الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
قسم الحقوق
رقم : .....

ميـــدان : الحـقـــوق و العلـــوم السياسية
فـــــرع : القانون الخاص
تخصـص : قانـــــون الأسرة

مذكـرة مقدمـة لنيل شهـادة ماستر أكاديمـــي

إعداد الطالب: تيطراوي منير

تحت عنوان

الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

ليلى إبراهيم العدواني	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيســا
فريجة الحسين	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا ومقررا
زرواق نصير	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

الإهداء

لا يطيب الكلام إلا بذكر الله ولا يصفوا المقام إلا بالصلاة والسلام على خير الأنام ولا تستساغ الدنيا إلا بالوالدين الكرام

إلى التي أهدتني حبها وحنانها وقدمت لي زهرة شبابها إلى التي كانت سند لي في أحلك الظروف ، أمي الغالية حفضها الله .

إلى الذي علمني أن الحياة نضال وكفاح، وربياني على حسن الخلق وعلى سيرة الإسلام .

الذي شاب لأعيش الشباب .

إليك يا من غرس في نفسي حب الله والرسول صلى الله عليه وسلم، يا أبي الغالي حفضك الله .

وإلى مصدر سعادتي وفرحي ومصدر قوتي، إخوتي الأعزاء وإلى كل أفراد عائلتي كبيرا وصغيرا .

شكر وتقدير

أحمد الله عز وجل الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع، فالشكر أولا وأخيرا لصاحب الفضل الله عز وجل الذي منى علي وأوصلني إلى ما أنا فيه والذي منحني الصبر والإرادة لإتمام هذه المذكرة.

ثم أتقدم بوافر الشكر إلى أستاذي الفاضل الدكتور فريجة الحسين الذي كان له الفضل في إتمام هذا العمل المتواضع بقبوله الإشراف على هذه المذكرة وكذا حسن المعاملة والتقدير والتفهم.

كما أتوجه بفائق شكري إمتناني إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة مذكرتي، وعلى ما أمضوه من وقت وما بذلوه من جهد لقرأة هذه المذكرة.

أشكر كل زملائي الطلبة على دعمهم وعلى توجيهاتهم ووكل من ساهم في إنجاز هذه المذكرة من قريب أو من بعيد.

الفرد الصالح هو أساس الأسرة والأسرة هي نواة المجتمع الخير، ولهذا فإن الإسلام إعتنى بالفرد منذ نعومة أظافره قبل أي تشريع وضعي، بل إعتنى به قبل ذلك عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصالحة والبيت الحسن.

يعتبر الزواج الخطوة الأولى لتكوين الأسرة، لذلك يجب أن لا تكون هذه الرابطة قائمة على أسس القهر، فقوام الحياة الزوجية هو التماسك والمودة والرحمة والتسامح والتفاهم، وإحترام الزوجين لبعضهما البعض.

تعد المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتب عنها من أثار بالغة الأهمية، وإذا إختلف الزوجين فلا يتم الترابط والإنسجام بينهما، ومن هنا فلا مصلحة من بقاء هذه العلاقة بين الزوجين مما يؤدي إلى إنفصالهم.

لكن عند إنهاء الرابطة الزوجية ينجم عنها عدة مشاكل، ومنها مشكلة تربية الأطفال ورعاية شؤونهم وصيانة حقوقهم أي مشكلة الحضانة.

فالطفل في مراحل حياته الأولى يكون محل تأثر تام بما يحيط به من ظروف سواء داخل الأسرة أو خارجها، فهو يولد صفحة بيضاء والمجتمع يكتب عليها مايشاء، وقد أمرنا الدين الإسلامي إلى ضرورة تنشئة الولد تنشئة صالحة خاصة في بداية طريق حياته، حتى لا تكون هناك عواقب وخيمة يتحملها عندما يكبر.

ويعتبر الوالدين هم المسؤولون عن نوع التربية المقدمة للأولاد، ويعتبر البيت هو المحيط الذي يكتسب فيه الطفل قواعد التربية ومهارات الحياة، وحفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له الأثر الفعال في سلوك أبنائهم وحسن تربيتهم وعنايتهم يؤدي إلى التوافق النفسي والعقلي للأولاد.

ولكن في حال الخلاف المتحكم بين الزوجين تتعطل أولويات الإهتمام بالأسرة، وغالبا ما ينعكس ذلك بالتراجع في الإهتمام بالأولاد، لاسيما إذا إنحلت الرابطة الزوجية بين الطرفين، ومن أبرز نتائج الطلاق مصير الأطفال في من يتولى رعايتهم وتربيتهم وصيانة حقوقهم وهذا مايسمى بالحضانة.

فالحضانة هي تربية الولد بعد المدة التي تنفك فيها الرابطة الزوجية، ممن لها الحق في تربيته شرعا وقانونا، فهي إذا حفظ الصغير ومن في حكمه (العاجز والمجنون والمعتوه) والقيام بتربيته وترتيب مصالحة من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته.

هذا الحق أقرته الشريعة الإسلامية، كما خصص المشرع الجزائري المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري مقرا فيها حق الطفل في الحضانة.

- **أسباب إختيار الموضوع**

1- من أسباب ودوافع دراسة هذا الموضوع تعود إلى العديد من الأسباب الموضوعية، لعل أهمها الميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة وخاصة موضوع الحضانة، لعدة إعتبارات من أبرزها التأثير المباشر على الأسرة، والتأثير السلبي على الأطفال الصغار.

2- من خلال إطلاعنا على أحكام القضاء إرتأيت أن أكثر قضايا الأسرة التي تطرح أمامه منها المتعلقة بأثار المترتبة على الطلاق كالنفقة والزيارة والسكن، تشكل خطرا على مصلحة الصغير وتنعكس سلبا على حياته، من خلال عيشه في عائلة يسودها لا الإستقرار والصراع الدائم.

3- الشيئ الملفت للإنتباه خلال معالجة النصوص القانونية التي أقرها قانون الأسرة الجزائري تأكيد المشرع على مبدأ مصلحة المحضون، من هنا يتجلى لنا تأثر المشرع وتبنيه لهذا المبدأ من جهة ومن جهة توفير الحماية الدائمة، ومراعاة مصلحة المحضون أي وضعه في ظروف ملائمة تتماشى مع حياته اليومية.

- **أهمية الموضوع**

1- لهذا الموضوع أهمية بالغة لإعتبار الأطفال هم شعلة المستقبل وثروة المجتمع، لذا يجب توفير الحماية الكافية لكي ينشئ الأطفال النشأة الصالحة والسوية، أما إذا كانت الأسرة غير مستقرة فإن هذا سيؤثر على الأطفال مما يؤدي إلى عواقب وخيمة تعصف بهم إلى الإنحراف والضياع، وهو ما يفرض ضرورة البحث عن حلول تضمن للطفل قدرا من الحماية وتعتبر أحكام الحضانة الحل القانوني السليم لذلك.

2- إن موضوع الحضانة من أهم المواضيع الأسرية التي تطرح أمام القضاء حال إنتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالموت ويصبح الأولاد هم ضحايا لذلك، وخاصة أن المشرع ترك أمر تقدير مصلحة المحضون للقاضي.

3- إن هذا البحث هو محاولة للإحاطة بالإطار القانوني للحضانة في قانون الأسرة الجزائري، والوقوف على الأليات القانونية لها، والتي تظهر من خلال نص على جملة من الحقوق تهدف إلى رعاية وحماية المحضون.

- **أهداف الدراسة**

1- إبراز مكانة الحضانة بالنسبة للطفل المحضون مع توضيح النصوص القانونية المنظمة لها في قانون الأسرة الجزائري، مع تبيان ماهو القانون الأصلح للمحضون.

2- بإعتبار أن موضوع الحضانة من القضايا التي تكون بكثرة أمام القضاء بعد إنتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق، وخاصة مع إعطاء القاضي صلاحية تقدير مصلحة المحضون، مما يستوجب علينا البحث عن موقف القضاء من خلال إجتهادات والقرارات القضائية.

3- البحث عن مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان الحماية للطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، والآليات القانونية الموضوعة لهذه الحماية.

4- البحث عن الإشكالات العملية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وبيان الحلول التي إعتمدها القضاء الجزائري في حالة غموض النص أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة، وما إذا كانت هناك إشكالات عملية فرضها الواقع أهملها النص وتصدى لها الإجتهاد القضائي.

- **الإشكالية**

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظميه لأحكام الحضانة؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية:

1- فيما تتمثل العناية الواجب توفرها للأولاد في الحضانة؟

2- ماهي الشروط الواجب توفرها في مستحقي الحضانة؟

3- ما الأثار المترتبة على الحضانة؟

4- ماهي الإشكالات العملية التي تعرض على القضاة عند النظر في قضايا الحضانة؟

- **المنهج المتبع**

من أجل الإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية، حيث أن طبيعة البحث في هذا الموضوع تقتضي إستخدام مناهج بحث علمية معينة تتماشى مع وضعية الدراسة، إرتأيت إختيار المناهج التالية:

1- المنهج الوصفي: الذي يناسب الدراسات القانونية التي تهدف إلى معرفة موقف المشرع من بعض المسائل القانونية.

2- المنهج التحليلي: الذي يعتبر أكثر المناهج إعتمادا عند تحليل النصوص القانونية، وهو منهج رأيناه مناسبا عند البحث في موقف القضاة من مسألة الحضانة.

- **الدراسات السابقة**

من خلال بحثنا لموضوع الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وقفنا على بعض الدراسات السابقة المهمة والتي كانت مرجعا مهما وسندا لنا نذكر منها:

1- مذكرة ماجستير للطالبة إيمان معمري بعنوان ضوابط السلطة التقدرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، والتي تم مناقشتها بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الوادي سنة 2014/ 2015.

2- وكذا مذكرة الماجستير للطالبة سناء عماري تحت عنوان التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، والتي تم طرحها في جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي سنة 2014/ 2015.

3- وكذا كتاب صور وأثار فك الرابطة الزوجية للمؤلف، باديس ديابي، دون طبعة، دار الهدى بالجزائر سنة 2012.

كانت هاتين أطروحتين والكتاب عونا لنا في بيان عدة نقاط وقضايا مهمة في موضوعنا.

- **صعوبات الدراسة**

من خلال محاولة دراسة هذا الموضوع واجهتنا بعض الصعوبات والعراقيل وتمثلت في:

1- قلة المراجع الحديثة المتعلقة بموضوع الحضانة في مكتبة الكلية.

2- تميز كتب الفقه القديمة بصعوبة الأسلوب وغموض العبارات.

3- أغلب المراجع قديمة وتمتاز بجانبها الشرعي أكثر من الجانب القانوني.

4- صعوبة الحصول على القرارات والإجتهادات القضائية.

5- التقيد بعدد الصفحات لم يتسنى لنا ذكر جميع المعلومات.

- **خطة الدراسة**

بغرض الإجابة على الإشكالية المشار إليها قمت بتقسيم دراستي إلى فصلين، الفصل الأول يتعلق بماهية الحضانة، والثاني بأثار الحضانة وإشكالاتها.

الفصل الأول بعنوان " ماهية الحضانة"، فقسمته إلى مبحثين المبحث الأول يتناول مفهوم الحضانة، وقسم بدوره إلى مطلب أول فيه تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها، ومطلب ثاني أبين فيه مدة الحضانة وشروط إستحقاقها.

والمبحث الثاني يتعلق بترتيب الحاضنين ومسقطات الحضانة، قسمته إلى مطلبين أولهما يبن ترتيب الحاضنين، أما الثاني فأبين من خلاله مسقطات الحضانة.

الفصل الثاني بعنوان" أثار الحضانة وإشكالاتها"، فقسمته إلى مبحثين المبحث الأول تطرقت إلى أثار الحضانة، وضحت في المطلب الأول نفقة المحضون وأجرة الحضانة، وفي المطلب الثاني حق المحضون في السكن والزيارة.

أما المبحث الثاني فخصصته لإشكالات المطروحة في مجال الحضانة، فتطرقت في المطلب الأول إلى حالة الزواج المختلط، وفي المطلب الثاني إلى إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة.

تمهيد:

تعتبر الحضانة من أبرز الآثار المنجزة عن إنحلال الرابطة الزوجية، خاصة في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق، وهي البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند ما هو أقدر على الإهتمام والرعاية به وبشؤونه، فأصل في الحضانة مصلحة المحضون والتي تعتبر العمود الفقري لها، ومن هنا إعتبرت الحضانة مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية بالطفل وهو ما أثر ذلك إيجابا على التشريعات الوضعية.

ولقد حدد المشرع الجزائري لهذا الغرض عدة مواد، من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري والتي ضبطت مجموعة من قواعد وأساليب لرعاية وحماية الطفل المحضون.

ومن خلال هذا الفصل سوف نتطرق في (المبحث الأول) مفهوم الحضانة، وفي (المبحث الثاني) عن ترتيب الحاضنين ومسقطات الحضانة.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

يثبت لطفل منذ ولادته ثلاث ولايات : ولاية التربية، والولاية على النفس و الولاية على ماله إذا كان له مال[1]، وما يهمنا ولاية التربية أو ما يسمى بالحضانة، ومنه الرعاية والتربية للطفل من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية وجاء بها قانون الأسرة الجزائري ما إصطلح عليه بالحضانة من أبرز النتائج المتولدة عن إنحلال الزواج.

وبهذا سوف نتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الحضانة في (المطلب الأول) ومدة الحضانة وشروط إستحقاقها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها

للحضانة عدة حقوق مختلفة كما أنه الجهات التي تقوم بصياغتها وتنفيذها متعددة، وعليه سنتناول في (الفرع الأول) تعريف الحضانة، كما يجب تحديد وتبيان أدلة مشروعية الحضانة سواء من القرآن الكريم أو السنة النبوية أو الإجماع في (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف الحضانة

أولا : التعريف اللغوي للحضانة

جاء في القاموس المحيط: "الحضن بالكسر مادون الإبط إلى الكشخ أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشئ وناحيته، جمع أحضان، وحضن الصبي حضنا وحضانته بالكسر جعله في حضنه أو رباه كاحتضنه، والطائر بيضه حضنا وحضانه بكسرهما وحضونا رحم عليه للتفريخ"[2].

في تعريف لإبن منظور للحضانة" بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة الحضن وهو الجنب أو الصدر، والعضدان وما بينهما، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جبها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته"[3].

---

[1] محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 404.

[2] الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1980، ص 211.

[3] إبن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، مجلد العاشر، دون طبعة، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر، ص 661.

ثانيا: التعريف الإصطلاحي للحضانة

من الناحية الفقهية إعتنى كل من رجال القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية بالتعريف بالحضانة، على الرغم من وجود العديد من التعريفات إلا أنه هناك ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة، نجد أن جلها تنصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا وأخلاقيا، ومن أهم التعاريف أن الحضانة هي تربية الولد لمن له الحق في الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لاينتقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تميزه كطفل وكبير ومجنون وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها[1].

