جامعة زيان عاشور- الجلفة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة

حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبين: إشراف الأستاذ :

سلت توفيق ابوبكر حرشاوي علان

كليوات رشيد

لجنة المناقشة :

1. أ صدارة محمد.....رئيسا
2. أ علان حرشاي.....مقررا
3. أعباس حمزة.....مناقشا

السنة الجامعية : 2017/2016

شكر وعرفان

أتفضل بعميق الشكر والامتنان والتقدير إلى الأستاذ المحترم **الدكتور عنان حرشاوي** الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث بكل جدية وحزم وحسن معاملة، والذي ساعدنا بتوجيهاته ونصائحه القيمة طيلة مراحل إنجاز هذا البحث، ولقد كانت توجيهاته المنهجية الهادفة وطريقته في الإشراف خير سند ودعم لي اهتديت بيها في كل خطوة من خطوات هذا البحث، فنعم نصائحه وتوجيهاته السديدة.

كما أغتنم الفرصة لأشكر كل **أساتذتي الأجلاء** الذين كان لي الشرف التعلم على أيديهم بهذه الكلية، فليتقبلوا شكرنا واعترافنا بالجميل الذي سيظل دينا علينا مدى حياتنا.

الاهداء

أهدي هذا العمل إلى من ربتني وأنارت دربي و أعانتني بالدعاء

و الصلاة إلى والدتي **سرح سعيدة**

و أهدي أيضا إلى من عمل بكد من أجلي و علمني الكفاح إلى

والدي **الأخضر سلت**

كما أهدى هذا العمل إلى إخوتي و

إلى كل عائلتي الصغيرة و الكبيرة

توفيق سلت

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع

إلى أستاذي المشرف وأعضاء لجنة المناقشة

والفريق البيداغوجي لهذه الوحدة

إلى والدي الحنون وأمي الحبيبة

إلى أخواتي وإخواني الأوفياء

إلى شريكة حياتي الغالية

إلى أصدقائي المخلصين الشرفاء إلى كل الباحثين والمهتمين بشؤون الطفولة إلى كل الأطفال الذين قصر المجتمع في وسائل حمايتهم

إلى كل الأحداث نزلاء مراكز حماية الطفولة الذين قل من يفهمهم أو يستمع إليهم أو يتعاطف معهم.

إلى كل من ساعدني على إخراج هذا العمل في صورة بحث مكتمل

كليوات رشد

مقدمة

إن حماية الطفل المحضون من المواضيع التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية وأولاها المشرع الجزائري عناية خاصة، وشغل هذا الموضوع فكر الكثير من الباحثين القانونيين ، فكانت الحماية القانونية للطفل محل دراسة في عدة مؤلفات وبحوث ، منها ما تناول الحماية على المستوى الداخلي سواء في قانون الأسرة أو في القانون الجزائي ، ومنها ما تناول حماية الطفل في الاتفاقيات الدولية.

حيث الأصل أن تتبلور شخصية الطفل في كنف أسرته الصغيرة، وفي مكان يسوده الاستقرار والطمأنينة ، ولكن هذا الاستقرار قد لا يتوفر دائما، ففي كثير من الأحيان يحدث أن يحرم الطفل الصغير من أحد والديه ، أو كلاهم، فقد يفقدهما بالموت، أو بالطلاق. فلابد أن يتوفر من يحل محل الأبوين في رعاية الطفل ويعوضه عن هذا الحرمان ، و الحضانة شّرعت للتخفيف من حدة الآثار المترتبة عن انتهاء العلاقة الزوجية كنوع من أنواع التكفل الاجتماعي والنفسي، والتربوي بالطفل، ولمساعدته على تحمل الوضع الجديد والقاسي، ومساعدته على التأقلم.

وأحكام الحضانة يحكمها مبدأ هام هو مبدأ مراعاة القاضي لمصلحة المحضون ، سواء عند إسناد الحضانة أو عند إسقاطها عمن أسندت إليه، وقد أشار إليه المشرع الجزائري في خمسة (5) مواد من أصل إحدى عشر (11) مادة تناول فيها أحكام الحضانة من المواد 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة.

ونظراً لأهمية مصلحة المحضون في أحكام الحضانة نجد أن معظم الأحكام القضائية الخاصة بإسناد الحضانة و إسقاطها وتحديد آثارها تشير إلى إعمال هذا المبدأ و العمل على حسن تطبيقه، وبالتالي فإن أحكام الحضانة كلها اجتهادية، فمن خلالها يظهر لنا دور القاضي في تقدير هذه المصلحة التي اكتفى المشرع بالنص عليها دون تحديد مفهومها ولا معيار تطبيقها.

لذلك ارتأينا خلال مرحلة إعداد البحث الربط بين الجانب النظري، والجانب التطبيقي، من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية الصادرة من المحكمة العليا.

أهمية الدراسة :

يعتبر الطفل ثروة مهمة في المجتمع يتعين على هذا الأخير أن يوفر له الحماية الكافية لتنشئته تنشئة صالحة و توفير بيئة صحية مناسبة له، وتعتبر العائلة البيئة المثالية لتنشئة الأطفال، غير أن العلاقة الزوجية التي تقوم عليها الأسرة كثيراً ما تنتهي بالطلاق مما يخلف تشتت العائلة، وهو ما يفرض ضرورة البحث عن حلول تضمن للطرف الضعيف في الأسرة أي الطفل قدرًا من الحماية وتعتبر أحكام " الحضانة " الحل القانوني والسليم لذلك. إن هذا البحث هو محاولة للإحاطة بالإطار القانوني للحماية القانونية للطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، والوقوف على الآليات القانونية لها.

1/ إن المواضيع المتعلقة بالأسرة عموما لا يمكن أن تدرس بالاعتماد على القانون وحده، بل لابد من الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي يعتبر مرجعا مهما لا يمكن إغفاله، نظراً لأهمية الحلول التي يعطيها والتي يعتمد عليها القاضي في حال عدم وجود نص قانوني، و من ثمَّ فإنه من الأهمية أن نبين مواطِن النقص والغموض في النص القانوني والذي يتطلب الرجوع إلى الفقه الإسلامي.

2/ إن موضوع الحضانة من أكثر المواضيع التي تطرح أمام القضاء في حال انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق خاصة وأن المشرع ترك أمر تقدير مصلحة الطفل المحضون للقاضي، مما يفرض علينا البحث عن موقف القضاء من بعض المسائل المتعلقة بالحضانة.

و تهدف دراستنا إلى:

1. البحث في مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان الحماية للطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، والآليات القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لتوفير هذه الحماية.

2. بحث الإشكالات العملية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وبيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري في حال غموض النص أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة، وما إذا كانت هناك إشكالات عملية فرضها الواقع وأهملها النص وتصدى لها الاجتهاد القضائي.

.الوقوف على مكانة موضوع حماية الطفل المحضون من الدارسات القانونية في مجال حماية الأسرة.

.الوقوف على مدى الانسجام بين قانون الأسرة و غيره من فروع القانون من جهة وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال من جهة أخرى .

ومن هنا نطرح خلال هذه الدراسة الإشكالية التالية:

هل وفق المشرع من خلال قانون الأسرة الجزائري في توفير الحماية القانونية الكافية للطفل المحضون ؟

تندرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

*ما هي الشروط الواجب توفرها في مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي

*كيف كرس المشرع الجزائري معيار مصلحة المحضون من خلال الأحكام المتعلقة بإسناد الحضانة، وحالات سقوطها؟

* ما هي الإشكالات العملية التي تعترض القضاة عند النظر في قضايا الحضانة ؟

* ما هي مواطن النقص و الغموض في الأحكام القانونية للحضانة في التشريع الجزائري؟

المنهج المعتمد:

سنحاول الإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية من خلال الاعتماد على المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية التي تهدف إلى التعرف عل موقف المشرع من بعض المسائل القانونية، كما استخدمنا أيضا المنهج التحليلي باعتباره أكثر المناهج اعتمادا عند تحليل النصوص القانونية، وهو منهج رأيناه مناسبا عند البحث في موقف القضاء من مسألة الحضانة.

أسباب اختيار الموضوع:

إن أهم ما دفعنا للبحث في هذا الموضوع هو خطورة الطلاق على الأطفال عموما، خاصة وأن المطلع على أحكام القضاء يجد أن أكثر قضايا الأسرة التي تطرح أمامه متعلقة بالآثار المترتبة عن الطلاق كالنفقة والزيارة وغيرها، مما ينعكس سلبا على الجانب النفسي للطفل الذي ينشد العيش في عائلة يسودها الاستقرار لا الصراع الدائم

صعوبات الدراسة:

*الدراسات المتعلقة بالأسرة عموما تمتاز بجمعها بين الجانب القانوني والجانب الشرعي لدرجة عدم إمكانية الفصل بينهما ، مما يفرض على الباحث توسيع بحثه ليشمل موقف الفقه الإسلامي منها.

*قلة المراجع الحديثة المتعلقة بالموضوع في مكتبة الكلية مما فرض علينا ضرورة البحث في المكتبات الخارجية ، والتي لاحظنا أن أغلب الإصدارات فيها قديمة.

*تميز كتب الفقه القديمة بصعوبة الأسلوب و غموض العبارات.

الدراسات السابقة:

من خلال بحثنا في موضوع حماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري وقفنا على بعض الدراسات المهمة في موضوع الحضانة والتي كانت مرجعا مهما لنا نذكر منها:

1. أطروحة دكتوراه للباحثة زكية حميدو بعنوان **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة .**

2.أطروح دكتوراه للباحث محفوظ بن صغير، بعنوان **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري.**

خطة الدراسة:

وللإجابة على إشكالية الدراسة قسمنا الموضوع إلى فصلين تناولنا فيه الإطار المفاهيمي للحضانة بكل ما يشتمله من عناصر تمهيدا للدخول في صلب الموضوع.

أما الفصل الأول فقد تناولنا فيه حماية المحضون من خلال أحكام إسناد الحضانة ومسقطاتها وقسَّمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول أحكام إسناد الحضانة بينما تناولنا في المبحث الثاني حالات سقوط الحضانة حماية للطفل المحضون أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه آثار الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، تناولنا في المبحث الأول حق المحضون في النفقة وأجرة الحضانة، بينما تناولنا في المبحث الثاني حق المحضون في السكن والزيارة

الفصل الأول حماية الطفل

المحضون من خلال أحكام إسناد الحضانة ومسقطات

المبحث الأول : أحكام إسناد الحضانة

إن مصلحة المحضون قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية ، فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمصلحة يكون مفهومها بحسب الظروف الاجتماعية والثقافية التي تؤثر في تحديدها، ولا يمكن حصرها في تعريف دقيق وموحد وهذا راجع لأسباب عديدة.

المطلب الأول : مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نتناول في هذا المطلب تعريف مصلحة المحضون في (الفرع الأول)، بينما نتناول تطبيق معيار مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول :تعريف مصلحة المحضون

نبين في هذا الفرع مفهوم المصلحة من الناحية اللغوية، والاصطلاحية والقانونية، وموقف التشريع الجزائري من المصلحة.

أولا – التعريف اللغوي للمصلحة:

المصلحة لغة تعني المنفعة وهي مثلها لفظا، و المصدر بمعنى الصلاح، و هي إسم لواحدة من المصالح ، وتطلق أيضا على المنفعة ، وكل ما يبعث على الصلاح وكل ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة.([1])

ثانيا– التعريف الاصطلاحي للمصلحة:

قد عرفها الغزالي بأنها " عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ونعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمس :وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه المصلحة فهو مفسدة ودفعه مصلحة " . ([2])

---

[1] . محمد سعيد رمضان البوطي ، **ضوابط المصلحة في الشريعة** ، دار الرسالة ، بيروت 1936 ، ص04

[2] . حامد محمد بن محمد الغزالي ، **المستصفى من علم الأصول** ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1324هـ ، ص 287 – ص 286.

وقد عرفها الطوفي بقوله: "السبب المؤدي إلى مقصود الشارع من عبادة أو عادة ، ثم هي تقسم إلى ما يقصده الشارع بحقه كالعبادات ، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين و انتظام أحوالهم كالعادات " .([1])
وعرفت أيضا بأنها " المصلحة الملائمة لجنس إعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وليست هي المصلحة الغريبة التي سكتت عنها الشواهد الشرعية " .([2])
ولقد حاول آخرون عرض رأيهم حول الموضوع ذاته فتقدم الأستاذ محمد مصطفى شلبي بالقول بأن "المصلحة في اصطلاح الفقهاء و الأصوليين تطلق بإطلاقين الأول مجازي وهو السبب الموصل للنفع ، والثاني حقيقي وهو نفس السبب الذي يترتب على الفعل من خير أو منفعة ، ويعبر عنه باللذة أو النفع.([3])

ثالثا- التعريف القانوني للمصلحة:

نعالج المصلحة كما عّرفها الفقه القانوني ثم نتكلم على المصلحة التي أوردها المشرع الجزائري.

أ- تعريف الفقه القانوني للمصلحة:

إنقسم مفهوم المصلحة عند فقهاء القانون إلى نظريتين:
الأولى تعتبر المصلحة كل ما يصلح به المرء من شأنه بمنفعة تأتيه إذا هو مارس حقا أو أقام دعوى أو أنها السبب الذي من أجله يرفع المتقاضي دعواه ، فرفع الدعوى لما يطلبه المدعي يحقق له مصلحة بصيانة حق قانوني ، أو مركز قانوني يخصه.
أما الثانية فالمصلحة هي طلب التعويض عن الضرر الذي يصيب الشخص.([4])
و من الصعب تحديد تعريف لقاعدة مصلحة الطفل لأن الأمر يتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة ، والحياة مشكَّلة من ملامح و ذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا .و مصلحة الطفل مسألة مستقبل، وهذا ما يزيد من صعوبتها فالبالغ موجود بحاضره ومصلحته تتحدد انطلاقا من هذا الحاضر، لكن مصلحة الطفل تتحدد بما سيكون عليه في المستقبل ، فحاضر الطفل ليس ذا أهمية

---

[1] . محمد إبن علي الشوكاني، **إرشاد الفحول الى تحقيق حق من علم الاصول**، دار الفضيلة ، السعودية، 2000 ص 242.

[2] . محمد كمال الدين إمام ، **أصول الفقه الإسلامي** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007 ، ص229 .

[3] . مصطفى شلبي ، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة في الفقه والمذاهب السيرة، ومذهب الجعفري**،الطبعة الرابعة ، دار الجامعية ، بيروت ، 1983 ،ص279 .

