراسته بمثابة مرشد لنا في بعض الجزئيات من دراستنا.

ومن النتائج التي توصل إليها الباحث في أطروحته :

- مسألة تخيير الولد بعد انتهاء فترة الحضانة راجعة في الأساس إلى مصلحته لأنه يوجد نص في تقديم أحد الأبوين مطلقا, ولا تخيير بينهما ولا تعيين أحدهما مطلقا وإنما المعتبر في ذلك البار العدل المحسن فمتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي وكان الآخر مراع له فهو أحق به وأولى.

- الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه, واختطاف الطفل من حاضنه والامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة كلها جرائم يعاقب عليها القانون.

الصعوبات والعوائق:

من الصعوبات التي واجهتنا في دراستنا, قلة المراجع القانونية وصعوبة تحميلها من مواقع الانترنت.

الخطة المتبعة: ولبناء هذا البحث إعتمدنا على الخطة التالية:

مقدمة.

الفصل الأول: الأحكام العامة للحضانة ومصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة والحكمة منها.

المبحث الثاني: مصلحة المحضون مفهومها وضوابطها.

المبحث الثالث: الشروط المتعلقة باستحقاق الحضانة وترتيبهم.

الفصل الثاني: آثار مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مسقطات الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي و ق.أ.ج ومدتها.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الحضانة.

خاتمة.

الفصل الأول:

الأحكام العامة للحضانة ومصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول:

مفهوم الحضانة والحكمة منها.

المبحث الثاني :

مصلحة المحضون مفهومها وضوابطها.

المبحث الثالث:

الشروط المتعلقة باستحقاق الحضانة وترتيبهم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

تعتبر الحضانة من أبرز الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية لذا كانت الشريعة الإسلامية السباقة لوضع أحكامها بهدف حماية الأطفال المحضونين، ورعايتهم وتسيير شؤونهم في أول مرحلة من حياتهم والتي تتسم بالعجز والضعف على القيام بهذه الشؤون لوحدهم.

كما أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغا بمصلحة الطفل المحضون وذلك عن طريق تنظيم المسائل المتعلقة بحقوقه، ولقد حدد المشرع الجزائري لهذا الغرض عدة مواد من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري، والتي ضبطت مجموعة من القواعد والأساسي لرعاية وحماية الطفل المحضون.

بغية تسليط الضوء على الموضوع سيُعنى هذا الفصل ببيان الأحكام العامة للحضانة ومصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وقد قسمناه إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الحضانة والحكمة منها.

المبحث الثاني: مصلحة المحضون مفهومها وضوابطها.

المبحث الثالث: الشروط المتعلقة باستحقاق الحضانة وترتيبهم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة والحكمة منها

الحضانة في المبدأ هي القيام بشئون الطفل وكفالته، بغرض الحفاظ على بدنه وعقله ودينه وحمايته من عوامل الانحراف، بحيث يكون أهلا لخلافة الله في الأرض وأهلاً حينذاك لخدمة الوطن والمجتمع، لذلك ولأهمية تحقيق هذه الأهداف فقد حرص المشرع الجزائري وقبله الشارع الحكيم بتنظيم موجبات الحضانة وتبيان أحكامها[1].

ومن أجل إعطاء نظرة عامة حول مفهوم الحضانة سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين يتضمن المطلب الأول مفهوم الحضانة أما المطلب الثاني مشروعية الحضانة والحكمة منها.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

تعد الحضانة من أهم الأسباب التي تكفل للصغير التربية والخلق السليم، لذا كان لزاما علينا التعريف بالحضانة لغة وهذا في الفرع الأول، وكذا تعريفها اصطلاحا في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة

يقال: أخرجت إليه حضيضتي وبضيضتي ما تملكه يدي.

(حضنه) حضنا وحضانة جعله في حضنه يقال حضن الطائر البيض رقد عليه للتفريخ وحضن الرجل الصبي رعاه و رباه فهو حاضن(ج) حضنة وحضان وهي حاضنة (ج)حواضن.

(أحضن) الطائر البيض أرقده عليه[2].

(احتضن) الشيء حضنه ويقال: احتضن هذا الأمر تولى رعايته والدفاع عنه (محدثة).

(الحاضنة) الداية التي تقوم على تربية الصغير والتي تقوم مقام الأم في تربية الولد بعد وفاتها ومن النخيل التي قصرت عراجينها (ج) حواضن[3].

---

[1] هلتالي أحمد، «استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح » ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد 11 ، سبتمبر2018، ص378.

[2]إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، (د د ن)،(د م ن)،(د ط)، (د ت ن)، ص 427.

[3] نفس المرجع, نفس الصفحة.

(الحضانة) الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه ودور الحضانة مدارس ينشأ فيها صغار الأطفال (محدثة [1]).

– قال ابن بري: حِضْنها الموضع الذي تصاد فيه، ولدى الحبل أي عند الحبل الذي تصاد به.

وحِضْنا الليل جانباه، وحضن الجبل ما يطيف به، و حِضْنُه وحُضْنه أيضا أصله وحضنا الجبل ناحيتاه، وحضّنا الرجل جنْباه، و حِضْنا الشيء جانباه ونواحي كل شيء أحضانه.

– قال الجوهري: حضن الطائر بيضه إذ، ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها.

والحضانة مصدرُ الحاضن والحاضنة والمحاضن المواضع التي تضع فيها الحمامة على بيضها، والواحد محضن، وحَضنَ الصبي بحضنه حضنا: رباه، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه .[2]

الفرع الثاني: تعريف الحضانة اصطلاحا

أورد الفقهاء تعريفات عدة للحضانة سنتطرق إليها بالتدرج ثم نحاول التطرق إلى التعريف القانوني.

أولا: في الفقه الإسلامي:

اختلفت صيغ تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي، باختلاف المذاهب الفقهية، وسوف نبين أهم هذه التعاريف من بينها تعريف المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة.

1_ تعريف المالكية:

"الحضانة هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة إطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه وهي في الذكر للبلوغ والأنثى للدخول"[3] .

---

[1] إبراهيم مصطفى وآخرون, مرجع سابق, ص427.

[2] ابن منظور: أبي الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج13، ص 122–123.

[3] محمد محمد سعد: دليل المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الندوة ،(د م ن) ،(د ط)، (د ت ن)، ص97.

2_ تعريف الحنفية:

"تربية الأم وغيرها الصغير أو الصغيرة".

3-تعريف الشافعية:

"القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه"[1] .

4-تعريف الحنابلة:

" حفظ صغير ومعتوه وهو مختل العقل ومجنون عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم من غسل بدنهم وثيابهم، ودهنهم، وتكحيلهم، و ربط طفل بمهد، وتحريكه لينام، ونحوه".

من خلال تعاريف المذاهب الأربعة للحضانة نلاحظ أنهم لم يخرجوا عن تربية الولد ورعاية شؤونه سواء في طعامه أو ملبسه أو نومه أو تنظيفه وغسل ثيابه فكلها تهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون.[2]

ثانيا: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري الحضانة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".[3]

ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف[4] .

---

[1] إسماعيل أبا بكر البارمي، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع ،عمان، ط1، 1429هـ-2009م، ص442.

[2] المهدي محمد الحرازي، مستحقو الحضانة حسب متغيرات العصر، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة، جامعة ام القرى، مكة المكرمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ،1436هـ، ص13.

[3] المادة 62, القانون رقم 84-11, المؤرخ في 09يونيو 1984, من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم قانون 84-11 , المتضمن لقانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في: 27 فبراير 2005.

[4] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ،2008م/2009م، ص666.

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة والحكمة منها

حضانة الطفل واجبة، لأن بها حفظه من الهلاك والضياع، لأنه لا يقدر على الاستقلال بنفسه، وترك حضانة الطفل إثم كبير، وقد ثبتت الحضانة بالكتاب والسنة. [1]

الفرع الأول: مشروعية الحضانة.

جاءت شريعتنا بتشريع الحضانة لهؤلاء الأطفال رحمة بهم، ورعاية لشؤونهم، وإحسانا إليهم، لأنهم لو تركوا لضاعوا وتضرروا، وديننا الحنيف دين الرحمة والتكافل والمساواة ينهى عن إضاعتهم، ويوجب كفالتهم، وهي حق للمحضون على قرابته، وحق للحاضن يتولى شؤون قريبه.[2]

أولا: مشروعية الحضانة من القرآن الكريم:

1_قوله تعالى في الأبوين: ﴿ وَقلُ رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبيَّانِّي صَغِّيرًا ﴾ سورة الإسراء: [124].

- وجه الدلالة:

خص الله تبارك وتعالى التربية بالذكر في قوله(كَمَا رَبيَاني) ليتذكر العبد شفقة الأبوين وتعبهما في التربية ، فيزيده ذلك إشفاقا لهما وحنانا عليهما وهذا كله في الأبوين المؤمنين.[3]

ثانيا: مشروعية الحضانة من السنة النبوية:

ما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو: أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أنت أحق به ما لم تنكحي).[4]

---

[1] محمد خليفة أبو قرين، الشرح المبسط لأحكام الأسرة في الإسلام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ط 1 ، 2007، ص233.

[2] عبد الله بن إدريس أبو بكر ميغا، حق القريب الحاضن في المحضون و وسائل تنفيذه، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1436هـ، ص19.

[3] أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، (د ط)، (د ت ن)، ج10، ص244.

[4] أخرجه أبي داوود، (ت: 275هـ), في سننه, كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد برقم 2276, تحقيق شعيب الأرنؤوط, دار الرسالة العلمية, دمشق, الحجاز, (د ط), 2009م, ج3, ص588, قال الألباني حسن, إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل, المكتب الإسلامي, بيروت, لبنان, ط1, 1979, ص277.

- وجه الدلالة:

الحديث دليل على أن الأم أحق بحضانة ولدها، إن أراد الأب انتزاعه منها.

وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها، تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها، وأقرها صلى الله عليه وسلم على ذلك وحكم لها.[1]

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الحضانة

تتجلى الحكمة من مشروعية الحضانة في إغاثة المحضون، وإثابة الحاضن، وتحقيق التكافل الاجتماعي، واحترام النفس البشرية.

- الحضانة نوع ولاية، والإناث أليق بها، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، فإذا بلغ الطفل سنا معينة، كان الحق في تربيته للرجل، لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء.

- الحضانة واجبة على الكفاية، إذا قام بها من يصلح لها سقط الإثم على الباقين، وقد تتعين كما إذا لم يكن للطفل إلا أمه، أو كانت لكنه لا يقبل غيرها، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال، أو لم يكن للصغير ذو رحم محرم.

- قد تكون الحضانة جائزة كما إن كانت للطفل أم تزوجت من غير أبيه، والأب قادر على توفير حاضنة له، مستوفية لشروط استحقاق الحضانة.

- وقد تكون محرمة، كما إذا كان الحاضن كافرا يستبيح الكبائر والموبقات.[2]

---

[1] الصنعاني: محمد بن إسماعيل (ت: 852هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تعليق ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1427هـ-2006م، ص618.

[2] أسماء فتحي عبد العزيز شحاته، زمن الحضانة ورؤية المحضون في نظر الفقه والقانون، جامعة الأزهر الشريف، كلية الدراسات الإسلامية والعربية فرع البنات بالقاهرة، قسم الفقه المقارن، ص1275-1276.

المبحث الثاني: مصلحة المحضون مفهومها وضوابطها

إن مدار باب الحضانة وعمودها الفقري قائم على اساس مصلحة المحضون، لذا ينبغي التعرض في هذا المبحث لبيان مفهوم مصلحة المحضون في المطلب الأول وأهم الضوابط والمعايير التي تقوم عليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول : مفهوم مصلحة الحضانة

لقد حظي مفهوم مصلحة المحضون عناية الفقه والتشريع والقضاء و أجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون والعمل به، ولبيان مفهوم مصلحة المحضون توجب علينا التطرق إلى مفهوم المصلحة لغة واصطلاحا في الفرع الأول، ثم مفهوم مصلحة المحضون في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم المصلحة

إن المصلحة يتباين مفهومها بحسب الظروف الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، لجأ إلى تعريف المصلحة العديد من الفقهاء على وجه فقهاء الشريعة الإسلامية.

أولا: المصلحة لغة:

من الصلاح: ضد الفساد، كالصُّلوح، صَلحَ، كَمَنَعَ وكَرُمَ، وهو صِلحٌ، بالكسر، وصالحٌ، وصَليحٌ .

وأصَلحَه: ضد أفسده، واليه: أحسن، والصُّلحُ بالضم، السّلم، ويؤنث، واسم جماعة وبالكسر نَهزٌ بمَيسَان، وصالحه مصالحة وصِلاحا، واصطلحَا، واصَالَحا، وتصالحا، واصتلحا، وصلاح، كقطام، وقد يُصرَف، مَكةً.

والمصلحة واحدة المصالح ، واستصلح نقيض استفسد.

– وهذا يصلح لك، كينصُرُ، أي من بابتك، وروح بن صلاح، مُحدَّثٌ.

– وصالحانُ، مَحَّلةٌ بأصبهَانَ، والصَّالِحِية، قُرب الرُّهى، ومَحلةٌ ببغداد، وبها، وبظاهر دمشق، وبمصر... وسَمَّوا: صلاحًا وصُلحا ومصلحا وصليحا، كزبير.[1]

[1] الفيروز آبادي: مجد الدين بن محمد بن يعقوب (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، لبنان، ط8، 1426هـ-2005م، ص229.

ثانيا: المصلحة اصطلاحا:

وأما المصلحة اصطلاحا فقد عرفت عدة تعريفات أهمها:

1_تعريف الإمام الغزالي:

تعرض الإمام الغزالي لتعريف المصلحة حيث قال: أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة . ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم. لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود المشرع.

ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم. فكل ما يتضمن حفظ وهذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة.

وهذه الأصول الخمسة: حفظها واقع في رتبة الضروريات، فهي أقوى المراتب في المصالح.[1]

2-تعريف الإمام الشاطبي:

"وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه، ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعها على الإطلاق".[2]

3-وعرف المصلحة الإمام ابن عاشور بأنها:

"وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي: النفع منه دائما أو غالبا، للجمهور أو للآحاد."[3]

_ ولم يقف الفقهاء عند هذا الحد، بل حاول آخرون بعدهم عرض أريهم حول الموضوع ذاته. فتقدم الأستاذ محمد مصطفى شلبي بالقول بأن "المصلحة في اصطلاح الفقهاء والأصوليين تطلق بإطلاقين: الأول مجازي وهو السبب الموصل للنفع، والثاني حقيقي وهو نفس السبب الذي يترتب على الفعل من خير ومنفعة، ويعبر عنه باللذة أو النفع أو الخير أو الحسنة.

---

[1] الغزالي: أبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى من علم الأصول، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج1 ، ص313.

[2] عبد الحكيم الرميلي، الأصول العقلية في فقه السادة المالكية، دار الكتب العلمية ،(د م ن) ،(د ط)، (د ت ن)، ص170.

[3] نفس المرجع, ص171.

إن الحوم في هذه التعريفات يؤدي بنا إلى التحير، لذا نرى من الحول أن نقر ما كشفه من سبقنا أن العلماء المسلمين مهما اختلفوا في تعريف المصلحة يتفقون على أن الشرائع وضعت لمصالح العباد، وأن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية وأساسها.

ومن ثم يخضعون لمسلمات لا ينكرها أحد منهم وهي، أولا أن المصلحة ليست الهوى أو الغرض الشخصي، وثانيا أنها لا تتحدد بجلب المنفعة فحسب ، بل تمتد إلى دفع الضرر أيضا، وثالثا وأخيرا أن كل ما يضمن حفظ الأصول الخمسة وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال مصلحة وافية الرعاية.[1]

الفرع الثاني: مفهوم مصلحة المحضون

إن مفهوم مصلحة المحضون يقتضي منا تعريف الطفل المحضون من جهة باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة، ثم البحث في مفهوم مصلحة المحضون.

في الحقيقة أن تعريف الطفل لم يرد إلا قليلا مقارنة مع تعريف الحضانة التي دوّن فيها الكثير، وعليه يمكن التوصل إلى تعريف المحضون عن طريق الاستنتاج من تعاريف الحضانة سواء تلك الصادرة عن الفقه أو التشريع.

أولا: تعريف الطفل المحضون في الفقه الإسلامي:

الطفولة في الشريعة الإسلامية تبدأ من لحظة الولادة وتمتد إلى مرحلة البلوغ، مصدقا لقوله تعالى: ﴿ثمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً﴾ سورة الحج: [05].