أما الشافعية فيعتبرون الحضانة بأنها" هي تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه، ويقيه عما يضره، ولو كبيرا مجنونا، كأن يتعهد بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام، أما المالكية فيعرفون الحضانة بأنها " حفظ الولد والقيام بمصالحه[2]".

نستنتج من التعاريف السابقة أن الحديث يدور عن الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد، وذلك مقصود في حد ذاته كون أنه لابد من الصغر أو العته في إيجاب الحضانة، ذلك البالغ الراشد لا حضانة عليه.

ثالثا: التعريف القانوني للحضانة

لقد جاء تعريف الحضانة في نص المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري بقولها<<" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[3]>>.

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

---

[1] رمضان علي الشرنباصي، الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006. ص 179.

[2] أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث والرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 10.

[3] القانون رقم (84/ 11) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

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

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

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

من خلال التعريفين السابقين نجد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

يعلق عبد العزيز سعد على التعريف " بأن تعريف قانون الأسرة على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف، ولاسيما من حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره، ومن حيث أن التعريف جمع في عموميه كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية"[4].

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

1- تعليم الولد: ويقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حق لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا إلى غاية إستنفاذ طاقته و إستطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته[5].

---

[1] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص 88-89.

[2] مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الطبعة الثانية، المطبعة الأمنية، الرباط ،1962، ص 30.

[3] مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الطبعة الثانية، المطبعة الرسمية، تونس ،1982، ص 16.

[4] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 89.

[5] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر،2012، ص 125.

2- تربيته على دين أبيه: ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه، بمفهوم المخالفة في المادة (30) من قانون الأسرة المعدلة بالأمر (02/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، والعكس جائز شرعا وقانونا، وما يؤكد ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة (62) على تربية الولد على دين أبيه، أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل[1].

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته: (لا يسقط إكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها على الدين الإسلامي)[2].

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

4- حمايته صحيا: يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته، وذلك بأن يتلقى كل التلقيحات اللازمة والدورية، وأن يعرض على طبيب كلما إستدعت الحاجة[3].

5- حمايته خلقيا: الحماية الخلقية ذات إرتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه و إعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء[4].

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 125.

[2] قرار محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 457038، بتاريخ 2008/09/10، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2008، ص 313.

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

[4] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 126.

الفرع الثاني: أدلة مشروعيتها

أولا: حكم الحضانة:

الحضانة واجبة للمحضون لأنه بحاجة إليها في تلك المرحلة بعد إنحلال الرابطة الزوجية، ففي هذه الفترة الصعبة يحتاج الطفل إلى الرعاية واليقظة والإنتباه، لأنها متعلقة بحفظ حياة الإنسان، وهي واجبة على الحاضن إتجاه المحضون فهي جزء من حقه ولا يجب التخلي عنها، وإهمالها يسبب ضرر للمحضون.

ثانيا: مشروعية الحضانة

جاءت العديد من الأيات القرأنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة تحث على رعاية الصغير وحمايته وتدبير شؤونه كما أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب الحضانة.

1ـ دليل مشروعية الحضانة من القرآن الكريم: يتضح لنا وجوب الحضانة من خلال العديد من الآيات القرآنية:

قوله تعالى **{"**فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا[1]**"}**.

أي جعل الله تعالى النبي زكرياء عليه السلام متكفلا وحاضنا للسيدة مريم، أي ملتزما بمصالحها فكانت في حضانته وتحت رعايته[2].

وقوله تعالى: **{"**الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ[3]**"}**.

ووجه الدلالة من الأية أن الله سبحانه طالب الأمهات بإرضاع أولادهن، والحضانة من لوازم الرضاع، فدلت الأية على مشروعية الحضانة لتوافر الرحمة والنفقة و إنتزاع الولد الصغير منها

[1] سورة أل عمران، الأية رقم 37.

[2] محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار السلام، الرياض، 1997، ص 114.

[3] سورة البقرة، الأية رقم 233 .

إضرارا به وبها، فإذا كانت الأم هي التي تقوم بإرضاعه وهو في حضانتها فلا إشكال في هذا إذا كان الإرضاع لغيرها فإنه ينبغي ألا يضيع حق الأم في الحضانة أولا يتأثر بذلك[1].

2ـ دليل مشروعية الحضانة من السنة النبوية: لقد حدثت في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم مواقف نستطيع أن نستخرج من خلالها أهمية الحضانة ووجوبها، ذكرت العديد من الأحاديث في هذا الصدد.

عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو: أن إمرأة قالت :" يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن إياه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق بهم مالم تنكحي[2]".

ووجه الدلالة في هذا الحديث تؤكد المرأة للنبي عليه الصلاة والسلام، أن بطنها كانت وعاء لولدها وقت أن كان جنينا وأن حجرها وهو حضنها كان يحوجه ويضمه وهو صغير وهذه صفات إختصت بها الأم، وهذه الحيثيات التي قدمتها الأم جعلت نبينا العادل يحكم لها بأحقيتها في حضانة ولدها، إذا وقع الطلاق وتنازع الأبوين على حضانة الولد وهو دليل على مشروعية الحضانة من السنة النبوية و إستحقاق الأم لحضانة ولدها[3].

وعن البراء بن عازب أن إبنة حمزة إختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي:" أن أحق بها: هي إبنة عمي، وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي، وقال زيد إبنة أخي، وقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال: الخالة بمنزلة الأم، متفق عليها[4]".

نستنتج من الأحاديث السابقة الذكر دلالة واضحة على أحقية الأم في الحضانة، وعلى وجوب رعاية الطفل وتربيته من خلال ما يسمى بالحضانة.

3ـ دليل مشروعية الحضانة من الإجماع: روي أن عمر بن الخطاب فارق إمرأته جميلة بعد أن أنجب منها عاصما ثم نتج خلاف بين عمر ومطلقته بشأن حضانة عاصم إبنهما كل يود

[1] فاطمة حداد، المرجع السابق. ص 90–91.

[2] أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 11.

[3] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 91.

[4] أحمد محمد علي داود، المرجع السابق ، ص 11.

أن يضمه إليه ومن ثم رفع هذا النزاع إلى أبو بكر رضي الله عنه فقضى بمنع عمر من ضم إبنه إليه وقال لعمر: ريحه ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك وكان الصحابة حين قال ذلك حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك إجماعا[1].

المطلب الثاني: مدة الحضانة وشروط إستحقاقها.

المحضون بحاجة إلى رعاية وتدبير شؤونه وحاجياته الأولية، لمن أوكلت الحضانة لهم، فتبدأ مدة الحضانة للصغير والصغيرة للنساء بالولادة وتنتهي بإستغناء كل منهما عن خدمتهن، بمعنى أن يستطيع كل منهما تدبير شؤونه بنفسه، فيأكل ويلبس وحده، وبدون حاجة إلى الإستعانة بغيره.

وهذا ما سنبينه في هذا المطلب حيث سنتناول مدة الحضانة وإنتهائها في (الفرع الأول) وشروط إستحقاق الحضانة في (الفرع ثاني).

الفرع الأول: مدة الحضانة وإنتهائها

المقصود بمدة الحضانة: الفترة الزمنية مابين بدايتها ونهايتها، وهي تبدأ منذ حاجة الطفل إليها، أي من وقت ولادته حيا، ولا خلاف في أن المحضون ذكر كان أو أنثى يبقى في يد حضانته إلى سن التميز، وهي السن التي لا يستطيع فيها أن يأكل ويشرب ويقضي حاجته بنفسه، مستغنيا عن الحضانة، والإستغناء بهذه الصورة يكون مابين سن السابعة والتاسعة، ولكن قد يتأخر أو يتقدم، فالحكم مداره على التميز والإستغناء عن الحاضنة لا على السن[2].

أولا: مدة الحضانة

نصت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري على أن <<" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

[1] رمضان السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 180–181.

[2] محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 395.

على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[1]>>.

ما جاءت به المادة (65) في تحديد مدة الحضانة عما هو مقرر في الفقه الإسلامي، ومنه مدة الحضانة القانونية تبدأ بلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى سن الزواج.
يقصد بالحضانة هنا حضانة الأم أو الجدة للأم أو الخالة أو الجدة للأب وبإستطاعة القاضي تمديد حضانة الأم لإبنها لغاية بلوغه سن عشر سنوات بشرط أن لا تكون قد تزوجت ثانية، غير أن مصلحة المحضون في كل الأحوال هي الواجب مراعاتها من طرف القاضي سواء عند إسناد الحضانة أو الحكم بإنهائها أو بتمديدها، مع الإشارة بأن عمل المرأة خارج البيت ليس مانعا من موانع الحضانة[2].
مع الملاحظة أنه إذا كان الولد قد بلغ سن العاشرة، ويثبت أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنته أو حاضنه إذا كانت أما ولم تتزوج ثانية، فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل عريضة بتمديد هذه الحضانة من 10 إلى 16 سنة إذا كان ذلك بناءا على طلب الحاضن نفسه، وفي مصلحة المحضون[3].

بالنسبة للأنثى قد حدد المشرع الجزائري مدة الحضانة ببلوغها سن الزواج حسب نص مادة (07) من قانون الأسرة هو 19 سنة.

وتنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها[4].

هنا تطرح عدة تساؤلات هل أن البنت إذا بلغت 19 سنة ولم تتزوج هل تنتهي حضانتها؟ وفي مثل هذه الحالة ماهو ماصيرها؟

حسب رأي الشخصي كان على المشرع الجزائري تغير صياغة المادة وجعلها إلى غاية زواجها بدلا من بلوغها سن الزواج.

---

[1] القانون رقم (84/11) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسرية)، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 76.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 141.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 347914، بتاريخ 2006/01/04، المجلة القضائية، العدد الأول، ص 499، عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 63.

أما بالنسبة للفقرة الثانية من المادة (65) التي مفادها على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون عند الحكم بإنتهاء الحضانة، فإننا نعتقد أن إنتهاء الحضانة يقع تلقائيا ببلوغ الذكر سن العاشرة أو السادسة عشر بعد التمديد، وببلوغ الأنثى سن أهلية الزواج، ولايحتاج الأمر إلى إصدار حكم قضائي ولا إلى حكم ولائي للإثبات إنقضاء مدة الحضانة[1].

البحث عن المصلحة مهمة منوطة بقاضي الموضوع وتتم بجميع الطرق بما فيها المرشدة الإجتماعية وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 16 نوفمبر 2005 المبدأ: (إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بإنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة، فإن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعين مرشدة إجتماعية تقوم بزيارة بيت الطرفين لكي تسند له تحديد أين تكمن المصلحة طبقا للمادة (64) من قانون الأسرة الأمر الذي خلى منه القرار المنتقد وجعله منعدم الأساس القانوني مما يعرضه للنقض و الإبطال)[2].

ثانيا: إنتهاء الحضانة

إذا لم تسقط الحضانة عن الحاضن فهذا يعني بقاء المحضون عنده، لكن بقاءه لا يكون مؤبدا، بل تنتهي متى إنتهت المدة المقررة لممارسة الحضانة، هذه المدة تختلف بإختلاف المذاهب الإسلامية، كما أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة مدة إنتهاء الحضانة[3].

وذلك بالرجوع إلى المادة (65) التي سبق ذكرها في تحديد ممدة الحضانة بالنسبة لذكر والأنثى.

إن قانون الأسرة الجزائري، أغفل التحدث عن وضعية المحضون بعد إنقضاء مدة الحضانة لذا لابد من الرجوع إلى أراء فقهاء الشريعة الإسلامية بالرغم من إختلافها في حالة إنتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة، كما أن المشرع لم يضع نصا خاصا بإبن الذي إنتهت حضانته

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 141.

[2] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 337176، بتاريخ 2005/11/16، مجلة نشرة القضاة، العدد 65، 2009، 319 عن يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2018، ص 127.

[3] نبيلة تركماني، **أسباب الطلاق وأثار القانونية والإجتماعية**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2001، ص 103.

دون إخوته، وخاصة إذا كان أكبرهم، وقد ينتهي سن الحضانة بالنسبة إليه ويبقى مع إخوته، وقد لايبادر الأب بأخذه مع عدم إستمراره في النفقة عليه وبالتالي تثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة[1].

من خلال ماتقدم نستخلص أن المشرع الجزائري عالج مسألة مدة الحضانة بتحديد سن 10 سنوات بالنسبة للذكر مع إمكانية تمديد المدة إلى 16 سنة وذلك بتوفر شرط عدم زواج الأم الحاضنة، وبالنسبة للأنثى بلوغها سن الزواج، وفي أخير تطبيقا للمبدأ التي تقوم عليه الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون.

وبالنسبة لإنتهاء مدة الحضانة بمجرد إنتهاء دور الحاضن في رعاية الصغير أو الصغيرة ينتقل الدور إلى المحضون لإكمال هذه المهمة .

الفرع الثاني: شروط إستحقاقها

نظرا لأهمية دور الحاضن في حياة الصغير، فالحاضن هو القدوة والأسوة للمحضون، لأن الصغير لبنة طرية، يستطيع من يشرف عليها تكييفها وقولبتها حسب مايريد، ولذا تكون لشخصيته تأثير في المحضون، و لما كان الإسلام حريصا جدا على نشأة صالحة تنهج المنهج السليم، لذا فقد إحتاط في أمور الحضانة بإشتراطه شروطا كثيرة في الحاضن، ليضمن مصلحة الصغير وهذه الشروط منها ما هو عام يخص كل حاضن سواء كان رجلا أو إمرأة ومنها مايخص النساء وحدهن، ومنها مايخص الرجال وحدهم[2].

بالنسبة إلى شروط الحضانة فإن قانون الأسرة الجزائري إكتفى بالقول: أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة، وهو قول كما نرى عام جدا ومبهم ولا يدل على إشتراط أي شرط واضح وصريح[3].

وهو مانصت عليه المادة (62) الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، وهنا يطرح التساؤل ماهي الأهلية التي يقصدها المشرع الجزائري ؟

---

[1] عيسى حداد، **(الحضانة بين القانون والإجتهاد القضائي)**، مجلة التواصل مجلة العلوم الإجتماعية والسياسية، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد 15، 2005، ص 220.

[2] محمد سمارة، المرجع السابق، ص 389.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 140.

والذي يتبين من مادة (62) الفقرة الثانية أن قانون الأسرة جمع شروط الحضانة في عبارة واحدة هي "الأهلية" وأغفل ذكر الأوصاف المتعلقة بها، مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي : البلوغ، العقل، القدرة على صيانة الولد صحة و خلقا، إلى غيرها من الشروط[1] .