[4] . حميدو زكية، حميدو زكية ، ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة** ، أطروحة دكتوراه (غير منشورة) ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2005 2004 ، ص78 .

كبيرة بالمقارنة مع مستقبله ، وهذا ما يجعل القاعدة متغيرة وغير ثابتة.([1])

ب-تعريف المشرع الجزائري للمصلحة:

وظف المشرع كلمة المصلحة في نفس المسألة في بعض المواضع ، ومثال ذلك المادة 07 من قانون الأسرة ، وكذلك بالنسبة لولاية الزواج فقد ذكر المشرع المصلحة فيها كما أشار إلى حماية مصلحة الأسرة في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

فقد أخذ المشرع بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا ، فقاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية ، أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى ، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات ، والمحيط الذي يترعرع فيه ، كما يجب أن ينظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان ، فتطور الحياة أدى إلى تطور متطلباتها والى تعقيدها أيضا.

وما يمكن قوله هو أن قاعدة مصلحة الطفل قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمانية ، فهي تختلف من زمان إلى آخر و من مكان إلى آخر ، و من طفل إلى آخر.([2])

ويظهر أن المشرع الجزائري قد تأثر إلى حد بعيد بقاعدة مصلحة المحضون شأنه شأن القوانين الحديثة ، إلا أنه لم يفتح الباب على مصراعيه كما فعلت بعض التشريعات العربية ، بل جعل القاعدة أداة يرجع إليها القاضي كلما رأى في ذلك ضرراً على مصالح الطفل ، ولذا نص في المادة 65 من قانون الأسرة على الأخذ بعين الإعتبار مصلحة المحضون في قبول أو عدم قبول طلب الحاضن ، إذا كان ذكرًا فالقاضي بذلك يعتبر الحامي الأول للطفل المحضون ، فإذا رأى أنه بقبوله لطلب الحاضنة بتمديد حضانة طفلها ضرراً له رفض ذلك الطلب ، ولكن وجب عليه أن يعلل سبب رفضه.([3])

فقاعدة مصلحة المحضون كما سبق وذكرنا هي قاعدة مرنة ومطاطة وبما أن المشرع لم يعطي تعريفا دقيقا لهذه القاعدة فهذا يفتح المجال لكل قاضي أن يعبر عنها حسب قناعته الفكرية وطريقته في التربية ، وصدرت الأحكام القضائية تطبيقا لذلك.

---

[1] . كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون (غير منشورة)، جامعة البويرة ، كلية الحقوق ، 2013 . ص .30.

[2] . عبد العزيز سعد، عبد العزيز سعد ، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة ، دارهومة ، الجزائر، 1996، ص299 .

[3] . بن عصمان نسرين إيناس، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن (غير منشورة)، كلية الحقوق2008 ،2009،ص 28.

حيث قضت المحكمة العليا أن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ، وهو مايستوجب نقض القرار المطعون فيه ، لأن عملية اسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه.([1])

رابعا- تقسيمات المصلحة:

تم اعتماد عدة معايير لتقسيم المصلحة نذكر منها ([2]) :

أ /تقسيم المصلحة باعتبار الشارع لها إلى ثلاثة أنواع:

1 مصلحة معتبرة : وهي التي قام الدليل الشرعي على رعايتها كالمحافظة على النفس و العقل

2 مصلحة ملغاة :أي تدخل تحت قاعدة أو أصل شهدت ودلت عدة نصوص شرعية على بطلانها.

3 مصلحة مرسلة : وهي مصلحة تدخل في مقاصد الشرع ، ولكن لا يقوم الدليل الخاص على إلغائها أو إبقائها، وسميت مرسلة لأنها مطلقة عن دليل إعتبارها أو إلغائها من قبل الشارع.

ب / تقسيم المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها إلى ثلاثة أنواع:

قسم الفقهاء المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها إلى ثلاث أقسام هي:

1 المصلحة الضرورية : والتي بدونها لا تقوم أمور الدين وتفوت أمور الآخرة وهي الكليات الخمسة التي قصدها الشارع الحكيم.

2 المصلحة الحاجية : والتي أساسها رفع الحرج عن الأمة، فلا تضيع الحياة بانتفائها ولكنها تضيق.

المصلحة التحسينية : وهي تنزل عن حد الحاجة، و تثبت الأخلاق الفاضلة والصفات الرفيعة والتي هي من سمات الكمال الفردي.

ج / تقسيم المصلحة من حيث شمولها إلى ثلاثة أقسام:

1 .**مصلحة عامة في حق كافة الناس** : ومثلها الإمام" الغزالي "بالمصلحة العامة في قتل المبتدع الداعي لبدعته."

[1] . ملف رقم 59013 المؤرخ في 1990 02 19 ، نبيل صقر و قم ا روي عز الدين ، المرجع السابق ، ص1

[2] . محمد كمال الدين إمام ،، **أصول الفقه الإسلامي** المرجع السابق ، ص 231 و مايليها.

2 . **مصلحة تتعلق بغالبية الأمة :** و مثالها تضمين الصناع ما يتلف بأيديهم من السلع ما لم يثبتوا عدم التعدي والتقصير، فالتضمين يحقق مصلحة لأصحاب السلع وليس كل الأمة أو كافة الخلق.

3 . **مصلحة نادرة خاصة بفرد معين في واقعة نادرة :** ومثالها المصلحة الخاصة النادرة في فسخ نكاح زوجة المفقود([1]) .

الفرع الثاني : ضوابط ومعايير مصلحة المحضون

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة التي تنص على الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على الحضانة هي رعايته و حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".فقد ذكر وركز على أسباب الحضانة وأهدافها .([2])

كما أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا دقيقا للمصلحة بل ذكر من خلال المادة المذكورة أعلاه معايير وأسس موضوعية يمكن الإستعانة بها لتحقيق مصلحة المحضون، دون أن ننسى نص المادة 222 من قانون الأسرة الذي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي سبقت التشريع في تنظيم أحكام الحضانة وأصحاب الحق فيها، وشروطها، أجرتها، وحالات إسقاطها، وحالات عودتها، ووضع معايير للمصلحة ليتأكد منها القاضي عند اسناد الحضانة.([3])

إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد معايير يعمل بها لذا نرجع إلى القاعدة العامة الواردة في الشريعة الإسلامية، والتي تجملها في معيارين أساسين هما المعيار المعنوي أو معيار الاستقرار القائم على تعليم الولد و تربيتة ، أما المعيار الثاني هو المعيار المادي.

---

[1] محمد كمال الدين إمام ، **أصول الفقه الإسلامي** ، المرجع السابق ، ص 332 و ما يليها

[2] حميدو زكية ، ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة** ، أطروحة دكتوراه (غير منشورة) ، كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2005 2004 ، ص326 .

[3] محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة في الفقه والمذاهب السيرة، ومذهب الجعفري**، المرجع السابق، ص 725 و ما يليها.

أ- المعيار المعنوي:

لقد ذكره المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بنصه ": رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته وحفظه صحة خلقا".

فأول معيار يلجأ إليه القاضي لكشف موقع المصلحة هو العنصر المعنوي ، الذي يشكل معيارا جوهريًا لها، لهذا له أهمية في حياة الطفل، فكلما كان الطفل في سن صغيرة إزدادت الحاجة إلى التربية والرعاية بما يضمن نموهم السليم و اعطائهم متطلبات الحياة الضرورية([1]).

وأكد الفقه الإسلامي هذا المعيار في القرآن الكريم والسنة النبوية ، بحيث يقول الله تعالى: "والذين هم لأمناتهم وعهدهم راعون " ([2])، وقوله تعالى " فما رعوها حق رعايتها"، أي فما قاموا بها حق القيام.

فهو يهدف إلى رعاية وحماية الصغار، والإصلاح يكون بالحفاظ على الكليات الخمس من نسل، ونفس، وعرض، وعقل، ومال، والقيام على تربيتهم من كافة نواحي التربية، فمصلحة المحضون تقتضي توفير المحيط العائلي والمنسجم والمتشبع بالقيم الدينية والأخلاقية .([3])

وقد سبق النبي صلى الله عليه وسلم هؤلاء العلماء والباحثين في حديثهم على ما للمحيط الأسري من تأثير على الطفل في قوله ":كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء، هل يحسون فيها من جدعاء " . ([4]).

فمصلحة المحضون أيضا تقتضي وجوبا توفر الإستقرار والأمن مثل الرعاية المعنوية. ([5])

ومن ثمَّ فإن الاستقرار يتولد من الإستمرارية والدوام في التصرفات المعتادة في الحياة ، والواقع أن استقرار الأسرة يعد عنصرا أساسيًا للأمن إذ يلعب الإطار الثابت للحياة دوراً فعالا في هذا الميدان.

وقد أجمع علماء النفس على أن أقوى هذه العناصر في توفير أمن الطفل وفي نموه هو حب الأم، وأن حاجة الطفل لهذا الحب كحاجته للغداء، حيث أن الملاحظات الواردة على الأطفال المنحرفين

---

[1] . عيسى طعيبة ، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد والقضائي**، مذكرة ماجيستير في الحقوق (غير منشورة)، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2010.2011 ،ص 69.

[2] . الآية 72 من سورة الحديد.

[3] . عيسى طعيبة ، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد والقضائي**، المرجع السابق، ص69 .

[4] . أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، صحيح البخاري ، المجلد الأول ، الجزء الأول ،دار الفكر،ص 97.

[5] . أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي ، صحيح البخاري ، المجلد الاول، الجزء الأول ، دار الفكر، ص 97.

تثبت أن التوازن العاطفي يكتسب عن طريق تشبع الطفل بهذه المشاعر داخل الأسرة ، ومن أهم مقومات الاستقرار والثبات في حياتهم هو الاحترام المتبادل بين أفراد الأسرة ، وأن ذلك يشكل إنعكاسا إيجابي على تربية الأطفال.

وهكذا فالاستقرار والأمن ينتجان عن الديمومة في التصرفات اليومية الصادرة عن الأشخاص الذين سيعيش معهم المحضون، فعلى الحاضن أن يوفر للمحضون الأمن والاستقرار ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان الحاضن ذاته مستقراً.

ويستنتج من ذلك كله أن مصلحة المحضون هدفها هو إيجاد الشخص لعلاقة وطيدة بينه وبين المحضون، ومده بالراحة النفسية والاستقرار الروحي والعقلي بتخفيف حدة الوجع الذي أصابه جراء انفصال والديه أو موت أحدهم وحمايته من الانحراف في المجتمع.

ونظراً لأهمية هذه الرعاية و بإعتبار أن النساء هن الأقدر عليها تم تقديمهن في ترتيب الحواضن، وهذا ما جاءت به القواعد الفقهية والنصوص القانونية.

كما نص القانون على أنه إذا كان أحد الوالدين يعرض صحة أولاده أو خلقهم أو أمنهم لخطر أو يسئ معاملتهم، أو يكون مثالا سيء لهم بسلوكه المشين، أو بأن يهمل رعايتهم سواء قضى بسقوط السلطة الأبوية أو لم يقضي بإسقاطها يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج حماية له ، وتقديمها قانونيا وفعليا على أي اعتبار آخر مع منح السلطة للقاضي الذي هو أدرى بمصلحة المحضون وظروفه، وهذا ما أخذه بعين الاعتبار عند تعرضه للمعيار المادي.

ب –المعيار المادي:

إذا كان الفقهاء يغلبون المصلحة المعنوية على المادية فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي ، لأن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح و لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لابد منها.([1])

فالمشرع الجزائري لم يتوان في النص على هذا الجانب المهم ، إذ أقر للمحضون جملة من الحقوق كحقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد، أو كان غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه بسبب آفة عقلية أو بدنية، وهذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

[1] . حميدو زكية ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، المرجع السابق ، ص118

ويمكن التبرع بالحضانة اذا أبت أم الولد أن تحضنه إلا بأجر، ووجدت من محارمه من هي أهل لحضانته كجدته او خالته أو عمته تتبرع بحضانته، فإن كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله إن كان له مال، ونفقته بأنواعها واجبة فيه فإنه يسلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة ماله دون الاضرار به، فالمتبرعة لحضانته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه.

وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحقا على الأب، فإن كان الأب موسرًا لا يعطى للمتبرعة، ويبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرته لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيره لتوفر الشفقة، ولا ضرر على الأب لأنه موسر، و إن كان معسراً يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجرة مع إعساره إ ضرار له.

أما أجرة الرضاعة فنجد أن المشرع الجزائري لم يتناولها، وإنما أشار إليها كأحد واجبات الزوجة وهو إرضاع الأولاد عند استطاعتها، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة قبل إلغائها مع العلم أن الرضاعة لا تقف عند التغذية المادية فحسب، وانما تتعداها إلى التغذية الروحية، والأم في إرضاع ابنها أشفق وأحن من غيرها.

ومن هنا فالأفضل للمحضون أن يرضع من أمه إذا كانت قادرة على ذلك، وطلبها أجرة لا يجب أن يحول دون إرضاعها لابنها المحضون.([1])

المطلب الثاني : تطبيق معيار مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

إن المشرع الجزائري أعطى أهمية كبيرة للطفل، وقد نص في عدة مواد على مراعاة مصلحة المحضون إلا أنه لم يضع تعريفًا لها تاركا كما سبق وبيّنا السلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي فهناك فراغ قانوني يدفع القاضي للاجتهاد باحثا عن كيفية تطبيق المعايير التي يعتمد عليها، و سنتناول الشروط القانونية لإسناد الحضانة في (الفرع الأول)، وكذلك الدعاوى المترتبة عليها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول :الشروط القانونية الواجب توافرها في إسناد الحضانة

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

[1] . حميدو زكية ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، المرجع السابق ، ص118

أولا:الشروط الواجب توافرها في النساء والرجال معا

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء ، وإن تقدمت النساء على الرجال وذلك بحكم الفطرة ، وهن الأقدر على تربية الصغير وحفظه ، وكذلك الأقدر على توفير إحتياجاته وتتمثل هذه الشروط في:

أ-الأهلية و العقل

1**الأهلية** :الحضانة هي رعاية الولد ، لذلك لا يعقل لمن هو ليس أهلا للولاية أن تسند له الحضانة ، لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا ([1]) ، والبلوغ المقصود هو بلوغ سن الرشد، ووفقا للقانون الجزائري هو تمام 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري.([2])

كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية على أنه " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، إذ المقصود بأن الأهلية هي القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده سليما ليكون قادراً على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

ب – **العقل** :هذا الشرط يتماشى والمنطق ، فقد يبلغ الشخص السن القانوني ولكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته،([3]) و المجنون لا يستطيع أن يتولى ويرعى شؤون المحضون لأنه هو في حذ ذاته في حاجة إلى من يرعاه حسب المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي لايكون له تولي –83– ما أوضحته المواد 82 شؤون غيره، وإلى جانب العقل إشترط المالكية الرشد فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه على غير مقتضى الشرع.

وإشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفر كالجذام والبرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات.

---

[1] . محمد كمال الدين إمام ، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء " دراسة لقوانين الأحوال الشخصية** " ، دار الجامعة الجديدة، مصر ، ص149.

[2] . الأمر رقم 58 75 المؤرخ في 20 رمضان 1393 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 **المتضمن القانون المدني** ،الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، المؤرخ في 24 رمضان 1395 الموافق ل 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.

[3] . عبد المطلب عبد الرزاق ،**الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي** ،دار الجامعة الجديدة،مصر،2008،ص 05، ص 30.

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة ، فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على القيام بشؤونه ، إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه، وهو ماورد في نص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه" تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، إن صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"

كما أنه لافرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا، لأن الحضانة هي رعاية المحضون و حفظ مصلحته.

ب-القدرة والأمانة :يقصد بها الاستطاعة، فإذا كان عمل الحاضنة مثلا يمنعها من تربية الصغير و العناية بأمره فلا تكون لديها أهلية الحضانة، ويرى الفقهاء أن الحاضن يجب أن يكون أهلا لممارسة الحضانة بأن يتحلى بالأمانة والأخلاق.

1-القدرة :ويقصد بها القدرة والإستطاعة على حماية الصغير وصيانته في خلقه وصحته، فرعاية الطفل والإعتناء به يحتاج أن يكون قادرا على ذلك، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومالية، ويجب التفرقة بين المرض الذي لا يخشى منه خطر أو يتوقع من إصابته ضرر، كالصداع اليسير والحمى الطارئة، وهذا النوع من المرض لا يؤثر على حق الحضانة.([1])

أما المرض الذي يطول فهو ذلك الذي يخشى منه على المصاب به بل وعلى غيره كالجذام و السل والجرب، ويكون مانعا لحق الحضانة.

أما عن موقف القضاء الجزائري في إعتبار القدرة شرطا أساسيا لممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1984.07.09 " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثمَّ فإن القضاء بتقرير حق ممارسة الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرق لقواعد الفقه الإسلامي".([2])

2-الأمانة :الأمانة في الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة وعليه فلا حضانة لغير أمين.

---

[1] . نور الدين أبو لحية نور الدين أبو لحية ،**الزواج وحقوق الأولاد الصغار**،دار الكتاب الحديث،2009،ص 30.

[2] . كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون ، جامعة البويرة، كلية الحقوق ، 2013 . ، ص23 .

فقد إتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة ، إلا انهم إختلفوا حول درجة الفسق فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة وبين الفسق الأقل حدة.

أما المالكية والشافعية والحنابلة فإتفقوا على أن الفسق مانع من الموانع.([1])

وتقدير الفسق الذي يضيع به الولد والذي لا يضيع به متروك أمره للقاضي، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997.09.30 أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، حيث قضت " متى ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري".([2])

ج-الإسلام :يرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولايته ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا".[3] وهي كالولاية على الزواج والمال ولأنه يخشى على دين المحضون من الحاضن، وحرصهم على تنشئته على دين أبيه فرسول الله صلى الله عليه وسلم قال "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"، إلا أن المالكية ذهبوا إلى عدم اعتبار هذا الشرط، وأنه لا أثر لاختلاف الدين في الحضانة، فتجوز الحضانة من الكتابية وغير الكتابية، وحتى ولو كان الحاضن كافرًا أو مجوسيا أو غيره، وكان المحضون مسلما سواء كان الحاضن ذكراً أو أنثى.([4])

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى التفريق بين حضانة النساء وحضانة الرجال، ففي حضانة النساء لا يشترط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، أي أن الإسلام في حضانة النساء ليس شرطا، لأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة ولا تختلف في الحاضنة باختلاف الدين فلو كانت الحاضنة كتابية والولد المحضون مسلما فهي كالمسلمين في استحقاق الحضانة.([5])

---

[1] . أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص999 .

[2] . باديس ديابي، المرجع السابق ، ص60 .

[3] . الآية 141 من سورة النساء.

[4] . محمود علي السرطاوي ، **فقه الاحوال الشخصية الزواج والطلاق**، دار الفكر،الأردن ، 2008 ، ص256.

[5] . أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الظاهري ، **محلى بالاثار**، دار إدارة الطباعة ، مصر، بدون سنة نشر ، ص 323.

وفي حضانة الرجال يشترط إتحاد الدين ، فلا حق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه ، فاختلاف الدين يمنع استحقاق الحضانة، لأن اختلاف الدين يمنع من التعصيب.([1])

أما موقف القانون فقد جاء في نص المادة 62 من قانون الأسرة... " والقيام بتربيته على دين أبيه"...، على الرغم من عدم وجود نص صريح حول اشتراط الدين الإسلامي في أم غير مسلمة.([2]) بل أعطى لها الأولوية في الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون خاصة إذا كانت الأم تسكن بالجزائر إلا إذا خشي على دينه، كما رأى المشرع أنه إذا كانت الأم قاطنة في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب فإن ذلك يعد مخالفا للقانون، ولذلك يجب أن تراعي مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه.([3])

وجاء في قرار آخر بتاريخ 1989.12.25 المقرر قضاًء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بالجزائر أحق ولو كانت الأم غير مسلمة.([4])

ثانيا – الشروط الخاصة بالنساء:

هناك جملة من الشروط خاصة بالنساء تتمثل فيما يلي:

أ–شرط عدم التزوج بأجنبي عن الصغير:

اختلف الفقهاء في حكم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون على آراء منها:

*الرأي الأول قولهم أن الحضانة تسقط بالزواج مطلقا سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى

وهو ما اتفق عليه الأئمة الأربعة المالكية، الشافعية، الحنابلة، والحنفية وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة قالت :يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء وحجري له هواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أن ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ":أنت أحق به ما لم تنكحي "([5]) ، فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى تتزوج وعندها لا يكون لها هذا الحق فيسقط حقها

---

[1] . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، **الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**، المرجع السابق ، ص32 .

[2] . ملف رقم 50876 بتاريخ 1989/11/07 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 ،سنة 1991، ص 48 .

[3] . ملف رقم 59013 قرار بتاريخ 1990.02.19 ، نبيل صقر و قم ا روي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 138.

[4] . ملف رقم 86597 مؤرخ في 1989 12 25 ، **المجلة القضائية**، عدد 04 ،1991 ، المرجع السابق،ص 117.

[5] . صالح بوغرارة ، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجيستير في القانون (غير منشورة) ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ص78 .

في الحضانة ([1]) ، ويدل على ذلك قول المرغاني " :وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها، لأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزراً وينظر إليه شزراً" ، ثم يقول "إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قام مقام أبيه وكذلك إذا كان الزوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظر إلى القرابة القريبة.([2])

*الرأي الثاني قيل أن الحضانة لا تسقط بالزواج مطلقا سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى وهو رأي الحسن البصري وإ بن حزم الظاهري والذي احتج لرأيه بقوله تعالى ": وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن" ([3]) ، لأنه صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها، وقد أشار ابن حزم على عدم سقوط الحضانة بالزواج فقال الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض والاحتلام، و إثبات التمييز وصحة الجسم سواء أكانت أمه متزوجة أو لم تتزوج، رحل الأب عن ذلك البلد أو لم يرحل ثم يقول:

(ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم، إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة).([4])

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتنص المادة 66 من قانون الأسرة على أنه،" يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وعليه يفهم من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي وبقريب غير محرم وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ1986.05.05 يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون،

ولذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف هذا المبدأ و إسناد حضانة البنت لجدتها لا لأمها المتزوجة بأجنبي عن المحضون.([5])

وجاء في قرار آخر مؤرخ في 1999.04.20 أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسنادها لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك.([6])

---

[1] . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، **الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**، المرجع السابق، ص 39.

[2] . محمد عليوي ناصر، المرجع السابق ، ص 98.

[3] . سورة النساء ، الآية 23.

[4] . محمد علي بن احمد سعيد بن حزم الظاهري، مرجع سابق ص 323.

[5] . ملف رقم 40438 قرار 1986.05.05 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم النشر بالمحكمة العليا ، العدد 02 ، سنة 1986 ،ص 75 .

[6] . ملف رقم 2204070 قرار بتاريخ 1999.04.20،**مجلة الاجتهاد القضائي**، صادرة عن قسم النشر بالمحكمة العليا ، العدد 01 ، بدون سنة نشر ، ص181.

وجاء أيضا في القرار المؤرخ في 2005.05.18 أنه : يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم.([1])

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بموقف الجمهور والحنفية، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب للمحضون، وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون و خدمة لمصلحته.

ب شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون:

ويشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم محرم للطفل، كأمه وأخته، أو خالته وجدته، لأن مبنى الحضانة على الشفقة فلا حضانة لبنت العم والعمة، ولا لبنات الخال والخالة لكن لهن الحق في حضانة الذكور، إلا الحنفية فقد قالوا أن لهن الحق بحضانة الأنثى.([2])

ج–شرط عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه:

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير أو يعرضه للأذى والضياع سببا مسقطا لممارسة الحق في الحضانة، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

د– شرط ألا تمتنع الحاضنة عن تربية الولد مجانا عند إعسار أبيه:

يرى الفقهاء أن حق الأم في حضانة الصغير يسقط 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 بإبقاء الصغير عند أمه وهو معسراً.([3])

هـ – عدم الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي:

اختلف الفقهاء في حكم انتقال الحاضنة أو الولي إلى مكان آخر على الأقوال التالية:

---

[1] . ملف رقم 331058 قرار بتاريخ 2005.05.18، **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم النشر بالمحكمة العليا، العدد 02 ،سنة 2005 ، ص 383.

[2] . عبد الطلب عبد الر ا زق حمدان، **الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق ، ص 41.40.

[3] . أحمد نصر الجندي، المرجع السابق،ص 598.

*القول الأول :التفريق بين سفر الحاضنة أو الولي للنقلة والانقطاع والسكن في مكان آخر وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة ، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة فإن كان سفر أحدهما للنقلة والانقطاع سقطت الحضانة.

وقد ذهبوا إلى أنها في سفر الانقطاع تنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها، وفي السفر لحاجة يشترط أن يكون الطريق آمنا والمكان المتنقل إليه مأمونا بالنسبة للصغير.([1])

وقد اختلفوا في تحديد مسافة السفر على الآراء التالية:

*الرأي الأول : بستة برد فأكثر على المعتمد أو المسافة بردين على قول، وهو تحديد المالكية.

*الرأي الثاني : أنه لا فرق بين السفر الطويل والقصير وهو الأصح عند الشافعية.

*الرأي الثالث : تحديدها بمسافة القصر وهو الصحيح عند الحنابلة وقول عند الشافعية.

*الرأي الرابع : إن كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الأب كل يوم، ويرونه فتكون الأم على حضانتها وهو قول الإمام أحمد.([2])

وقد ورد في نص المادة 69 قانون الأسرة الجزائري ، إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه "...فالمشرع لم يجعل الحضانة تسقط بمجرد سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي بل اشترط نية الاستيطان به في بلد أجنبي، وهذا يعني الإقامة الدائمة ولمدة غير محددة.

في حين أغلب الفقهاء يرون أن التنقل بالمحضون لمسافة تزيد عن ستة (6) برد وما يعادل (20 كلم) مسقط للحضانة.([3])

فإذا كان الأبوين يقيمان في نفس البلد الأجنبي فإن ذلك لن يضر بمصلحته ولن يسقط حق الحاضن فذلك يسهل حتما التكفل بالمحضون على أحسن وجه ومراعاة حقوقه ، وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا أن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن

[1] . نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص122.

[2] . نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 122.

[3] . ملف رقم 43594 بتاريخ 1986/09/22 ، نبيل صقر و قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 139.

ثمَّ فإن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا صحيح القانون.([1])

ثالثا- الشروط الخاصة بالرجال:

يشترط في الرجال بالإضافة إلى شروط العامة " العقل والأمانة والدين" ، شروطا خاصة بهم وهي:

أ-أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى:

يشترط في الحاضن إذا كان رجلا والمحضونة أنثى بلغت سنا معينة أن يكون محرما لها([2]) ،وقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين حذراً من الخلوة لانتفاء المحرمية بينهما،([3]) وإذا لم تبلغ هذه السن أعطيت له بالاتفاق فلا يكون لإبن العم حضانة إبنة عمه.([4])

ب-اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون :لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما ، فليس له حق في الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمة من عامة أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه فلا توراث بينهما، إذ قد يبني حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث.([5]) وإذا توافرت هذه الشروط فإن الحضانة تسند إليه، ولكن مع مراعاة مصلحة المحضون، وذلك لكي لا يترك ما يصعب مهمة القاضي وذلك لحمايته بممارسة الدعاوي المدينة كما سيأتي بيانها.

الفرع الثاني : دعاوى إسناد و تمديد الحضانة

كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان، لاسيما أمام الفراغات القانونية الموجودة في قانون الأسرة الجزائري ، مما يصعب من مهمة القاضي، ولابد من مراعاة مصلحة المحضون دائما وحمايته بتطبيق الدعاوي المدينة.

فصاحب دعوى الحضانة كونه إما مطالبا بالحضانة لنفسه أو إسقاطها عن غيره، وسوف نتطرق في هذا الفرع إلى الدعاوي المدنية المتعلقة بالحضانة والمتمثلة في الإسناد والتمديد.

---

[1] . ملف رقم 56397 قرار بتاريخ 1989/12/25 ، **المجلة القضائية** ، العدد 03 لسنة 1991 ، المرجع السابق ،ص61.

[2] . بن عصمان نسرين إيناس ، المرجع السابق ، ص 07.

[3] . كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، المرجع السابق ، ص 37.