واتفق جل الفقهاء على أن الطفل كائن ضعيف، قاصر بالطبيعة[2]، وقد تعززت صحة هذا القول بقوله تعالى: ﴿ وَلْيخَشَ الذِّينَ لوْ ترَكُوا مِّنْ خَلْفِهِمْ ذرِّيةً ضِعاَفاً خَافوُا عَليْهِمْ فلْيتَّقُوا اللهّ وَلْيقَوُلوُا قوْلًا سَدِّيداً﴾ سورة النساء: [09].

---

[1] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)،1971م، ص82-83-84.

[2] صالح خيضر، فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في القانون الخاص، قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015م/2016م، ص 47.

ثانيا: تعريف مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري:

رغم أن المشرع الجزائري لم يعرف مصلحة المحضون إلا أنه ومن خلال المادة 62 من قانون الأسرة قد حدد أسس ومعايير تهدف إلى تحقيق هذه المصلحة وتتمثل هذه المعايير في الرعاية والتربية والتعليم بالإضافة إلى حمايته وحفظه، وحتى تراعى هذه المصلحة وتتحقق هذه المعايير يجب أن يكون عند من هو أهلا للقيام بها بحيث يستطيع أن يوفر له كل الرعاية والاهتمام التي يحتاج إليها[1] .

_ ولقد عرفت اتفاقية حقوق الطفل في المادة 01 الجزء الأول الطفل أنه: "كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه"[2] .

المطلب الثاني: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون

انطلاقا من مفاهمينا السابقة لمصلحة المحضون فإن دراسة ضوابط ومعايير هاته المصلحة اقتضت منا الحديث على هذه المعايير منفصلة بعضها عن بعض, ففي الفرع الأول تحدثنا عن المعيار المعنوي والروحي, أما الفرع الثاني فكان تحت عنوان معيار الإستقرار والأمن والمعيار الصحي, والفرع الثالث كان حديثنا عن المعيار المادي .

[1] برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014م/2015م، ص07.

[2] وفاء مرزوقي، حماية الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية،(د م ن) ط1، 2010م، ص140.

الفرع الأول: المعيار المعنوي والروحي

أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي, الذي يشكل حجز زاوية تلك المصلحة, فمعظم الفقهاء لا يعارضون على هذا العنصر– العنصر المعنوي والروحي– بل ويؤكدونه ويتبعون في ذلك المتخصصين في علم النفس, وليس للقضاة في هذا الموضوع إلا أن يصغوا إلى علماء النفس لكي تشد ثغرات سكوت القانون[1].

فالحنان والعطف الذي يمده الأبوان لأبنائهما وبالخصوص الأم لا بديل لهما, فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسدية, ولهذا يحرص علماء النفس والأطباء أشد الحرص على توفيرهما للطفل خاصة في حياته الأولى, فإن فقد الصغير أمه في الشهور الأولى ترك حرمانه هذا أثارا سيئة على نموه الجسمي والعقلي والعاطفي والاجتماعي, وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال, وذلك لأنهن الأقدر على منحه العناية الروحية, فحرمان الطفل الصغير لمدة طويلة من عناية أمه قد يشكل له أثارا خطيرة وعميقة على شخصيته وبالتالي على مستقبل حياته[2].

وعليه فإنه يجب على القاضي أن يختار الشخص القادر على تحقيق العناية الروحية والمعنوية للطفل, بأن يراعي اهتمامات المحضون ويعوضه على ما فقده جراء الفرقة الحاصلة بين أبويه, وذلك بمنحه الحنان والعطف عليه, وخلق جو عائلي يريحه, وتوفير الحياة الجيدة له تحقيقا لمصلحته, مما يدفع عنه الأذى النفسي والانحراف الأخلاقي والسلوكي.

---

[1] شامي أحمد, السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعية, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة تلمسان, 2014/2013.

[2] حميدو زكية, مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة, أطروحة دكتوراه في القانون الخاص, جامعة أبو بكر بلقياد تلمسان, كلية الحقوق, 2005/2004, ص103/102.

الفرع الثاني: معيار الاستقرار والأمن والمعيار الصحي:

إن من أهم المعايير التي ترتكز عليها مصلحة المحضون معيار الاستقرار و الأمن والمعيار الصحي, إذ أن هذه المعايير لا يمكن الاستغناء عنها ولا يمكن للمصلحة أن تتحقق في حالة عدم وجودهما وهما كالآتي:

أولا_ معيار الاستقرار والأمن:

مصلحة الصغير تقتضي العمل على استقراره ليتوفر الأمان والاطمئنان وتهدأ نفسه, وقد تعززت هذه الأقوال بأخرى علمية نفسية أثبت فيها أطباء علم النفس أن التركيب النفسي للطفل في سنواته الأولى سيحدد شخصيته مستقبلا, وما يلقاه من أمن أو عدم الأمن.

وعليه فإن على الحاضن أن يوفر للمحضون الأمن والاستقرار ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان الحاضن ذاته مستقرا, فالأهم هو أن يتمكن الطفل من الاستمرار في العيش داخل الإطار الاعتيادي دون إزعاج[1].

ثانيا_ المعيار الصحي:

المقصود به ألا يكون الحاضن عاجزا عن القيام برعاية المحضون, وما يقصده بالعاجز في هذا الإطار هو ذلك المريض أو الطاعن في السن الذي لم يعد جسمه وعقله يساعده على القيام بواجباته, ولا تمكنه صحته من رعاية المحضون رعاية كافية, وعلى هذا الأساس ذهب التشريع والفقه إلى وجوب سلامة الحاضن من أي مرض سواء في جسمه أو عقله, وذلك تجنبا لعدم انتقال هذا المرض للمحضون أو تفاقم صحته, أو ضياع المحضون لعدم تمكن الحاضن من ممارسة حقه بالشكل الذي تقتضيه مصلحته[2].

[1] حميدو زكية, مرجع سابق, ص111-113.

[2] نفس المرجع, ص115.

الفرع الثالث: المعيار المادي

إن دور العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح، لأن العنصر المادي في حضانة الطفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لابد منها. وعليه, فمتى توفر العنصر المادي للطفل من أكل وشرب ولباس وسكن أحس المحضون براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الإحساس بالحماية والآمان، وهذا ما أقره بعضهم عند قولهم: "الأسرة تحتاج إلى دخل اقتصادي ملائم يسمح لها بإشباع حاجاتها الأساسية من مسكن ومأكل وملبس, كما تحتاج إلى تدبير ما يلزمها من خدمات صحية"[1].

المبحث الثالث: الشروط المتعلقة باستحقاق الحضانة وترتيبهم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

اتفق كل من فقهاء الشريعة والقانون على أن الحضانة حق يجب أن ينعم به الصغير, فالحضانة تتعلق بها ثلاث حقوق معا: حق الحاضنة, وحق للمحضون, وحق الأب, أو من يقوم مقامه, فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه, وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره حسب العلماء المحققين[2].

ولذلك سنعالج ونوضح في هذا المبحث الشروط الواجب توافرها في الحاضن لاستحقاقه الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من خلال المطلب الأول, كما سنوضح في المطلب الثاني مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

[1] شامي أحمد, مرجع سابق, ص421.

[2] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, دار الفكر, دمشق, سوريا, ط2, 1980, ج7, ص717-719.

المطلب الأول: شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن موضوع مصلحة المحضون يقتضي بالضرورة دفع كل ما قد يلحق ضرر بالمحضون, فالمحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل, فلا تثبت الحضانة إلا للصغير أو المعتوه, أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه[1].

فالغرض من الحضانة هي تحقيق المصلحة المرجوة للطفل, ولتحقيقها اشترط في الحاضنين من الرجال والنساء توفر صفات وشروط لتثبت الحضانة لهم, فإذا اختل شرط من شروطها سقط هذا الحق من الحاضن, ولذا سنتطرق لشروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي في الفرع الأول, أما الفرع الثاني سنتعرف على شروط استحقاقها في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي

اشترط الفقه الإسلامي شروطا عامة وأخرى خاصة, وتفصيل ذلك كالآتي:

أولا: الشروط العامة الواجب توافرها في الرجال والنساء

يشترط في الحواضن من الرجال والنساء مايلي:

1- البلوغ: لا تثبت الحضانة للصغير, ولو كان مميزا, لأن غير البالغ لا يمكن له أن يحسن التصرف في أمور نفسه, فهو لا يحسن التصرف في أمور غيره من باب أولى[2].

2- العقل: لا تثبت الحضانة لمجنون ولا لمعتوه, لأن كلاهما في حاجة لمن يرعى شؤونهما, فلا يحسن منهما القيام بمصالحه لوحده, فضلا عن غيره.

كما أن المالكية اشترطوا الرشد, فلا حضانة لسفيه مبذر خوفا من أن يتلف مال المحضون أو ينفق منه بما يليق[3].

---

[1] وهبة الزحيلي, مرجع سابق, ص725.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة, مرجع سابق, ص229.

[3] وهبة الزحيلي, مرجع سابق, ص726.

3- القدرة على تربية المحضون والعناية به والقيام بشؤونه: حيث لا تثبت الحضانة للعاجز عن القيام بها, إما بسبب كبر السن أو المرض أو الشغل, فلو كانت المرأة كبيرة السن أو مريضة مرضا يعجزها عن القيام بشؤون الطفل لا يكون لها الحق في الحضانة[1], كما أن المرأة العاملة إذا كان عملها يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه لا يسقط حقها في الحضانة.

4- الأمانة على الأخلاق: فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه, كالفاسق رجلا أو امرأة, من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام, كما اشترط المالكية امن المكان فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق أو بجوارهم بحيث يخاف على البنت المشتهاة منهم الفساد, أو سرقة لمال المحضون أو غصبه, وذلك صونا لأخلاقهم وحفظهم.

5- الإسلام: وهو شرط عند الشافعية والحنابلة, فلا تثبت الحضانة لكافر على مسلم ولا ولاية له عليه, وذلك لأنه ربما يكون فتنة عن دينه, ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضنة[2], ودليل ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه المسلم وأمه المشركة فمال إلى أمه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (اللهم اهده, فعدل إلى أبيه)"[3], وذلك أن مناط الحضانة هي الشفقة حيث لا تختلف باختلاف الدين.

6- خلو الحاضن من الأمراض المعدية: كالجذام والبرص والسل الرئوي, فإن كان الحاضن مصابا من الأمراض المعدية يسقط عنه حق الحضانة[4].

---

[1] مصطفى عبد الغني شيبة, مرجع سابق, ص229.

[2] وهبة الزحيلي, مرجع سابق, ص726.

[3] أخرجه النسائي (ت 303هـ) في سننه, كتاب الطلاق, باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد, 55659, السنن الكبرى, تحقيق حسن عبد المناعم الشلبي, مؤسسة الرسالة, بيروت, ط1, 2001, ج5, ص292, قال الألباني: (صحيح), إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل, زهير شاويش, المكتب الإسلامي, بيروت, لبنان, ط1, 1979, ج7, ص250.

[4] مصطفى عبد الغنى شيبة, مرجع سابق, ص229.

ثانيا: الشروط الخاصة الواجب توافرها في كل من الرجال والنساء:

هناك شروط خاصة يجب توفرها في كل من النساء والرجال إضافة على الشروط العامة.

1- الشروط الخاصة بالرجال: الشروط التي يجب أن تتوفر في الرجال لاستحقاق الحضانة عندهم هي:

أ- أن يكون محرما للمحضونة الأنثى, وعنده من يحضنها من النساء[1]: فإذا كانت المحضونة أنثى مشتهاة فلا حضانة لابن العم, لأنه ليس محرما لها يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها منه, وإن كانت المحضونة الصغيرة غير مشتهاة ولا يخشى عليها, هنا تسقط حضانة ابن عمها, كما أن الشافعية والحنابلة قالوا انه إن لم يكن للأنثى المشتهاة غير ابن عمها فإنها توضع عند أمينة يختارها ابن عمها, أو يختارها القاضي إذا لم يكن ابن عمها أصلح لها حسب قول الحنفية, أما عند المالكية فإنه يسقط حق الحضانة لغير محرم لها[2].

ب- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: فالحضانة نوع من الولاية على النفس, ولا ولاية مع اختلاف الدين, فحق الحضانة للرجال مبني على الميراث, ولا توارث مع اختلاف الدين, فإن كان للمحضون حاضنان من درجة واحدة واختلفا في الدين تكون الحضانة لمن يوافقه في الدين[3].

ج- أن يكون عند الحاضن من الإناث من يحضن الصغير: كزوجة أو أم أو خالة أو عمة فالرجال لا قدرة لهم على القيام بشؤون الأطفال كما النساء, فإن لم يكن للرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة[4].

---

[1] عبد الحميد جياش, الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما, دار النهضة العربية, بيروت, ط1, 2009, ص291.

[2] نور الدين أبو لحية, الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار, دار الكتب الحديث, الجزائر, (د.ط), 2009, ص143.

[3] محمد مصطفى الشلبي, أحكام الأسرة في الإسلام, دار الجامعية, بيروت, ط4, 1983, ص766.

[4] مصطفى عبد الغني شيبة, مرجع سابق, ص232.

2- الشروط الخاصة بالنساء:

أ- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه: لأنها بذلك تكون قد أمسكته عند أجنبي عنه, فيمنع الأم من رعاية صغيرها, فزوج الأم قد يكره صغيرها[1], وربما لا يعطف عليه فيتعرض للأذى والكره والقسوة[2], أو تكون الأم مشغولة عنه بحق الزوج, فتسقط حضانتها وتنتقل لمن يليها في الرتبة[3], وهو متفق عليه بدليل الحديث (أنت أحق به ما لم تنكحي)[4], ولا يسقط حق الأم في الحضانة إذا كان زوجها ذا محرم من الصغير, كأن تكون جدته لأمه تمسكه عند زوجها جده لأمه, أو خالته يكون زوجها عما للصغير, أو أخته يكون أخا لأبيه, ففي هذه الحالات لا يكون زواجها مانعا من ثبوت حقها في الحضانة[5].

ب- ألا تقيم بالصغير عند من يبغضه: ولو كان قريبا منه, فسكناها عند من يبغضه قد يلحق الضرر به, فلو فعلت ذلك ولم تخرج إلى بيت أخر سقط حقها, لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغيرة.

ج- ألا تكون مرتدة عن الإسلام: فلو كانت الأم مسلمة ثم ارتدت عن الإسلام سقط حقها في الحضانة, فالمرتدة عند الحنفية تحبس حتى تعود للإسلام أو تموت, ومثلها لا تستطيع القيام بأعمال الحضانة, ولا يشترط إسلام الحاضنة فالكتابية تستحق الحضانة, لأن الأساس منها الشفقة على الصغير, فيبقى معها إلى مدة انتهاء الحضانة, إلا إذا خيف عليه التأثر بدينها, أو أن يتعود تناول ما حرمه الإسلام, ولمثل هذه الحالات يؤخذ منها ويتم تسليمه لمن تستحق الحضانة بعدها[6].

---

[1] عبد الرحمان الصابوني, أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي, دار القلم للنشر, دبي, ط1, 1987, ص266.

[2] الإمام أبو زهرة, الأحوال الشخصية, دار الفكر العربي, (د م ن), ط2, 1957, ص408.

[3] وهبة الزحيلي, الفقه المالكي الميسر,دار الكلم, بيروت, ط2, 2010, ج3, ص290.

[4] سبق تخريجه, ص588.

[5] الإمام أبو زهرة, المرجع نفسه, ص408.

[6] محمد مصطفى الشلبي, مرجع سابق, ص765.

د- ألا تسكن الحاضنة عند من سقطت حضانتها: فإن سكنت الجدة مع ابنتها أم الطفل سقط حقها في الحضانة, إلا إذا انفردت بالسكنى عنها, فيكون لها الحق في احتضان الصغير[1].

هـ- أن تكون الحاضنة قريبة للطفل وذات رحم منه: كأمه وأخته, فلا تكون الحضانة لغير القريبة وإن كانت محرما له, كالأخت من الرضاع, ولا حضانة للقريبة غير محرم كبنت العم, ولهن الحق في حضانة الأنثى وذلك عند الحنفية[2].

و- أن لا تكون قد امتنعت من حضانته مجانا والأب معسر: لا قدرة له على دفع أجرة الحضانة, وعند الحنفية يسقط حق الأولى في الحضانة إذا كان الأب معسرا, فقبلت قريبة أخرى على تربية الصغير مجانا[3].