وهذا ما يظهر جليا من خلال بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا:

فيما يتعلق بالقدرة على الحضانة نجد في قرار:(أنه من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم، فإن قضاة القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا للأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، فهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا الصواب، وخالفوا القواعد الفقهية)[2].

بالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية نجدها تشترط في الشخص الذي تسند إليه الحضانة سواء ذكرا كان أو أنثى شروط يجب توافرها وهي مقسمة كالأتي:

شروط عامة بالرجال والنساء وشروط خاصة بالنساء وهناك شروط متعلقة بالرجال.

أولا: الشروط العامة في (النساء و الرجال)

1- العقل: اتفق جمهور الفقهاء أن من شروط الحاضنة أن تكون متمتعة بكامل قواها العقلية، فلا حضانة للصغير أو المجنون، أو المعتوه لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالحهم، فالحضانة نوع من الولاية وكل من المجنونة والمعتوهة تحتاج هي ذاتها إلى من يتولى أمورها، فلا يعقل أن يوكل إليها تدبير شؤون غيرها، كما أن ترك الولد عند مثل هذه الحاضنة فيه الضرر عليه، في حين أن مناط الحضانة تحقيق مصلحة المحضون بدفع الضرر عنه وجلب النفع له[3].

[1] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 97.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33921، بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989 ص 76.

[3] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 93.

2- المقدرة: وهي التمكن من القيام بشؤون المحضون اللازمة لنموه و حفظه من الهلاك، ولذلك لا يكون أهلا للحضانة العاجز عن ذلك جسمانيا لعلة فيه كالأعمى، والأخرس، أو كبير السن، أو المصاب بمرض مزمن، أو مرض معدي وغيرها من الأمراض التي قد تمنع هذا الحاضن من العناية بالمحضون أو تعرضه للضرر[1].

3- الأمانة: الأمانة عل الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، فلا يجب أن يكون الحاضن فاسقا، لأن الفاسق غير أمين على نفسه فلا يصح أن يكون أمينا على غيره[2].

أما بالنسبة للإسلام فقد إختلف الفقهاء في المرأة الكتابية ظهرت عدة أراء و إتفقوا جميعا أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجلا أو إمرأة.

في القانون الجزائري نصت المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري << "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا">>، يبدو من خلال النص أنه لايشترط أن يكون الحاضن على دين الإسلام، ولكن في المقابل يجب عليه أن يربى المحضون على دين أبيه، وإلا كان مضيعا للولد وهو أمانة في عنقه ولذا يمكن القول حينها أن شرط الأمانة غير متوافر فيه، وعلى هذا الأمر سار قضاء المحكمة العليا[3].

حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا (لا يسقط إكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة طالما لم يثبت ردتها عن الدين الإسلامي)[4].
يمكن القول أن قانون الأسرة الجزائري ساير ما ذهبت إليه قواعد الشريعة الإسلامية ولم يخالفها في مسألة الشروط العامة للحضانة.

---

[1] براهيمي حنان، **(أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع إجتهادات المحكمة العليا)**، مجلة المنتدى القانوني دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007، ص 55.

[2] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 590.

[3] براهيمي حنان، المرجع السابق،ص56.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 457038، بتاريخ 2005/09/10، العدد الثاني، 2008 ص 313.

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء

إضافة إلى الشروط العامة التي تطرقنا إليها سابقا وهي (العقل، المقدرة، الأمانة) هناك شروط خاصة بالنساء بإعتبارهم أولى درجة بالحضانة، لأنهن الأحن قلبا، والأكثر شفقة، لرعاية وتدبير شؤون المحضون وهذه الشروط كالأتي :

1- أن لا تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون .

إتفق الأئمة الأربعة، المالكية، الشافعية، الحنابلة، والحنفية على أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن إمرأة قالت:" يارسول الله إن إبني هذا كان بطني له وحجري له حواء وثدي له شفاء وزعم أبوه أن ينتزعه مني، فقال صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به مالم تنكحي[1]".

يفهم من هذا الحديث أن الأم أحق بالحضانة، بما بذلته من مشقة من أجل حفاظ عليه، فقضى الرسول صلى الله عليه وسلم ببقاء الولد عند أمه، مالم تتزوج برجل أخر.

أما الأم إذا تزوجت بذي رحم، أي بقريب إلى الصغير، فتبقى محتفظة بحقها في الحضانة، لأن القريب من ذي رحم بإعتباره يستطيع تحمل النفقة والرحمة ويستطيع التحمل على رعاية الصغير وكفالته، وتجدر الإشارة إلى هذا الشرط في المادة (66) من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، مالم يضر بمصلحة المحضون"، فلا بد أن يكون من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة أو الرضاع، فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعا فإنها لا تستحق الحضانة لأنه يعتبر أجنبيا عن الصغير[2].

2- عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت يبغضه

معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الإستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه[3].

---

[1] جمال الدين بن يوسف الزيلعي، الجزء الثالث، كتاب الطلاق باب حضانة الولد ومن أحق به، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان، 1995، ص 265.

[2] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من أخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 265.

[3] باديس ديابي، صور وأثار فك رابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 138.

هذا مانصت عليه المادة (70) من قانون الأسرة الجزائري << "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم" >>[1].

لكن إسناد الحضانة إلى المرأة التي هي بقرابة الجدة أو الخالة للمحضون أوقفه المشرع الجزائري على شرط وهو عدم سكن هاتين الأخيرتين مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم طبقا للمادة (70) من قانون الأسرة وهذا الموقف هو منطقي جدا، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة أي الأم تحت سمعها وبصرها تصبح من ناحية واقعية في حضانة الأم لا حضانة الجدة أو الخالة، وقد شدد القضاء الجزائري في المحافظة على أولوية الحضانة خاصة إذا كانت للأم وهذا من أجل رعاية مصلحة المحضون[2].

هذا ماجاء به قرار المحكمة العليا صادر في 03/17/ 1998 مايلي : (أن القضاء بإسناد الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم إستعانتهم بمرشدة إجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه)[3].

فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه الفقهاء في كون زواج الحاضنة بغير محرم للصغير تسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع أردف في نفس المادة إستثناء يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا ما كانت مصلحة المحضون مع أمه حتى لو تزوجت بغير قريب محرم، فإن الحضانة تظل من نصيب الحاضنة مراعاة لمصلحة المحضون، وعلى هذا المبدأ سارت عديد من قرارات المحكمة العليا[4].

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا:(من المقرر قانونا أنه لايعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لإمهما رغم

---

[1] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[2] لوعيل محمد أمين، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2002، ص77–78.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179471، بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 172.

[4] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص137–138.

تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن)[1].

إضافة إلى ذلك فالإسناد الوارد على شرط الزواج بغير قريب محرم يتمثل أيضا في:

- إذا كان المحضون في دار من ديار الحضانة، حاضنة تكون أولى به رغم زواجها.
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة.
- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجز عن حضانة.
- أن يقع التراضي بين الأب أو من يقوم مقامه والأم ترك المحضون لها.

معنى ذلك أن تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأمه أو أخته أو جدته فلا يحق لبنات العم أو العمة وبنات الخال أو الخالة بحضانة الذكور لعدم وجود المحرم، ولكن يبقى لهن الحق في حضانة الإناث[2].

3ـ ألا تكون قد إمتنعت عن حضانة الصغير مجانا والأب معسرا

نص الفقهاء على سقوط حق الأم في الحضانة الصغير إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب، ووجود متبرعة بالحضانة، وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا، ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه وهو معسر[3].

ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال

1ـ أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى

إذا كان الحاضن ذكرا فيشترط أن يكون عنده من يحضن الإناث، كزوجة أو خادمة، ولا يصح أن يحضن غير محرم بنتا مطبقة للوطئ كإبن عمها إلا إذا تزوج بأمها ولو كان مأمونا،

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 189234، بتاريخ 1998/04/21، عدد خاص، 2001، ص 175.

[2] باديس ديابي، صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 138.

[3] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 603.

والسبب في إشتراط أن يكون للحاضن المحرم من يحضن من الإناث كأم أو زوجة أو خادمة أو عمة أو خالة أن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كما النساء[1].

2- إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

المبدأ في حضانة الرجال من الميراث إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له الحق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه[2].

عند توفر هذه الشروط في مستحقي الحضانة، فإن الحضانة تسند إليه ودائما تطبيقا للمبدأ العام وهو مراعاة مصلحة المحضون وأيضا إحترام الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة الذي سيأتي بيانه في المبحث الثاني.

[1] التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 880.

[2] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 139.

المبحث الثاني: ترتيب الحاضنين ومسقطات الحضانة

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

فهنا يطرح التساؤل من له الحق في الحضانة؟ هذا ما سنتطرق إليه في (المطلب الأول).

كما أن إسناد الحضانة إلى من لهم الحق فيها حسب ما نصت عليه القوانين تحكمها أسس وضوابط يجب مراعاتها، فإذا تخلفت إحدى هذه الضوابط فيكون مصير الحضانة هو إسقاطها، وهذا ما سنبينه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ترتيب الحاضنين

إن الإسلام جاء لرعاية شؤون الناس، حيث رعى الإنسان جنينا و وليدا وصغيرا وشابا وكهلا وشيخا، ولما كان الصغار يعجزون عن القيام بشؤون أنفسهم وقضاء حاجيتهم، جعل الشرع ولاية حفظهم للوالدين لأنهم أشفق عليهم، ووزع المهام بين الوالدين فأعطى كل واحد ما يناسبه، فجعل حق التصرف في شؤونهم من حيث التعليم والرعاية والتأديب للأب، لقوة رأيه ووفور شفقته، وجعل حق رعاية الولد وحفظه في بيته ومنامه وطعامه ولباسه، وتنظيف جسده وكل مايلزمه في ذلك للأم لي وفرة شفقتها وقدرتها على ذلك[1].

وبهذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول فيه ترتيب الحاضنين قبل تعديل قانون الأسرة في (الفرع الأول) وترتيب الحاضنين بعد التعديل في (الفرع الثاني).

[1] محمد سمارة، المرجع السابق، ص 384.

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل (84 /11)

حسم الإجماع أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة لكونها تعد عنصر إجماع، وبما رزقها الله سبحانه وتعالى من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان فعدت بذلك الملاذ المحبذ للمحضون[1].

لقد أعطى قانون الأسرة الجزائري (11/84)، الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 بقولها << "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[2]" >>.

الملاحظ أن المشرع الجزائري أدرك أن مصلحة المحضون تكمن عند أمه، لأنها أعطف الناس على صغيرها، وأكثرهم تحملا للمتاعب، وإذا إنصرفت لها فلا يسقط حقها في الحضانة إلا بموجب تخلف أحد شروطها أو ثبوت عدم قدرتها على ممارستها وإذا إنتقلت إلى من يليها في الترتيب يجب مراعاة مصلحة المحضون.

وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة، بل و إعتبر حق تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح ما دام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية، وأن إسناد حضانة لشخص أخر يجعل من القرار مجانب للصواب[3].

حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1998/04/21:(من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن قضاة لما قضوا بإسناد حضانة الوالدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون، فإنهم طبقوا صحيح القانون)[4].

---

[1] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 140.

[2] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[3] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، 141.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189234، بتاريخ 1998/04/21، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ، 2001، ص 175.

من خلال نص المادة (64) نلاحظ أن مرتبة الجدة لأم قبل الأب، لعدة إعتبارات أن منها الجدة أكثر رأفة وشفقة على الأولاد، كما وضع الخالة بعد الجدة لأنها تحظى بمكانة الأم.

إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، وهذا ما إتفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في إبنة حمزة بخالتها وقال " الخالة أم"[1].

كرس إجتهاد المحكمة العليا العديد من قراراته على أحقية الخالة بالحضانة جاء في قرار: (حيث بالفعل فإن القرار المنتقد، لما أسقط حضانة الولدين الصغريين عن الطاعنة، وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن، بحجة أن مركزه كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية ليساعدهم على التعرف على حقيقة الأمر، وبذلك يكون في مقدورهم الإسناد على أسباب موضوعية يسهل بعدها إتخاذ قرار مناسب، يسمح للمحكمة العليا بممارسة القانونية كما يجب، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه)[2].

الملاحظ أن المشرع في ترتيبه للحواضن أنه يميل إلى جهة أنوثة أكثر من الرجال، وهذا الأمر طبيعي لما يتمتعن به رحمة وشفقة على رعاية المحضون، كما أنه أعطى أولية الحضانة لجهة الأم وأقربائها أكثر من جهة الأب وأقربائه.

المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من مادة (64) في ترتيب الأقربون درجة، وهذا في حالة عدم وجود من يقوم بحضانة الصغير لوجود مانع أو تخلف أحد الشروط أو كان غير مؤهلا للقيام بالحضانة، دون ذكر أي ترتيب أو ذكر أوصافهم هنا نكون أمام غموض لهذه الفقرة ونطرح التساؤل منهم الأقربون درجة؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة (222) من قانون الأسرة، وعلى القاضي أن يراعي مصلحة المحضون في ذلك.

[1] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 144.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 89672، مؤرخ في 1993/02/23، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص166–167، عن لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 501.

إن الترتيب المنصوص عليه سابقا يمكن مخالفته وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: (إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن بعد وفاة الزوجة الأم إعمالا لمبدأ عدم تجزئة الحضانة)[1].

ومن هنا يمكن القول أن الترتيب الوارد لايعد من النظام العام ويمكن مخالفته إذا كان ذلك في مصلحة المحضون، وتبقى مسألة إختيار الحاضن المناسب والأجدر بالحضانة أمر يختص به القاضي عن طريق السلطة التقدرية.

الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة بعد التعديل (02/05)

حيث نصت المادة (64) بعد التعديل بأمر (02/05) مايلي:<< "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" >>[2].

ومعنى ذلك أن المشرعين الجزائرين الذين وضعوا تعديل المادة (64) من قانون الأسرة قد جاءوا بترتيب جديد خلافا للنص القديم حيث قدموا حق الأب على أم الأم، وعلى الخالة أخت الأم، ثم إحتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل إعتبار، ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يتيح حق الحضانة إلى الخالة التي هي المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون، صحيا، وأخلاقيا، وتربويا ودينيا وعاطفيا[3].

فتعديل 2005/02/27 وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسألة ترتيب الحاضنين، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم والأب إن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر بمبدأ التداول وفي إعتقادنا أنه حسنا ما توجه إليه[4].

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274683، بتاريخ 2001/12/26، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 347، عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 62.

[2] الأمر (02/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 140.

[4] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 149.