[4] . عبد المطلب عبد الزا رق حمدان، **الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**، المرجع السابق ، ص 42.

[5] . محمد أبوزهرة ، المرجع السابق ، ص 408.

أولا– دعوى إسناد الحضانة:

يتم اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية :حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق أو خلع، أو في حالة الوفاة، أو حالة الفقدان.

أ– حالة الطلاق و ما في حكمه:

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي و إذا رفعت الزوجة دعوى ضد زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، أو خلعها طبقا للمادة 54 ، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدِّية التي ينظر فيها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى، ذلك أنه من آثار فك الرابطة الزوجية لأحد الأسباب السابقة الذكر ضرورة النظر في أمر الحضانة، فيكون القاضي ملزما بالفصل في أمر الأولاد.([1])

فحسب قانون الأسرة الجزائري وتحديدا نص 64 منه فإن الأم دوما تكون أولى وأحق بإسناد الحضانة لها، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى الحالات التي يسقط عنها هذا الامتياز المحددة قانونا وشرعا، وقد يتنازل الأب تلقائيا عن حضانة أطفاله ويطالب القضاء بإسناد كفالتهم للأم(**الملحق رقم 01**).([2])

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها فيما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون حيث جاء في أحد قراراتها " :إن الأم أحق بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج، ومن ثمَّ فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية".([3]) كما يمكن إسناد الحضانة لغير الأم مثلما جاء في قرار المحكمة العليا ": إن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم، واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا صحيح القانون" ([4]).

---

[1] . بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق ص 200.

[2] . عريضة افتتاح دعوى طلاق و إسناد الحضانة للأم .

[3] . ملف رقم 52221 ،قرار بتاريخ 1989.03.13 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا،العدد 01 ، سنة 1993 ، ص 48.

[4] . ملف رقم 52221 ،قرار بتاريخ 1989/03/13 ،نفس المرجع و نفس الصفحة.

وفي إطار مصلحة المحضون وحمايته قررت المحكمة العليا لأم سلمت البنتين لأب من وقت الطلاق مؤقتا وذلك لعدم وجود سكن لها، وبعد خمس سنوات أرادت استرجاعهما إليها فرفض القضاة دعوى الطاعنة.([1])

ب . حالة الوفاة أو الفقدان:

فمسألة الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية، وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه ، فيكون من حق أي شخصا آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار الحكم به.([2])

ثانيا – دعوى تمديد الحضانة:

نصت المادة 65 من القانون الأسرة الجزائري على " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشرة سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية."

وبالتالي فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي يمكنها أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى المطالبة بتمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشرة سنة من عمره ، حيث جاء في قرار المحكمة العليا "من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضي بالطلاق وإسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب، حيث جاء فيه:" إن لقضاة

---

[1] . ملف رقم 153640 قرار بتاريخ 1997/04/18 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا ، العدد 01 ، سنة 1997 ،ص 39.

[2] . ملف رقم 134951 قرار بتاريخ 1996/05/21 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا ، العدد 02 ، سنة 2007 ، ص 86 .

الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا
المادة 65 من قانون الأسرة.([1])

المبحث الثاني :حالات سقوط الحضانة حماية للطفل المحضون

لقد أخذ كل من الفقه والقانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة، ولهذا يجب أن يكون للحاضن شروطا لتحقيق الهدف الذي لأجله شرِّعت الحضانة.

وإذا اختل أحد الشروط فإن مصلحة المحضون تصبح مهددة ، لذا يجب إسقاطها وتسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط.

ومن هنا سنبين أسباب إسقاط الحضانة التي وردت في التشريع الجزائري، وبالأخص قانون الأسرة الجزائري مع الاستعانة برأي الفقهاء في هذه المسألة وذلك في (المطلب الأول).

كما سنتناول في (المطلب الثاني) حالات عودة المحضون إلى حاضن.

المطلب الأول :أسباب إسقاط الحق في الحضانة

إذا حصل طلاق بين الوالدين يلتحق الطفل بمن يقدر على رعايته من أحد الأبوين، وذلك إذا اجتمعت الشروط الواجبة قانونا، إلا أن هناك ظروفا قد تمنع من إتمام ممارسة الحضانة، فتسقط عن الحاضن فيلجأ صاحب الصفة إلى رفع دعوى إسقاط الحضانة فلا حكم قضائي لتقرير ذلك وتكون دعوى الإسقاط دعوى أصلية بخلاف دعوى إسنادها.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نرى أن المشرع قد أورد حالات وأسباب إسقاط الحضانة عن صاحبها وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال الفروع التالية مع الآراء الفقهية بهذا الشأن.

الفرع الأول:أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 62 و 68 من قانون الأسرة الجزائري

تسقط الحضانة عن الحاضن إذ فقد أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 من قانون الأسرة كالقدرة على الرعاية والحفظ، كما تسقط إذا لم يطالب من له حق فيها بها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، حسب نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري وأيضا من أسباب سقوط الحضانة بالتقادم.

أولا : اختلال أحد الشروط النصوص عليها في المادة 62 القانون الأسرة الجزائري:

[1]. بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق ،ص 143.

تنص المادة 62 على جملة من الشروط التي يجب أن يتصف بها الحاضن، إذا اختل أحد هذه الشروط يسقط حق الحاضن في ممارسة الحضانة.([1]) كما أن المادة 67 من قانون الأسرة نصت في فقرتها الأولى على التربية والرعاية الصحية والخلقية التي يوفرها الحاضن للمحضون، فإذا افتقر للقدرة على رعاية المحضون وعلى تربيته على دين أبيه يسقط حقه في الحضانة ([2]) ، ومن المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثمَّ فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة العليا " إن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمَّ فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية".([3])

كما أن جريمة الزنا تعتبر من أهم مسقطات الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون.([4]) وقضت المحكمة العليا " إن عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في الحضانة ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حقا للحاضنين فقط، وإنما هي حق للمحضون أيضا ، كما في الفقه والاجتهاد" ،[5] وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 67 من قانون الأسرة.

أما الفقه الإسلامي في هذا الشأن فاتجه إلى ثلاث آراء بخصوص عمل المرأة : فاتجه الرأي الأول إلى القول أن على المرأة التي تعمل خارج المنزل أن تقوم بالأعمال التي تتفق

مع طبيعتها، دون الإخلال بواجباتها الأساسية، غير أن الاتجاه الثاني يرى خلاف للرأي الأول فدور المرأة الأساسي هو رعاية الأسرة والأطفال، ولا يحق لها العمل إلا استثناًء ، وفي حالة الضرورة القصوى التي تقدر بقدرها لما في ذلك من إخلال بواجبها الجوهري ودورها الطبيعي في الحياة.([6])

---

[1] . صالح بوغرارة ،**حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق ، ص 100.

[2] . كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، المرجع السابق ، ص 95.

[3] . نبيل صقر و قمراوي عز الدين ، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا** ،المرجع السابق ، ص 149 .

[4] . ملف رقم 171684 ، قرار بتاريخ 1997.09.30 ، **الإجتهاد القضائي** ، العدد 01 ،المرجع السابق ، ص 169 .

[5] . ملف رقم 74207 بتاريخ 2002.07.03 ، نبيل صقر و قم ا روي عز الدين ،المرجع السابق ، ص 132.

[6] . حميدو زكية ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، المرجع السابق، ص 444.

أما أنصار الاتجاه الثالث فيبيح عمل المرأة لعموم الآيات والأحاديث نبوية حيث يقول الله تعالى: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور"([1]) ، ويقول صلى الله عليه وسلم "خير الناس أنفعهم للناس"، ويقول تعالى" من عمل صالحا من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة "([2]).

ومن هنا نقول أنه يجب تقديم مراعاة مصلحة المحضون التي نص عليها المشرع الجزائري، والاجتهادات القضائية والمعتمدة على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، فلا يكون للمرأة العاملة الاحتفاظ بحقها في الحضانة إلا أن تتحقق مصلحة المحضون.([3])

ثانيا- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

تنص المادة 66 من قانون الأسرة على" يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، ففي حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي يسقط حقها في الحضانة، لكن هذا السبب لم يكن محل إجماع من طرف كل فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ منهم من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة، حتى ولو بالقريب المحرم.

ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الإطلاق، ومنهم من يربط الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون.

ففقهاء المالكية وكذلك جمهور الحنفية قيدوا سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم واستندوا فيما ذهبوا إليه بحديث روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال " كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل عنها زوجها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها

عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها فأنكحها الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : انكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فؤخذ مني ولدي، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها فقال :أنكحت فلان فلانة ؟ فقال " :نعم، فقال :أنت الذي لا نكاح بك اذهبي انكحي عم ولدك . فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الولد منها لو تزوجت بالغير بل أنكحها عم ولدها لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم.

---

[1] . الآية 15 من سورة الملك.

[2] . الآية 97 من سورة النحل.

[3] . محفوظ بن الصغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 681.

أما الشافعية فقد وسعوا في السبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم، أما الظاهرية فلم يأخذوا بهذا السبب مطلقا.([1])

أما المشرع الجزائري فقد جعل زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون من أسباب سقوط الحضانة.

ثالثا – التنازل عن الحضانة:

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه بحيث اعتبرها المشرع الجزائري حقا له فإذا تنازلت الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها.([2]) وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون أو تهديد لا يعتد به.([3])

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 21-08-1998 " من المقرر قانونا أنه لايعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثمَّ فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنهما مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون " .([4])

كما أن القرار الصادر بتاريخ 1999/04/08 بدعوى أن القضاة اعتمدوا فقط الاتفاق الذي لم يتم بين الطرفين سنة 1996 فيما يخص تنازل المطعون ضده عن الحضانة دون أن يراعوا مصلحة المحضون وفقا للمادتين 66-76 من قانون الأسرة الجزائري مع أن الطاعنة دفعت أن الأب أعاد الزواج بامرأة أخرى وإسناد حضانة البنت للأم لمصلحة البنت.

حيث أنه بالفعل فقضاة المجلس حكموا بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإسقاط حضانة البنت عن الأب وإسنادها للأم، ومن جديد حكموا برفض الدعوى على أساس البحث الذي قاموا بإجرائه الذي استخلصوا منه أن الطاعنة تنازلت عن الحضانة سنة 1996 أثناء الحكم بالطلاق.

حيث أن تنازل الحاضنة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها، إذ مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وهذا تطبيقا لأحكام المادتين 66-67 من قانون الأسرة، وبالتالي فقضاة المجلس

---

[1] . كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، المرجع السابق ، ص 92 .

[2] . صالح بوغرارة ،، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق ، ص 101.

[3] . كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، المرجع السابق، ص 54 .

[4] . ملف رقم 89234 قرار بتاريخ 1998.07.21 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات النشر بالمحكمة ،العليا ، عدد خاص ، 2001 ،ص 175 .

باعتمادهم فقط على تنازل المطعون فيه عن الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد اخطئوا في تطبيق القانون مما جعل الفرع مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة، ودون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني.([1])

ويثبت التنازل عن المحكمة بموجب حكم، لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة إسناد الحضانة إليه، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع المتنازل عن حقه في الحضانة .

ربعا – سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

من أسباب سقوط الحضانة أيضا ما نصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها : إذا لم يطلب من له حق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.([2])

وهنا اشترط على المتقاضي للمطالبة بحق ما أن يحترم مواعيد محددة ([3]) ، باعتبار أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي ، فإن التاريخ المحدد لهذا السريان مدة سنة من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة.

وأن القاضي هو الذي يقدر الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تتنازل عليها أو لم يتنازل عنه، وهذه السلطة استمدت بالخصوص من عبارة بدون عذر التي توسع من سلطة القاضي، ولهذا فإنه لا يمكن أن نقول بأن حق الحاضنة يسقط بقوة القانون.([4])

كما أنهم اعتبروا السكوت بأنه بدون عذر في حالتين:

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

---

[1] . عز الدين قمراوي ، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة للنشروالتوزيع ، الجزائر ، 2008.ص 122

[2] . كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، المرجع السابق ، ص 97.

[3] . صالح بوغرارة، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 98.

[4] . حميدو زكية ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة** ، المرجع السابق، ص 507.

أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا الأمر فرعي يعذر الناس بجهله.([1])

ويرى عبد العبد العزيز سعد أن حق الحاضنة في هذه الحالة يسقط بقوة القانون إذا قدمت الدعوى إلى القضاء، إلى أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة.

ومن هنا يتضح لنا أن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذ لم يطالب بها من له الحق فيها.

ويعتبر عدم الرد على الدفوع قصوراً في الأسباب([2]) ، وقضت المحكمة العليا أن مطالبة الجدة لأم بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة، فإن قضاة الموضوع بعدم ردهم على الدفوع التي تمسكت بها الطاعنة وخاصة فيما يتعلق بالطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ إسناد الحضانة يعتبر تطبيقا سليما للقانون.([3])

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا أن الطاعنة عندما سلمت البنت لأبيها مؤقتا من وقت الطلاق سنة 1988 لعدم وجود سكن لها لممارسة الحضانة، ولم تطالب بها إلى سنة 1993 أي بعد خمس سنوات، فإن طعنها استوجب الرفض اعتبارا لمصلحة المحضون.([4])

وجاء في حكم آخر للمحكمة العليا " ومتى كان المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، ولما ثبت أن الجدة لأم طلبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها لأب ما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة".([5])

الفرع الثاني:أسباب السقوط الواردة في المادتين 69 و 70 من قانون الأسرة الجزائري

---

[1] . عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد "أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل "** ، دار هومة ،الجزائر، 2007 ، ص 142.

[2] . . عز الدين قمراوي ، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا** ، المرجع السابق، ص ص135 .

[3] . ملف 33636 بتاريخ 1984.06.25 ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 136 .

[4] . ملف رقم 134931 ، قرار بتاريخ 1996.05.21 ، **المجلة القضائية**، العدد 02 ، سنة 2007 ، المرجع السابق، ص 86.

[5] . ملف رقم 33636 قرار بتاريخ 1984.06.25 ، **المجلة القضائية** ، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ، العدد 03 ، سنة ، 1989 ، المرجع السابق، ص 45.

جاء في نص المادة 69 : إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون."

كما أن من مسقطات الحضانة أيضا المساكنة ويقصد بها مساكنة الحاضنة للمحضون

مع التي سقطت عنها الحضانة، وهي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 70 حيث نصت على "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم."