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على الشروط الواجب توافرها في الحاضنين من النساء والرجال, لكنه اكتفى بالقول في نص المادة 62 ق.أ.ج " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[4],

والملاحظ من خلال هذه المادة أنها مبهمة وغير واضحة فهي لم تحدد الشروط بشكل دقيق, ولكن بناءا على نص المادة 222 من ق.أ.ج, فإنه يرجع للفقه الإسلامي وعلى ما نص عليه, ولاكتساب الحق في الحضانة فإنه يشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى الشروط التالية:

أولا-العقل: وذلك لأن الحضانة ولاية, وغير العاقل بحاجة إلى من يرعاه فكيف له أن يتولى شؤون غيره[5], وحسب المادة 81 ق.أ.ج فإنه "من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن, أو الجنون, أو عته, أو سفه, ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"[6].

---

[1] وهبة الزحيلي, الفقه المالكي الميسر, المرجع السابق, ص290.

[2] عبد الرحمان الصابوني, مرجع سابق, ص259.

[3] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, مرجع سابق, ص729.

[4] المادة 62, من الأمر 05-02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

[5] إيمان معمري, ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة, مذكرة ماجستير في الحقوق, الأحوال الشخصية, جامعة حمه لخضر, الوادي, كلية الحقوق والعلوم السياسية, 2015/2014, ص30.

[6] المادة 82. من الأمر 05-02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

وقرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2002/02/13 رقم 265727 جاء فيه " إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة"[1].

ثانيا- الأهلية: لم ينص المشرع الجزائري على البلوغ في نص المادة, لكنه نص على الأهلية في المادة 7 ق.أ.ج, بقوله " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة, وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو لضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"[2].

ثالثا-القدرة: وهي الاستطاعة على حفظ الصغير وصونه في خلقه وصحته, والقضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي, فلا حضانة لعاجز لكبر سنه أو لمرض أو شغل, أما القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب شرعي[3].

واعتبر القضاء الجزائري القدرة شرطا أساسيا في الحضانة ويظهر ذلك في العديد من القرارات الصادرة من المحكمة العليا, فقد جاء في قرارها 1984/07/09 أنه "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون, ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي, ولما كان الثابت في قضية الحال, أن الحاضنة فاقدة البصر, وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها, ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال, حادوا عن الصواب وحالفوا القواعد الفقهية", وجاء في القرار أيضا أن "والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها, وقضاة القرار المطعون بإسنادهم حضانة الأولاد إليها وهي على هذه الحال, فقد حادوا عن الصواب خالفوا القواعد الشرعية مخالفة يتعين معها نقض قرارهم"[4].

---

[1] قرار رقم265727 , المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 2002/02/13, المجلة القضائية, العدد 2002/02, ص432, نقلا عن نجيمي جمال, قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي, دار الهومة, الجزائر, ط3, 2018, ص227.

[2] المادة 7, من الأمر 05-02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة الجزائري,.

[3] إيمان معمري, المرجع سابق, ص31.

[4] قرار رقم 31997, المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1984/01/09, المجلة القضائية, العدد 1999/1, ص73, نقلا عن نجيمي جمال, مرجع سابق, ص222.

رابعا-الأمانة: فالحاضن يجب أن يكون أمينا على المحضون في جسمه وعقله وتربيته وتعليمه وأخلاقه وكل ما يتصل به, ويقوم برعايته بصدق وإخلاص حفاظا عليه وعلى مصالحه, ويعتبر أيضا فسق الحاضنة مسقطا للحضانة لعدم توفر شرط الأمانة[1].

خامسا- الإسلام: ساير المشرع الجزائري المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة, لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون[2].

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1989/03/13 أنه " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة, إلا إذا خيف على دينه, وان حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج, ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية", ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال, قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها للأب, فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين, إلا أنهم أخط بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة"[3].

" ومتى كان ذلك, استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة[4].

المطلب الثاني: مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

بعد أن تعرفنا سابقا على الحضانة وما تقتضيه مصلحة المحضون وكذا شروط استحقاق الحضانة, كان من اللازم كذلك التعرف على مستحقي الحضانة ضمن هذا المطلب, وكذلك جاء إبراز وبيان مستحقي الحضانة وترتيبهم في الفقه الإسلامي في الفرع الأول, وبيان مستحقي الحضانة وترتيبهم في قانون الأسرة الجزائري في الفرع الثاني.

---

[1] أحمد رجوب, أحكام الحضانة في القوانين العربية والأجنبية, دار العماد للنشر والتوزيع, حلب, ط1, 2019, ص46.

[2] سعادي لعلى, الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري, أطروحة دكتوراه في القانون الخاص, جامعة الجزائر, كلية الحقوق, 2015/2014, ص374.

[3] قرار رقم 52221, المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1989/03/13, العدد 1993/1, ص43, نقلا عن نجيمي جمال, مرجع سابق, ص21.

[4] سعادي لعلى, المرجع نفسه, ص375.

الفرع الأول: مستحقي الحضانة وترتيبهم في الفقه الإسلامي

قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون, فجعل الإناث أليق بحضانة الصغير لكونهن الأقدر والأشفق والأهدى إلى التربية والأصبر على القيام بها, ثم قدموا في الجنس الواحد من كانت الأشفق والأقرب للطفل, ثم الرجال العصبات المحارم و واختلفوا أحيانا في ترتيب درجات الحواضن بحسب المصلحة مع العلم أن مستحقي الحضانة إما نساء فقط, أو رجال فقط, أو معا, وذلك في سن معين فإذا انتهى ذلك السن كان للرجال لكونهم أقدر من النساء على تربية الطفل[1].

أولا: مستحقي الحضانة من النساء وترتيبهم:

أ- الأم النسبية أولى برعاية طفله, في حال قيام الزوجية وبعد الفرقة[2], ودليل ذلك أنه روي أن امرأة جاءت للنبي صلى الله عليه وسلم فقالت "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء, وحجري له حواء, وثدي له سقاء, وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني, فقال صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق منه ما لم تنكحي)[3].

قال الإمام الصنعاني: الحديث دليل على أن الأم أحق بحضانة ابنها إن كان الأب يريد انتزاعه منها, فالمرأة ذكرت صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها في الحضانة وأقرها الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك وحكم لها باحتضان ابنها[4].

---

[1] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, مرجع سابق, ص 719.

[2] عبد الرحمان الصابوني, مرجع سابق, ص253.

[3] سبق تخريجه, ص588.

[4] عادل شباب, حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري, مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية, شريعة وقانون, الجامعة الإفريقية, أدرار, كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية, 2011/2010, ص52.

ثم بعد الأم يعود حق الحضانة لمن تلي الأم من النساء الحاضنات, فتكون:

ب- الجدة لأم, لمشاركة الأم في الإرث والولادة, ثم أم الأب, ثم أم أب الأب ثم أم أب الجد عند الأحناف والشافعية, وأخر المالكية أم الأب بعد الخالة وعمة الأم.

والحنابلة قدموا الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم, ثم الجد ثم أمهاته[1].

ج- ثم الأخت الشقيقة عند الحنفية والشافعية والحنابلة' ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب عند الحنفية والحنابلة والمالكية, عكس الشافعية قدموا الأخت لأب على الأخت لأم, ثم بنات الأخت ثم بنات الأخت لأم.

والسبب في تقديم الأخوات الشقيقات على الخالات والعمات عند الجمهور: لأنهن الأقرب درجة عند المحضون وأنهن من صلب واحد أولاد الأبوين لذا قدمت في الميراث, وقدم المالكية الخالة ثم الجدة لأب وإن علت, ثم أب المحضون على أخت المحضون[2].

د- ثم الخالة الشقيقة عند الحنفية والشافعية والحنابلة' ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب عند الحنفية والحنابلة والمالكية, والأصح عند الشافعية تقديم الخالة لأب, والعمة لأب على من كان جهة الأم لقوة الجهة كالأخت[3].

هـ- ثم بنات الأخت, ثم بنات الأخ عند الحنفية والشافعية, والخالة أولى بالحضانة من بنات الأخت والأخ, لأن بنت الأخ أقرب, لأنها ولد الأب والعمة ولد الجد فكانت بنت الأخ أولى, وذلك يقدم ابن الأخ في الميراث على العم, أما المالكية والحنابلة يرون أن العمة مقدمة على ابنة الأخ[4].

و- ثم عمة المحضون, ثم عمة الأب وهي أخت جد المحضون[5].

---

[1] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, مرجع سابق, ص 721.

[2] نفس المرجع, نفس الصفحة.

[3] نفس المرجع, نفس الصفحة.

[4] نفس المرجع, ص722.

[5] نفس المرجع, نفس الصفحة.

ويأتي الترتيب حسب المذاهب الفقهية بالنسبة للنساء الحواضن كما يلي[1]:

-**عند الحنفية:** الأم, ثم الجدة لأم, ثم الجدة لأب, ثم الأخت الشقيقة, ثم الخالة وبعدها بنات الأخت يليهن بنات الأخ, ثم العمات, ثم العصبات بترتيب الإرث.

-**عند المالكية:** الأم, ثم الجدة لأم, ثم الخالة, ثم الجدة لأب وإن علت, ثم الأخوات, ثم العمات, ثم بنات الأخ ثم للوصي, ثم للأفضل من العصبات.

-**عند الشافعية:** الأم, الجدة لأم, الجدة لأب, ثم الأخوات تليهن الخالات وبعدهن بنات الأخ وبنات الأخت, وبعدهن العمات, ثم لكل ذي محرم وارث من العصبات بترتيب الإرث.

-**عند الحنابلة:** الأم, ثم الجدة لأم, ثم الجدة لأب, ثم الجد ثم أمهاته ثم الأخت الشقيقة, ثم الأخت لأم, ثم الأخت لأب, ثم العمة الشقيقة, ثم الخالة الشقيقة, ثم الخالة لأب, ثم العمة لأب, ثم بنت الأخ, ثم بنت عم الأب ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب.

وبعد تعداد الحاضنات من النساء على الترتيب, نلاحظ أنه: عندما تجتمع النساء الحاضنات بدرجة قرابتهن للصغير أي من درجة واحدة, كوجود عدد من الأخوات الشقيقات, أو عدد من البنات الأخوات يقدم ذات القرابتين أي التي من تتصل بالطفل بالأم والأب على الأخت لأم والأخت لأب, كما تتقدم قرابة الأم على قرابة الأب لأن حق الحضانة يثبت للأم أولا[2].

ثانيا: مستحقي الحضانة من الرجال وترتيبهم:

إن لم يكن للمحضون أحدا من النساء اللواتي سبق ذكرهن, ينتقل حق الحضانة إلى الرجال على ترتيب العصبات الوارثين وهم كالتالي:

[1] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, مرجع سابق, ص722.

[2] عبد الرحمان الصابوني, مرجع سابق, ص255.

الآباء والأجداد وإن علوا, ثم الإخوة الأشقاء وأبناؤهم وإن نزلوا, ثم الأعمام وأبناؤهم عند الحنفية وغيرهم على الصحيح عند الشافعية ولا تسلم البنت المشتهاة لذكر وارث غير محرم للمحضون كابن العم فلا يحق له حضانة البنت المشتهاة اتفاقا تحرزا من الفتنة, وله حضانة الطفل, ثم إذا لم يوجد للفقير عصبة من الرجال تنتقل الحضانة لذوي الأرحام عند الحنفية فتصبح للأخ لأم فابنه ثم للعم لأم ثم الخال الشقيق ثم الخال لأم لأن لهؤلاء ولاية في النكاح فيكون لهم الحق في الحضانة[1].

وإن لم يوجد من العصبات المحارم أحد يستحق الحضانة انتقل الحق للأقارب من ذوي الأرحام: للجد أب الأم, فللأخ لأم, ثم الخال الشقيق, فالخال لأب, فالخال لأم, وإن اجتمع الاثنان في نفس المرتبة وكلاهما تتوفر فيهما شروط الحضانة حكم القاضي بها لأصلحهم للصغير وأخوفهم لله, وإن تساويا كان الأحق بها هو الأمين وهذا عند الحنفية[2].

وقال المالكية: إذا لم يوجد أحد من الإناث السابقات انتقل الحق في الحضانة للوصي, ثم الأخ الشقيق أو أخ لأم أو أخ لأب, ثم الجد لأب الأقرب فالأقرب, ثم ابن الأخ المحضون, ثم العم ثم ابن العم.

ولا حضانة للجد لأم ولا الخال, ثم المولى الأعلى فعصبته نسبا, ثم مواليه فالأسفل وهو من أعتقه والد المحضون.

وقال الشافعية: إذا تساوى الحاضنون في درجة واحدة أقرع بينهم كالأخوة أو الأخوات أو الخالات أو العمات[3].

ثم تنتقل الولاية للقاضي ولا حضانة لذوي الأرحام[4].

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي, أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامي, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, لبنان, (د ط), (د ت ن) , ص399.

[2] بدران أبو العينين بدران, الزواج والطلاق في الإسلام, دار التأليف, مصر, ط2, 1971, ص323.

[3] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, مرجع سابق, ص723.

[4] عادل شباب, مرجع سابق, ص63.

والحنابلة كالحنفية يرون أن الحضانة تثبت لذوي الأرحام الذكور والإناث في حال عدم وجود العصبات, وأولهم أبو الأم فأمهاته, فأخ الخال, ثم يليه الخال ثم يترك الأمر للقاضي فيعطي المحضون لمن يختاره حسب مصلحته.

وفي حال تعدد أصحاب الحق وكانوا في درجة واحدة كالإخوة والأعمام كان أولاهم بها الأصلح لها قدرة وحلقا فإن تساوو في المرتبة قدم الأكبر سنا[1]

الفرع الثاني: مستحقي الحضانة وترتيبهم في قانون الأسرة الجزائري

مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري أخذ شكلين مختلفين الأول قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005م, والثاني بعد التعديل وهذا ما سيتم إبرازه على النحو التالي:

أولا- قبل تعديل 2005م:

تنص المادة 64 من ق.أ.ج قبل التعديل على أن: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها, ثم الخالة, ثم الأب, ثم أم الأب, ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."[2].

المشرع الجزائري أعطى الأولوية للأم في ممارسة حقها في الحضانة وما يليها من الحاضنات من جهتها, وذلك لما تملكه الأنثى من خصائص تميزها عن الذكر برعاية الصغير وتوفير الحماية له والصبر على مشاق ذلك, إلا أنه يوجد استثناء في هذا المبدأ وهو تقديم الأب على بعض النساء حيث أنه سبق أم الأب كما هو مذكور في نص المادة السابقة' وهذا يعني أن المشرع أقر بقدرة الأب على رعاية المحضون كمراعاة النساء له. كما أن الترتيب الذي يلي الأب لم يصرح به في نص المادة وبالتالي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بتطبيق نص المادة 222, ثم أتت, عبارة "مراعاة مصلحة المحضون" دالة على أن للقاضي أن يراعي تلك المصلحة لمن هو أهلا للقيام بها[3].

---

[1] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, مرجع سابق, ص724.

[2] المادة 64, من الأمر رقم 05-02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة الجزائري,

[3] عادل شباب, مرجع سابق, ص64.

ثانيا- بعد تعديل2005م:

جاء في نص المادة 64 من ق.أ.ج بعد التعديل بموجب الأمر 05-02 على أن "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب, ثم الجدة لأم, ثم الجدة لأب, ثم الخالة, ثم العمة, ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك, وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[1].

يلاحظ في نص المادة بعد التعديل أنها جعلت ترتيبا جديدا لمستحقي الحضانة فجعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة, ثم تأتي بعده الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة فالعمة.

كما أن الذين وضعوا تعديل المادة 64 من ق.أ.ج جاؤوا بترتيب جديد, واحتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال, وهذا يعني أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار, ومن شأنها تغيير ترتيب حقوق الحاضنين, بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها, وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحة وخلقا...

وعليه فبعد أن كان القانون يسير على مبدأ أن حضانة الطفل الصغير من شؤون النساء لأنهن أكثر رقة وحنانا على الطفل, وأكثر قدرة وكفاءة على تربية الأولاد والعناية بهم, فجاء التعديل الجديد وقفز بالأب من الدرجة الرابعة إل الدرجة الثانية بعد الأم مباشرة[2].

لكن بعد الإشارة بأن هذا الترتيب, ليس ملزما على القاضي الذي باستطاعته أن يعين الحاضن دون مراعاة لهذا الترتيب, ويرجع ذلك لمراعاة مصلحة المحضون وهذه المصلحة هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضن.

كما أن للقاضي الذي حكم بالحضانة فإنه يحكم أيضا بحق الزيارة للطرف الآخر مع تحديده لأيام وساعات الزيارة المسموح بها عند نطقه بالحكم, وتحديد مكان ممارسة ذلك الحق[3].

---

[1] المادة 64, من الأمر رقم 05-02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة الجزائري.