كما أنه هناك إعتبار مادي ومصلحي في إسناد الحضانة للجدة للأب يفيد في إطلاع الأب على أحواله دون صعوبة تذكر ثم إن مسألة النفقة وتوفير السكن لا تطالب بها الجدة وخصوصا إذا كانت قادرة عليهما وكان الأب بطبيعة الحال قليل الدخل[1].

مع الإشارة بأن هذا الترتيب ليس ملزما للقاضي الذي بإستطاعته أن يعين الحاضن دون مراعاة ذلك الترتيب، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون، ذلك أن تلك المصلحة هي المعيار المعتمد في إختيار الحاضن، وإذا حكم القاضي بالحضانة فإنه يحكم بحق الزيارة للطرف الأخر، ويحدد أيام الزيارة في منطوق حكمه وكذا ساعات المسموح فيها بذلك وكذا مكان ممارسة ذلك الحق[2].

حسب رأي الشخصي المشرع الجزائري وفق في تعديله لنص مادة (64) رغم خروجه عما جاء في أحكام الفقه الإسلامي، حيث حاول أن يضع توازن بين أقرباء الأب والأم في ترتيب الحواضن.

من أبرز الإشكالات التي تطرحها المادة (64) قبل التعديل وبعد التعديل المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ولم تكتمل إلا بصدور القانون الجديد، هنا يطرح التساؤل هل يطبق القانون الجديد أم القديم؟

وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لتنازع القوانين.

المطلب الثاني: مسقطات الحضانة

حالة توفر الشروط النصوص عليها للحصول على حضانة الطفل ومراعاة الترتيب السابق الذكر تثبت للشخص الحضانة، قد تسقط لعذر أو عدم القدرة على رعاية الصغير عندما يلجأ صاحب الصفة إلى رفع دعوى إسقاطها وهذا ما سنتناوله في(الفرع الأول).

بعد سقوط الحضانة عن الحاضن بسبب عذر، وتم تجاوز سبب الإسقاط هل يمكن إرجاع الحضانة للشخص الذي سقطت عنه هذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الثاني).

---

[1] إيمان معمري، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2014–2015 ، ص 28.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسرية، المرجع السابق، ص 76.

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري

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

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

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

بذلك الإخلال بواجبات منصوص عليها مادة (62) نستخلصها في أمرين:

- الأهلية إشترط المشرع في الحاضن السلامة العقلية والجسدية.
- الإلتزامات المتعلقة بالحضانة (التربية، الرعاية الصحية والخلقية).

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها حق ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها، ولكن إحتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى ولو كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة كمبدأ عام فإنه كإستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون[2].

[1] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 193.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 142.

هذا ما كرسه الإجتهاد القضائي أن: (عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية)[1].

ثانيا: أسباب سقوط الحق في الحضانة الواردة في المادة (66)

هذا ما نصت عليه المادة (66) من قانون الأسرة بقولها << " يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون" [2] >>.

1- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

ويمكن إعتبار حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب لسقوط الحضانة يندرج ضمن إختلال شرط القدرة، إذا أنها إن فعلت فيؤدي ذلك إلى إنشغالها بزوجها الأجنبي على حساب الصغير وبالتالي ضياعه[3].

والمشرع الجزائري أخذ هنا بمذهب مالك والشافعي و أبوحنيفة وأحمد في المشهور عنه القائل بأن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وحجة هذا الرأي حديث عمرو بن شعيب" أنت أحق بهم مالم تنكحي" فالحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج، وعندها لا يكون لها هذا الحق، وكذا إجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج فتسقط عنها[4].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/13: (إذا كان القاضي قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق بزواجها بقريب محرم)[5].

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274207، بتاريخ، 2002/07/03، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 270.

[2] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[3] براهيمي حنان، المرجع السابق، ص 56.

[4] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 491.

[5] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 341320، بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، العدد 62، 2008 ص 393.

2- التنازل عن الحضانة

وتسقط الحضانة أيضا بتنازل عن الحضانة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون ويبقى للقاضي سلطة التقدرية في قبول التنازل من عدمه، وهذا الإستقصاء من السبب الحقيقي للتنازل مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات[1].

هذا ما أكدته المحكمة العليا بقضائها:(من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة بإختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب إسترجاع الأولاد، ولما تبين أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها بإختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون فيها أن الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون)[2].

حيث أن تنازل الحاضنة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها، إذا مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وهذا تطبيقا لأحكام المادتين (66) و(67) من قانون الأسرة، وبالتالي فقضاة المجلس بإعتمادهم فقط على تنازل المطعون فيه عن الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد أخطئوا في تطبيق القانون مما جعل الفرع مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة، ودون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني[3].

وهكذا فإن مراعاة مبدأ مصلحة المحضون يجد ذروته حتى فيما إذا تعلق الأمر بالتنازل عن الحضانة بسبب ما يحققه من صيانة الحقوق وبسبب رعاية المصالح العليا للمجتمع، إذ أن أطفال اليوم هم جيل المستقبل[4].

التنازل عن الحضانة يجب أن يثبت عن طريق المحكمة، وبموجب حكم، لا يمنع المتنازل عن الحضانة سقوط حقه في تراجع عنها لأنها مسألة تخص مصلحة الأشخاص وظروفهم، إذا

---

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسرية)، المرجع السابق، ص 77.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53340، بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990، ص 85.

[3] قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 128.

[4] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 191.

كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، ومنه للمتنازل الرجوع عن تنازله في الحضانة.

ثالثا: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر المادة (68)

جاء في نص المادة 68 من قانون الأسرة << " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها" [1]>>.

وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية وكفالة خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلب أحدهم حقه في حضانة الطفل ومضى على ذلك سنة فأكثر، فإن حق الحضانة يسقط حتما[2].

وأن القاضي هو الذي يقدر الظروف إذا كان التأخير يعني به أن تجب له الحضانة قد تنازل عليها أو لم يتنازل عنها، وهذه السلطة إستمدت بالخصوص من عبارة بدون عذر والتي توسع من سلطة القاضي ولهذا فإنه لا يمكن أن نقول بأن حق الحاضن يسقط بقوة القانون إذا لم يطالب بالحضانة في أجل قدره سنة[3].

كما إعتبروا أن السكوت بأنه عذر في حالتين:

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

- أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا الأمر يعذر الناس بجهله[4].

---

[1] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، 142.

[3] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص 559.

[4] بلقاسم أعراب،**(مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي دراسة تأصلية)**، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية و السياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول،1994، ص 143.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا منها: (أن الطاعنة عندما سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق سنة 1988 لعدم وجود سكن لها لممارسة الحضانة ولم تطالب بها إلى سنة 1993 أي بعد خمس سنوات فإن طعنها إستوجب الرفض إعتبارا لمصلحة المحضون)[1].

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

نصت المادة (69) من قانون الأسرة:<< " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون" [2] >>.

وقد إعتبر المشرع في المادة (69) أن إستيطان الحاضن في بلد أجنبي بعد ثبوت الحضانة له قد يكون سببا في إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، وذلك لأن هذا الأمر قد يؤدي إلى عدم إمكانية ممارسة الأب لواجباته تجاه ولده، وإلى عدم تمكنه من زيارته إعمالا لحقه في ذلك وفق القانون[3].

يرجع الأمر إلى القاضي الذي يراعي مصلحة المحضون، لأن المسألة مرتبطة بمدى صعوبة مراقبة أحوال المحضون والناتجة عن الإنتقال إلى بلد أجنبي وقد تكون مصلحة المحضون في إنتقاله إلى بلد أجنبي، والذي تتوفر فيه فرص العيش الرغيد وكذا الدراسة أحسن المدارس، والحصول على جنسية تلك الدولة (دول الإتحاد الأروبي، أو أمريكا الشمالية) وفرصة العمل، خاصة وأن العالم أصبح بمثابة قرية صغيرة مع توفر وسائل الإتصال[4].

رأي المشرع الجزائري مصلحة المحضون في حالة إذا أراد الشخص الموكل له بالحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، حيث أعطى للقاضي السلطة التقدرية في إثبات الحضانة له وإسقاطها

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 134951، بتاريخ 1996/05/21، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2007، ص86، عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص66–67.

[2] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[3] براهيمي حنان، المرجع السابق، ص 56.

[4] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسرية)، المرجع السابق، ص 79.

عنه، وقضت المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12 بأنه: (يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج علم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم)[1].

بالرجوع إلى نص المادة (62) التي تؤكد في تعريفها للحضانة وتربية الولد على دين أبيه، وهنا تكمن مصلحة الصغير المحضون، التي ينبغي للقاضي أن يضعها في الحسبان، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1990/02/19 بقولها: (من المقرر شرعا وقانونا، أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، وثم فإن القضاة بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رعاية الأب، كما هو في قضية الحال، يعد قضاء مخالف للشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه)[2].

السفر المقصود في نص المادة (69)، هو إقامة بصفة دائمة ومستمرة في بلد أجنبي، الذهاب من أجل العلاج أو السياحة أو قضاء عطلة سنوية، فهذا لا يعتبر ضمن مقتضيات المادة، البلد الأجنبي الذي يقصده المشرع هو خارج التراب الوطني و إقليمها.

بالنسبة للقضاء وضح الأمر أكثر و إعتبر البلد الأجنبي هو البلد الذي عقيدته ليست الإسلام حتى يبقى الولد على دين أبيه، وبهذا يمكن القول أن حالة الإقامة بالمحضون في بلد أجنبي ليس دينه الإسلام، يسقط القاضي عنه الحضانة بسبب هذا السفر، الذي يؤدي ضرر بالنسبة إلى الصغير.

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

ورد في المادة 70:<< "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"[3] >>.

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 426431، بتاريخ 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص 21.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59013، بتاريخ 1990/02/19، المجلة القضائية، العدد الرابع،2008 ص 116.

[3] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

ذلك أنه يخشى على الطفل إن سكنت الحاضنة مع أم المحضون المقيمة مع غير قريب محرم، لأنه سوف يعامل الطفل معاملة غير لائقة به بصفته رجل البيت يأمر وينهى كما يريد، فالأولى أن يقيم الطفل مع أبيه بدلا من إقامته مع أجنبي عنه، وقد يكون العكس صحيحا إذا تبين للقاضي ذلك فلا يسقط الحضانة[1].

الملاحظ في نص مادة (70) من قانون الأسرة أنها تتحد مع مضمون نص المادة (66) وهذا الأخير يشمل كل الحاضنات بما فيها الجدة والخالة، في حين المادة (70) تحدثت عن حاضنتين فقط هما الجدة والخالة، وبذلك فهي مكملة ولهما نفس الحكم.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا في 20 جوان 1988 مايلي: (من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة <أم الأم> أن تكون غير متزوجة وألا تكون مع بنتها المتزوجة بأجنبي و أن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس.....ولما كان من الثابت في قضية الحال أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة أم الأم و إن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قراراهم تسبيبا كافيا ... ومتى كان كذلك إستوجب الطعن)[2].

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه

نصت المادة (71) من قانون الأسرة: << " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري"[3] >>.

إذا كان الحاضن أو الحاضنة غير أهلا لممارسة الحضانة وأسقطت عنه، فإن حقه يعود في ممارستها إذا زال سبب السقوط، ومثال ذلك إذا أقامت الحاضنة في بلد أجنبي بناءا على إرسالها إلى هناك بموجب إلتزاماتها المهنية أسقطت حضانتها، ثم رجعت إلى بلدها فإن حقها في الحضانة يعود إليها[4].

---

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسرية) المرجع السابق، ص 79.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 50011، بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية العدد الثاني، 1991، ص 57، عن يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 133–134.

[3] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[4] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دون طبعة، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 240 .

ومعنى ذلك أنه إذا سقط حق الحضانة على من له الحق فيها، لسبب من الأسباب الخمسة المذكورة أعلاه، ثم زال السبب الذي كان أساس السقوط فإن هذا الحق يمكن أن يعود إلى صاحبه بعد زوال هذا السبب ويصبح من مصلحة الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانة أن يقدم عريضة وفقا للقانون إلى المحكمة المختصة يطلب فيها الحكم له بإعادة حق الحضانة و أسباب سقوطها عنه، وبيان واضحا وصريحا بإثبات زوال السبب الذي كان أساسا لسقوط الحضانة[1].

يدخل ضمن السبب الإختياري وفاة الزوج الثاني أو الطلاق الأم في زواجها الثاني في ذلك جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 21 جويلية 1998:(من المقرر قانونا أن يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري .... ومتى يثبت في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها إستعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقيها في الحضانة طبقا للمادة (71) من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك إستوجب نقض الطعن)[2].

والقضاء العالي في الجزائر بين أن المقر قانونا أن يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون فالأم التي أسقطت حقها في الحضانة بعد زواجها من أجنبي يعد تصرفا رضائيا وإختياريا يمنع عودة الحضانة ولو بعد زواله والقضاء بغير ذلك يكون مخالفة للقانون[3].

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 158.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 201336، بتاريخ 07/21/ 1998، مجلة الإجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 178، عن يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 134.

[3] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، 159.

خلاصة الفصل :

من خلال ما تقدم في هذا الفصل يمكننا القول أن الحضانة هي تربية الصغير أو الصغيرة ورعايتهم وقضاء شؤونهم من أجل العيش في أمان ورغد كما أنها ذات طابع أنثوي فالدور الأول للنساء، ثم الرجال فهذا الترتيب المنصوص يمكن مخالفته إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

المشرع الجزائري نص على عدة شروط لبقاء الطفل عند الحاضن، إذ تخلفت إحدى هذه الشروط فتسقط الحضانة وتنتقل إلى من يليه في الترتيب أو من يقرره القاضي.

حيث أن للقاضي سلطة واسعة في تقدير مصلحة الطفل، إذا ما تحققت هذه المصلحة إتجه إليها محاولا بذلك وضع الطفل في أيادي أمينة ترعاه.

لكن السؤال الذي يطرح هل إسناد الحضانة إلى الشخص الذي تتوافر فيه كل الشروط المذكورة سابقا؟ أو مراعاة للترتيب المبين أعلاه مع مراعاة مصلحة المحضون؟.

تقتضي قيام الحاضن بكل أعباء الحضانة لوحده، أم هناك طرف أخر يتدخل إلى جانب المحضون والحاضن، ويشارك هدا الأخير في أعباء الحضانة ؟ وماهي الصعوبات والإشكالات التي تطرح عند ممارسة الحضانة؟ وكيف عالجها المشرع الجزائري؟

وهذا ما سنحاول تبيانه والإجابة عليه من خلال الفصل الثاني.