ونستشف من هذه المادة أنها قريبة من المادة 66 من قانون الأسرة فلهما علة وحكم واحد، إلا أنهما يختلفان في أن المادة 66 تتكلم على الحاضنات ككل أما المادة 70

فقد خصصت الجدة والخالة.([1])

أولا : سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

يسقط حق الحضانة عند الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي بسبب استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة الطفل المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته، بحيث يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن حتى ولو خرج به إلى بلد أجنبي.([2])

حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/02/23 " من المقرر قانون أنه إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي

لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع الشرط ".([3])

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك من خلال حكم آخر لها جاء فيه " :متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمَّ فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه.

---

[1] . حميدو زكية ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، المرجع السابق، ص 545 .

[2] . عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد "أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل "** ، المرجع السابق ، ص 142 .

[3] . قمراوي عز الدين،، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، المرجع السابق، ص 138 .

وأن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن ثمَّ فإن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة البنت والولد لأمهما طبق القواعد الشرعية وصحيح القانون".([1])

ومن هنا نستنتج أن هذا الحق ليس مطلقا، بل هو أداء أوجبه القانون ، فإن أخذ الحاضن بما أورده الشرع والقانون لا يلغى حقه إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني لنهاية الحضانة، و إن أخل بما أقره القانون أو فقد شرطا وجب إسقاطها و منحها من يليه بالرتبة مع تحليه بالشروط الواجبة لممارسة الحضانة كما ذكرنا سابقا.

ثانيا :سقوط الحضانة إذا كانت الجدة أو الخالة مقيمة مع أم المحضون:

فإسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين ينبغي أن يتوفر فيه شروط وهي أن تكون الحاضنة أما لأم المحضون أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، و هذا ما قضت به المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري.([2])

ونستخلص من هذه المادة أنه يشترط في الجدة لأم أو الخالة المراد المساكنة معها أن تكون غير متزوجة بقريب محرم طبقا للمادة 66 السالفة الذكر، ويجب أن تكون المساكنة مستمرة، فنجد نفس الأسباب التي من أجلها سقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا ، لذا ينبغي أن يشملها نفس الحكم .

فبخصوص هذه الحالة المشرع الجزائري لم يبين مراده من ذكر مثل هذا السبب و حصره بالذات في الجدة و الخالة و سكنهما مع أم المحضون في حالة زواجها مع غير قريب محرم.

غير أنه إذا سقطت الحضانة على من له حق فيها لسبب من الأسباب المذكورة أعلاه ثم زال هذا الحق يمكن أن يعود إلى صاحبه([3]) ، وهو ما سنتطرق له ونفصل فيه في المطلب الثاني.

---

[1] . ملف رقم 56597 قرار بتاريخ 1989.12.25 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا ، العدد 03 ، سنة 1995 ، ص 61.

[2] . عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد "أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل "** ، المرجع السابق ، ص 143.

[3] . كربال سهام، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، المرجع السابق، ص 98 .

المطلب الثاني :عودة الحضانة لمستحقيها

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الغير الاختياري"، أي بمعنى أن يكون مجبرا على ذلك وليس بمحض إرادته كأن يكون هناك سبب يمنعه من ممارسة هذا الحق ، كعدم القدرة على حسن التربية على دين أبيه ، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و الذي سلب حق الحضانة من أجله.

وعليه وجب أن نميز بين حالتين : الأولى تتمثل في سقوطها غير الإختياري و هذه الحالة تمكن الحاضن من استرجاع حقه في الحضانة، أما الثانية هي سقوط الحق بسبب مستحق الحضانة وهو سبب اختياري.

الفرع الأول : سقوط حق الحضانة غير اختياري

والمقصود في هذه الحالة هو توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66 و ما يليها من قانون الأسرة الجزائري.

فقد اختلف الفقهاء في حكم ما إذا للحاضن حق في عودة الحضانة أم لا ؟

فقد ذهب جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا أسقطت الحضانة عن الحاضن لمانع ثم زال هذا المانع كأن يكون بالحاضن جنون، أو فسق أو مرض، ف زال الجنون، وتاب الفاسق، وشفى المريض، عاد إليه حقه في الحضانة، لأنه زال المانع عملا بالقاعدة الفقهية" إذا زال المانع عاد الممنوع".([1])

أما المالكية :فقد ذهبوا إلى أنه إذا ا زلت الحضانة عن الحاضن بعذر اضطراري، كمرض وسفر و نحوهما، مما يصعب على الحاضن القيام بأعمال المحضون، ثم زال هذا العذر عاد حق الحضانة للحاضن، لأن المانع هو العذر الاضطراري، وإذا زال المانع عاد الممنوع.

أما المشرع الجزائري فتكلم على حالتين يمكن فيهما أن يعود حق الحضانة للحاضن:

فالحالة الأولى : ذكر أنه إذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت، أو توفي

[1]. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، **الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**، المرجع السابق ، ص ص 84 – 85 .

زوجها ولم تتزوج من شخص غريب عن المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2000/02/21 أن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط، ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة الجزائري يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبب.([1])

أما الحالة الثانية :هي ما إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون، وكانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه، فإنها تكون بذلك قد خالفت القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة 70 ولن تعود إليها الحضانة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون وبعيدا عنها.

الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة هو تصرف مستحق الحضانة وذلك بارادته المنفردة، ويضر مصلحة المحضون، وفي هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد والأساس وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وتكون هنا الحاضنة غير متهيئة للحضانة مما يتوجب رفض الطلب، إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك بخلاف ما قرره القاضي.([2])

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 200.02.22 على "أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير إختياري، ومن ثمَّ فإن القضاء

بما يخالف هذا يعد مخالفة للقانون...

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم سقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون" .([3])

ولا يسري على الأم وحدها وإنما المستحقين للحضانة من الخالة أو الأب وغيرهم الذين لا يستفيدون من أحكام المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري ، أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط، وهذا ما أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989.02.27 أنه " من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها استرجاع الأولاد .

---

[1] . قرار رقم 252308 بتاريخ في 200.11.24 ، نبيل صقر و قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص 141 .

[2] . حميدو زكية،، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة** المرجع السابق، ص 478 .

[3] . نبيل صقر وقمراوي عز الدين، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، المرجع السابق، ص 141 .

ولما ثبت أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها إلى الأولاد رغم تنازلها عن حقها وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون".([1])

إلا أن هناك استثناء يمكّن عودة الحضانة للحاضن بعد سقوطها، وهو وجود المبرر الشرعي، وبالتالي فإنه لا يجوز لأي أحد بأي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا كان قد قرر التراجع عن التنازل أو قرر أن يطلبها بعد منحها لغيره، وفي هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984.06.25 أنه" تسقط الحضانة على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، ولما ثبت أن الجدة لأم طلبت إسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب ما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة".([2])

وتجب الإشارة أنه مهما يكن من أمر فإن عودة حق الحضانة إلى من كان أهلا لها لا تكون إلا بموجب حكم من المحكمة.

---

[1] . ملف رقم 53340 قرار بتاريخ 1989.03.27 ، **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 ، سنة 1990 ، ص 85 .

[2] . باديس ديابي، **آثار فك الرابطة الزوجية** د راسة **مدعمة بالاجتهاد القضائي (تعويض نفقة، حضانة ، متاع)**، دار الهدى ، 2008 ، ص 67.

الفصل الثاني

أثار الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

بعد أن بيَنا كيفية توفير الحماية القانونية للطفل من خلال تطبيق معيار مصلحة المحضون سواء عند إسناد الحضانة إلى مستحقيها أو عند إسقاطها عنهم ، سنبين في هذا الفصل حقوق المحضون التي أقرتها الشريعة الإسلامية للأولاد على الآباء من خلال بيان آثار الحضانة والتي تتمثل بالمقام الأول في النفقة، فالأولاد يستفيدون من نفقة الأب والأقارب سواء كانوا ذكوراً أو إناثا إلى حين بلوغهم سن الرشد القانوني، أي مرحلة الاعتماد على النفس، غير أنه لا تسقط في كل الأحوال نفقة البنت إلا بقدرتها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها، فالنفقة تبقى مستمرة حتى تتزوج، وحينئذ تسقط عن الأب النفقة المفروضة لها لأن نفقتها تجب على زوجها بمجرد البناء وهو ما سنبينه في حينه.

كما أن انحلال ميثاق الزوجية بسبب الطلاق أو التطليق يطرح قضية حق المحضون في السكن الملائم ، حيث يجب على القاضي أن يحدد مستحق الحضانة ومبلغ النفقة وكذا السكن،

لكن المشرع اعتبر تكاليف سكن المحضون منفصلة من حيث تقديرها عن بقية التكاليف، وعلى هذا الأساس فإنه ملزم بأن تحدد المحكمة" للأولاد "محلا لسكناهم، وأن يؤدي المبلغ الذي تحدده المحكمة والذي يقدر حسب يسر أو عسر الأب.

هذا إضافة إلى حق رؤية الصغير، أو حق الزيارة التي أقرها الشرع والقانون له، حتى لا ينقطع عن والديه.

وسنتناول في هذا الفصل حق المحضون في النفقة وأجرة الحضانة في (المبحث الأول)، بينما نتناول حق المحضون في السكن والزيارة و ذلك في (المبحث الثاني).

المبحث الأول :حق المحضون في النفقة و أجرة الحضانة

رتب المشرع الجزائري حقوق المحضون وكيفية ممارستها لكل من الزوجين المنفصلين، وهي نوع من التكافل الاجتماعي الذي أرسى الإسلام قواعده ورشَّد أركانه، وأصل وجوب هذه النفقة مقرر في كتاب الله في أكثر من آية، كما جاءت السنة مفصلة وشارحة ذلك في أحاديث عديدة، فالحضانة تتطلب مجهودا كبيرا في تربية المحضون، فهي تتطلب النفقة لصالح المحضون، إضافة إلى عمل الحاضنة الشاق والمتعب الذي يأخذ منها مجهودا ماديا، ومعنويا،وطاقة جسدية فنجد الحاضنة تحتاج إلى أجرة لما تبذله من عمل في سبيل رعاية الطفل والسهر على مصالحه.

المطلب الأول :حق المحضون في النفقة

يقصد بنفقة المحضون الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل من ملبس ومأكل، ومصارف العلاج...الخ ، فالنفقة في المرحلة الأولى من الحضانة واجبة على الأصل نحو الفرع فسنتناول في هذا الفرع مفهوم النفقة أولا، ثم تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها.

الفرع الأول :مفهوم النفقة

سنتناول في هذا الفرع كلا من التعريف اللغوي والاصطلاحي، ودليل وجوب النفقة من القرآن الكريم والسنة النبوية، و شروط وجوبها عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

أولا :تعريف النفقة:

سنتناول هنا تعريف النفقة من الناحية اللغوية وفي اصطلاح الفقهاء.

أ تعريف النفقة لغة:

النفقة مشتقة من النفُوق بمعنى الهلاك يقال : نفقت الدابة تنفق نفوقا أي ماتت ونفقت الدراهم،أي نفذت ونفقت السلعة أي راحت.([1])

والنفقة من الإنفاق وهو الإخراج ولا يستعمل إلا في الخير، وجمعها نفقات، وهي ما ينفقه الإنسان على عياله، وهي في الأصل تكون من الأموال.([2])

كما أن النفقة :ما يبذله الإنسان من دراهم فيما يحتاجه هو أو غيره.([3])

ب تعريف النفقة شرعا:

هي الإدرار على شخص بشيء فيه بقاؤه، كما تعرَّف بأنها كفاية مؤونة من الطعام والكسوة والسكن. ([4]) فإذا أطلق لفظ النفقة أنما يقصد به هذه الأمور الثلاثة، فهي لفظ عام يتناول جميع أفراد مفهومه

---

[1] . محمود علي السرطاوي ، **فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق**، دار الفكر،الأردن ، 2008 ، ص 108.

[2] . وهبة زحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، الجزء7 ، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية ، 1985 ، ص65

[3] . بدران أبو العينين بدران ، **حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون**، مؤسسة الشباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1987 ، ص93 .

[4] . بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص 93.

دفعة واحدة، والقانون لما عرَّف النفقة لم يحدد طبيعتها ، و إنما جاء ببعض مشتملاتها وألحق بها ما يعتبر من الضروريات حسب العرف وحسب العادة الجارية بين الناس.([1])

ثانيًا :دليل وجوب النفقة:

ثبت وجوب النفقة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

أ –دليل وجوب النفقة من القرآن الكريم

هناك الكثير من الآيات التي تدل على وجوب النفقة : كقوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تُكلّف نفس إلا وسعها لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك".([2])

وقوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، والضمير هنا يعود على الزوجات بلا شك، وقوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلّف الله نفسا إلا ما اتاها "([3]) ، ففي هذه الآية أمر بالإنفاق وهو أمر مطلق يفيد الوجوب.

ب – دليل وجوب النفقة من السنة النبوية:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث حجة الوداع عن جابر " اتقو الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ".([4])

وعن عمرو بن الأحوص قال ":ألا أن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حق، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهم و طعامهم ".([5])

وجاءت هند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال :خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "وفيه دلالة على وجوب النفقة ".([1])

---

[1] . أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية ، مصر، 2009 ، ص ص 162 ، 163.

[2] . الآية 233 من سورة البقرة.

[3] . الآية 07 من سورة الطلاق.

[4] . مالك بن أنس ، **شرح الموطأ** ، دار الهجرة ، مصر ، سنة 1332 هـ، ص ص 339 ، 340 .

[5] . مالك بن أنس ، المرجع نفسه ، ص 340.

ومارواه أبو داود عن معاوية القشري قال :أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول في نسائنا؟ قال أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبوحهن ".

ج . دليل وجوب النفقة من الإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية في كل العصور على وجوب نفقة على الأب ولم يخالف في ذلك أحد.

وقد نص المشرع الجزائري على النفقة في المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري وأعطى تعريفا عاما لمفهوم النفقة، حيث نص على أن النفقة تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وهو ما يدل على أن النفقة هي كل ما يحتاجه الإنسان في حياته، وكذلك ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه.

وهذا ما نص عليه المشرع أيضا في مواده 77.76.75.74 من نفس القانون.