[2] إيمان معمري, مرجع سابق, ص27.

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا, قانون الأسرة نصا وشرحا دراسة تفسيرية, دار الهدى, الجزائر, (د ط), 2014, ص76.

ولقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2009/05/13 أن "مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة" أي الترتيب الوارد في نص المادة توجيهي فقط ويستأنس به القاضي. وهو ما تم تأكيده من طرف المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية 2011/03/10 أنه " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة, ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع", أي أن العبرة بمصلحة المحضون وليس الترتيب الوارد في النص[1].

[1] قرار رقم 497457, المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 2009/05/13, المجلة القضائية, العدد2009/1, ص297, نقلا عن نجيمي جمال, مرجع سابق, ص224.

ملخص الفصل:

من خلال ما تعرضنا له سابقا في الفصل الأول خلصنا إلى أن:

-الحضانة هي رعاية الولد والسهر على تربيته, والقيام بشؤونه وحمايته, وحفظه صحة وخلقا وفق ما تقتضيه مصلحة المحضون, وفقهاء المذاهب الأربعة لم يخرجوا في تعريفهم للحضانة كونها تحقق النفع للمحضون, وقد استدلوا على ذلك بأدلة كثيرة من القرآن والسنة والإجماع,

-الغرض المقصود من حضانة الصغير تحقيق مصلحته, وصيانته وحفظه من الانحراف في أخلاقه وسلوكياته, ولا يتحقق هذا الأخير إلا بتوفير الأمن والاستقرار والراحة, وبتغطية حاجات المحضون الضرورية

-اشتراط كل من المشرع الجزائري وفقهاء الشريعة الإسلامية شروطا يجب أن تتوفر في الحاضن ليثبت له الحق في احتضان الصغير, ومن بينها: البلوغ, العقل, القدرة, الأمانة على الأخلاق, الرشد, السلامة من الأمراض...

-واستخلصنا أيضا من خلال هذا الفصل, أن المشرع الجزائري خالف الشريعة الإسلامية في ترتيبه لمستحقي الحضانة بعد تعديله الجديد, لكنه لم يخرج عن أحكامها الشرعية.

-كما أنه لم يحدد ضوابط أو معايير يستطيع القاضي أن يعتمد عليها في إسناده الحضانة, لكنه أعطى له المجال في السلطة التقديرية مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

الفصل الثاني:

آثار مصلحة المحضون

المبحث الأول:

مسقطات الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ومدتها.

المبحث الثاني :

السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الحضانة.

تمهيد:

تثبت الحضانة للحاضن بعد أن تتوفر فيه شروط اشترطها الشارع الحكيم, وكذا شروط اشترطها المشرع الجزائري, فإذا اختل شرط من هذه الشروط سقط هذا الحق, فالمشرع الجزائري نظم مسألة الحضانة كأثر من آثار الطلاق ويظهر ذلك في مواده من 65 إلى 71 من ق.أ.ج, وبتحليل هذه المواد نجد أن المشرع أعطى السلطة التقديرية للقاضي في إسناده أو إسقاطه للحضانة ويكون ذلك على أساس مصلحة المحضون.

وللتوضيح أكثر سنتطرق في هذا الفصل لمسقطات الحضانة ومدتها في الجانبين الشرعي والقانوني ضمن المبحث الأول, وإلى وسائل القاضي في ممارسة السلطة التقديرية في مسائل الحضانة في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مسقطات الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ومدتها.

الحضانة لا تثبت للحاضن بصفة دائمة, فالحاضن إذا قام بجميع التزاماته الواجبة نحو المحضون يبقى تحت رعايته إلى أن يصل إلى سن معين, لكن إذا اختل أحد هذه الشروط سقط حق الحاضن, أما إذا زال هذا السبب المسقط عاد حقه في الحضانة.

ولذلك سنتناول في هذا المبحث مطلبين, مسقطات الحضانة ورجوعها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في المطلب الأول, أما المطلب الثاني مدة الحضانة في الفقه الإسلامي و ق.أ.ج.

المطلب الأول: مسقطات الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي و ق.أ.ج.

بعد أن بينا سابقا شروط استحقاق الحضانة ومراتب الحاضنين سنبين في هذا المطلب الحالات التي تسقط بها الحضانة في الفقه الإسلامي, والحالات التي تعود فيها في الفراع الأول, ثم نبين الحالات التي تسقط فيها الحضانة وعودتها في قانون الأسرة الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مسقطات الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي:

تسقط الحضانة لعدة أسباب, لكن بمجرد أن ينتهي السبب المسقط لها يمكن استرداد الحق, ولذلك سنتناول في هذا الفرع الأسباب المسقطة ثم عودة الحضانة في الفقه الإسلامي.

أولا: مسقطات الحضانة: تسقط الحضانة بما يلي:

1- سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد: وهو مقدار ستة برد فأكثر, فلو سافر ولي المحضون أو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر لا أقل من ذلك, فللولي أن يأخذ المحضون, فتسقط حضانة الحاضنة إلا أن تسافر معه[1].

[1] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, مرجع سابق, ص731.

قال الحنفية: يسقط الحق في الحضانة إذا سافرت الأم المطلقة لبلد بعيد لا يقدر الأب أن يزور ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته ويبيت فيه, وأما غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال, وقال الشافعية أنه يسقط حق الحضانة بالسفر لمكان غير آمن أو بقصد النقلة, سواء كان سفرا طويلا أم كان قصيرا, إلا أن الحنابلة قالوا بأنه يسقط الحق في الحضانة بالسفر لبلد يبعد بمقدار مسافة القصر فأكثر[1].

2- **الفسق أو قلة دينه وصونه:** بأن يكون غير مأمون على الولد, لعدم تحقق المصلحة المرجوة والمقصودة من الحضانة, وهذا متفق عليه[2].

3- ضرر في بدن الحاضن: كالجنون والجذام والبرص[3].

4- تزوج الحاضنة ودخولها: واختلفوا في سقوط الحضانة بالنكاح على 4 أقوال:

- **القول الأول:** سقوط الحضانة بالنكاح مطلقا, سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى, وهذا مذهب الشافعي ومالك وأبي حنيفة وأحمد في المشهور عنه.

- **القول الثاني:** ذهبوا إلى القول بأنها لا تسقط بالتزويج بحال, ولا فرق بين الحضانة بين الأيم وذوات البعل.

- **القول الثالث:** ذهبوا إلى أن الطفل المحضون إن كان بنتا لم تسقط حضانة الأم بنكاح أمها, وإن كان ذكرا سقطت[4].

---

[1] وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, مرجع سابق, ص731.

[2] نفس المرجع, نفس الصفحة.

[3] أبي القاسم محمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي: القوانين الفقهية, تحقيق ماجد الحمودي, دار ابن حزم, بيروت, ط1, 2013, ص383.

[4] ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد, تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخر ' مؤسسة الرسالة, بيروت, ط3, 1998, ج5, ص406.

– **القول الرابع:** قالوا أن الحاضنة إذا تزوجت بنسيب من الطفل لا يسقط حقها في الحضانة, واختلفوا أصحاب هذا القول على 3 أقوال, الأول: أن المشترط أن يكون الزوج نسيبا للطفل فقط, وهو ظاهر عند قول أصحاب أحمد, أما الثاني: يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم, وهو قول أصحاب أبي حنيفة' أما القول الثالث: يشترطون أن يكون بين الزوج والطفل إيلاد بأن يكون جدا للطفل, وهذا قول مالك وبعض أصحاب أحمد[1].

وقد ذهب عبد الرحمان الصابوني للقول بأنه في حال سقوط حضانة الأم يجب على القاضي أن ينظر إلى مصلحة الطفل, ولمن ينتقل هذا الحق, فمن الممكن أن يكون زوج الأم أرأف وألطف وأشفق وأحن عليه من زوجة الأب[2], فالحديث المذكور (أنت أحق به ما لم تنكحي)[3] لا يفيد أكثر من أفضلية الأب على الأم في حال إن تزوجت, فإن لم يكن هناك أب فهل يسري الحكم على غيره أيضا من الحاضنات؟

زواج الأم يسقط حقها في الحضانة, إذا نازعها الأب, هذا ما يفيده عموم الحديث, أما إن كان المنازع لها غير الأب وكذلك غير الأم فهل يسقط حقها في الحضانة إن تزوجت وكان المنازع لها غير الأب؟

هنا يمنح للقاضي صلاحية النظر في مسألة الحضانة بسقوطها أو عدم سقوطها مع وجوب مراعاة مصلحة المحضون, لأن الغرض من حضانة الصغير هي وجوب تأمين مصالحه, فلا يجوز أن تتعارض الأحكام بعضها ببعض, بحيث يجب فيها مراعاة الأفضل للصغير, ومسألة زواج الحاضنة بغير محرم لا يسقط حقها في الحضانة وللقاضي منعها من حضانة الصغير إذا رأى استمرارها منافيا لمصلحته[4].

---

[1] ابن القيم الجوزية, مرجع سابق, ص406.

[2] عبد الرحمان الصابوني, نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام, دار الفكر المعاصر, بيروت, ط1, 2001, ص204.

[3] سبق تخريجه, ص588.

[4] عبد الرحمان الصابوني, أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي, مرجع سابق, ص273.

5- سكوت صاحب الحق في الحضانة وعدم المطالبة بها: في الشروط الآتية:

- أن يعلم بحقه في الحضانة, فإذا لم يكن بعلم وسكت عن طلبها لا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

- أن يعلم أن بسكوته يسقط حقه في الحضانة, فإن جهل ذلك لا يبطل حقه فيها بسكوته.

- مضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه للحضانة, فإذا مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت عنها ثم طلبها قبل مضي العام قضى له باستحقاقها.

ولو تزوجت الحاضنة بأجنبي ودخل بها, ولم يعلم بالزواج من انتقلت الحضانة له حتى فارقها زوجها بطلاق أو موت استمرت الحضانة لها, وكذلك إن علم بزواجها وسكت عن أخذ الصغير عاما حتى فارقها زوجها لم ينزعه منها, لأن بسكوته بعد مضي سنة يسقط حقه بطلب الحضانة[1].

6- سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة: فإن عمل المرأة بالنسبة لحضانتها يجب أن ينظر إليه على ضوء مصلحة المحضون, فالمناط من انتقال حق الحضانة ليس الاحتراف أو العمل, وإنما المناط هو مصلحة المحضون والخشية من ضياعه وإهماله لحاجته إلى الرعاية والعناية, وبناءا على ذلك يمكن تحديد عمل المرأة ومدى تأثيره على الصغير, فعملها خارج المنزل قد يدفعها إلى إهمال واجبها الأساسي نحو طفلها, ومصلحته هنا أن تنتقل الحضانة لمن تليها من الحاضنات, فالشارع الحكيم عندما أعطى حق الأولوية للأم في الحضانة قد نظر قبل كل شيء إلى ما يجب تقديمه للطفل من اهتمام وعناية من أمه بالذات قبل أي امرأة كانت.

لكن إن كانت الأم العاملة تؤمن رعاية المحضون والعناية به بطريقة مقبولة فلا يسقط حقها في الحضانة[2].

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي, مرجع سابق, ص405-406.

[2] عبد الرحمان الصابوني, أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي, مرجع سابق, ص264-265.

ثانيا: عودة الحضانة بعد سقوطها في الفقه الإسلامي:

إذا وجد مسقط للحضانة ثم زال بعد ذلك سبب هذا المسقط, فهل يعود الحق في الحضانة لمن سقط حقه فيها بسبب هذا المسقط؟

اختلف الفقهاء في هذا, فذهب المالكية إلى القول أنه إذا سقطت الحضانة بسبب أمر اضطراري لا دخل للحاضنة فيه, فإن الحضانة تعود إليها بزوال السبب المسقط, فلو أن حضانة الحاضنة سقطت بسبب مرض لا تقدر معه على الحضانة أو بسبب سفر لأداء فريضة الحج أو سافرت خوفا من المكان باحثة على الأمن ثم زال هذا السبب بأن شفيت الحاضنة أو عادت من سفرها يعود حقها في الحضانة, لكن إن كان سبب سقوط حقها سبب اختياري كأن تتزوج برجل أجنبي غير محرم للمحضون ودخل بها, أو لإهمالها الشديد لشؤون المحضون, فهنا لا يرجع حقها في الحضانة بزوال هذه الأسباب[1].

وذهب الأئمة, الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بعودة حق الحضانة لصاحبها إذا زال السبب المسقط لها سواء كان السبب اضطراريا أم اختياريا, وعلى هذا لو تزوجت الحاضنة بأجنبي غير محرم للصغير وطلقت أو مات الزوج فإن حقها في الحضانة يعود إليها[2].

الفرع الثاني: مسقطات الحضانة وعودتها في قانون الأسرة الجزائري:

مثلما بينا الحالات التي تسقط بها الحضانة في الفقه الإسلامي, والحالات التي تعود بها, سنبين على نفس المنوال التي تسقط بها الحضانة في قانون الأسرة الجزائري أولا, والحالات التي تعود بها الحضانة ثانيا.

أولا: مسقطات الحضانة في ق.أ.ج:

نص المشرع الجزائري على مجموعة من الأسباب المسقطة للحضانة في ق.أ.ج وهي كالآتي:

[1] عبد الغني شيبة, مرجع سابق, ص234.

[2] نفس المرجع, نفس الصفحة.

1- تزوج الحاضنة بغير قريب محرم: نصت المادة 66 ق.أ.ج على أنه "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم, وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"[1].

أخذ المشرع هنا بالمذهب المالكي الذي يسقط حضانة الأم في حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم, وعلى المدعي هنا إثبات ذلك, فالقاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي قال في ذلك أنه إذا تزوجت الأم ودخل بها سقطت حضانتها, لأن الزوج قد يلحق الضرر بالصبي كونه زوج أمه فكان له إزالته عنه.

وتسقط الحضانة أيضا بتنازل الحاضنة عن الحضانة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون, وتبقى سلطة تقديرية في قبول التنازل من عدمه, وهذا بالاستقصاء عن السبب الحقيقي للتنازل مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات[2].

2- سكوت صاحب الحق عن المطالبة بحقه في الحضانة: نصت على ذلك المادة 68 من ق.أ.ج "إذا تأخر صاحب الحق في الحضانة عن طلبها لمدة تزيد عن السنة دون عذر صالح, سقط حقه فيها"[3], تطرح هذه المادة تساؤلين:

الأول: متى يبدأ سريان هذه المادة؟ أما الثاني: متى يعتبر السكوت عن المطالبة بالحق في الحضانة بدون عذر؟

أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في هذه المادة, بالنسبة للتساؤل الأول قال فيه أصحاب هذا المذهب بأن المدة المحددة بسنة يبدأ سريانها من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة, أما بالنسبة للتساؤل الثاني فقد اعتبروا السكوت بأنه دون عذر في حالتين[4]:

---

[1] المادة 66, من الأمر 05-02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا, مرجع سابق, ص76-77.

[3] المادة 68, من الأمر 05-02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

[4] أعراب بلقاسم, مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي, المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية, معهد الحقوق, جامعة الجزائر, العدد الأول, 1994, ص53.

الحالة الأولى: أن يعلم من له الحق بالحضانة بحقه فيها, ويسكت عن المطالبة بها, أما إن كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلبها فلا يسقط منه مهما طالت مدة سكوته, أما الحالة الثانية: أن يعلم بأن سكوته هذا يسقط حقه في الحضانة, فإذا كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه بالسكوت[1].

3- اختلال أحد الشروط المنصوصة في المادة 62: نصت المادة 67 ق.أ.ج على سقوط الحق بالحضانة في حال إذا اختل شرط من الشروط السابقة الذكر في المادة 62, فقد جاء في المادة 67 من ق.أ.ج أنها "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص في المادة 62 أعلاه"[2].

من هذه المادة نرى أن الحضانة تسقط باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ.ج, أي أن الإخلال بواجبات الحضانة سواء تعلقت بأهلية الحاضن العقل أو الأمانة أو القدرة... أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة, أي التربية والرعاية الصحية والخلقية, ويمكن للمحكمة أن تُسقط حقه في الحضانة إذا طلب منها أحد المستحقين من إحدى الدرجات الأخرى, ولكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى دائما تراعي مصلحة المحضون في بقاءه مع حاضنته الأولى وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على حاضنه وإسنادها لغيره[3].

4- سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة: نصت الفقرة الثانية في المادة 67 من ق.أ.ج أنه "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط هذا الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[4].

---

[1] أعراب بلقاسم, مرجع سابق, ص 53.