تمهيد:

بعد إنحلال الرابطة الزوجية أو موت أحدهما لابد من إسناد الحضانة إلى مستحقيها حسب الأولوية التي نص عليها القانون، لكن الإشكال لا يتوقف هنا بإسناد الحضانة إليهيما أو إلى غيرهما حسب ما حدده القانون من التزامات و واجبات تقع على عاتقهما متى يتحقق الهدف من الحضانة، فالحاضن يجب أن يقدم جملة من الخدمات للمحضون لكي يضمن له حياة مستقرة والعيش في رخاء من خلال توفير الأشياء الضرورية التي يحتاجها الإنسان في حياته اليومية، وهذا ما سنتطرق إليه في (المبحث الأول).

كما أن موضوع الحضانة لا يخلوا من المشاكل المطروحة على الصعيد العملي، ويرجع هذا إما لقصور التشريع من جهة، أو إلى التطور السريع الذي تشهده البشرية وتغير ظروف وأحوال الناس هذا ما سنحاول إجابة عنه في (المبحث الثاني).

المبحث الأول : أثار الحضانة

رتب المشرع الجزائري وقبله الشريعة الإسلامية أثارا لممارسة الحضانة لكلا الزوجين المنفصلين، فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته النشأة السوية، فهي تتطلب في مقابل نفقة لصالح المحضون، أيضا بالنسبة للحاضنة الجهد الذي تبذله هل يعد أجرة للحضانة هذا ما سنبينه في (المطلب الأول).

بإضافة إلى ذلك هناك حقوق يتمتع بها المحضون يجب توفيرها من قبل الوالدين ومنها حق السكن فهو بحاجة إليه لكي يتربى ويتلقى الرعاية اللازمة فيه وينمو في بيئة ملائمة، بإضافة إلى حق الزيارة الذي نص عليه الشرع والقانون لأحد الوالدين الذي إبتعد عن إبنه بعد طلاق وهذا ما سنتطرق إليه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : نفقة الحضانة وأجرتها

إن الطفل بحاجة إلى رعاية والإهتمام من قبل الحاضن، بما ينطوي عليه من تغذية وكسوة، وعلاج، وسكن، وكل ما يتطلبه المحضون من إحتياجات الضرورية لمعشيته وتربيته في ظروف ملائمة، وتنشئته التنشئة القوية ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال وتتجلى في نفقة المحضون هذا ماسنبينه في (الفرع الأول).

هل تعتبر نفقة المحضون من شأنها أن تنطوي على مقابل لما تبذله الحاضنة من مجهودات في سبيل رعاية المحضون وحسن تنشئته ؟ أم هذه الجهود تتطلب لها مقابلا مستقلا عن نفقة المحضون، بما يسمى بأجرة الحضانة ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول : نفقة المحضون

إن من الحقوق التي يقررها القانون للطفل والمحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لسبب التعليم[1]، الأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب، هذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة،

[1] تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 139.

ذلك رغم أن الأصل هو أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله، إن كان له مال فإن لم يكن مال ألزم الأب بأن ينفق على ولده[1] .

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري لم يعطي تعريفا مباشرا للنفقة، بل تطرق إلى أحكامها فالنفقة هي الأموال التي تنفق على الطفل من مأكل وملبس وعلاج ورعاية وغير ذلك من الحاجيات الضرورية .

أولا : شروط إستحقاق النفقة

1 ـ وجوب نفقة الأب على الأولاد إذا كان موجودا أو غير عاجز عن الكسب

نصت المادة (75) من قانون الأسرة الجزائري << "تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب" >>[2].

النفقة واجبة على الأب لصالح أولاده من الذكور والإناث وهذا بسبب قصرهم، أي عدم بلوغهم سن الرشد القانوني وهو تسعة عشر سنة ميلادية وتسقط النفقة بالإستغناء عن الكسب، بمعنى إذا كان الولد ممارسا لعمل يدر عليه ما يكفيه لمعيشة ذكرا كان أو أنثى[3]، وتستمر النفقة في حالة العجز عن الكسب لما يجاوز سن الرشد، إذا كان الولد ذكرا أو أنثى مصابا بأفة عقلية أو بدنية تمنعه من الكسب أو مزاولا للدراسة، وكذا بالنسبة للأنثى إن لم تتزوج وتم الدخول بها، أما إذا كانت إستغنت عن النفقة بالكسب فإن نفقتها تسقط[4].

لقد أشارت المادة(75) السابقة الذكر شرطين أساسين هما :

- وجوب نفقة الولد على ولده عند عدم توفر الولد على أي مال، وهذا ماجاء في قرار للمحكمة

[1] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 153.

[2] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[3] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 269.

[4] المرجع نفسه، ص 269–270.

العليا:(من المقرر قانونا أنه يجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب .... ولما تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بالإنفاق على من لا يستحق النفقة كالبنت المتوفية أو البنات اللواتي يعملن ولهن كسب فإنهم بقضائهم هذا كما فعلوا خالفوا القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه)[1].

- بالنسبة لشرط السن الولد يكون مستحقا للنفقة إلى غاية بلوغه سن الرشد، أي 19 سنة طبقا للمادة (40) من القانون المدني الجزائري، وتستمر النفقة إذا كان مصابا بمرض عقلي أو بدني أو كان متمدرسا، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا : (لما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون قضي بنفقة الإبن البالغ 21 سنة لمدة سابقة يكون خالف القانون وحتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه)[2].

أما بالنسبة للبنت فحق النفقة إلى غاية الدخول بها ومعناه أن نفقتها تمتد إلى غاية زفافها ولا يعتد بتاريخ إبرام عقد الزواج المدني بالعبرة بتاريخ إنتقالها إلى بيت زوجها والدخول بها[3].

2 ـ نفقة الأولاد حالة عجز الأب عن الكسب أو عدم وجوب النفقة على الإبن

بالرغم من الأصل العام هو أن نفقة المحضون إذا لم يكن له مال يكون على ذمة أبيه لينفق عليه إلا أن المادة (76) من قانون الأسرة جاءت بإستثناء حيث نصت <" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"[4] >.

من خلال نص مادة (76) السابقة الذكر تنتقل نفقة الأولاد من الأب إلى الأم بتوفر شرطين هما :

- حالة عجز الأب وهو إعساره أي أن يكون الأب غير قادر على الكسب.

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم138958، بتاريخ 1996/03/09، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 124 وما يليها.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم75227، بتاريخ 1899/12/25، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991، ص 106 ومايليها.

[3] يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 146.

[4] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

• قدرة الأم على الإنفاق أي يكون لها دخل يجعلها تلبية حاجيات أبنائها.

هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: (من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين وتلتزم الأم بدفع نفقة الأولاد متى كانت قادرة على ذلك وعجز الأب عن دفعها)[1].

وإن كنا في حالة عجز الأب وكانت الأم غير قادرة على النفقة فإن واجب النفقة ينتقل إلى أقارب الأولاد الأخرين[2].

3 ـ وجوب نفقة الأصول على الفروع

حيث نصت المادة (77) من قانون الأسرة << "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث" >>[3].

فالمشرع عندما نص على نفقة الأصل ونفقة الفرع لم يحدد الأصل ولا الفرع، والأصل هو(الأب وأب الأب وإن علا)، والفرع هو(الإبن و إبن الإبن وإن نزل)، والأصول عند الإمام مالك هم الأباء والأمهات المباشرون وليس الأجداد والجدات مطلقا، سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم، أما الأحناف والشافعية والحنابلة فالأصول عندهم الأب والجد وإن علا، والأم و أم الأم و أبو الأم و أم الأب وإن علوا[4] .

كما تجدر الإشارة إلا أن المشرع الجزائري تكلم عن النفقة في مادة (72) من قانون الأسرة الجزائري بقوله<< "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن" [5]>>

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم110607، بتاريخ 1994/06/14، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1995، ص 95.

[2] لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 538.

[3] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[4] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 165.

[5] الأمر (02/05) مؤرخ في 27 فبراير2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.

هذا ما إتفق عليه الجمهور و الأئمة الأربعة، على أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد، خاصة الأبناء الذين ليس لهم مال يكفيهم لمعيشتهم.

ثانيا : مشتملات النفقة

إن النفقة هي كل مايحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج، وسكن وخدمة وكل مايلزم بحسب العرف والعادة وهي مايصرفه الزوج على زوجته وأولاده و أقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج[1].

حيث جاء في نص المادة (78) من قانون الأسرة << "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" >>[2] .

هذه المادة توسعت في شرح مضمون النفقة فزيادة عن النفقة الغذائية، فتشمل النفقة: الكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وكل مايعتبر ضروريا في العرف والعادة فيدخل فيه مصاريف العلاج بما فيها من الدواء والإستشارة الطبية[3]، ولقد ذهب المشرع الجزائري إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنه أضاف مايسمى بنفقة العلاج وجعله في المرتبة الثالثة لما له من أهمية كالغذاء واللباس وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد ساير متطلبات العصر الحالي وإزدياد حاجة الطفل القاصر للعلاج[4].

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا :(المبدأ يحق للمرأة المطلقة طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة المطالبة بمصاريف النفاس بإعتبارها من عناصر النفقة)[5].

---

[1] نسيمة أمال حيفري،(**نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري**)، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة وهران 2، العدد 27، جوان2017، ص 104.

[2] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984 .

[3] يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 148.

[4] نسيمة أمال حيفري، المرجع السابق، ص 104.

[5] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم390381، بتاريخ 2009/06/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص295 وما يليها.

1- تقدير النفقة : نصت المادة (79) من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على مايلي << "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقدير قبل مضي سنة من الحكم" >>[1].

مراعاة حال الزوجين يستوجب من القاضي التحري عن حالهما بمعرفة مصدر معيشة الزوج والزوجة ومداخيلهما كالإطلاع على قسيمة الأجرة أو كشف بالممتلكات وللقاضي الإستعانة بالخبراء في ذلك ولتماشي النفقة مع تغير ظروف المعيشة، بإستطاعة القاضي مراجعة تقديره مع مطلع كل سنة جديدة إبتدءا من النطق بالحكم المقدر للنفقة أو الحكم المراجع لها[2].

والقاضي وحده هو الذي له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا كما أنه ليس للأب أن يدفع مبلغ الذي يحدده هو بنفسه، ومع ذلك بإمكان الأب إن كان مقتدرا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاءا ولكن ليس له أن يمنحهم أقل منه[3].

وبالرجوع إلى أحكام القضاء نجدها في مجملها تأخذ بعين الإعتبار حال الزوج عند تقدير النفقة حيث قضى المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) أنه: (من المقرر قانونا أن عدم الإطلاع على الوضعية المادية والإجتماعية للزوج وعلى مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي إعتمدت عليها في تقدير مبلغ النفقة يجعل القرار يستوجب النقض)[4].

2- تاريخ إستحقاق النفقة : تعتبر النفقة حق للأطفال فعلى الحاضن أن يبادر بالمطالبة بها أمام القاضي، حيث جاء في نص المادة (80) من قانون الأسرة << "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى[5] >>.

---

[1] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 285–286.

[3] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 163.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم32812، بتاريخ 1980/12/15، المجلة القضائية، العدد الثاني، ص 105.

[5] القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

تسري نفقة الأبناء المقيمين عند والدهم بعد الطلاق من تاريخ إلتحاقهم بوالدتهم الحاضنة وممارستها لواجبات الحضانة[1].

إذا قدم طالب النفقة إثباتا على أن الملتزم بها لم يؤديها له منذ عدة سنوات قبل رفع الدعوى، فإن القاضي لا يحكم إلا بالنفقة لمدة السنة السابقة لرفع الدعوى، فإن القاضي لا يحكم إلا بالنفقة المستحقة من يوم رفع الدعوى[2].

رابعا: صندوق النفقة

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم (01/15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة، لا نجد المشرع أورد فيه تعريفا لصندوق النفقة، بل إكتفى بتعريف بعض المصطلاحات المستحدثة بكثرة في هذا القانون، والتي من أهمها النفقة بإعتبارها الغاية الأساسية التي يقوم عليها الصندوق، حيث عرفها على أنها تلك النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة[3].

إن التطبيق الفعلي للتعديلات ليس بالأمر السهل فالنفقة التي أقرها قانون الأسرة للمطلقة وأطفالها بالجزائر لا يتناسب تماما مع المعطيات الإقتصادية للبلاد فهي مبلغ ضئيل يضاف إليه مبلغ الكراء ويقدر تقريبا ب 400 دج ما تشهده البلاد من إرتفاع يوم بعد يوم، فالقانون رغم كل التعديلات المدخلة لا يخدم المرأة كثيرا، وبالتالي ينعكس تطبيقه سلبا على الأطفال وبالنظر لإرتفاع حالات الطلاق المسجلة في الجزائر والتي هي في خط الأحمر فإن ألاف الأزواج مهددون بالحبس بسبب النفقة[4].

من خلال إستقرائنا لنصوص المواد الأولى والثانية والثالثة من قانون (01/15) على أن صندوق النفقة هو صندوق إحتياطي يتولى دفع مستحقات النفقة للطفل المحضون تقبضه

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم3772189، بتاريخ 2007/01/17، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007، ص469.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 288.

[3] عثمان حويذق، محمد لمين مجرالي،(**صندوق النفقة كألية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص)**، مجلة الشباب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، العدد الخامس، ديسمبر 2016، ص 201.

[4] نسيمة أمال حيفري، المرجع السابق، ص 107.

الحاضنة بعد تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم للنفقة بسبب إمتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك[1].

الفرع الثاني : أجرة الحضانة

لما كانت الحضانة خدمة الطفل والقيام بشؤونه فهي عمل مشروع يمكن الإعتياض عنه بالمال، هذا العمل الذي تقوم به الحاضنة من رعاية وحفظ وصيانة للمحضون خلال فترة الحضانة تستحق به أجرا، يسمى أجرة الحضانة، وهي تختلف عن نفقة المحضون، فهذه الأخيرة تسدد لتغطية حاجيات المحضون، أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا لخدمتها إذا طالبت بها[2].

على مستوى التشريع في الجزائر فإنه لم يقل بأجرة الحضانة بالتمعن في المواد(76.75 ،77، 87) ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحضانة من عدمها، سيما وأن المادة (222) من قانون الأسرة تحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية، وأن فقهاء الشريعة ليسوا على قول واحد في هذه المسألة[3].

ذهب المذهب المالكي أنه لا أجرة للحضانة، أي ليس لها أجرة للحاضنة: أي في نظيرها، وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها، وهذا هو قول مالك الذي رجع إليه، وأخذ به إبن القاسم، بعد أن كان يقول : ينفق عليها من مال الغلام، نعم إن كانت معسرة فلها النفقة على نفسها من ماله، لعسرها لا للحضانة[4].

أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجرة للحضانة إن لم تكن الزوجية قائمة بينهما وبين الولد، ولم تكن معتدة من طلاق رجعي، ولا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن وتستحق النفقة من أب الطفل، ذلك أن الأجرة حسب الأحناف ليست عوض خالصا، بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة ونفقة وبما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة،

---

[1] القانون رقم (01/15) المؤرخ في 04 يناير2005، المتضمن صندوق النفقة، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد الأول، بتاريخ07 يناير 2005.

[2] تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص145.

[3] باديس ديابي، صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 156.

[4] أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 68.

فإنها لا تأحذ نفقتين من شخص واحد إن تعدد السبب وما عدا هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة[1].

فسكوت المشرع عند أجرة الحضانة لا يعني أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بها ما دامت هناك إحالة إلى الفقه الإسلامي بمقتضى المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري، حتى وإن كان الملاحظ في مجتمعنا الحاضنة لا تطالب إلا بنفقة المحضونين، إلا أنه يمكن للقاضي إستثناءا من المادة (222) يلبي طلب الحاضنة ويحكم لها بها[2].

بالنسبة لأحكام القضاء الجزائري لم نجد له تطبيقات كثيرة تعالج مسألة أجرة الحضانة، حث جاء قرار للمحكمة العليا: (أن الحكم بأجرة شهرية للحاضنة مقابل سهرها وقيامها بحضانة أولادها والذين أسندت حضانتهم لها لا يعد مخالفة جوهرية في الإجراءات لأن قيام الحاضنة بهذه المهمة في بلد أجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة ليست نفس المهمة إذا أسندت لها في موطنها، حتى لو لم يكن ينص عليها القانون الجزائري لأن في ذلك تشجيع لها ودفع للقيام بشؤون محضونها بكل ما تملكه من جهد)[3].

المطلب الثاني : حق المحضون في السكن والزيارة

بإعتبار أن الحضانة هي تربية الصغير ورعاية شؤونه لذا يجب على الأب توفير كل الظروف الملائمة من أجل نشأة الصغير في بيئة سليمة ليحضى برعاية والتربية اللازمة، حيث يعتبر السكن من المتطلبات والحاجيات الضرورية للحضانة ليعيش المحضون مع الحاضن سواء كان الأب أو الأم، وإن لم يوفر له المسكن فمصير الطفل سوف يضيع بسبب الإخلال بهذا الحق هذا ما سنتناوله في (الفرع الأول).

ومن أبرز الحقوق المترتبة عن أثار الحضانة الزيارة، فهي حق لكل من الزوج والزوجة المنفصلين، ولكل من يريد رؤية المحضون أو يرغب المحضون في رؤيته، وتكون في مكان محدد ولوقت معين، وهناك عدة تدابير لحق الزيارة هذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الثاني).

---

[1] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 155.

[2] بوخاتم أسية، **الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2007، ص 66.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 355718، بتاريخ 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 477.

الفرع الأول : سكن المحضون

مسكن الحضانة من نفقة الصغير على أبيه إذا لم يكن للصغير مال من أجل ذلك، حيث أوجب القانون على الأب أن يوفر مسكن لحضانة ولده.

حيث نصت المادة (72) من قانون الأسرة الجزائري على << " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"<<[1].

أولا : تعريف سكن المحضون

1ـ التعريف اللغوي للسكن

يقصد بالسكن : مكان السكون، من الفعل سكن، يسكن، سكونا ضد الحركة، فالمسكن هو ما

يسكن إليه من أهل ومال، وسكن المرأة هو المسكن الذي يسكنها الزوج إياه، يقال لك داري هذه سكن إذا أعاره مسكنه يسكنه[2].

2ـ التعريف الإصطلاحي للسكن

فالسكن هو: المكان الذي يكون مشتملا على كل ما يلزم السكن من أثاث وفراش ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة وتراعي في ذلك حالة الزوج والزوجة من يسار و إعسار وضعها الإجتماعي[3].

3ـ التعريف القانوني للسكن

المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف المسكن، بالرجوع إلى نص المادة (355) من قانون العقوبات الجزائري نجد المشرع عرف المسكن بأنه ("يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو كشك ولو متنقلا متى كان معدا للسكن إن لم يكن مسكونا وقت ذاك وكافة توابعه

[1] الأمر (02/05) المؤرخ في 27 فبراير2005، و المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.

[2] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 100.

[3] المرجع نفسه، ص 101.

مثل الأحواش وحضائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان إستعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السوار العمومي")[1].
وبعد تعريف المسكن يمكن القول أن مسكن الحضانة هو : مقر إقامة المحضون حيث يقيم أبواه، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة أو الإنفصال، وما يترتب عليه الإنتقال منه وتغيره من نتائج أثار ومدى تأثيرها على المحضون أو على كلا الأبوين أو أحدهما[2].

وبالرجوع إلى نص المادة (72) السابقة الذكر، أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما و إمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية:

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها، بقطع النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.

- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هو الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى سكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقة لتمارس فيه حق الحضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحضانة فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها ولمثلها[3].

ثانيا: إلتزام الأب بين ضرورة تهيئة سكن للمحضون أو دفع بدل الإيجار

ألزم المشرع صراحة الأب بتهيئة السكن للمحضون إن تعذر ذلك فعليه بأجرته، وهكذا لم يترك المشرع الجزائري للزوج أي خيار فهو مجبر على أن يوفر للحاضنة سكن لممارسة الحضانة،

[1] الأمر (156/66)، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق لـ08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 49، ص 739.

[2] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 101–102.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 145–146.

أو أن يدفع بدل الإيجار[1]، فالمشرع أوجب أن يكون السكن المهيأ من قبل الأب ملائما للحضانة.

1- توفير الأب مسكن ملائم للحضانة

لعل المقصود بالسكن الملائم هو أن يكون ملائما للحاضنة والمحضون معا حسب وضعية الأب ومعيشته وحالته الإجتماعية، وأن لا يكون قصد من إختيار السكن الإضرار بالحاضنة كوجود في مكان معزول أو كوخ أو غرفة واحدة لا تتوفر على أدنى شروط العيش والنظافة، عدم وجود كهرباء أو ماء.

وتأسيسا له إعتبرت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحاضنة أو بدا الإيجار، لأن توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج، طبقا للمادتين (52) و (72) من قانون الأسرة، وبما أن السكن أو بدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة طبقا للمادة (78) من قانون الأسرة، فإن إمتلاك الزوجة لسكن لا يعفي الأب من هذا الواجب[2].

أن تقدير ملائمة المسكن للحاضنة يخضع لتقدير قاضي الموضوع في حالة رفض الحاضنة السكن المهيأ، ولا بد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره[3]، وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: (للحاضنة الحق في بدل الإيجار إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة)[4].

2- إلتزام الأب ببدل الإيجار

بالرجوع إلى نص المادة (72) من قانون الأسرة نجدها تشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يتوجب عليه دفع الأجرة بإستئجار مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار، ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها

[1] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 139.

[2] باديس ديابي، صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 157.

[3] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 140.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم،0729230، بتاريخ 2013/05/14، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2013، ص 276 وما يليها.

منه، لأن توفير السكن المستقل، وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لاتغطي مطالبهم ومطالب الزوجة المطلقة، لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها[1].

حالة عدم قدرة الأب على توفير مسكن ملائم للحضانة فإنه ينتقل إلى حكم بدل الإيجار، حيث لا يمكن للأب أن يخير بين توفير مسكن أو دفع بدل الإيجار، وهذا ماجاء في قرار للمحكمة العليا: (أن تخير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة بعد إنتهاك للقانون...)[2].

إن عبارة بدل الإيجار النصوص عليها في نص المادة (72) في الفقرة الأولى من قانون الأسرة يقصد بها أجرة المسكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ لأن السكن إضافة إلى الإيجار الشهري تلحق به عدة أعباء وهي:

- الرسوم والضرائب المختلفة والتأمين عليه.
- مصاريف الإستهلاك المياه و الغاز والكهرباء.
- مصاريف رسم المنزل الخاصة بالمستأجر[3].

إذ كان من الأجدر على المشرع تحديد جميع تكاليف المسكن وتوفير المستلزمات الضرورية للعيش.

ثالثا: بقاء الحاضنة في بيت الزوجية

جاءت في الفقرة الثانية من مادة (72) على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن.

إن الإجراء الذي إستحدثه المشرع ببقاء الحاضنة حتى تنفيذ الحكم في مسكن الزوجية، هذا الإجراء إن كان إستحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الإلتزام بتوفير السكن لممارسة الحضانة،

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 26.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم451303، دون تاريخ، مجلة نشرة القضاة، العدد 67، 2011، ص 252.

[3] فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 142–143.

خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة وبعد إنتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكنا للحضانة[1].

لايمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق، وأن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق، بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالمسكن، وهذا في رأينا وضع يكون في حكم المستحيل، لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، ولم يعد أحد الزوجين يطبق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الأخر أثناء فترة قيام النزاع[2].

لذلك فإن المادة (72) في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب[3].

الفرع الثاني: حق الزيارة

إن الولد بعد طلاق والديه يبقى مع أحد الوالدين دون الأخر، وعليه إذا أسندت الحضانة لأحدهما يكون للطرف الأخر حق زيارة المحضون، فرعاية المحضون لا يشمل فقط الرعاية المادية فقط بل تتطلب الرعاية المعنوية للمحضون من خلال الزيارة.

كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الأخر، الذي تسند إليه الحضانة وذلك تطبيقا لمضمون المادة(64) من قانون الأسرة، أما بعد تعديل أضاف المشرع المادة (57) مكرر وكذا نص المادة(442) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهم الأب و الأم أو غيرهما أن يتقدم بطلب في شكل عريضة مبينة وموقعة إلى قاضي شؤون الأسرة قصد إستصدار أمر على عريضة، فيفصل القاضي بموجب أمر ويمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تسند له الحضانة[4].

---

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 260.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 146.

[3] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 158.

[4] بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، وفقا لتشريع والقضاء الجزائري، دون طبعة، دار هومه، الجزائر، 2018، ص 262.

حيث جاء نص مادة (64) السالفة الذكر <<.....وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة>>، الجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ماهو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن تنقطع عن أهله نهائيا[1].

إذا كان الولد عند حاضنه أو حاضنته أو غيرهما، فليس من حق من تقررت الحضانة لمصلحته أن يمنع الزوج الأخر أو من له لحق من رؤية وزيارة الأولاد، غير أنها لا تجبر على إرساله إلى مكان إقامته، بل يكفي إخراجه إلى مكان يمكن من خلاله رؤيته[2].

حق الزيارة المنوه عليه في المادة (64) لم يكن حصريا على الأب والأم من لم تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص أخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به[3]، ويجب على قاضي شؤون الأسرة عندما يحكم بالزيارة التي قد تكون للأب أو للجد أو لغيره من مستحقي الحضانة، فجاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 21 أفريل 1988: (من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لإبن الإبن يكون له حق الزيارة أيضا ....)[4].

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مدة الزيارة ومكان ممارستها وهذا ما سنحاول التطرق إليه.

أولا: مدة الزيارة

القانون الجزائري من خلال نص المادة (64) السابقة الذكر أو من خلال نصوص قانون الأسرة لم يحدد مدة الزيارة بنص صريح.

---

[1] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 159.

[2] بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 262.

[3] باديس ديابي، صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 159.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم189181، بتاريخ 1988/04/21، مجلة الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد خاص، 2001، ص 192 وما يليها، عن يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 125.

لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا، المشرع الجزائري لم يخص مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها، فهل تكون يوميا أو أسبوعيا أم شهريا؟[1]

وترك تحديد أوقات الزيارة خاضعا للسلطة التقدرية للقاضي، أي هو الذي يحدد ما إذا كانت الزيارة مرة في الأسبوع أو مرتين، غير أنه لا يجب أن تكون مرات الزيارة قليلة جدا إلى حد تضر بالصغير، فقد نصت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن:(الحكم بحق الزيارة مرتين في الشهر خرقا للقانون، ومن حق الأب زيارة أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع)[2].

ما إستقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية[3].

ثانيا: مكان الزيارة

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع به المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر لمسكن المطلقة مثلا، لأنها أصبحت أجنبية عنه[4].

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: (من المقرر فقها و قضاءا أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الأخر إستعماله على النحو الذي يراه بدون تضيق أو تقيد أو مراقبة، فالمشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده)[5].

إلا أن جل الأحكام القضائية التي تم الإطلاع عليها لم تتضمن الإشارة سوى لموضوع حق الزيارة خلال العطل والأعياد دون تحديد للمقصود من الزيارة، مما يؤدي إلى إشكالية كثرة النزاع بين الزوجين المنفصلين.

---

[1] باديس ديابي، صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 160.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم59784، بتاريخ 1990/04/16، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص 126.

[3] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 160.

[4] المرجع نفسه، ص 160 .

[5] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم79891، بتاريخ 1990/04/30، المجلة القضائية، العدد الأول،1992، ص 55 .

قد يتعذر على الأب زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كإنتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، وبالتالي عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية حتى يتمكن من الإطلاع بشكل سليم على أحوالهم[1].

كما نجد في الكثير من الأحيان أن حق الزيارة يسئ الأبوان إستخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق أو خلاف فيذهب الأطفال ضحية هذا النزاع.

ولذلك نرجوا لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة، لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوان والصغار مع ماديا ومعنويا، ليصبح النص في المادة(64) من قانون الأسرة الجزائري يشمل عبارة الزيارة وحق الإستضافة منعا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح، حتى لا ينبغي أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أو ذاك[2].

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 259.

[2] المرجع نفسه، ص 259.

المبحث الثاني: إشكالات الحضانة

لقد حرص المشرع الجزائري على حماية المحضون ورعايته من خلال إنشاء قواعد أساسية لحمايته ونشأته نشأة سليمة، وتنظيم حقوقه عن طريق النصوص القانونية المنظمة للحضانة.

وبالرغم من وضع ضوابط قانونية وحرص القضاة على تطبيقها، إلا أن موضوع الحضانة لا يخلوا من المشاكل المطروحة على الصعيد العملي ويرجع هذا إلى عدة أسباب سواء من حيث تنظيم القوانين أو من خلال التطور السريع للبشرية، وهذا ما سنحاول دراسته في هذا المبحث: إشكالية الزواج المختلط (المطلب الأول)، وكذلك إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط

إن فكرة الأحوال الشخصية تتصل في أغلب صورها بالنظام العام، فلا يجوز للأفراد فيما عدا الحقوق المالية الإتفاق على ما يخالف أحكام القانون لأنها مستمدة غالبا من قواعد الشريعة الإسلامية، فهي الشريعة العامة لبعض مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، وفي حالة إختلاف دياناتهم أو ملتهم أو طوائفهم فهناك تنظيم خاص للمسائل التي عالجتها التشريعات الموحدة.