أما بخصوص نفقة المحضون فإن المشرع الجزائري نص على وجوبها من مال أبيه إذا لم يكن له مال، وهو ما ذهب إليه الجمهور، حيث نص في مادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على : " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"

وتسقط النفقة الواجبة على الأب إذا كان معسرا، فلابد أن يكون الأب قادرا على النفقة والإبن محتاجا لها، لأنه لا مال له لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة.

أما نفقة البنت فتجب على الأب إلى حين زواجها والدخول بها لتصبح بعد ذلك واجبة على الزوج.([2])

ثالثا :شروط وجوب النفقة

تجب نفقة الزوجة كأصل عام على الزوج بشرطين:

---

[1] . وهبة الزحيلي ، **نظرية الضرورة الشرعية و القانونية " مقارنة مع القانون الوضعي** ، دار الفكر المعاصر ، بيروت الطبعة 04، 1997 ، ص 787.

[2] . عبد العزيز سعد ،، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق ، ص 431.

الشرط الأول :أن يكون بين الزوجين عقد نكاح صحيح ولو مع اختلاف الدين بينهما فتجب للزوجة الكتابية على زوجها المسلم، وإذا كان عقد الزواج فاسدا لم تجب النفقة إلا إذا كان هناك حمل فوجبت النفقة للحمل "([1])

الشرط الثاني : التمكين من الاستمتاع : فإذا امتنعت الزوجة من الانتقال إلى بيت الزوجية من غير عذر مشروع لم تجب لها النفقة ، أما إذا كان امتناعها من الانتقال لأن الزوج لم يدفع لها المهر المعجل ، فلها النفقة وإذا قبلت بالانتقال قبل دفع المهر المعجل ، ثم امتنعت بعد الزفاف حتى تقبض المهر المعجل فلا نفقة لها عند صاحبي أبي حنيفة وبعض الحنابلة، لأنها قد تنازلت عن هذا الحق بانتقالها إلى بيت الزوجية ، وذهب أبو حنيفة وبعض الحنابلة إلى أنه تجب لها النفقة حتى تقبض معجل الصداق.([2])

كما اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الأولاد الصغار الذين لا مال لهم على أبيهم، وعلى وجوبها للأب المعسر على أولاده الموسرين، وذلك لورود ما يفيد وجوبها في القرآن الكريم، واختلفوا في مدى هذه القرابة الموجبة للإنفاق على الوجه الآتي:

فبالنسبة لوجوب نفقة الأصول على الفروع ذهب الإمام مالك إلى أن النفقة تجب على الولد الموسر لأبيه المباشر ولأمه التي ولدته خاصة إذا كان الأبوان معسرين، كما تجب على الأولاد الصليبيين على الأب وحده، أما نفقة الأبناء فتجب للإبن حتى يبلغ وللبنت حتى تتزوج أما الأم فلا تجبر على نفقة أي من أبنائها ، ولا يجبر الولد على الإنفاق على جده وجدته لأبيه أو لأمه.

أما عند الشافعية :فتجب للأصول وهو الوالدان والأجداد والجدات وإن علو، أما مذهب الحنفية فقد رأوا أن النفقة تجب للأصول على فروعهم وإن بعدوا كما تجب للفروع على الأصول وإن نزلوا وفضلا عن هؤلاء تجب لغيرهم من قرابة ذوي الرحم المحرم فقط.

أما في مذهب الحنابلة فذهبوا إلى أن النفقة تجب للأصول على الفروع وإن علوا ، وللفروع على الأصول و إن نزلوا سواء كانوا وارثين متوافقين في الدين أم مخالفين على إحدى الروايتين ، كما تجب

---

[1] . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة " تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو " ، **المغني** ، الجزء الثامن ، الطبعة الثالثة ، دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع ، الرياض،1997 ، ص210 .

[2] . محمود علي السرطاوي ، **فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق**، دار الفكر،الأردن ، 2008 ، ص 110.

لكل قريب معسر من غير الأصول والفروع على قريبه الموسر سواء كانوا يتوارثون أو من ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب.([1])

أما بالنسبة لنفقة الفروع على الأصول فقد اختلف الفقهاء بخصوص اجتماع عدد من الأصول ممن تجب عليهم النفقة ، فمذهب الحنفية إلى أنه إذا اجتمع للمحتاج أصول متعددون يتوفر فيهم اليسار فإن كان الأب منهم فالنفقة عليه وحده ولا يلتفت إلى الأصول الآخرين ، أما إذا كان الأب معسرا غير عاجز عن الكسب فله قولان الأول :قيل أنه كالميت ، والثاني قيل لا تسقط النفقة عنه.([2])

أما إذا كان الأب غير موجود واعتبر في حكم الميت فهنا نراعي إذا كانوا الأصول كلهم وارثون أو بعضهم فقط ، فإذا كانوا كلهم وارثين وجبت النفقة عليهم جميعا وكانت النفقة واجبة على كل منهم على قدر حصته من الميراث ، أما مذهب المالكية فإن النفقة لا تجب على واحد من الأصول سوى الأب المباشر دون الأم والجد والجدة حتى ولو كان الأب معسرا والأم موسرة ، أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أنه إذا كان الأقارب المجتمعون كلهم أصولا وكانوا موسرين جميعا فكان من بينهم الأب فالنفقة على الأب وحده ، فإن لم يكن فيهم أب ولم تتوفر فيه شروط المطالبة بالنفقة بأن كان معسرا، وكان فيهم جد فلا يطالب الأب بالنفقة ، و إنما تنتقل إلى الجد دون الأم والجدة لأنه أقدر على القيام بالنفقة وتليه الأم لقربها ثم الجدة.

وذهب الحنابلة إذا كان للمحتاج أصول مجتمعون فإن كان فيهم أب موسر فالنفقة تجب عليه وحده ولا يشارك الأب أحد في وجوب الإنفاق على أولاده في حالة وجود الأب الموسر، فان لم يكن فيهم أب أو كان موجودا لكنه فقير عاجز عن الكسب ، فالنفقة على غيره على قدر الإرث من المنفق عليه، لأن الله تعالى رتب النفقة على الإرث.([3])

والمشرع الجزائري و كذا القضاء لم يخرجا عن هذه الشروط ، فقد ذهبت المحكمة العليا في قرراها المؤرخ في 2007.01.17 إلى وجوب النفقة على الأب من بدءِ الحضانة وانتقالها إلى الأم حيث

---

[1] . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة " تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو " ، **المغني** ، الجزء التاسع ، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع، الرياض، 1997 ، ص 260 .

[2] . وهبة الزحيلي ،، **نظرية الضرورة الشرعية و القانونية " مقارنة مع القانونالوضعي** المرجع السابق، ص 775 .

[3] . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، **المغني** ، الجزء التاسع ، المرجع السابق ، ص 267 .

جاء في قرار لها " تسري نفقة الأبناء المقيمين عند والدهم بعد الطلاق من تاريخ التحاقهم بوالدتهم الحاضنة " .([1])

كما استقر العمل على أن نفقة البنت تظل واجبة على والدها وملازمة له، ولا تسقط عنه إلاّ بالدخول وبالاستغناء عنها بالكسب.([2])

كما ذهبت المحكمة العليا إلى أنه من المقرر شرعا أن نفقة الأولاد على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ عن عقد صحيح شرعا.([3]) و لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد فالنفقة حق للمحضون([4]) ويرى الفقهاء القانونيين أن عبارة" عجز "إنما قصد بها المشرع الإعسار، والمقصود بها عدم القدرة التامة عن الاسترزاق لا لكونه فقيرا أو لتقاعس الآباء على النفقة على المحضونين من الأبناء لدى مطلقاتهم لأن النفقة واجبة على الأب ولا تنتقل إلى الأم في هاتين الحالتين.

الفرع الثاني :تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها

إن من أهم المسائل التي تطرح في موضوع النفقة هو كيفية تقدير النفقة، وكيفية إلزام المدين بها بتسديدها و تاريخ إلزامه.

أولا :تقدير النفقة

الأصل أن ينفق الأب على إبنه المحضون دون الحاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذه النفقة بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الانفاق عليه .(**الملحق رقم02).**

وهذا ما ذهب إليه المشرع في المادة 79 من قانون الأسرة و التي نصت على " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " ، والقاضي يقدر النفقة حسب حال الطرفين ومسألة النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع ، لذلك استقرت المحكمة العليا على أن من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة

---

[1] . ملف رقم 37789 ، قرار بتاريخ 2007/01/17 ، **المجلة القضائية** ، العدد 02 ، لسنة 2007 ، المرجع السابق ، ص469 .

[2] . ملف رقم 318418 ، قرار بتاريخ 2005/02/23 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا العدد 01 ، لسنة 2005 ، ص282 .

[3] . ملف رقم 47915 ، قرار بتاريخ 1987/02/07 ، **المجلة القضائية** ، العدد 03 ، سنة 1990 ، المرجع السابق ، ص65 .

[4] . ملف رقم 311418 ، قرار بتاريخ 2004/01/21 ، **المجلة القضائية** صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا ، العدد 02 ، لسنة 2004 ، ص373 .

للزوجية يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية([1]) .

والقاضي إذ قدَّر النفقة وقضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها زيادة أو نقصان إلا بعد مرور سنة من تاريخ الحكم السابق ، ومؤدي هذا أن الدعوى بطلب زيادة النفقة ، والدعوى بطلب تحقيق النفقة لا يكون مقبولا قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بتقديرها وفرضها على من تجب عليه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا من أنه من المقرر قانون أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بفرضها.([2])

ثانيا :تاريخ استحقاق النفقة

نصت عليه المادة 80 من قانون الأسرة ":تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى." وهو المبدأ الذي أكدته المحكمة العليا حيث جاء في قرار لها " :من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيِّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ، ومن ثمَّ فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب ليس في محله...

ولما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته النفقة ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون، وسببوا قرارهم التسبيب الكافي ومتى كان ذلك يستوجب رفض الطعن ".([3])

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري حصر حق المحضون في النفقة والضروريات بموجب المادة 78من قانون الأسرة المذكور سابقا، وهذا على عكس موقف الشريعة الإسلامية والمتمثل في تلبية كل حاجات الطفل، ورفض التضحية بأي منها دون مبرر على أن ينتقل واجب إشباعها في حالة عجز والد الطفل إلى أقاربه ثم الدولة.

كما أن المشرع الجزائري ركز على ظروف المنفق المعسر، وجعل من وضعه المالي مقياسا لتحديد النفقة التي تضمن للطفل ضرورات الحياة.

---

[1] . ملف رقم 446630 ، قرار بتاريخ 1987/04/09 ، **المجلة القضائية** ، العدد 03 ، لسنة 1990 ، المرجع السابق، ص55 .

[2] . أحمد نصر الجندي ، **الطلاق والتطليق وآثارهما** ، دار الكتب القانونية، **مصر** 2005، ص163 .

[3] . نبيل صقر و قمراوي عز الدين ، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، المرجع السابق، ص183.

أما بخصوص كيفية استحقاق النفقة فتخضع إلى طرق عدة فإما أن يكون بالاتفاق بين الطرفين وقد يتم بمقتضى حكم قضائي.

1-بموجب الاتفاق :وهذا المعمول به عادة بحيث أن المدين بالنفقة ومستحقها يتفقان على كيفية أداء النفقة ومقدارها، ومدتها، ويجوز أن يحل الغير محل المدين بها، وحكم الاتفاقات التي تتعلق بأداء النفقة هو حكم الالتزامات المدنية.

2-تثبيت الاستحقاق عن طريق القضاء :إذا امتنع من تجب عليه النفقة يتعين اللجوء إلى القضاء. وإذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة مكان إقامته، فيمكن للحاضنة أن تلجأ اليوم إلى ما يعرف بصندوق النفقة الذي نص عليه المشرع في القانون 01.15 ([1]) ، و يتم إثبات تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره المحضر القضائي.

وتتم الاستفادة من صندوق النفقة بإتباع الإجراءات التالية:

*تقديم طلب الاستفادة من قبل الحاضنة أو المطلقة.

*تقديم الطلب إلى قاضي شؤون الأسرة.

*أن يكون الطلب مرفقا بالوثائق القانونية المحددة قانونا بما فيها المحضر المحرر من قبل المحضر القضائي.

وما يميز عملية الاستفادة من هذا الصندوق هو سرعة دفع النفقة، بحيث لا تضطر الحاضنة إلى الانتظار طويلا للحصول عليها، حيث حدد القانون السابق مدة 05 أيام يتعين فيه على القاضي أن يبت فيه في طلب النفقة بناء على أمر ولائي غير قابل للاستئناف، و يبلغ هذا الأمر إلى المدين بالنفقة في مدة 48 ساعة من تاريخ صدوره.

وتتولى المصالح المختصة الأمر بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه 25 يوما من تاريخ تبليغ هذا الأمر، وتطبق هذه الإجراءات سواء امتنع المدين بالنفقة عن سدادها ابتداًء ، أو انقطع عن تسديدها بعد صدور حكم من القضاء يلزمه بها. وما يميز هذا القانون أن المشرع منح

[1] . القانون رقم 01.15 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير 2015 ، **يتضمن إنشاء صندوق النفقة،** الجريدة الرسمية ، العدد 01 ، الصادر بتاريخ 16 ربيع الأول 1436 الموافقة ل 07 يناير 2015 .

للحاضنة الحق في مراجعة مبلغ النفقة بتقديم طلب إلى القاضي لتعديلها إذا طرأ أي تغيير على الحالة القانونية و الاجتماعية للمحضون، و يتم تبليغ قرار المراجعة إلى المصالح المعنية بموجب أمر من القاضي في مدة 48 ساعة من تاريخ صدوره.

ويجب على المشرع أن يعمل على وضع القانون حيز التنفيذ بوضع النصوص القانونية التنظيمية الخاصة به، وتسريع تفعيله، لما في ذلك من رفع للمشقة والحرج على الكثير من المطلقات الحاضنات.

المطلب الثاني :أجرة الحضانة

إن الحضانة هي خدمة الطفل وتربية فهو عمل مشروع يمكن تقييمه بالمال، فيخول لصاحبه ممارسته سواء بأجر أو تبرعا ، كما أن أجرة الحضانة تختلف عن نفقة المحضون لأنها جزء من نفقة الصغير وتجب من مال الصغير إن كان له مال، أو في مال من يجب عليه نفقته إن لم يكن للصغير مال فما موقف الشريعة والقانون الجزائري بخصوص أجرة الحضانة.