[2] المادة 67, من الأمر 05-02 , المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

[3] أحمد شامي, التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري, رسالة ماجستير في الحقوق, جامعة الإسكندرية, كلية الحقوق, 2009/2008, ص216.

[4] المادة 67, من الأمر 05-02 , المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

وبناءا على هذا ذهب المشرع الجزائري بأن عمل المرأة الحاضنة لا يعتبر سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة, ولا سقوط حقها في ممارستها, لكن احتياطا لذلك ربط المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون, وهذا كمبدأ عام, واستثناءا من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم الصغير من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون[1].

وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/03 "عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها, ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية[2].

5- استيطان الشخص الموكل له حق الحضانة في بلد أجنبي: نصت على ذلك المادة 69 من ق.أ.ج "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي, رجع الأمر للقاضي في استبقاء الحضانة له أو إسقاطها عنه, مع مراعاة مصلحة المحضون"[3].

يرجع الأمر للقاضي الذي يراعي مصلحة المحضون, فالمسألة مرتبطة بمدى صعوبة مراقبة أحوال المحضون المنتقل إلى بلد أجنبي, إذ أنه قد يحرم ولي المحضون من ممارسة الولاية عليه وكذا الأمر بالنسبة للقاضي[4].

فالمشرع الجزائري أرجع الأمر للقاضي الذي يراعي مصلحة المحضون في تقرير إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الشخص الذي يريد الاستيطان في بلد أجنبي[5].

---

[1] محفوظ بن صغير, قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري, دار الوعي, الجزائر, ط2, 2015, ص306.

[2] قرار رقم 274207, المجلة القضائية, العدد الأول, 2004, ص262, نقلا عن محفوظ بن صغير, مرجع سابق, ص307.

[3] المادة 69, من الأمر 05-02 , المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا, مرجع سابق, ص79.

[5] أعراب بلقاسم, مرجع سابق, ص55.

6- سكن الحاضنة إذا كانت الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم: نصت على هذا المادة 70 من ق.أ.ج "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"[1].

إن إسقاط الحضانة عن الجدة أو الخالة لسكنها مع أم المحضون التي تزوجت بغير قريب محرم منطقي جدا, فوجود المحضون في بيت هذه الأخيرة تحت سمعها وبصرها يجعله من حيث الواقع في حضانة أمه لا في حضانة الجدة أو الخالة لأنها هي سيدة البيت, وعليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أُسقطت الحضانة عن الأم لزواجها بغير قريب محرم موجود هنا, ولذا ينبغي أن يشملها نفس الحكم, ويعتبر المذهب المالكي من الآخذين بهذا السبب ومنه استمد مشرعنا هذا الحكم[2].

ثانيا: عودة الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 71 من ق.أ.ج بقولها " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"[3].

يرجع حق الحضانة للحاضن بعد زوال العذر الذي كان سببا في سقوط الحضانة وإعطائها لمن يليه في المرتبة.

وقد أخذ المشرع الجزائري أحكامه بخصوص هذا من المذهب المالكي[4], الذي يفرق بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري كما سبق ذكره.

---

[1] المادة 70, من الأمر 05-02 , المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

[2] أعراب بلقاسم, مرجع سابق, ص56.

[3] المادة 71, من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[4] محفوظ بن صغير, قضايا الطلاق, مرجع سابق, ص298.

المطلب الثاني: مدة الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

لم يرد نص في القرآن الكريم ولا السنة الشريفة يحدد مدة الحضانة وهذا الذي أدى إلى اختلاف الفقاء في المدة لذلك سنبين في هذا الجانب مدة الحضانة في الفقه الإسلامي في الفرع الأول, ومدتها في قانون الأسرة الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي.

إن كانت الحضانة تبتدئ بولادة الطفل, فإنه لم يرد نص في القرآن الكريم ولا في السنة الشريفة يحدد المدة التي تنتهي فيها تلك الحضانة, ومن ثم اختلف الفقهاء[1], فقالوا بأن الطفل المحضون يمر بمرحلتين, الأولى يحتاج فيه إلى حضانة النساء فقط والثانية تنتقل فيها الحضانة للرجال.

أما بالنسبة للمرحلة الأولى فإنها تمتد عند الحنفية والحنابلة إلى أن يستغني فيها المحضون عن الخدمة ويعتمد على نفسه في مأكله ومشربه وملبسه, وتم تقديرها بسن السابعة للذكر والتاسعة للأنثى, وسبب تفريقهم لمدة الحضانة بينهما هو أن البنت تحتاج للتدريب على أعمال المنزل وهذا نجده عند النساء أكثر.

وقال الشافعية أنه يستمر المحضون في حضانة أمه إلى سن التمييز وهو عندهم سبع سنين, وذهب المالكية للقول بأنه يستمر الذكر في حضانة أمه إلى سن البلوغ, والأنثى حتى تتزوج وتنتقل إلى بيت الزوجية.

أما المرحلة الثانية, فيرى العلماء فيمن تنتقل إليه الحضانة ما يلي:

يرى الحنفية بأن الولد ينتقل بعد سن السابعة إلى الأب ذكرا كان المحتضن أم أنثى, فينتقل إليه الذكر بعد السابعة والأنثى بعد التاسعة من العمر, فإن لم يكن لديه الأب فلمن يلي الأب من الرجال, فإذا امتنعت الأم بتسليم المحضون كان للأب أن يطالبها بذلك ويلزمها به قضائيا[2].

---

[1] الشيخ محمد الشماع, المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث, دار القلم, دمشق, ط1, 1995, ص176.

[2] أحمد محمد المومني وآخر, الأحوال الشخصية, دار المسيرة, عمان, ط1, 2009, ص173.

وإن امتنع الأب أو من ينتقل إليه الحق عن قبض المحضون وضمه إليه أجبر على ذلك وهو قول المالكية. وذهب الشافعية للقول أنه إذا بلغ الطفل أو البنت سن التمييز خير بين الأب والأم فأيهما اختار منهما كان له ذلك[1].

واستدلوا بذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم, فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله, إن زوجي يريد أن يذهب بابني, وقد سقاني من بئر أبي عنبة, وقد نفعني, فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إستهما عليه" فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (هذا أبوك وهذه أمك, فخذ بيد أيهما شئت) فأخذ بيد أمه فانطلقت به[2].

وقال الحنفية: أن الصبي يخير بعد سن السابعة, أما البنت فأبوها أحق بها بعد هذا السن واستدلوا بذلك أن الغرض من الحضانة مراعاة مصلحة المحضون ومصلحة البنت في أن تكون بعد السابعة عند أبوها, لأنها تحتاج إلى الحفظ والأب أولى بذلك, لأن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها, كما أن البنت بعد هذا السن تكون قد قاربت الزواج وإنما تخطب من أبيها[3].

الفرع الثاني: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

حسب ق.أ.ج فقد نصت المادة 65 من ق.أ.ج على مدة الحضانة, بقولها " 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.

غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم القاضي بانتهائها"[4].

---

[1] أحمد محمد المومني وآخر, مرجع سابق. ص173-174.

[2] أخرجه أبي داوود (ت 275) في سننه, كتاب الطلاق باب من أحق بالولد, 2277, سنن أبي داوود, تحقيق شعيب الأرنؤوط, دار الرسالة, دمشق, (د ط) ,2009, ج3, ص589. قال الألباني (صحيح), إرواء الغليل في تخريج الآحاديث, منار السبيل, المكتب الإسلامي, بيروت, ط1, ج7, ص250.

[3] أحمد محمد المومني وآخر, مرجع سابق, ص174.

[4] المادة 65, من الأمر 05-02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

هنا يقصد بالحضانة حضانة الأم أو الجدة لأم أو الخالة أو الجدة لأب وباستطاعة القاضي أن يمدد في حضانة الأم لابنها الذكر غاية بلوغه ستة عشر سنة, بشرط أن لا تكون الأم متزوجة ثانية.

غير أن مصلحة المحضون في كل الأحوال هي التي يجب مراعاتها من جهة القاضي سواء بإسناده الحضانة أو الحكم بإنهائها أو تمديدها[1].

وما ذهب إليه المشرع الجزائري لا يخرج أبدا بتحديده لمدة الحضانة عما هو مقرر في الفقه الإسلامي[2], وبالأخص المذهب المالكي.

وقد جاء في القرار المؤرخ في 1989/3/13: " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة, إلا إذا خيف على دينه, وأن حضانة الذكر بالبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج, ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية, ولما كان قضاة الاستئناف قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة, ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين, باعتبار أنهما أصبحا يافعين, إلا أنهما أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية, والمادة 64 من ق.أ.ج, ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"[3].

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا, مرجع سابق, ص76.

[2] محفوظ بن صغير, الاجتهاد القضائي, مرجع سابق, ص669.

[3] ملف رقم 52221, المجلة القضائية, العدد الأول, 1993, ص48' نقلا عن محفوظ بن صغير, قضايا الطلاق, مرجع سابق, ص289.

المبحث الثاني: وسائل القاضي في ممارسة السلطة التقديرية في مسائل الحضانة

جعل المشرع مسؤولية مراعاة مصلحة المحضون من خلال إسناد الحضانة أو إسقاطها عند انحلال الرابطة الزوجية على عاتق قاضي شؤون الأسرة نظرا لأهميتها، حيث أعطى للقاضي سلطة تقدير هذه المصلحة إستنادا إلى عناصر موضوعية ومادية ملموسة لها علاقة بحياة الطفل.

وإن ترك المشرع للقاضي حرية الإجتهاد في تقدير مصلحة الطفل عند إسناد الحضانة أو إسقاطها أن مسألة تحكمها ميولات الشخصية للقاضي ونظرته الذاتية للموضوع فإن فقد القضاء قد أوجب التعاطي الموضوعي مع مسألة الحضانة بإعتبار أهمية آثارها في تحديد مستقبل الطفل وظروف نشأته[1].

وعليه فإن المشرع وعلى الرغم من إعطائه كافة الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، إلا أنه لم يقدم له معايير التي تساعده في تقدير المصلحة وتواجدها من عدمها، وهذه المسألة لم تكن مثبطة لجهود القضاء بل بالعكس دفعته بأن يجتهد في كل موضوع من مواضيع الحضانة المتعددة ليجد مصلحة المحضون فيقرها.

فلا يستطيع المشرع أن يحل مقدما كل المشكلات التي ستثور عند تطبيق القانون ولا يستطيع أن يتنبأ عند اصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع وأحداث مستقبلا، لذلك كان لابد من إعطاء القاضي سلطة تقديرية، يستطيع من خلالها أن يواجه الحالات التي تنشأ وأن يضع الحلول المناسبة لها.

وفي هذا المبحث سوف نتطرق في الحديث عن الآليات التي يستعين بها القاضي والمجالات المخولة له ويكون هذا ضمن المطلب الأول. أما المطلب الثاني نتكلم عن الجرائم المتعلقة بالحضانة.

[1] عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية، رسالة ماجيستر، المتخصص في حقوق الطفل، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2006/2005، ص34 بتصرف

المطلب الأول: آليات ومجال السلطة التقديرية للقاضي

حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون ، يستعين القاضي بجملة من الوسائل والطرق من خلالها يمكنه أن يصل إلى حكم أو قرار يصدره بمنح أو حرمان شخص من الحضانة، لذلك سنحاول استعراض الآليات المخولة للقاضي في الفرع الأول أما في الفرع الثاني نتحدث عن مجال السلطة للقاضي.

الفرع الأول: الآليات المخولة للقاضي:

أجاز المشرع الجزائري من خلال قانون الاجراءات المدنية والإدارية للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من اجراءات التحقيق الجائزة قانونا بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وحتى قبل مباشرتها فيأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال. ولهذا يستعين القاضي بآليات من خلالها يقدر مصلحة المحضون ويصدر حكمه[1].

أولا: التحقيق:

اعتمد قاضي الأحوال الشخصية على نص المادة 75 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه، أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي اجراء من اجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون. للقاضي الاستماع الى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون[2].

---

[1] عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجيستير في القانون الخاص،تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد محمد لخضر، الوادي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014م/2015م، ص197.

[2] المادة 75, قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 28 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 المؤرخ في 23 افريل 2008 .

و لقاضي الأحوال الشخصية أيضا الاعتماد على نص 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على: " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار تحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب أو خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الإستشارة." وهذا بأن يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة. حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا المؤرخ في 1997/02/18 : (من المستقر عليه قضاءا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون،ولما كان الثابت في قضية الحال، أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون وإعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقو القانون.) تبين هنا أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الإجتماعية حتى تمنح الحضانة إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون[1].

ثـــانيا : الخبـرة :

نصت المادة 126 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه : " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة[2]".

تعتبر الخبرة أحد وسائل الإثبات، يتم اللجوء إليها إذا اقتضى الأمر الكشف دليل أو تعزيز أدلة قائمة، ويمكن للمحكمة الإستعانة بها للفصل في الدعوى القضائية لذا يمكن تعريف الخبرة بأنها[3]:

---

[1]قرار رقم 153540، المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 2007/02/18 ، المجلة القضائية ، العدد 01/1997، ص39 .

[2] المادة 126, قانون رقم 08-09 ، المؤرخ في:18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية،الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في: 23 فبراير 2008.

[3]عبد الرزاق احمد الشيبان،<< إجراءات الخبرة القضائية ودورها في الإثبات>>، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة جيهان السليمانية ، ص 423.

تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبث في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي الخبير أو صاحب الاختصاص رأيه بشأنه، أو بتثبيت وقائع مادية[1].

يعتمد تحديد مصلحة الطفل في الدعاوى المتعلقة به على مدى إحاطة القاضي بالوقائع المطروحة عليه، مما قد يدفعه للإستعانة بالخبراء ويعتبر الخبير مساعدا فنيا للقاضي يمكنه من فهم بعض المعلومات الفنية الدقيقة الخارجة عن اختصاصه لإضفاء المزيد من الوضوح على الوقائع المطروحة عليه، لذا يعتمد القضاة المعروض عليهم دعاوى تتعلق بحماية الشخص إلى إحاطة أنفسهم بمجموعة من الخبراء كالأطباء والمختص النفسي والمختص الإجتماعي.[2] ومنه للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وجمع المعطيات المادية والإجتماعية قبل البت في تحديد الأصلح لإسناد الحضانة إليه وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 2005/05/18 الذي قضى: (يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية)[3].

كما قضت المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 2000/07/18 في مسألة طرق إثبات عدم صلاحية الأم للحضانة وقد جاء فيه: (لا يعتبر محضر مصالح الأمن دليلا كافيا على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضانة)، وجاء في حيثيات القرار:<< حيث أن الاعتماد لا يعتبر دليلا كافيا لحرمان لحرمان الطاعنة من حقها في الحضانة بل هي مجرد معلومات لا يمكن الإعتماد عليها، وكان على قضاة الموضوع الالتجاء الى وسائل اخرى للاستماع إلى شهود أو تعيين مرشدة إجتماعية قصد معرفة الجهة التي تليق بمصلحة الأولاد>>[4]

---

[1] عماري زين الدين، ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري، مذكرة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2017م/2018م،ص 39.

[2] ليلى جمعي، حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، بحث شهادة دكتوراه ،جامعة وهران،كلية الحقوق، ص205.

[3] قرار رقم 330566، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2005/05/18، المجلة القضلئية، العدد 2005/1،ص 301.

[4] قرار رقم 245123، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2000/07/18، المجلة القضائية، العدد 2004/1،ص 253.

ثـالثا: المعـــاينة:

المعاينة هي وسيلة إثبات تسمع للقاضي بالتعرف على الوقائع في مكان النزاع[1]، وهو ما أكدت عليه المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نصت على: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذ اقتضى الأمر ذلك"[2] يحق للقاضي بدائرة اختصاصه الإقليمي اللجوء للجوء للمعاينة – بما أنها احدى السلطات الممنوحة له– بالانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة لمعرفة الظروف الإجتماعية والإقتصادية المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه ، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه وكذا مدى قرب السكن من المدرسة ، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان[3].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار الصادر في 2003/05/21 بأنه: (إسقاط الحضانة عن الأم و إسنادها للأب دون التحقق من ظروف المحضونين ومراعاة مصلحتهم بعد قصورا في التسبيب)[4].

وللقاضي أن يأمر باستصحاب من يختاره من ذوي الاختصاص ، كما له سلطة تقديرية واسعة في سماع شهادة أي شخص عند انتقاله لمعاينة مكان ممارسة الحضانة اذا كان ذلك ضروريا[5]. وذلك كما يلي:

---

[1]الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،ج1، جامعة حاجي مختار ،عنابة، كلية الحقوق، ص28.