بالإضافة إلى ما تشيره مسألة إختلاف الدين من مشاكل في مسائل الأحوال الشخصية، نجد إختلاف الجنسيات يطرح عدة إشكالات ولعل أبرزها الزواج المختلط، حيث سعت أغلب الدول إلى إبرام إتفاقيات تسمح لها بمعالجة هذه المسألة وهذا ما سنتطرق إليه: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود إتفاقية مع الجزائر في (الفرع الأول)، وإشكالية الزواج المختلط حالة عدم وجود إتفاقية مع الجزائر(الفرع الثاني).

الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود إتفاقية مبرمة مع الجزائر

تجدر الإشارة إلى نص المادة (04) من قانون الأسرة الجزائري حيث عرفت الزواج بأنه << "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و إمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[1]">>.

أما المقصود بالزواج المختلط فهو كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية الجزائرية، وعنصر أخر يحمل جنسية دولة أجنبية، ومثال ذلك زواج جزائرية مسلمة من رجل غير مسلم[2].

نظرا للأسباب التاريخية التي ربطت الجزائر بفرنسا، ونظرا لكثرة الجالية الجزائرية بها، وما ينتج عنه من وقوع علاقات زواج بين الجزائرين والفرنسين، التي ألت في أغلبها إلى إنفصال الزوجين لسبب أو أخر، والحكم القضائي الذي غالبا ما يمنح حق الحضانة للأم والتي تكون غالبا فرنسية الجنسية[3].

حيث أبرمت كلا من الجزائر وفرنسا في 1988/06/21 إتفاقية تتعلق بأطفال الأزواج الجزائرين والفرنسين حالة الإنفصال، وذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم وكذلك السهر على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى، وسعيا لتطبيق هذه الإتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء الإلتزامات المحددة في الإتفاقية[4].

---

[1] الأمر (02/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق أخر تعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 355.

[3] غالي كحلة،(**الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط)**، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد التاسع، ديسمبر 2017، ص 149.

[4] المرسوم رقم 88/ 144، المؤرخ في 26/ يوليو/ 1988، يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين حكومة الجزائرية وحكومة الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائرين والفرنسيين في حالة الإنفصال، الموقعة في الجزائر، 21 يونيو 1988، الجريدة الرسمية رقم 30.

كما ألزمت الإتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي يحكم بإسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الأخر حق الزيارة، وهو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال المادة (64) من قانون الأسرة، غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ من بينها: في حالة إذا تم إسناد الحضانة إلى الأم، لكونها أولى بحضانة الطفل من طرف قاضي فرنسي وعلى هذا الأساس أن تتم بممارسة الحضانة في فرنسا، فالسؤال الذي يطرح هو هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري، وهذا بتربية الولد على دين أبيه، خاصة إذا كانت الأم كتابية[1].

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية، والعكس صحيح إذا تم عرض القضية في فرنسا[2].

رغم بذل كل من الدولتين جهود لإيجاد حلول توافقية تصب في مصلحة الأطفال المولودين من زواج مختلط إلا أنه من الناحية العملية لا تخلوا من صعوبات التطبيق.

قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، ورغم ما نصت عليه الإتفاقية في مادتها (11) من حلول إلا أنها تبقى قاصرة، لأنه حتى و إن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة إختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير إستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري، فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقى الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية، والنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون[3].

---

[1] إيمان معمري، المرجع السابق، ص 125.

[2] المرجع نفسه، ص 127.

[3] بن عصمان نسرين إيناس، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2008–2009، ص 160.

كما أن الإتفاقية لم تعالج فكرة النفقة ولا مراجعة حكم الحضانة، أو طلب إسقاطها عن الأم كما لو تزوجت بأجنبي غير محرم فلا يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر في فرنسا الذي أسند الحضانة إلى الأم الفرنسية، أمام القاضي الفرنسي حتى يتمكن من تربية أطفاله على دينه، مستندا بذلك إلى أحكام المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري، كما لا نتصور أن يحكم القاضي الفرنسي لصالح الأب الجزائري، وهذا ما يدعوا إلى إعادة النظر في بنود الإتفاقية لإيجاد حلول ترضي أطراف دون إهمال مصلحة الطفل ومراعاة أحكام الشريعة الإسلامية الغراء[1].

وعليه من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص[2].

الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود إتفاقية مع الجزائر

في حالة الزواج المختلط هناك تنازع حول تطبيق القوانين، هل يطبق القانون الأجنبي أم القانون الوطني؟

بالنسبة للقانون الجزائري فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، فإن الأمر جاري على إخضاعها للقانون الذي يحكم إنحلال الزواج بإعتبارها من أثاره، وحسما للخلاف الفقهي القائم حول مسألة تكييف الحضانة وتحديد القانون الذي يحكمها، على هذا الأساس يطبق القانون الجزائري ى الحضانة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة(2/12) من القانون المدني، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج إستنادا للمادة (13) من القانون المدني، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب إنقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون[3].

---

[1] غالي كحلة، المرجع السابق، ص 157–158.

[2] بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 161.

[3] إشوي عماد،(**تنازع القوانين في الحضانة، دراسة مقارنة**)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، الجزائر، عدد خاص، 2015، ص 225.

كما إستقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على:(في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، وانه من المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها)[1].

عند الرجوع إلى المادة (13) من القانون المدني الجزائري وحده يطبق على إنحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه، بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة وهو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف قاضي أجنبي[2].

وعليه مادمت الحضانة من بين أثار الطلاق، ولم تأت بشأنها قاعدة إسناد صريحة بين القانون الواجب التطبيق، فإن القاعدة العامة التي تحكم الطلاق هي التي تطبق، بحيث أنه في حالة وقوع طلاق بين زوجين أحدهما جزائري والأخر أجنبي ولم يبرم إتفاقية مع دولة هذا الأخير فيما يخص الحضانة والزيارة، ففي هذه الحالة عندما يحكم القاضي بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت النطق بالطلاق، وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإن قانون الأسرة الجزائري هو المطبق، مع مراعاة مصلحة المحضون[3].

المطلب الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة

الأصل أن القواعد العامة في المسؤولية تقتضي بأن الشخص يسأل عن أفعاله الشخصية دون أفعال غيره أن مثل هذه المسؤولية تؤسس على خطأ واجب الإثبات أي على المضرور أن يثبت خطأ الفاعل ولكن لإعتبارات عديدة ورعاية لمصلحة المضرور رأى المشرعون أن هناك حالات يستوجب فيها تحقق مسؤولية الشخص عن فعل غيره، و مثل هذه

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم، 59013 بتاريخ 1990/02/19، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص 117.

[2] بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص162–163.

[3] فتيحة يوسف عماري، **(قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل قانون الأسرة)**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزء 37 رقم 02، 1999، ص 116.

الحالات تكون فيها المسؤولية مفترقة فلا يكلف المضرور بإثبات خطأ المسؤول عن فعل الغير لأن مجرد وقوع الضرر يعتبر دليلا على صدور الخطأ وهذا الغير، أما أن يكون تحت مراقبة الشخص المسؤول عنه إتفاقا أو قضاءا[1].

وعليه سنحاول أن نبين شروط التي تقوم على أساسها مسؤولية المكلف بالرقابة في(الفرع الأول)، وسنتناول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية الحاضن

حيث نصت المادة (134) من قانون المدني الجزائري على وجود شرطين لقيام المسؤولية وهما:

- إلتزام الحاضن برقابة المحضون.
- صدور عمل ضار من الخاضع للرقابة (المحضون).

أولا: الإلتزام بالرقابة

نصت المادة (134) من قانون المدني الجزائري << "كل من يجب عليه قانونا أو إتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار">> [2].

بتطبيق المادة (134) من قانون المدني الجزائري على الحاضن فإنه لابد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص أخر وهو المحضون، الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة للإعتناء به والقيام بشؤونه، ويكون حكمه حكم الصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ويدير شؤونه ويتولى رقابته، وهذا يعني أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا كان ملتزما برقابة المحضون، لأن وجود هذا الإلتزام هو سبب مسؤوليته[3].

---

[1] حسن علي ذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2002، ص 321.

[2] الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

[3] خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010. ص 270.

والمشرع الجزائري ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة (40) من القانون المدني الجزائري بـ 19 سنة، لكنه حدد مدة بقاء المحضون عند حاضنه بـ 10 سنوات بالنسبة للذكر قابلة للتمديد إذا طلب الحاضن ذلك إلى 16 سنة، وبالنسبة لأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج، وهذا يعني أن بقاء المحضون تحت يد الحاضن في هذه الفترة إنما قرار لمصلحته، مما يلزم الحاضن بالقيام بواجب الرقابة عليه طوال هذه الفترة[1].

أما إذا بلغ المحضون سن الرشد حسب المادة (40) من قانون المدني الجزائري فإنه يتحرر من الرقابة سواء كانت قانونية أو إتفاقية إذا كان سليما، لكن إذا أصيب بعد إكتمال سن الرشد بعاهة من العاهات كالجنون أو العته أو الغفلة ففي هذه الحالة يكون الشخص في حاجة للرقابة كذلك لو أصيب الراشد بعجز جسمي يجعله في حاجة إلى الرقابة نظرا لحالته الجسمية، فإن الرقابة تفرض عليه[2].

ثانيا: صدور عمل ضار ممن هو تحت الرقابة (المحضون)

وهو الإخلال بواجب أو إنحراف عن مسلك الشخص العادي، بصرف النظر عن توافر عنصر الإدراك والتميز أو عدم توافره، فقد راعى المشرع أن مسؤولية تولي الرقابة أو الرعاية لا تقوم على أساس الخطأ الذي يرتكبه المشمول بالرعاية وإنما يقوم على أساس خطأ متولي الرعاية[3].

وقد نص المشرع الجزائري في المادة(134) من قانون المدني بأنه لا يشترط في الخاضع للرقابة أن يكون مميزا ذلك أن مسؤولية المكلف بالرقابة تتعقد سواء كان الخاضع لرقابته مميزا أو غير مميز مدام أن إنعدام التميز عند الشخص الخاضع للرقابة لا يخول دون مسؤولية المكلف بالرقابة، فإنه العمل الضار الذي يصدر من غير المميز حينئذ يكتفي فيه بعنصر التعدي في الخطأ دون عنصر الإدراك أي العنصر المادي دون العنصر المعنوي إنما تصبح مسؤولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة مسؤولية أصلية[4].

---

[1] إيمان معمري، المرجع السابق، ص 130.

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

[3] حسن علي ذنون، محمد سعيد رحو، المرجع السابق، ص 324.

[4] سناء عماري، **التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجيستر، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014–2015، ص 166.

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

الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن

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

أولا: الخطأ المفترض في واجب الرقابة

إن المسؤولية المدنية تقوم بصفة عامة على ثلاث أركان أساسية ألا وهي الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بينهم، وتبعا لذلك فالخطأ المفترض في واجب الرقابة هو أساس مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الجزائري، إذا أن هذا الخطأ يقوم على قرينة الإخلال بواجب الرقابة[3].

إذا تحققت المسؤولية فكلما أوقع المحضون ضررا بالغير أفترض أن سبب الضرر هو تقصير وإهمال في واجب الرقابة من الحاضن، فواجب الرقابة هو الإلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، فعدم تحقق النتيجة وهي عدم الإضرار بالغير لا يعني حتما أن الحاضن لم يقم بتنفيذ واجبه بل قد يكون قد وعى بالتزامه، مما جعل المشرع يفترض خطأ الحاضن (متولي الرقابة) إفتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس[4].

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصرية، الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص184.

[2] علي فيلالي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 122.

[3] عماري سناء، المرجع السابق، ص 168.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 124.

فإذا أخل الحاضن بما عليه من واجبات ومنها واجب الرقابة وترتب على ذلك قيام المحضون بأفعال من شأنها الإضرار بالغير، تقوم حينها مسؤولية الحاضن لإنعدام واجب الرقابة لأن الغرض من الواجب هو منع المحضون من الإضرار بالغير[1].

ثانيا: العلاقة السببية المفترضة

كما إفترض المشرع أيضا العلاقة السببية بين التقصير في واجب الرقابة المنسوب إلى متوليها وبين الفعل الضار والذي قام به المحضون وتعتبر هذه العلاقة قائمة إلى حين إثبات العكس من طرف الحاضن، لأنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس[2].

ويلاحظ أن قرينة الخطأ لا يحتج بها المضرور إلا في علاقته بمتولي الرقابة ولذا لا يجوز له أن يتمسك بها في مواجهة الخاضع للرقابة، بل عليه أن يثبت الخطأ في جانب هذا الأخير[3].

ثالثا: دفع الحاضن للمسؤولية

نصت الفقرة الثانية من المادة (134) من القانون المدني "ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

1ـ نفي الخطأ المفترض

إن أساس المسؤولية الملقات على عاتق متولي الرعاية هو خطأ المفترض في القيام بهذا الواجب الذي يلقيه القانون أو الإتفاق على عاتقه، وأن إفتراض الخطأ هنا إفتراض بسيط قابل لدليل العكس، ومعنى هذا أن المكلف بالرقابة يتخلص من المسؤولية من أقام الدليل على أنه قام بواجب الرقابة كما ينبغي، وحتى أثبت أنه إتخذ كل الإحتياطات المعقولة يمنع إرتكاب الصغير المحضون أو الشخص الموضوع تحت رقابته لسبب أخر غير الصغير المحضون، الفعل الضار الذي وقع بالفعل[4].

[1] عماري سناء، المرجع السابق، ص 168.

[2] علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 124.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 198.

[4] المرجع نفسه ، ص 198.

وهكذا فإنه يبقى للقاضي سلطة تقدير الرقابة والعناية التي يبذلها الحاضن بناءا على الأدلة التي يلجأ إليها للإثبات قيامه بواجب الرقابة على النحو المطلوب، أي إثبات أنه بذل العناية الواجبة في الرقابة[1].

2ـ نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة

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

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

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مجلد ثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 1139.

خلاصة الفصل

بعد أن تناولنا في هذا الفصل جانبين مهمين في الحضانة، وهما أثار الحضانة والمتمثلة في (نفقة المحضون وأجرة الحضانة، وسكن وحق الزيارة)، والجانب الأخر المتمثل في الإشكالات التي تطرحها الحضانة.

على الرغم من محاولة المشرع الجزائري تنظيم موضوع الحضانة والحقوق التي تمنحها إلى الطفل المحضون، من خلال نصوص قانونية أو تعديل بعض النصوص، بل أدى حتى إبرام إتفاقيات مع دول من أجل تسهيل وحل الإشكالات التي تعترض الحضانة أثناء ممارستها.