الفرع الأول : أجرة الحضانة عند فقهاء الشريعة الإسلامية اختلف الفقهاء حول أجرة الحضانة بين مؤيد لها وبين معارض، فالمالكية يرون أنه ليس للحاضنة أجرة على الحضانة سواء كانت أما أو غيرها، فإذا كانت الحاضنة أما، و كان لولدها المحضون مال فإنه ينفق عليها من ماله لفقرها لا للحضانة، أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفراش ويقدر القاضي النفقة القاضي حسب ما يراه مناسبا لحالة الصغير.([1])

أما الحنفية فرأوا أنه إذا كانت الحاضنة للصغير أًما ، وكانت في عصمة الزوج فإنها لا تأخذ أجرة على حضانتها ، وكذلك الأم المعتدة من طلاق رجعي لا تستحق أجرة على الحضانة زمن العدة لأن لها نفقة على الزوج.([2])

وتستحق النفقة من أب الطفل ذلك أن الأجرة حسبهم ليست عوضا خالصا بل هي كأجرة الرضاع، و للأم مؤونة ونفقة ، لقوله عز وجل " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ".([3])

---

[1] . عبد الرحمان الحريري ، **كتاب الفقه على المذاهب الأ ربعة** ، دار إحياء الشرارة العربي ، بيروت، 1969، ص603 .

[2] . محمود علي السرطاوي ،، **فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق**، المرجع السابق ، ص244 .

[3] . آية 233 من سورة البقرة.

أما الشافعية والحنابلة و الزيدية :فقد ذهبوا إلى أن الحاضنة تستحق الأجرة على الحضانة سواء كانت الحاضنة أما أو غيرها ، فالحضانة واجبة على الأم، ولو استغنت ولا تجبر عليها لو امتنعت ، ومؤونة الحضانة تكون من مال المحضون فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته ، والأجرة على حضانة الأم هي أجرة المثل.([1])

و زاد الحنابلة أنه لو وجدت متبرعة تحضنه مجانا امتنعت الأم عن الحضانة دون مقابل سقط حقها ، وانتقل إلى غيرها على الوجه المتقدم.([2])

الفرع الثاني :أجرة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

بعد استقرائنا للنصوص التشريعية في قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يتطرق لأجرة الحضانة ولم يعرفها، وبالمقابل نجد المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني ، مما يقتضي الأخذ بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية والقاضي دائما يراعي ما يصلح للطفل المحضون ويوفر له الحماية ، وكان على المشرع الجزائري أن يتدخل لحسم هذه المسألة ، خاصة وأن أجرة الحضانة هو أمر ضروري

يمس بمصلحة المحضون، وحصول الحاضنة على مقابل مالي هو تحفيز لها على القيام بالأداء على أكمل وجه، لكي لا يكون هناك ضرر على المحضون لأن الحضانة جاءت لحماية المحضون لا للإضرار به.

المبحث الثاني :حق المحضون في السكن والزيارة

السكن هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان ، والمكان الذي يعده سكنا له، فيكفي أن يكون ساكن البيت مالكا لحق الانتفاع أو مستأجر أو مستعيرا أو حائزا حيازة عرضية ، فالطفل يلقى ما يلزمه من ضروريات مادية ومعنوية في مسكنه لذا لابد من توفير حمايته له من الضياع وذلك بسبب افتقاره لدعامة رئيسية في حياته وهو أحد والديه، لذا أدخل المشرع الجزائري السكن ضمن مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة، ومن ايجابيات التعديل المتعلق بقانون الأسرة أنه وضع حدا للتناقض الذي كان بين المادة 52 و 72 من القانون، فالأولى كانت تقرر للحاضنة حق البقاء في مسكن

[1] . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، **الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**، المرجع السابق، ص58 .

[2] . عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، المرجع نفسه، ص58

الزوجية، والثانية كانت تلزم الأب صراحة بتهيئة المسكن للمحضون ، وإن تعذر عليه التزم بدفع أجرة المسكن، وهو بذلك يحمِّل الأب بصورة مباشرة مسؤولية أبناءه المحضونين بغض النظر عما إذا كان لديهم مال أولا، ويتدارك رفع الغبن على الحاضنة لكونها مكلفة برعاية المحضون وحمايته ، وتحصينه من آثار الطلاق.

كما منح المشرع لأحد الوالدين حق رؤية الصغير أو حق الزيارة للطفل، وهو حق للصغير أيضا لأهميته البالغة وتوفير الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون ، كما رتب أصحاب الحق في رؤية المحضون ومكان ممارسة الحضانة ، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في هذا المبحث الذي يحتوي على مطلبين نتناول في (المطلب الأول) حق المحضون في السكن أما (المطلب الثاني) فسنركز فيه على حق المحضون في الزيارة.

المطلب الأول :حق المحضون في السكن

حق توفير السكن لممارسة الحضانة حق شخصي لذا نص المشرع على ضرورة توفير سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة، إذ جاء في المادة 72 من قانون الأسرة المعدلة " وذلك من أجل مصلحة المحضون " ، إلا أن المشرع لم يكن موفقا عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الحكم القضائي من طرف الأب والمتعلق بالسكن مع العلم أن الحاضنة ليست دائما الأم، وحتى ولو كانت الأم فالطلاق في قانون الأسرة بائن، فكيف لها أن تقيم في بيت باتت أجنبية عنه؟

وعليه فما المقصود بسكن المحضون وما موقف التشريع والفقه، وما موقف القضاء في حق المحضون في السكن؟

الفرع الأول :مفهوم السكن

السكن هو مأوى للطفل ، والذي يلقى فيه كل ما يحتاجه من ضروريات سواء مادية أو معنوية، لذا سنتناول في هذا الفرع المقصود بالسكن وتحديده من الناحية اللغوية والقانونية والشرعية (أولا)، ثم تحديد موصفات السكن الذي تمارس فيها الحضانة (ثانيا) ،ثم نتناول حكم الانتقال بالمحضون إلى بلد آخر(ثالثا)

أولا :تعريف السكن

سنبين في هذا العنصر تعريف السكن لغة وفي اصطلاح الفقهاء و كذا التعريف القانوني له.

أ –التعريف اللغوي للسكن:

يقال سكن بالمكان يسكن سكنى وسكونا أي أقام، ويقال سكنتُ داري وأسكنتها غيري، والمسكن هو البيت والجمع مساكن والسكن ما يسكن إليه من أهل ومال وغير ذلك.([1]) والسكن كل ما سكنت إليه من أهل وغيره وفيه قوله سبحانه وتعالى :" وجعل الليل سكنا "([2]) وقوله أيضا " وسكنتكم الأرض ومن بعدهم" ([3]) والسكن المرأة لأنها سكن لزوجها وسكن المرأة: المسكن الذي يسكنها الزوج إياه.([4]) والسكن مشتق من فعل " سكن " أي قرَّ وانقطع عن الحركة، وسكن :اطمأن وقرَّ، والسكنية تعني الوقار الطمأنينة والمهابة.

ب **التعريف الاصطلاحي للسكن:**

عرف الفقهاء السكن بأنه " المسكن هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان، والمكان الذي يعده لسكناه حتى ولو لم يكن فيه، وهو مستودع أسراره ومكان راحته" ، كما عُرِّف على أنه "كل مكان يتخذه الشخص لنفسه على وجه التوقيف أو الدوام بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخوله إلا بإذن منه" ، ويعتبر مفهوم السكن مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان بمعنى أن ما يعد عند أهل البادية والصحراء سكن لا يكون عند غيره من أهل المدن ، فبيت الشعر

بالنسبة للبدوي هو مسكنه الذي يعيش فيه، وهو المكان الخاص الذي يأوي إليه ، إذ لا أهمية لتهيئة السكن ولا للمادة التي صنع منها.([5])

ج –التعريف القانوني للسكن:

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لسكن الحضانة بل اكتفى بالإشارة إليه في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا

---

[1] . عيسى طعيبية ،، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، المرجع السابق، ص45 .

[2] . الآية 96 من سورة الأنعام.

[3] . الآية 14 من سورة إبراهيم.

[4] . عهد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، **القاموس المحيط** ، الجزء الثالث، دار الجيل ، لبنان ، 1971 ، ص297 .

[5] . عيسى طعيبة ، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، المرجع السابق، ص46 .

ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. "

فنجد أن المشرع قد ألزم الأب بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة، إلا أنه قد أخطأ عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

ثانيا :مواصفات سكن الحضانة ومكان ممارستها

أوجب المشرع عند توفير المسكن للمحضون أن يكون ملائما لما نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري "في حالة الطلاق يجب على الأب إن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما "

ولمعرفة مفهوم السكن الذي يوفره الأب يجب التمييز بين مسكن الزوجية والمسكن الحضانة ؟

***المقصود بمسكن الزوجية:**

هو المكان الذي تجتمع فيه الزوجة والزوج وأولادهما أثناء قيام الزوجية بدون تحديد مواصفات المسكن سواء منزل أو شقة صغيرة وغير ذلك إذ يحمل هذا المكان(المسكن) باجتماع العناصر ثلاث من عنصر بشري ومعنوي والعنصر المادي.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم مسكن الزوجية مراعاة لحال الزوج ويسره، ولتحديد موصفات المسكن الزوجي لابد من الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، إذ تقر الشريعة جملة من الشروط والتي تتمثل في:

-احتواء المسكن على اللوازم الأساسية للمعيشة كالأثاث وغيره

-توفر المسكن على المرافق الضرورية وحسب حال الزوج

-أن يكون المنزل مستقلا

-أن يكون موقع السكن بين جيران صالحين([1])

وبما أن المسكن حق ثابت لا يمكن التنازل عليه ، وأقرته الشريعة الإسلامية ، وتضمنه القانون كان على المشرع أن يشير إليه بنص لتوضيح المعنى أكثر.

[1] . عيسى طعيبة ، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، المرجع السابق، ص48 .

***المقصود بمسكن الحضانة:**

لم يحدد المشرع الجزائري مفهوم مسكن الحضانة، ويرجع الأمر إلى تقدير قاضي الموضوع للمواصفات الذي يضمها المسكن، ولا يكون المسكن ملائما إلا إذا توفرت فيه الشروط الشرعية.

وقد قصد المشرع في المادة 72 من القانون كلمة الملائمة عدم الإضرار بالحضانة كأن يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية.([1])

واشترط المشرع أن يكون المسكن ملائما للحضانة، وأعطى الحق للحاضنة في مطالبة الأب بسكن الحضانة بصفتها راعي الولد وحاميه، كما لها صفة في التقاضي لطلب تهيئة مسكن وذلك باعتباره جزء من النفقة على الصغير.

ونستشف من المادة 72 أنه في حالة الطلاق تبقى الحاضنة في بيت الزوجية باعتبار أنه خصص فئة النساء دون الرجال في تقدير الحضانة، فلو انتقلت إليهم لا يستفيدون من المسكن وبدل الإيجار.([2])

ثالثا الانتقال بالمحضون:

إذا انتهت العلاقة الزوجية فللأم الانتقال إلى بلدها الذي تم فيه العقد بشرط أن يكون مأمونا على الولد في تنقلها وإن أرادت نقله من غير بلدها فيشترط موافقة الزوج.([3])

ويشترط حسب الفقه المالكي أن تقل المسافة على 06 برد (20 كلم) فإذا كانت أقل فانه يصح لها أن تستوطن فيه ، ولا يسقط حقها في الحضانة.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم ، فليس لها الانتقال بالمحضون مطلقا إلا بإذن من الأب فمنع التنقل حق له.([4])

---

[1] . كربال سهام، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، المرجع السابق، ص73 .

[2] . عيسى طعيبة ، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، المرجع السابق، ص48 .

[3] . محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف ، **فقه الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوا رق للنشر والتوزيع، الأردن،2000 ،ص 202.

[4] . كربال سهام، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، المرجع السابق، ص75 .

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإن موقفه في هذا الشأن يستشف من خلال نص المادة 69 من قانون الأسرة بأنه لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي وأشار إلى ضرورة ممارسة الحضانة في بلد يقيم فيه أهل المحضون حتى لا ينقطع عنهم لا سيما أبوه وأمه.([1])

الفرع الثاني :موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة من سكن المحضون

بما أن الأب هو المسؤول على توفير السكن للأولاد لقدرته على الرعاية والتربية السليمة وتوفير كل ما يحتاجونه لأجل حياة كريمة فما موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

أولا : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من سكن المحضون

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول سكن المحضون بين مؤيد ومعارض:

*فبالنسبة لفقهاء المالكية ساووا بين الحاضنة والولي، وتؤدي الحاضنة حصتها من الكراء فقال سحنون : سكن الطفل على أبيه.([2])

وورد في مذهب المدونة أنه واجب على الأب، أما إذا كانت الحاضنة ميسورة الحال بغير الأب يسقط واجبه في توفير السكن.([3])

أما بالنسبة للحاضنة ، ففريق قال بأن سكناها أيضا على من عليه نفقة المحضون، وفريق قال بل عليها هي حسب الاجتهاد وبما تتحمله أو يتحمله المحضون.([4])

1-أما الحنفية فقد اختلفوا في الحكم ، حيث قال ابن عابدين " والحاصل لزوم أجرة السكن على من لزمته نفقة المحضون ، فإن المسكن من النفقة لكن هذا إن لم يكن للحاضنة مسكن ، أما لو كان لها مسكن، يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا تجب الأجرة لعدم احتياجه إليه."

وقال أيضا ":فينبغي أن يكون هذا توفيقا بين القولين، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن به العمل"

---

[1] . بن باديس ديابي ، **آثار فك الرابطة الزوجية** دراسة **مدعمة بالاجتهاد القضائي (تعويض نفقة، حضانة ، متاع)** ، دار الهدى ، 2008، ص93 .

[2] . محفوظ بن الصغير ،، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري** المرجع السابق، ص682 .

[3] . كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، المرجع السابق، ص59 .

[4] . عيسى طعيبة ، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، المرجع السابق، ص24 .

أما الشافعية والحنابلة:

اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة على وجوب السكن للمحضون على الأب إذا كان موسرا ًواعتبر من النفقة ، فمن يجب عليه النفقة يجب عليه السكن

ثانيا : موقف القانون من سكن المحضون

سنتطرق إلى حق سكن للمحضون في قانون الأسرة وكيف عالج المشرع الجزائري السكن قبل التعديل وبعد التعديل ؟

أ . حق المحضون في السكن قبل تعديل قانون الأسرة:

نجد تعارضاً كبيراً بين الإطلاق والتقيد في المادتين 52 و 72 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، إذ نجد المادة 52 تنص على أنه " وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها ويضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج."