[2] المادة 146, قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 ثفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد21، المؤرخ في 23 افريل 2008.

[3]عماري زين الدين، المرجع السابق، ص39، بتصرف

[4]قرار رقم:302428،المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2003/05/21، المجلة القضائية، العدد 2005/1، ص 285.

[5]صالح خيضر،فارس دبه،المرجع السابق، ص53.

1. سماع الشهود:

نصت المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والادارية على أنه : "يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات شهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا أو مقيدا للقضية"[1].

– الإستماع الى أطراف النزاع: فللقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة الطفل ، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للطفل[2] حيث نصت المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والادارية على أنه: " يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

- سماع الاب والام وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.
- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.
- الأمر بإجراء تحقيق إجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أوعقلي[3].

يمكن الاستماع إلى الأطفال المحضونين لكن على سبيل الاستئناس فقط لانهم لا يستطيعون تقدير ماهو أصلح لهم ، فقد يدلون بشهادتهم بنوع من الخوف وتحت تأثير الضغط، وهذا قد يؤثر على قناعة القاضي لاختيار ما هو أصلح للمحضون[4].

---

[1] المادة 150, قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد21، المؤرخ في: 23 افريل 2003.

[2]عماري سناء، المرجع السابق ، ص201.

[3] المادة 454, قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر عام 1924 الموافق لـ 28 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في: 23 افريل 2008.

[4]عينار فاطمة، مساوي ليديا، أحكام الحضانة في القانون الجزائري،مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الداخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2012، ص55، بتصرف

2. الاستماع إلى أفراد العائلة:

يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة وأخوات وابناء عموم الخصوم وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي يستطيع ترجيح رأيه بها ،وهذا عملا بنص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على: "يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين"[1].

وعليه يمكن القول أن قوام الحضانة تحقيق المصلحة الفضلى للمحضون ، وعلى الرغم من السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأحوال الشخصية في إصدار الاحكام المتعلقة بالحضانة، ألا أنه يصعب عليه في بعض الحالات اختيار الحكم الصائب ، وهذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته التقديرية[2].

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي

رأينا أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال مراعاة مصلحة المحضون، فما كان يمثل مصلحة الطفل بالأمس لم يعد كذلك اليوم، لأن المصلحة تتوقف على الظروف الخاصة بكل طفل على انفراد من حيث جنسه ، سنه ، محيطه، فقد أحسن المشرع صنعا في ذلك لأن أعمال القاضي لهذه القاعدة في أحكامه يكفل حماية كافية الطفل.

لذلك فإن مسألة الحضانه في الأصل هي مسألة قضائية بالأساس وأن غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير تسمح بإمكانية إعادة النظر فيها اذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك لكون تدخل القاضي حتمي ،وله كامل الحرية في التصرف عند ممارسة السلطة[3].

---

[1] المادة 459, قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في:23 افريل 2008.

[2]إيمان معمري، المرجع السابق، ص121.

[3]دغنوش انيس، ميهوبي محمد العيد، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر في قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف ،المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2021/2020،ص53، بتصرف

أولا: حرية القاضي عند ممارسة سلطته:

جعل المشرع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في الأسمى وفوق كل اعتبار ومهما كانت العواقب، غير أن هذه المصلحة قد أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحية للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى ، حيث أن كل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقرير مصلحة المحضون[1].

ومن الأمثلة على ذلك:

1- مسألة الأمراض العقلية والجسدية المسقطة للحضانة:

فمن شروط الحضانة المذكورة في المادة 62 الخلو من الأمراض العقلية والجسدية وبالتالي لابد على المرشح للحضانة أن لايكون مجنونا أو معتوها وأن لا يكون عاجزا بسبب المرض أو الهرم ، فإذا اختلفت الشروط،المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة المتعلقة بأهلية الحاضن، وإلتزاماته المتعلقة بالحضانة يسقط حقه فيها[2].

قال في القوانين الفقهية أن الحضانة تسقط بضرر في بدن الحاضن؛ كالجنون والجذام والبرص[3].

ركز الفقهاء كثيرا في هذه المسألة على حالة المرض المعدي، قال التسولي " ما دام المرض غير معد، ويقتصر أثره على عجز المريض عن القيام بشؤون المحضون، فإنه لا يسقط الحضانة إذا كان لدى المريض من يقوم به تحت إشرافه ورقابته"[4].

---

[1] عماري زين الدين، المرجع السابق،ص38.

[2] راجع المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري.

[3] محمد بن أحمد ابن جزي الغرناطي, مرجع سابق, ص 383.

[4] عادل شباب, مرجع سابق, ص124.

حيث رأى البعض أنه لا يجوز للحاضنة أن تستمر في حضانتها. حال دون ذلك مرض معدي يخشى انتقاله، بل ذهب البعض الآخر إلى القول بإسقاط الحضانة عن صاحبتها ، إذا كانت مصابة بأحد الأمراض المعدية ولو كان المحضون مريضا بنفس المرض الذي بالحاضنة لاحتمال تفاقم الحالة الصحية.

أما من زاوية النصوص التشريعية، اكتفت المادة 67 من قانون الأسرة على القاعدة العامة الخاصة مجالات عدم تأهيل الحاضن والتي يستند عليها الحكم القضائي بإسقاط الحضانة، تاركة الأمر للتحليل والتفصيل والتأويل للسلطة التقديرية للقاضي[1].

وهذا ما نجده من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 حيث تكون الحاضنة فاقدة للبصر تحول دون القدرة على حفظ المحضون، وقد جاء فيه [من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الاسلامي ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن الحاضنة فاقدة البصر ،وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها،ومن ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها على هذا الحال ، حادوا عن الصواب وخالفو القواعد الفقهية][2] .

فتخلف شرط القدرة، يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة، حيث أن الحاضنة فاقدة للبصر، وما ينبغي توضيحه هنا أن سقوط الحق في الحضانة، يتعلق في قضية الحال بأي مرض عقلي أو جسدي أو مرض معدي، أي بجميع الأمراض التي تؤثر على فكرة العمل بشكل يعجز معه الحاضن من العناية بالطفل ورعايته.

[1] عادل شباب، المرجع السابق، ص 124-125.

[2] قرار رقم :33921، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09،المجلة القضائية، العدد 1984/4،ص 76.

وحتى نقول أن الحاضن عاجز على القيام بواجباته تجاه المحضون لابد من اثبات ذلك العجز، حتى يكون دليل و بينة، يقرر من خلالها القاضي إسقاط الحضانة على من أسندت إليه ويختار غيره وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار الصادر بتاريخ 1988/11/07حيث جاء فيه :[من المقرر شرعا ان إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله.][1]

بالإضافة إلى ذلك يشترط في الحاضن أن يكون أمينا و متحلي بالأخلاق الحسنة،والا سقطت عنه الحضانة عند اثبات عكس ذلك كفسقه و سوء أخلاقه[2].

حين جاء في القرار الصادر عن المحكمة بتاريخ 1984/01/09 بأنه: [متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا وللحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها ولإقرارها بإتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها][3]

2-مسألة عمل المطلقة الحاضنة في مواجهة مصلحة المحضون:

-الحكم الفقهي بحضانة المرأة العاملة، إتفق الفقهاء قديما وحديثا على أن المرأة التي تعمل خارج بيتها ويؤدي خروجها المتكرر إلى الإضرار بالمحضون فإن هذا يفقدها حقها في حضانة الصغير.

واختلفو في صور العمل التي لا تؤدي إلى فقد حق الحضانة[4].

---

[1] قرار رقم: 50270، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/11/07،المجلة القضائية، العدد 1991/3، ص48.

[2] مغاري حياة ،<< دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون >>، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1،المجلد 58، العدد 04، 2021، ص152 – 180.

[3] قرار رقم: 31997، المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، العدد1/ 1989 ص73.

[4] براءة علي يوسف،<<حضانة المرأة العاملة (دراسة فقهية مقارنة) >>،إمارة الشارقة/ دولة الامارات العربية المتحدة، العدد6، 2019، ص5081.

• فقد نص الحنفية على أن عمل المرأة إذا لم يؤثر على المحضون بأن كانت مدة خروجها قصيرة فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة، بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة، في حين ذهب مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى أن عمل المرأة يكون في ضوء قدرتها على تربية المحضون، فإن تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإبانة غيرها عنه افي الحضانة، فيبقى حقها في الحضانة قائما.

• يرى الشيخ محمد أبو زهرة إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق فقال إن المرأة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها في الحضانة، إلا أنه ذهب أن تقدير الإستطاعة يرجع فيه إلى القاضي[1].

• يرى الاستاذ محمد عقلة بسقوط حق المرأة العاملة في حضانة الصغير، وذلك لأنه يرى بأن الواقع العلمي يثبت الأثر السلبي لعمل المرأة وما يسببه من تفكك الأسر وضياع الناشئة[2].

•ذهب الشافعية في عدم منع الزوج الزوجة العاملة قبل النكاح من العمل – كما مر في عمل الزوجة والنفقة – وهنا لا تسقط حضانتها بعملها[3].

أ-موقف المشرع الجزائري من عمل المرأة الحاضنة:

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة عمل المرأة في قانون الأسرة 84-11 فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس سببا لإسقاط الحضانة عنها، ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني، ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام، تدخل المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 وأعطى إجابة صريحة عن عمل المرأة من خلال المادة 67 المعدلة التي جاء فيها : "تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"[4].

---

[1] براءة علي يوسف، مرجع سابق, ص5081-5082.

[2] نفس المرجع، ص 5082.

[3] مصطفى ديب البغا، محمد حسن البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق،(د د ن)، الجامعة الإفتراضيةالسورية، (د ط)، (د ت ن)، ص299.

[4] المادة 67, من الأمر رقم 05-02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

غير أنه في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

في الفترة الثانية والثالثة أكد المشرع على أن عمل المرأة لا يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية حق المرأة في حضانة أبنائها وحقها في العمل، بشرط مراعاة مصلحة المحضون[1].

والواقع أن أحكام الفترة الثانية تتعلق بحالة أصبحت ظاهرة هي وليدة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، وذلك لأن الآباء أصبحوا يطالبون الزوجات الحواضن بإسقاط الحضانة عنهن كلما علموا أن المطلقة أو غيرها من الحواضن لها عمل خارج البيت، ولكن الأب أيضا مطالب بالنفقة والخروج للعمل ، فليس من الحق والعدل أن يأخذ الولد من أمه بسبب العمل خارج البيت، فالأب لايؤدي للحاضنة أجرة الحاضنة في التشريع الجزائري، رغم ثبوت هذا الحق شرعا عند جميع المذاهب الفقهية .واذا كانت الحاضنة هي المطلقة فالأب ينفق على ولده لا على طليقته، إذن فيحق لها واقعيا من هذا الوجه أن تعمل وتكتسب لتعيش بشرف خاصة إذا كانت نفقة والده لا تكفي لوكان دخله ضعيفا ، ولا عيرة حينئنذ يطلب الأب اسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل، الا اذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية فردية وجماعية يعينها بحكم تمهيدي أن مصلحة المحصون في خطر مادي أو معنوي، أو أنه مهمل، هنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام ، فقد تسقط الحضانة على الحاضن ويعين من يليها في الدرجة طبقا للشرع والقانون ، مع مراعاة مصلحة المحضون دائما[2].

[1] مغاري حياة، المرجع السابق، ص168.

[2] سعادي لعلى،الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري،المرجع السابق، ص 385-386.

ب– إجتهاد المحكمة العليا في مسألة المرأة العاملة:

و هذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها، حيث جاء في الاجتهاد القضائي الصادر عنها بتاريخ 2002/07/03 على أنه : [من المستقر عليه قضاءا أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الوالدين من الطاعة، باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم من متصور في التشبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه][1].

ولا يوجد أي دليل يؤكد أن لعمل المرأة أثر سيء على الأطفال، أو على العلاقة بين الأم وأولادها، فالنساء الحاضنات يلجأن إلى طرق متعددة لرعاية أطفالهن أثناء غيابهن في العمل مثل الاستعانة بالجدة لأم أو خادمة أمينة أو الخالة، أو إلحاق الطفل بالروضة أو أحد دور الحضانة حتى يصل إلى السن التي تمكنه من الإلتحاق بالمدرسة .

كما أن عمل المرأة ضمان لتأمين مستقبل الأطفال المحضونين، خاصة إذا كان الأب عاطل عن العمل ولا يستطيع دفع النفقة الغذائية، أو أن أجره زهيد، أضف إلى ذلك فإن مبالغ النفقة التي تحكم بها محاكم شؤون الأسرة، لا تفي بحاجيات الكاملة للمحضونين من كسوة وغذاء و تعليم وترفيه...الخ، و لولا عمل الأم فإن هؤلاء الأطفال يصبحون في حالة عوز، و قد يؤدي بهم إلى الإنحراف.

غير أنه يشترط في عمل المرأة الحاضنة أن يكون شريفا، بمعنى أن لا يوجد فيه ما يؤثر سلبيا على أخلاق الطفل، ومثال ذلك أن ترتزق الحاضنة بممارسة البقاء في البيت الذي يقيم فيه الأطفال،وللقاضي سلطة تقديرية في اعتبار ما يعد مانعا في ممارسة الحضانة وأن يراعي دائما مصلحة المحضون[2].

---

[1] قرار رقم: 274207، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 2002/07/03، المجلة القضائية، العدد 1/ 2004، ص270.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق ، ص87.

المطلب الثاني :الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة

تكريسا وتدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة واشتملت على مؤايدات لضمان احترام هذه الأحكام و تعد أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها وتنميتها، وهي في نفس الوقت الاداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون[1].

ومنه سنتناول في هذا الموضوع الفروع التالية الفرع الأول والذي يتطرق إلى حرية الامتناع عن تسليم المحضون إلى حاضنه ، الفرع الثاني و فيه جريمة اختطاف المحضون من حاضنه.

الفرع الأول : جريمة الامتناع عن تسليم المحضون الى حاضنه

تنص المادة 328 من قانون العقوبات على أنه يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وبغرامة من 500 إلى50.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزداد عقوبة الحبس الى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني[2].

ولا تقوم هذه الجريمة الابتوافر شروط حددتها المادة 328 من قانون العقوبات و ركن مادي ومعنوي.

---

[1]عادل شباب، المرجع السابق، ص 109.

[2]المادة 328, من الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 18 صفر1386 الموافق لـ8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتهم، الجريدة الرسمية، العدد 84، المؤرخ في 24 ديسمبر 2006.

أولا: الشروط الأولية:

لقد نصت المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري على بعض الشروط التي لا بد من توافرها وهي متعلقة بالمحضون القاصر ووجوب صدور حكم قضائي بالحضانة ، وسنحاول شرح هذه الشروط فيما يلي :

1) المحضون القاصر:

في مفهوم المادة 40 من القانون المدني هو الشخص الذي لم يكمل التاسعة عشر من عمره أي سن الرشد ، لكن ما دام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الاسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى إنقضاء الحضانة وتحديدا إلى نص المادة 65 من قانون الأسرة، ومنه فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر سنة للذكور والثامنة عشر للإناث[1].

لكن سواء حدد عمر القاصر ست أو ثماني عشر سنة، كما جاء في قانون الاسرة أو تسع عشر سنة، كما جاء في القانون المدني ، فإن للقاصر إرادة خاصة قبل تمام هذا السن وقد أخذها المشرع بعين الاعتباري في تقدير العقوبة الجزائية وهو ما يزيد الموضوع تعقيدا[2].

هذا و يجب أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا و حقيقة تحت سلطة ورعاية المتهم الممتنع عن تسليمه.

[1] راجع المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] أحسن أبو سقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص– الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،(د ط) ،2003، ج1،ص 174.

2)حكم قضائي:

يشترط في الحكم القضائي القاضي بالحضانة أن يكون نافذا سواء كان الحكم نهائيا أومؤقتا كما هو الشأن في الأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل، وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون حكم القاضي بإسناد حضانه الولدين لأمهما غير مشمول البناء المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف[1].

اذا جاء في نص القرار <<أنه يجب أن يكون القرار القاضي في شأن الحضانة ومشمولا بالنفاذ المعجل أو نهائيا، وهذا الشرط غير متوفر ما دام الحكم الصادر عن قسم الأحوال الشخصية القاضي بإسناد حضانة الإبنين إلى الوالدة غير مشمول بالنفاذ المعجل و غير نهائي لكونه محل استئناف[2]>>

ويستوي أن يكون هذا الحكم قد صدر عقب دعوى الطلاق أو صدر بصدد دعوى مستقلة يرفعها كل من يرى أن له الحق في الحضانة كما يستوي أن يصدر الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو بصفة مؤقتة[3].

كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا من القضاء الوطني ، أما إذا كان صادرا عن جهة من جهات القضاء الاجنبي فإنه لا يجوز الإسناد اليه الا اذا كان قد مهر بالصيغة التنفيذية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]. ضمن ما نصت عليه المادة 325منه : "لا يقبل الإعتراض على النفاذ المعجل، إلا إذا ثبت أن الحكم الذي أمر به طعن فيه الاستئناف أو المعارضة"[5].

---

[1]بن عشي حسين، جرائم الامتناع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون جنائي، جامعة باتنة1، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2016/2015 ، ص179.

2 قرا ر رقم 132607، المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، بتاريخ 1996/06/16، ذكره أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص174.

[3]بن عشي حسن، المرجع السابق، ص179.

[4]حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2015/2014، ص 158.

[5] المادة 325, قانون رقم 08–09 المؤرخ في:18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الجريدة الرسمية، العدد21، المؤرخ في: 23 افريل 2008.

وكذا وفق ما نصت عليه الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية الثنائية أو الجماعية.

وعليه فإذا توفرت هذه الشروط المذكورة سلفا فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحةالامتناع عن تسليم طفل، واستحق بذلك المتابعة و العقاب وفقا لنص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري[1].

ثانـيا: أركان الجريمة

ذكر المشرع الجزائري هذا الركن في قانون العقوبات من المادة 326 إلى المادة 328، حيث اعتبرها جنحة معاقب عليها وفقا للعقوبات المنصوص عليها[2].

1-الركن المادي:

أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الامتناع ذاته ، وهو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع، إلا أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة، ولولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة،أو متابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها ،والامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع اجراءات التنفيذ إضافة إلى ذلك يجب أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا وحقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع[3].

ويقوم هذا الركن على أربعة أشكال كالتالي:

1. إمتناع من كان الطفل موضوعا تحت رقابته ورعايته من تسليمه إلى من أسندت له الحضانة بموجب صدور حكم، ويتم إثبات الامتناع بواسطة المحضر.
2. إبعاد القاصر حيث يقيم من إستفاد من حق الزيارة بإبعاده أو إختطافه.
3. خطف القاصر من يد من ووكلت له حضانته[4].

---

[1] حمو بن إبراهيم فخار، المرجع السابق, ص 158.

[2] المواد من 326 إلى 328, الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتهم، الجريدة الرسمية ، العدد84، المؤرخ ديسمير 2006.

[3] بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق ،2009/2008، ص154.

[4] دغنوش أنيس، ميهوبي محمد العيد، المرجع السابق، ص 62-63 .

4. حمل الغير أيا كان على خطف القاصر.

هذه الجريمة تقوم في حق أحد الأبوين الذي يتجاهل الحكم القضائي، كما تقوم أيضا في حق كل من أسندت إليه الحضانة كالأم والخالة والجدة[1].

2 – الركن المعنوي:

جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه جريمة عمدية ويتحقق ركنها المعنوي بقصد جنائي عام، ويتحقق القصد الجنائي بعلم الجاني، الأب أو الأم أو أي شخص ممن لهم الحق في الحضانة ،بأن الطفل موجود لديه وكذا علمه بصدور حكم قضائي نافذ يقضي بإسناد الحضانة إلى شخص آخر ،حيث تتصرف إرادة الجاني الممتنع عن تسليم إلى عصيان الحكم الذي قضى بإسناد حضانة الطفل إلى شخص غيره، مع علمه بصدور هذا القرار وأن الطفل موجود تحت رعايته، وعلى ذلك اذا إمتنع عن التسليم لأنه كان يظن أن الحكم بالحضانة لم يصبح نهائيا لعدم تبليغه به مثلا، فينتفي القصد الجنائي بذلك لعدم إكتمال العلم.

وإضافة إلى عنصر العلم يتوجب أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل عدم التسليم حقيقة، فإذا كان الطفل مفقودا عند حلول وقت التسليم فإن الجريمة لا تقوم لإستحالة التسليم[2].

و من الإشكالات العملية التي تطرحها مسألة القصد الجنائي عديدة منها:

حالة تمسك الممتنع عن تسليم الطفل بإدعاء أن الطفل هو الذي يرفض الإلتحاق بمن له حق حضانته، وان لم يقرر القانون حلا لهذا الإشكال فإن القضاء الجزائري تعرض لهذه المسألة وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/08/19 أنه : [من ثبت أن المتهم لم يعلن صراحة عن رفضه تسليمه البنتين ولكن هما اللتان رفضتا الذهاب إلى والدتهما كما يشهد بذلك المحضر القضائي فإن إدانة المتهم بحجة عدم تسليم البنتين يعد خرقا للقانون][3].

---

[1] دغنوش أنيس–ميهوبي محمد العيد, مرجع سابق, ص63.

[2]حسينة شرون، <<جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه>>، مجلة الإجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد7، ص 27.

[3]قرار رقم 164848، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 1996/19/19، المجلة القضائية، العدد1 /1997، ص153.

وعليه فلا تقوم الجريمة اذا لم تتوفر الركن المعنوي لدى المتهم ، فمثلا إذا لم يقم الشخص الذي صدر حكم ضده تسليم الطفل المحضون، تنفيذا لحكم بإسناد الحضانة، مستندا على ذلك ترخيص من المحكمة لمدة معينة، ولا تقوم الجريمة خلال الفترة المسموح بها.

كما تجدر الإشارة إلى أن تعديل قانون العقوبات لسنة2006 جاء بأحكام جديدة تخص شروط المتابعة وإنقضاء الدعوى العمومية[1].

حيث تنص المادة 329 مكرر منه على أنه : "لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إبناء على شكوى الضحية. ويضع صفح الضحية حد المتابعة للمتابعة الجزائة"[2].

وعليه فإنه لا يمكن مباشرة المتابعة من أجل جنحة عدم تسليم طفل لحاضنه إلا بناء على شكوى الضحية، كما أن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة[3].

غير أن القضاء الفرنسي إستقر على إعتبار أن الملزم بالتسليم يعتبر مذنبا ويستحق العقاب، إذا لم يبذل كل ما في وسعه لحمل الطفل على الذهاب مع من يطلبه، وقضى بأن مقاومة الصغير ونفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان مبررا ولا عذرا قانونيا[4].

ويجب الإشارة في الأخير إلى أنه لا يؤخذ بالبواعث التي دفعت الجاني إلى الإمتناع عن تسليم الطفل لمن له الحق في حضانته سواء كانت هذه البواعث سلبية أو سليمة، فإن جريمة الإمتناع في هذه الحالة تظل قامة طالما توافر ركناها المادي والمعنوي[5].

---

[1]غضبان مبروكة، موقف الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق، 2018/2017، ص 268.

[2]المادة 329, الأمر رقم 66-156، المؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق لـ08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد84، المؤرخ في: 24 ديسمبر2006.

[3]غضبان مبروكة، المرجع نفسه، ص 296.

[4]حسينة شرون، المرجع السابق، ص27.

[5]بن عشي حسين، المرجع السابق، ص 183.

الفرع الثاني : جريمة إختطاف المحضون من حاضنه

نصت المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري على هذه الجريمة والتي وردت كما يلي: "... وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف"[1].

من خلال هذه المادة نستنتج أن اختطاف المحضون من حاضنته تعتبر جنحة معاقب عليها في قانون العقوبات الجزائري وتشترك هذه الجريمة مع الجريمة السابقة في الموضوع والهدف، إضافة إلى ذلك اشتراكهما في الخضوع إلى عقوبة موحدة، ولقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية:

أولا : العنصر المادي لإختطاف المحضون:

إن الركن المادي لجريمة إختطاف المحضون من حاضنه ركن أساسي يشتمل على عدة صور وعدة حالات وكل حالة منها كافية لتكون العنصر المادي للجريمة، وهذه الصور أو الحالات هي:

- صورة إختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته.
- صورة إختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة ودارالحضانة وما شابههما.
- صورة تكليف الغير بحمل المحضون أو خطفه أوإبعاده عن المكان الموجود فيه لسبب من الأسباب ، وصورة هذا النشاط هو خطف الطفل ثم نقله إلى مكان آخر بعيدا عن بيته وقطع صلته بأهله، ولا يتم توفر هذا الركن إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير، فإن الشخص الذي وقع الإختطاف لفائدة الأب أو الأم أو الجدة أوالخالة و بناءا على طلبه يعتبر هو الفاعل الأصلي وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد ونفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة بسبب أنه قد جعل من نفسه وسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر مجانا أو مقابل أجر[2].

---

[1] المادة 328, الأمر رقم 66-156، المؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق لـ08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد84، المؤرخ في: 24 ديسمبر2006.

[2] عماري سناء، المرجع السابق، ص 99-101، بتصرف

ثانيا: عنصر توفر الحكم القضائي:

سبق الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة، هو عنصر لابد من توفره في هذه الجريمة أيضا ، وذلك نظرا إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ حالا[1].

ثالثا: عنصر القصد أو النية الجرمية:

جريمة إختطاف الأطفال بمختلف صورها هي جريمة عمدية ، إذ تقتضي لقيامها ضرورة توافر القصد الجنائي أي يقوم الجاني بإرتكاب فعله عن علم وإرادة (قصد جنائي عام) متجهين لإرتكاب الجريمة في أحد صورها وفقا للتحديد السالف بيانه[2]، فعندئذ تكتمل الجريمة لعلم الخاطف بخطورة تصرفه الإجرامي وإنصراف إرادته إلى تحقيق نتيجة إجرامية.

ولهذا فإن القانون قد يعاقب على مجرد فعل إختطاف المحضون مباشرة ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها عن تلك الأماكن التي أبعد عنها أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الإختطاف ولا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الإختطاف أو الإبعاد، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديه له، وما عليه لكي ينجو من المتابعة والعقاب إلا أن يثبت حسن نيته و عدم توافر عنصر القصد السيء ولا فعل الإختطاف أو الإبعاد[3].

---

[1] عادل شباب، المرجع السابق، ص 113.

[2] بوزيتونة لينة،<<المعالجة الجزئية لجريمة إختطاف الأطفال في الجزائر>>، مجلة الآفاق العلمية، جامعة الحاج لخضر باتنة-1، العدد4، 2020، ص475-499.

[3] عماري سناء ،المرجع السابق، ص102.

الفرع الثالث: جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه، إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد ، وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات.

فإن أسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورةاعتيادية بحيث تمنعهم من رؤية الأب وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب[1].

حيث نصت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري في هذا الشأن على أنه "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن للحكم يحق الزيارة"[2].

وتخضع هذه الجريمة لنفس إجراءات المتابعة و نفس العقوبة المقررة لجريمة عدم تسليم الطفل إلى حاضنه باعتبارها مستنبطة من نص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري.

تقوم جريمة الإمتناع من تنفيذ حكم الزيارة في حال توفر ركنها المادي والمعنوي:

أولا: الركن المادي:

يتكون هذا الركن من ثلاث عناصر:

1. وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حائز على قوة الشيء المقضي فيه.

2.أن يكون من الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين و يمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر[3].

---

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل–دراسة مقارنة لبعض تشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ–2008 م،ص258.

[2] المادة 64, من الامر 05–02, المتعلق بتعديل قانون الأسرة.

[3] صالح خيضر، فارس دبه، المرجع السابق، ص81.

3.أن يكون الإمتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود، أو إعتراف الممتنع نفسه ، ومنه إذا توافرت هذه الشروط أو عناصر مجتمعة فإن الطرف الممتنع يكون قد إرتكب جنحة الإمتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته بالتالي أصبح عرضة للمتابعة والعقاب، فنص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري يطبق على من له حق الحضانة و منع الطرف الذي له حق الزيارة من حقه ، كما يطبق على من له حق الزيارة إذا إمتنع عن إرجاع الطفل إلى حاضنه بعد إنتهاء أجل الزيارة إذ لا فرق من حيث مضمون الحكم بين الحضانة وحق الزيارة ،فالهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية للطفل ومعاقبة من يخل بها أو يعتدي عليها[1].

ثانيا: الركن المعنوي:

يتضمن الركن المعنوي في عنصر علم الجاني بصدور حكم قضائي حاز قوة الشئ المقضي فيه، وعنصر رفض الجاني تسليم الطفل، فهي جريمة عمدية تستوجب العقاب في حالة توافر أركانها[2].

هكذا نجد أن المشرع قد أولى إهتمام خاص بالمحضون والطفل بصفة عامة ، عندما نص على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة[3].

من خلال دراستنا للإجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، وبالرغم من وجود نصوص قانونية منظمة في مجال حضانة الأولاد، فإن الواقع التطبيقي والعملي في مجال الاجتهاد القضائي اكد على أن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال لأنه قبل إصداره لأي حكم خاص بحضانة الطفل يراعي مصلحة المحضون.

---

[1]صالح خيضر، فارس دبه، المرجع السابق، ص81.

[2]غضبان مبروكة، المرجع السابق، ص 270.

[3]عادل شباب، المرجع السابق ، ص115.

الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه أو اختطاف المحضون من حاضنه، والامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة كلها جرائم يعاقب عليها القانون.

ملخص الفصل:

نخلص من خلال ما تعرضنا له في هذا الفصل إلى:

– أن أسباب سقوط الحق في الحضانة تتمثل في:

- السفر بالمحضون مسقط للحضانة عند الحنفية بخلاف الجمهور إذ كان المقصود به النقلة وإبعاد المحضون عن أهله فهو مسقط عند الجميع.
- فسق الحاضنة أو قلة دينه.
- الأمراض العقلية والجسدية، إذا كانت مستديمة وقابلة للإنتقال والعدوى.
- زواج الأم الحاضنة، واختلفو في ذلك على أقوال.

– إذ سقطت الحضانة لعذر ثم زال العذر يعود فيها، إلا عذر الزواج، وقد يكون سقوط الحضانة بسبب أمر اضطراري أم اختياري.

– أما عن مسقطات الحضانة في ق.أ.ج

- زواج الحاضنة بغير قريب محرم.
- سكوت من له الحق في المطالبة بالحضانة.
- اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ.ج
- عمل المرأة الحاضنة، وقد انفرد المشرع الجزائري بهذه المسألة .
- مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانته.

– يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري .

– الحضانة في المرحلة الأولى (الطفولة) موجهة للنساء أما المرحلة الثانية يكون تحت رعاية وليه من الرجال.

– علق المشرع كل أحكامه بمصلحة المحضون التي يسعى القاضي للبحث عنها وتحقيقها واللجوء إلى عدة آليات يسعى من خلالها إلى الإلمام بمشاكل المحضون وظروفه حتى يقدر ويصدر حكمه.

الخاتمة

خاتمــة:

بعد دراستنا لموضوع مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وأحكامها بأهم ما جاء في تفاصيلها التي أوردناها، وما تطرقنا له في أقوال الفقهاء، وكذا في نصوص قانون الأسرة الجزائري والذي يقوم أساسه على حفظ الطفل ورعاية شؤونه فإننا توصلنا إلى النتائج التالية:

– أن المشرع الجزائري هو الذي أعطى لنا أحسن التعاريف للحضانة حيث ركز في تعريفه على أسباب وأهداف الحضانة، وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، فنجد أنه جمع كل ماهو صالح للطفل من الناحية الدينية والصحية والخلقية.

– لم يُعطى تعريفا دقيقا لمصلحة المحضون وقد ترك هذا الأمر لاجتهاد الفقهاء لتوسع فكرة مصلحة المحضون وما يعيشه الصغير من ظروف.

– أما بالنسبة للشروط الواجب توافرها في الحاضن لم يحددها المشرع الجزائري في قانون الأسرة وترك الأمر في ذلك للفقه الإسلامي حسب مانصته المادة 222 من ق.أ.ج, ومن أهم هذه الشروط: القدرة, البلوغ, العقل والإسلام.

– ومن الآثار المترتبة على مصلحة المحضون: سقوط الحق في الحضانة في حال اختلال أحد الشروط اللازم توافرها في الحاضن في حال التقصير في التزماته ويعود هذا الحق بعد زوال السبب المانع والمسقط وفق إجراءات معينة.

– تمديد حضانة الطفل المحضون حسب ما تقتضيه مصلحته.

– أن وضع كل الوسائل والآليات القانونية والإجرائية بيد القاضي لإعمال سلطته في تقدير مصلحة المحضون، ولرقابة الحاضن بمضمون الحضانة.