يبقى الواقع العملي يثير عدة صعوبات، لعل أبرزها كيفية ممارسة الزيارة وعدم وضوح ماهو مسكن المحضون والأمور المتعلقة به، وخاصة فيما يتعلق بتنازع المطلقين مختلفي الجنسية أو مايسمى بالزواج المختلط ، ومما يزيد الأمر تعقيدا حالة عدم وجود إتفاقيات بين الدول وهو ما يضر بمصلحة المحضون، بالإضافة إلى الإلتزام برقابة الصغير وتحمل المسؤولية حالة الإضرار بالغير.

إذ يجب مراعاة وزيادة الإهتمام بالمحضون، سواء من خلال توفير أليات جديدة أو تعديل بعض النصوص القانونية أو إبرام إتفاقيات تحمي حقوق الصغير والصغيرة من الضياع ولضمان حياة تسودها الرعاية والتكفل به ولينشئ تنشئة سوية.

خاتمة

يعتبر موضوع الحضانة من المواضيع التي لها أهمية كبيرة لتعلقه بالأولاد، الذين يعتبرون محور وأساس هذه الدراسة، لذا من الضروري الإهتمام بهم وإعطائهم رعاية خاصة وحمايتهم وتلبية رغباتهم اليومية، وهذا مما أدى إلى تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديله قانون الأسرة بمقتضى الأمر 05/ 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جاء بضمانات جديدة لمحضون ولعل أبرزها:

- إعادة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، مع بقاء الأم في نفس المرتبة (الأولى) وتقدم الأب بعد الأم، وهذا محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأمومة والأبوة، كما أكد المشرع على حق التداول في الحضانة مع مراعاة لمصلحة المحضون.

- تأكيد المشرع على أن عمل المرأة لا يشكل عائقا أو سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها إذا كان هذا العمل لا يشكل إهمالا أو خطرا على المحضون، فالمشرع ساير التطور وإنفتاح المجتمع ورغبة منه لحماية حق المرأة خاصة من الضغوط التي تمارسها الهيئات والمنظمات العالمية من أجل ذلك.

- إلغاء الفقرة الثانية وما بعدها من المادة 52 وتعديل المادة 72 المتعلقة بسكن الحاضن نظرا للتضارب الحاصل بينهما، وذلك حتى تنسجم النصوص القانونية مع بعضها البعض بغية حماية مصلحة الطفل.

- إستحداث ألية جديدة لحماية المرأة والطفل من خلال صندوق النفقة، خاصة المحضون من أجل الإستعانة بها .

وبالرغم من إجراء هذه التعديلات إلا أنه مزال فراغ تشريعي فيما يخص أحكام الحضانة.

وقد أثمر البحث جملة من النتائج وبعض المقترحات تمثلت فيما يلي:

- **النتائج**

1- إقرار الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي والقضاء على أولوية الأم بحضانة أولادها من أي شخص أخر، عند تمتعها بالشروط اللازمة.

2- أغفل المشرع تحديد شروط الحضانة، بإكتفائه في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بقوله " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، تاركا الأمر للسلطة التقدرية للقاضي.

كما نص في نفس المادة أن يحكم بحق الزيارة، ولم يحدد معنى زيارة ومكانها ومدتها.

3- عندما قام المشرع بترتيب الحاضنين في مادة 64 من قانون الأسرة الجزائري جاء بعبارة "ثم الأقربون درجة" ولم يبين من هم الأقربون درجة، مما يجعل القاضي في حيرة من أمره وحتى إن ذهب إلى قواعد الشريعة الإسلامية فالمشرع لم يتبع أي مذهب من المذاهب الأربعة في بداية ترتيبه لأصحاب الحق في الحضانة.

4- كما نص المشرع في مادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على تمديد حضانة الولد من عشرة (10) سنوات إلى غاية ستة عشر (16) سنة، ومنح هذا الحق للأم التي لم تتزوج ثانية بحيث لا يمكن لأحد غير الأم حتى وإقتضت مصلحة تمديد الحضانة، فالمشرع حدد سن (10) سنوات إلى (16) سنة دون إعطاء أي مبرر أو معيار منطقي لذلك.

5- الفقرة الأخيرة من المادة 72 والتي نصت على " على أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي"، يكاد مستحيلا في المجتمع الجزائري لأنه بمجرد الطلاق تخرج الزوجة من المسكن.

وفي حالة إذا كان الأب لا يملك غير مسكنه، فإن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية هذا لايجوز شرعا لأنها أصبحت أجنبية عنه.

كما أن المشرع لم يحدد مواصفات سكن الحضانة وما يحتويه وإكتفى بعبارة سكن ملائم.

6- من خلال دراستنا لموضوع الحضانة إتضح لنا أن الحضانة قائمة على مبدأ أساسي وهو مصلحة المحضون، هذا المعيار ذكره المشرع في جميع مواد الحضانة تقريبا، إلا أنه لم يوضح بدقة هذا المصطلح وترك الأمر للقاضي مسألة بحث وتقدير هذه المصلحة، مما يجعل القاضي في حيرة من أمره، إما البحث عن مصلحة المحضون من جهة، ومن جهة أخرى يجد نفسه مجردا من وسائل التي تمكنه من البحث والتحقق من توافر هذه المصلحة.

7- تكون الأم الحاضنة مسؤولة عن أفعال ولدها المحضون المرتكبة أثناء تواجده معها في فترة الحضانة ونفس الشيئ للأب.

- **الإقتراحات**

1- إعادة ضبط مضمون المادة 62 من قانون الأسرة، ورفع اللبس عنها، بتحديد وحصر الشروط اللازمة توفرها في الحاضن أو الحاضنة ليكون أهلا لإسناد الحضانة.

2- على المشرع تحديد أصحاب الحق في الحضانة بتحديد الأقربون درجة أو تحديد المذهب الذي يرجع إليه.

3- وضع نص قانوني ينظم حق الزيارة، ومدتها ومكانها باعتبارها حق من حقوق المحضون.

4- وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون وتحديد معايير تقديرها لأنها القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي المعروض عليه النزاع في مسألة الحضانة حسب سلطته التقدرية.

5- وضع حلول للمشاكل المتعلقة بحضانة الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط من خلال إبرام إتفاقيات متعددة مع الدول أو إعادة مراجعة وتعديل إتفاقيات القديمة، مع وضع نصوص قانونية تلائم مصلحة المحضون خاصة ممارسة حق الزيارة والإنتقال بالمحضون.

وبهذا على المشرع إعطاء أهمية أكبر لموضوع الحضانة، وذلك بإعادة النظر في المواد المنظمة لها، وتدارك الثغرات الموجودة فيه وذلك بإنشاء مواد قانونية تساير المنظومة الإجتماعية والمجتمع لما ألا إليه من تطور، أو بتعديل مواد ومنحها الأهمية لما يخدم مصلحة المحضون.

❖قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر.

أ– القرأن الكريم.

ب –السنة النبوية الشريفة.

ج– المعاجم:

1- إبن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، مجلد العاشر، دون طبعة، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.

2- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1980.

ثانيا: قائمة المراجع.

أ–الكتب:

1- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث والرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009.

2- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

3- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الوعي، الجزائر، 2010.

4- باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

5- باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2006.

6- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبقية مقارنة)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان، 2008.

7- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق لأخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

8- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

9- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا لتشريع والقضاء الجزائري، دون طبعة، دار هومه، الجزائر، 2018.

10- جمال الدين بن يوسف الزيلعي، نص الراية في تخريج أحاديث الهداية، الجزء الثالث، كتاب الطلاق باب حضانة الولد ومن أحق به، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان، 1995.

11- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

12- حسن علي ذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارنة)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2002.

13- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

14- رمضان علي الشرنباصي، الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

15- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2011.

16- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مجلد الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

17- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من أخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

18- علي فيلالي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

19- فاطمة حداد، حق المطلقة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.

20- قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2008.

21- لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2011.

22- لحسين بن الشيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دون طبعة، دار هومه، الجزائر، 2014.

23- لحسين بن الشيخ أث ملويا، قانون الأسرة(دراسة تفسرية) المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014.

24- محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.

25- محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار السلام، الرياض، 1997.

26- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008.

27- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصرية، الفعل المستحق في التعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2011.

28- يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2018.

ب– المقالات العلمية:

1- إشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة، (دراسة مقارنة)، المجلة الأكادمية للبحث القانوني، جامعة محمد شريف مساعدية، سوق أهراس، الجزائر، عدد خاص، 2015.

2- بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، (دراسة تأصلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 1994.

3- براهيمي حنان، أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع إجتهادات المحكمة العليا، مجلة المنتدى القانوني، دورية تتصدر عن قسم الكفأة المهنية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007.

4- عيسى حداد، الحضانة بين القانون والإجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الإجتماعية والسياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، العدد 15، 2005.

5- عثمان حويدق، محمد لمين مجرالي، صندوق النفقة كألية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص، مجلة الشباب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، العدد 05، ديسمبر 2016.

6- غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد 09، ديسمبر 2017.

7. فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزء 37 رقم 02، 1999.

8. نسيمة أمال حيفري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة وهران 02، العدد 27، جوان 2017.

ج–النصوص القانونية.

- **القوانين العادية:**

1. القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، الجريد الرسمية العدد 24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

- **الأوامر:**

1. الأمر رقم (02/05) المؤرخ في 18 صفر 1426 هـ ، الموافق لـ 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15،الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

2. الأمر رقم (156/66) المؤرخ في 18 صفر1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 49، الصادرة بتاريخ 10 يونيو 1966.

3. الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

4. الأمر رقم (01/15) المِؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 هـ، الموافق لـ 04 يونيو 2015 والمتضمن إنشاء صندوق النفقة.

- **المراسيم**

1. المرسوم رقم (144/88) المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 هـ، الموافق لـ 26 يونيو 1988 والمتضمن المصادقة على الإتفاقية بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية المتعلقة، بأطفال الزواج المختلط بين الجزائرين والفرنسيين في حالة الإنفصال، في مدينة الجزائر، 01 يونيو 1988، الجريدة الرسمية العدد 30.

- **القرارات القضائية**

1. المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة: 1991/ 1992/ 1998/ 2004 .

2. المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة: 1980/ 1995/ 2008 .

3. المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة: 1990 .

4. المجلة القضائية، العدد الرابع، لسنة: 1989/ 1991 / 2008 .

5. المجلة القضائية، العدد خاص، لسنة: 2001 .

6. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة: 2006 / 2008 .

7. مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة: 2007/ 2008 / 2013 .

8. مجلة المحكمة العليا، العدد خاص، لسنة: 2001 .

9. نشرة القضاة، العدد 62، لسنة: 2008 .

10. نشرة القضاة، العدد 67، لسنة: 2011 .

د–المذكرات والرسائل

1- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقدرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014.

2- بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2009/2008.

3- بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2008.

4- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2000.

5- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014.

6- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2002.

7- نبيلة تركماني، أسباب الطلاق أثار القانونية والإجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2001.

الفهرس

العنوان	الرقم
الإهداء	I
شكر وتقدير	II
مقدمة	أ – هـ
الفصل الأول: ماهية الحضانة	**7– 37**
تمهيد	**6**
المبحث الأول: مفهوم الحضانة	**7**
المطلب الأول: تعريف الحضانة وأدلة مشروعيتها	**7**
الفرع الأول: تعريف الحضانة	**7**
الفرع الثاني: أدلة مشروعيتها	**11**
المطلب الثاني: مدة الحضانة وشروط إستحقاقها	**13**
الفرع الأول: مدة الحضانة وإنتهائها	**13**
الفرع الثاني: شروط إستحقاقها	**16**
المبحث الثاني: ترتيب الحاضنين ومسقطات الحضانة	**23**
المطلب الأول: ترتيب الحاضنين	**23**
الفرع الأول: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل (11/84)	**24**
الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل (02/05)	**26**
المطلب الثاني: مسقطات الحضانة	**27**
الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري	**28**
الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها	**34**
خلاصة الفصل	**36**
الفصل الثاني: أثار الحضانة و إشكالاتها	**37–65**
تمهيد	**37**
المبحث الأول: أثار الحضانة	**38**
المطلب الأول: نفقة الحضانة وأجرتها	**38**
الفرع الأول: نفقة المحضون	**38**

الفرع الثاني:أجرة الحضانة	**45**
المطلب الثاني: حق المحضون في السكن والزيارة	**46**
الفرع الأول: سكن المحضون	**47**
الفرع الثاني: حق الزيارة	**51**
المبحث الثاني: إشكالات الحضانة	**55**
المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط	**55**
الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود إتفاقية مبرمة مع الجزائر	**56**
الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود إتفاقية مع الجزائر	**58**
المطلب الثاني: إشكالية المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة	**59**
الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية الحاضن	**60**
الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الحاضن	**62**
خلاصة الفصل	**65**
خاتمة	**66**
قائمة المصادر والمراجع	**69**
الفهرس	**76**

الملخص:

لقد أتى المشرع بكل النصوص المتعلقة بالحضانة من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري، لتفادي المشاكل المتعلقة بالطفل وصيانة حقوقه، ومجال الحضانة واسع والمستجدات فيه تأتي تبعا فلا ربما ما كان صالح سابقا لم يعد صالح حاليا وطالما ركز المشرع على مصلحة المحضون كونها الجانب الأهم والأبرز في موضوع الحضانة، ولما تحكمها أحكام تتعلق بمصلحة المحضون في القانون والشريعة الإسلامية وجب إحترامها والأخذ بها، وبما يترتب على الحضانة من التزامات على المحضون له، والتزامات يجب توفرها في الحاضن.

ولقد إعتمدت لدراسة هذه المذكرة على إجتهادات قضائية، وهذا لطبيعة التي يتميز بها هذا الموضوع عن غيره، ونظرا لمكانة المحضون بصفته رجل الغد، فيجب أن يوجه النظر إليه.

Résume:

It est venu législateur tous textes relatifs garde de l’article 62 à l’article 72 de le code algérien da la famille pour éviter problème concernât les enfants et la maintenant leur droit q et une vaste zone ou les mises a jour pepiniere viennent selon ce qui etait peut etre déjà valide n est plus valide maintenant et oussi logtemps que le legislateur a mis laccent sur linteret de lenfant etant le plus importamt et le plus et le plus impontant en gande a vue ، gande est rcgi por les dispositions nelatives aux interest de l enfant dans le droit et la loi islamique doit etre respectee et appliqueé comme suit pepiniere des engagements se tnouve avec son enfant et les abtigations doivent etre disponidles dams l incubaleu.

a adopté pour étudier cette mémoire sur la jurisprudence ، c’est caractère qui caractérisent ce sujet qu’ un autre، Thom prestige l’enfant en sa qualité l’homme de demain l’ faut directive regarde