– من خلال دراستنا للإجتهادات القضائية في مجال الحضانة نجد أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، لأنه قبل اصداره لأي حكم خاص بحضانة الطفل يراعي مصلحته، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى تضارب في الأحكام وذلك نظرا لكون معيار المصلحة يتغير بحسب كل حالة.

التوصيات والمقترحات :

– رغم مراعاة المشرع لمصلحة المحضون إلا أنه يوجد بعض التقصير خاصة من ناحية النصوص القانونية التي تكفل حماية المحضون.

– جاءت المادة 62 من ق.أ.ج التي حددت الشروط المطلوبة في كل من له حق الحضانة مبهمة وغير واضحة، فوجب على المشرع ضرورة تعديلها لإعطاء دقة أكبر لهذه الشروط.

– وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون، و وجوب تحديد المعايير التي بواسطتها يمكن للقاضي أن يعمل بها في مسائل الحضانة حسب سلطته التقديرية.

– وضع نص قانوني، ينظم حق الزيارة والمسائل المتعلقة به، من حيث مكان ومدة الزيارة.

– وضع هيئات خاصة بحماية الأطفال وكفالة حقوقهم, وكذا تخصيص لجنات تعمل على المراقبة المستمرة لأوضاع الأطفال المحضونين, نظرا للمأساة التي يعيشونها أثناء وبعد الإنفصال.

فهارس البحث

1- فهرس الآيات القرآنية

السورة والآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة النساء		
﴿ وَلْيخَشَ الذِّينَ لوْ تركُوا مِّنْ خَلْفِهِمْ ذرِّيةً ضِعاَفاً خَافوُا عَليْهِمْ فلْيتَقُّوُا اللهَ ۖوَلْيقَوُلوُا قوْلًا سَدِّيداً﴾	09	17
سورة الإسراء		
﴿ وَقلُ رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبيَّاَنِّي صَغِّيرًا ﴾	124	12
سورة الحج		
﴿ثمَّ نُخرِجُكُمْ طِّفْلاً﴾	05	16

2- فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	رقم الصفحة
(أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ، مَا لَمْ تَنْكِحِي)	12, 24, 28, 40
(هذَا أَبُوكَ، وَهَذِهِ أُمُّكَ، فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ)	48
(اللَّهُمَّ اهْدِهِ، فَعدلَ إِلَى أَبِيهِ)	22

3- قائمة المصادر والمراجع:

أولا: الكتب

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

1/- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية.

2/- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1998م.

3/- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1957م.

4/- أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، دمشق، الحجاز، 2009م.

5/- أبي عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، كتاب السنن الكبرى، تحقيق حسن عبد المنعم الشلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 2001م.

6/- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية.

7/- أبي الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت.

8/- أحسن أبو سقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2003م.

9/- أحمد المومني وآخر، الأحوال الشخصية، دار المسيرة، عمان، الطبعة الأولى، 2009م.

10/- أحمد رجوب، أحكام الحضانة في القوانين العربية و الأجنبية، دار العماد للنشر والتوزيع، حلب، الطبعة الأولى، 2019م.

11/- إسماعيل أبا بكر البارمي، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع ،عمان، الطبعة الأولى.

12/- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الاسلام، دار التأليف، مصر، الطبعة الثانية،1971م.

13/- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة لبعض تشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008 م.

14/- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971م.

15/- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

16/- الشيخ محمد الشماع، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1991م.

17/- الصنعاني محمد بن إسماعيل (ت:852 هـ) ، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تعليق ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى.

18/- عبد الحكيم جياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009.

19/- عبد الرحمان الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، دار القلم للنشر، دبي، الطبعة الأولى، 1987م.

20/- عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى، 2001م.

21/- الغزالي: أبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى من علم الأصول.

23/- الفيروز أبادي, مجد الدين بن محمد بن يعقوب, القاوس المحيط, تحقيق محمد نعيم العرقسوسي, مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة, لبنان, ط3, 1998.

24/- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، الجزائر،2014م.

25/- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاقفي الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015م.

26/- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي, القوانين الفقهية, تحقيق ماجد الحمودي, دار الحزم, ط1, 2013.

27/- محمد خليفة أبو قرين، الشرح المبسط لأحكام الأسرة في الإسلام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى، 2007.

28/- محمد محمد سعد: دليل المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الندوة.

29/- محمد مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1983م.

30/- مصطفى ديب البغا وآخر، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق،الجامعة الإفتراضية السورية.

31/- مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق وآثاره ، دراسة مقارنة، منشورات جامعة سبها، الطبعة الأولى، 2006.

32/- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دار الهومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2018م.

33/- نصر الدين الألباني, إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل, المكتب الإسلامي, بيروت, ط1, 1998.

34/- نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق حقوق الأولاد والصغار،دار الكتب الحديث، الجزائر،2009.

35/- وفاء مرزوقي، حماية الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى.

36/- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية،1420هـ.

37/- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي اليسر، دار الكلم، بيروت، الطبعة الثانية، 2010م.

ثانـــيا: المقالات

1/- أعراب بلقاسم،"مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 1994م.

2/- براءة علي يوسف،"حضانة المرأة العاملة (دراسة فقهية مقارنة) "،إمارة الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، العدد6،2019م.

3/- بوزيتونة لينة،"المعالجة الجزئية لجريمة إختطاف الأطفال في الجزائر"، مجلة الآفاق العلمية، جامعة الحاج لخضر باتنة-1، العدد4،2020م.

4/- حسينة شرون،" جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد7.

5/- عبد الرزاق أحمد الشيبان، "إجراءات الخبرة القضائية ودورها في الإثبات"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة جيهان السليمانية.

6/- مغاري حياة ،" دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1،المجلد 58، العدد 04، 2021م.

7/- هلتالي أحمد،"استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد 11 ، سبتمبر2018م.

- **الندوات:**

1/- المهدي محمد الحرازي، مستحقو الحضانة حسب متغيرات العصر، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة، جامعة ام القرى، مكة المكرمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ،1436هـ.

2/- عبد الله بن إدريس أبو بكر ميغا، حق القريب الحاضن في المحضون و وسائل تنفيذه، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الاسلامي بالرابطة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1436هـ.

ثالـــثا: البحوث الأكاديمية

1/- ايمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجيستير في الحقوق، الأحوال الشخصية، جامعة حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014م-2015م.

2/- بن عشي حسين، جرائم الامتناع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون جنائي، جامعة باتنة1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015م-2016م.

3/- حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2014م-2015م.

4/- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2004م-2005م.

5/- دغنوش انيس، ميهوبي محمد العيد، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر في قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف ،المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2020م-2021م.

6/- سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014م-2015م.

7/- شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق،2008م-2009م.

8/- شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013م-2014م.

9/- صالح خيضر، فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في القانون الخاص، قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015م-2016م.

10/- عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، شريعة وقانون، الجامعة الإفريقية، أدرار، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2010م-2011م .

11/- عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية، رسالة ماجيستر، المتخصص في حقوق الطفل، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2005م-2006.

12/- عماري زين الدين، ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري، مذكرة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2017م-2018م.

13/- عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجيستير في القانون الخاص،تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد محمد لخضر، الوادي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014م-2015م.

14/- عينار فاطمة، مساوي ليديا، أحكام الحضانة في القانون الجزائري،مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الداخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2012م.

15/- غضبان مبروكة، موقف الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق، 2017م-2018م.

16/- ليلى جمعي، حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، بحث شهادة دكتوراه، جامعة وهران،كلية الحقوق.

17/- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث دكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، 2008م-2009م.

رابـــــــــعا: المحاضرات

1/- أسماء فتحي عبد العزيز شحاته، زمن الحضانة ورؤية المحضون في نظر الفقه والقانون، جامعة الأزهر الشريف، كلية الدراسات الإسلامية والعربية فرع البنات بالقاهرة، قسم الفقه المقارن، ص1276-1275.

2/- الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جامعة حاجي مختار،عنابة، كلية الحقوق،ص28.

خامســا: النصوص القانونية

أ/- القوانين:

1/- قانون رقم 09-08 المؤرخ في: 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 28 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 المؤرخ في 23 افريل 2008 .

2/- القانون رقم 84-11 المؤرخ في: 09 يونيو 1984, المتضمن قانون الأسرة, الجريدة الرسمية, العدد 24, المؤرخ في: 12يونيو 1984, المعدل والمتمم.

3/- الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 18 صفر1386 الموافق لـ8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتهم، الجريدة الرسمية، العدد 84، المؤرخ في 24 ديسمبر 2006.

4/- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد15، المؤرخ في27 فبراير 2005

ب/- القرارات:

1/- قرار رقم 265727، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/02/13،المجلة القضائية، العدد 2002/02، ص 432.

2/- قرار رقم 52221، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/03/13، العدد 1993/1.

3/- قرار رقم 497457، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/05/13، المجلة القضائية، العدد2009/1، ص297.

4/- قرار رقم 330566، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،بتاريخ 2005/05/18، المجلة القضائية، العدد2005/01، ص301.

5/- قرار رقم 245123، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2005/05/18، المجلة القضائية، العدد 2004/1، ص 253.

6/- قرار رقم 302428، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/11/07، المجلة القضائية، العدد 1991/3، ص48.

7/- قرار رقم 31997، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، العدد 1989/1، ص73.

8/- ملف رقم 52221، المجلة القضائية، العدد الأول،1993،ص48.

9/- قرار رقم 164848، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بتاريخ 1996/09/19،المجلة القضائية، العدد 1997/1 ، ص153.

10/- قرار 274207،المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص262.

4- فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقـــــــدمة	أ
الفصل الأول: الأحكام العامة للحضانة ومصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**8**
المبحث الأول:مفهوم الحضانة والحكمة منها	**9**
المطلب الأول: مفهوم الحضانة	**9**
الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة	**9**
الفرع الثاني: تعريف الحضانة اصطلاحا	**10**
أولا: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي	**10**
ثانيا: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	**11**
المطلب الثاني: مشروعية الحضانة والحكمة منها	**11**
الفرع الأول: مشروعية الحضانة	**12**
أولا: مشروعية الحضانة من القرآن الكريم	**12**
ثانيا: مشروعية الحضانة من السنة النبوية	**12**
الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الحضانة	**13**
المبحث الثاني: مصلحة المحضون مفهومها وضوابطها	**14**
المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون	**14**
الفرع الأول: مفهوم المصلحة	**14**
أولا: المصلحة لغة	**14**
ثانيا: المصلحة إصطلاحا	**15**
الفرع الثاني: مفهوم مصلحة المحضون	**16**

أولا: تعريف الطفل المحضون في الفقه الإسلامي	**16**
ثانيا: تعريف مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري	**17**
المطلب الثاني: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون	**17**
الفرع الأول: المعيار المعنوي و الروحي	**18**
الفرع الثاني: معيار الإستقرار والأمن والمعيار الصحي	**19**
أولا: معيار الإستقرار والأمن	**19**
ثانيا: المعيار الصحي	**19**
الفرع الثالث: المعيار المادي	**20**
المبحث الثالث: الشروط المتعلقة باستحقاق الحضانة وترتيبهم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**20**
المطلب الأول: شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**21**
الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي	**21**
أولا: الشروط العامة الواجب توافرها في الرجال والنساء	**21**
1/- البلوغ	**21**
2/- العقل	**21**
3/- القدرة على تربية المحضون	**22**
4/- الأمانة على الأخلاق	**22**
5/- الإسلام	**22**
6/- خلو الحاضن من الأمراض المعدية	**22**
ثانيا: الشروط الخاصة الواجب توافرها في كل من الرجال والنساء	**23**
1/- الشروط الخاصة بالرجال	**23**
2/- الشروط الخاصة بالنساء	**24**

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	**25**
أولا: العقل	**25**
ثانيا: الأهلية	**26**
ثالثا: القدرة	**26**
رابعا: الأمانة	**27**
خامسا: الإسلام	**27**
المطلب الثاني:مستحقي الحضانة وترتيبهم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**28**
الفرع الأول: مستحقي الحضانة وترتيبهم في الفقه الإسلامي	**28**
أولا: مستحقي الحضانة من النساء وترتيبهم	**28**
ثانيا: مستحقي الحضانة من الرجال وترتيبهم	**31**
الفرع الثاني: مستحقي الحضانة وترتيبهم في قانون الأسرة الجزائري	**32**
أولا: قبل التعديل 2005م	**32**
ثانيا: بعد التعديل 2005م	**33**
ملخص الفصل الأول	**35**
الفصل الثاني: آثار مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**37**
المبحث الأول: مسقطات الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ومدتها	**38**
المطلب الأول: مسقطات الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**38**
الفرع الأول: مسقطات الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي	**38**
أولا: مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي	**38**
ثانيا: عودة الحضانة بعد سقوطها في الفقه الإسلامي	**42**

الفرع الثاني: مسقطات الحضانة وعودتها في قانون الأسرة الجزائري	**42**
أولا: مسقطات الحضانة في قانون الاسرة الجزائري	**42**
ثانيا: عودة الحق في الحضانة في قانون الاسرة الجزائري	**46**
المطلب الثاني: مدة الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**47**
الفرع الأول: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي	**47**
الفرع الثاني: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	**48**
المبحث الثاني: وسائل القاضي في ممارسة السلطة التقديرية في مسائل الحضانة	**50**
المطلب الأول: آليات ومجال السلطة التقديرية للقاضي	**51**
الفرع الأول: الآليات المخولة للقاضي	**51**
أولا: التحقيق	**51**
ثانيا: الخبرة	**52**
ثالثا: المعاينة	**54**
الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي	**56**
المطلب الثاني: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة	**63**
الفرع الأول: جريمة الإمتناع عن تسليم المحضون إلى حاضنه	**63**
أولا: الشروط الأولية	**64**
ثانيا: أركان الجريمة	**66**
الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه	**69**
أولا: العنصر المادي لاختطاف المحضون	**69**
ثانيا: عنصر توفر الحكم القضائي	**70**
ثالثا: عنصر القصد والنية الجرمية	**70**
الفرع الثالث: جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة	**71**

أولا: الركن المادي	**72**
ثانيا: الركن المعنوي	**72**
ملخص الفصل الثاني	**74**
خاتمة	**76**
فهرس سور وآيات القرآن الكريم	**79**
فهرس الآحاديث النبوية	**79**
قائمة المصادر والمراجع	**80**
فهرس الموضوعات	**88**
ملخص البحث	**93**

ملخص البحث:

الحضانة من المواضيع المهمة, فقد جاءت حماية للطفل باعتباره الحلقة الأضعف في الأسرة والمجتمع فهو بحاجة للرعاية والاهتمام, وتوفير كل ما يحقق له النفع والصلاح تحقيقا لمصلحته التي أقر عليها الفقه الإسلامي وأكد عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

وقد وُسم البحث بعنوان: مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

وتمحورت إشكالية البحث الرئيسية كالآتي: فيما تتمثل مصلحة المحضون؟ وما هو الأساس المعتمد عليه من قبل الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري في تحديد هذه المصلحة؟

ومن بين أهداف البحث: بيان حقيقة الحضانة بمفهومها الشرعي فقها وقانونا, والإحاطة بمصطلح مصلحة المحضون وضبطه لأجل توفير الحماية اللازمة للصغار سواء مادية كانت أو معنوية, ومن بين الأهداف أيضا التعرف على الشروط الواجبة لاستحقاق هذه الحضانة ومدتها وأسباب سقوطها ومعرفة الطرق والإجراءات التي يعتمد عليها القاضي أثناء إسناده الحضانة للمستحق لها, وكذا إظهار مدى فعالية الآليات والطرق المكرسة لتحقيق مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية: المحضون, الحضانة, المصلحة, الطرق والإجراءات, سلطة القاضي.

Research Summary:

Nursery is one of the important issues, as it has come to protect the child as the weakest link in the family and society, as he needs care and attention, and to provide everything that brings him benefit and righteousness in order to achieve his interest,which was approved by Islamic jurisprudence and confirmed by the Algerian legislator in the family law. The research was entitled: The interest of the child in Islamic jurisprudence and Algerian family law. The main research problem revolved

as follows: What is the interest of the child in custody? What is the basis on which Islamic jurisprudence and Algerian family Law determine this interest? Among the research objectives: clarifying the reality of custody in its legal concept, jurisprudence and law, and taking note of the term “interest of the child and controlling it in order to provide the necessary protection for young people, whether material or moral. While assigning custody to the person entitled to it, as well as demonstrating the effectiveness of the mechanisms and methods devoted to achieving the interests of the child in Islamic jurisprudence and Algerian family law.

Keywords: the child under custody, custody, interest, methods and procedures, the authority of the judge.