ونجد أن المادة 72 جاءت تعدل المادة 52 بحيث تكلمت عن الطلاق التعسفي في فقرتها الأولى في حين نجد المادة 72 من القانون84-11 تتسم بالعمومية في لفظها ومعناها، وللاجتهاد القضائي عذره في التناقض الذي كان سائدا لأن النصوص القانونية نفسها متعارضة كما سبق بيانه.([1])

وبالرغم من ايجابيات المادة 72 المذكورة إلا أن سلبياتها قائمة وتتمثل في:

*لم تعتبر هذه المادة السكن من مشتملات النفقة ، وهذا ما يجعلها متعارضة من جهة ، مع المادة 78من قانون الأسرة التي تنص صراحة على أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته".....

*في حال عدم وجود مال للمحضون تعرض المشرع لحل مشكل السكن، أو أجره الذي يقع على عاتق الأب دون أن يحل مشكل باقي مشتملات النفقة.[2]لذلك كان لابد من إعادة صياغة نص المادة بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير السكن المستقل ، فإن تعذر ذلك يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة إذا قامت

[1] . أحمد الشامي ، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات**، دار الجامعة الجدية ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 328 .

[2] . حميد وزكية ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة** المرجع السابق، ص 130 ، 131.

هي بتوفير المسكن عند عجز الزوج حتى ولو كان المسكن مع أبويها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون.([1])

ب حق المحضون في السكن بعد تعديل قانون الأسرة:

حسم المشرع الجزائري تناقض الاجتهادات القضائية بتعديل المادة 72 فأصبح كالآتي :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" ويتضح لنا من خلال المادة 72 المعدلة أنه تم استدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي ، فقد جمع تعارض المادتين 52 و 72 في صيغة واحدة ترفع اللبس([2]) ، غير أن المادة 72من قانون الأسرة الجزائري المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية التي تنص على "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن."

فالمشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

*إن المشرع حصر الحاضنة في الأم المطلقة، إلا أن هذا غير صحيح فقد تكون الحاضنة أما أو خالة أو أي حاضنة أخرى.

*نعلم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها.([3])

فيجب تعديل المادة من حيث صياغتها بدقة لأنه قد أحل ما حرم الله، وذلك أن المطلقة لا يمكن أن تسكن في بيت طليقها.

كما اشترط المشرع في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري أن يكون المسكن ملائما للحاضنة،

---

[1] . أحمد الشامي،، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات "دراسة فقهية ونقدية مقارنة**، المرجع السابق ، ص329 .

[2] . . أحمد الشامي ،المرجع نفسه ، الصفحة نفسها.

[3] . بن عصمان نسرين إيناس ، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص126 .

وبهذه الصياغة المعيبة جعل المشرع الحق في السكن قاصر على ملائمته مع الحاضنة ، بدلا من أن يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة.([1])

ولإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية:([2])

*أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها، بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر

*أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون فلو كان من أسندت المحكمة إليه الحضانة هي الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة ، ولا يحتاج الأمر إلى توفر سكن الحضانة.

*أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له سكن يوفره للحاضنة، فإنه في هذه الحالة عليه أن يدفع لها قيمة إيجار سكن لمثل سكنه ويكون ملائما لها.

ثالثا : موقف القضاء من حق المحضون في السكن

يعود الاختصاص في منح السكن لممارسة الحضانة لقاضي شؤون الأسرة، و له كامل السلطة التقديرية في ذلك، وحدد القضاء عدة شروط بخصوص الحق في السكن تتمثل فيما يلي:

أ . أن يحكم للمطلقة بالحضانة:

استقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، ولا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات، وفق المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل.

وقد ألزمت المحكمة العليا أب المحضونين بدفع بدل الإيجار.([3])

---

[1]. صالح بوغرارة ، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري** ، المرجع السابق، ص83 .

[2]. عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، دار هومة ، الجزائر، 2007 ، ص 145.

[3]. ملف رقم 331833 ، قرار بتاريخ 2005/06/15 ، **المجلة القضائية**، العدد 01 ، لسنة 2005 ، المرجع السابق ، ص315 .

كما يعود الاختصاص في الحكم بالسكن للقاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق، وهذا المبدأ أكده المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/31 بقوله "متى كانت أحكام المادة 47 من القانون المدني صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق بالفصل في موضوع سكن الحضانة، وتقديم الانتفاع بحق الإيجار، ونتيجة لذلك فإنه ليس للقاضي أن يحكم من جديد بتقرير حق الانتفاع بالسكن أو استبداله، ومراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطلاق خاصة وأن الحكم بتقرير السكن كان أثراً من آثار الطلاق ، ومن ثمَّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها أعلاه وخرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه ، وتجاوزا للسلطة في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي صادق على حكم بإشهاد المدعية بتمتعها بالسكن الزوجي الكائن بوهران، في حين أن الحكم الذي قضى بعدم التصريح بالطلاق يمنح المطلقة السكن الكائن بعين تيموشنت أصبح نهائيا وصار له قوة الشيء المقضي فيه فإن المجلس القضائي بقضائه هذا انتهك أحكام المادة 46 من القانون المدني، وخرق مبدأ حجية الشيء المقضي فيه ، وتجاوز سلطته في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" .([1])

ومن هنا فإنه بمجرد وقوع الطلاق ينظر القاضي في الآثار القانونية المترتبة عليه ، وأهمها ما يتعلق بحقوق الأبناء، وهي أحكام الحضانة فيفصل القاضي إلى من ستؤول الحضانة مراعيا مصلحة المحضون، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على" يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"، و بما أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة فإن حق المحضون في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق وبالحضانة وهو من اختصاص قاضي شؤون الأسرة.([2])

---

[1] . قرار رقم 34899 المؤرخ في 1984.12.31 ، ذكره عيسى طعيبة ، المرجع السابق ، ص28 .

[2] . صالح بوغرارة ، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق ، ص90 .

وهو مستقل على باقي النفقات الذي يحكم بها لفائدة الأولاد المحضونين ، فهو يحسب من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء مدة الحضانة.([1])

ونجد أن القاضي ملزم قانونا بعدم النظر فيما لم يطلبه الخصوم ، إلا أنه قد يسكت الزوجان عن إثارة مسألة إسناد الحضانة إذ عليه مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه ومن خلال نص المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالطلاق بالتراضي والتي تنص على

"يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي 4 ... " عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق."

كما أن المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء فيها ...." ينظر مع الزوجين أو كلاهما في الاتفاق (الاتفاق المتعلق بالطلاق بالتراضي) وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذ كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام. " .

فاعتبر المشرع مصلحة الأولاد أسمى وأعلى من المصالح الأخرى.

فالمشرع أيضا أعطى حقا للمحضون وقرره وكفله بالحماية وذلك باللجوء إلى القضاء للمطالبة بتوفير السكن لممارسة الحضانة كأصل أو تقديم بدل الإيجار.

وفي نص المادة 57 من قانون الأسرة المعدلة استثنى المشرع الأحكام المتعلقة بالحضانة وجعلها قابلة للاستئناف " تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف " ، وبالتالي يجوز للحاضنة أن تطالب الأب قضائيا بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو تغييره ، كما للأب أن يطالب بإسقاط الحضانة عنها نتيجة توفر حالة من حالات إسقاط الحضانة أو نظراً لانتهاء مدتها، و يتم النظر في موضوع حق المحضون في السكن إما برفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة أو القضاء الاستعجالي عن طريق رفع دعوى للحصول على هذا الحق وحمايته أو عن طريق أمر على عريضة.([2])

ونص المشرع في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال."....

---

[1] . قرار الصادر في 1986/05/05 ملف رقم 41473 ، ذكره العربي بلحاج ، المرجع سابق، ص388 .

[2] . عبد الفتاح تقية ، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام ،الفقه الإسلامي**، دار ثالة الجزائر ، 2000، ص 450.

ومن خلال النص أعطى المشرع صلاحيات النظر في قضاء الاستعجال لقاضي شؤون الأسرة، ونص كذلك في المادة 460 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يمكن للقاضي ومراعاة لمصلحة القاصر أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية.

كما يجوز له أن يسند مؤقتا حضانة القاصر لأحد الأبوين، و إذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة...يفصل القاضي في هذا الطلب بموجب أمر استعجالي."

وقد نصت المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005 على " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والزيارة والمسكن".

فمن خلال استقرائنا لهذه النصوص القانونية نجد أن المشرع ونظرا لأهمية بعض المسائل المتعلقة بالآثار المادية وخاصة تلك التي ترتبط بمصالح القصر كالنفقة والحضانة أو الزيارة والمسكن سمح للقاضي باتخاذ التدابير المؤقتة على وجه الاستعجال.([1])

ففي وقوع الطلاق يتعرض الأطفال إلى الضياع والإهمال فهنا يجوز لأحد الزوجين أو غيرهما أن يرفع دعوى مستعجلة ليطلب من رئيس المحكمة أن يحكم بإسناد الحضانة إليه بصفة مؤقتة أو ليطلب من أبيهم أن يخصص لكل واحد منهم نفقة مؤقتة ذلك لأن الحضانة والنفقة باعتبارهما من الآثار الناجمة عن الطلاق ولكونها من الأمور المستعجلة التي تستوجب السرعة في البت فيها بقصد حماية الحق إلى حين الفصل في موضوع النزع.([2])

وما تجدر الإشارة إليه أن غلب الدعاوي المتعلقة بالسكن تكون تبعية للدعاوي المتعلقة بالطلاق أو إسناد الحضانة أو أثناء المطالبة بتمديدها أو بإسقاطها، إلا أنه توجد بعض الدعاوي مستقلة بذاتها وترفع هذه الأخيرة أمام قسم شؤون الأسرة لمحكمة مكان ممارسة الحضانة.

---

[1] . عيسى طعيبة، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، المرجع السابق، ص101 .

[2] عبد الفتاح تقية ، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام ،الفقه الإسلامي**، المرجع السابق، ص102 .

مع الإشارة إلى أنه عند إثارة دعوى الطلاق وبغض النظر عن الصورة التي يقع بها فإن قاضي شؤون الأسرة يطالب بتوفير السكن الملائم للحضانة أثناء النظر في دعوى الطلاق حسب نص المادة 1/423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن الحكم بالحضانة وبتوفير السكن للمحضون يكون في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق.

فيجوز للزوجة المطالبة بإسناد الحضانة لها وما يتبعها من آثار كالنفقة والسكن ، على أن تبقى في بيت مطلقها إلى حين تنفيذ التزاماته ، ويدفع بدل الإيجار لها ، أما بالنسبة للحاضنة غير الأم، وحسب ما جاء به المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة فوفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية يجوز لها التدخل في الخصومة المثارة عن طريق رفع الدعوى بذلك وفق الإجراءات الخاصة بكل دعوى.[1]

كما نصت المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" يكون التدخل في الخصومة أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا.

لا يقبل التدخل إلا ممن توافرت فيه الصفة والمصلحة ويتم التدخل تبعا لإجراءات المقررة لرفع الدعوى"....

كما نصت المادة 335 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " ويجوز رفع الاستئناف من طرف المتدخل الأصلي أو المتدخل في الخصام في الدرجة الأولى، وذلك طبقا للمادة 57 قانون الأسرة والتي تنص " تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف" ، وطلب توفير السكن الملائم للحضانة أثناء النظر في دعوى إسناد الحضانة غالبا ما تتوفر في حالة عدم الحكم بها، وفي حالة فقدان الحاضن يجب أن يتوافر الحكم القضائي بفقده أثناء إقامة الدعوى بإسناد الحضانة، فيكون من حق الذي تتوفر الشروط القانونية فيه أن يرفع دعوى أمام المحكمة المختصة.

وذلك طبقا لفقرة الثانية من المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي التالية:

[1] عيسى طعيبة ، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، مرجع سابق ، ص102

– دعاوي النفقة والحضانة

والزيارة،"...، ومطالبة الأب بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة أو بدل إيجار باعتباره مكلف قانون بهذا الالتزام طبقا لنص المادة 72 من قانون الأسرة.

أما طلب تمديد الانتفاع يكون أثناء النظر في دعوى تمديد الحضانة فإذا كان الأم لم تتزوج فتقدم دعوى بطلب تمديد الحضانة أمام المحكمة، وتطالب الأم في نفس الدعوى بحق المحضون في السكن إلى غاية انتهاء مدة الحضانة. ([1])

فقد يحكم بالطلاق بين الزوجين وبنفقة أبنائهم لإسناد الحضانة للأم إلا انه قد يغفل القاضي عن مسألة السكن ولا يثيرها، في هذه الحالة يمكن لها استئناف حكم الطلاق أمام غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس المختص، والمطالبة بمراجعة الحكم وذلك طبقا لنص المادة 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص " يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة."

وذلك في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته أو إذا كان عند طريق التبليغ الرسمي لموطنه الحقيقي أو المختار طبقا لما تنص عليه المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية.

فمن حق الحاضنة أن تطالب قضائيا الأب إما بالسكن أو ببدل الإيجار ولو كان الطلب لأول مرة، أما في حالة فوات ميعاد الطعن باستئناف والحكم ترفع الحاضنة دعوى مستقلة ضد الأب لمطالبته بتوفير مسكن ملائم لممارسة حضانة أبنائها.

كما أن حق السكن حق نسبي مؤقت فيجوز للأب التخلص من التزامه في حالة بلوغ المحضون أقصى سن الحضانة المنصوص عليها بالمادة 65 هو بلوغ الولد 16 سنة ، أما بنت بلوغها سن الزواج، أو في حالة عدم استعمال الحاضنة المسكن المعد من قبل الأب لممارسة الحضانة فيه.

[1] . القانون 09 08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 **المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية** ، الجريدة الرسمية ، رقم 21 ، الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق ل 23 أفريل 2008.

ب –أن لا يكون للمطلقة ولي يقبل إيواءها:

من المعروف قانونا أنه إذا كانت الأم حاضنة ، ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها فعلى الزوج أن يضمن حقها في السكن مع محضونها، و إن تعذر ذلك فعليه أجرته.

وأجبر المشرع الجزائري الأب في المادة 52 من قانون الأسرة بصفة غير مباشرة أن يثبت للقاضي بأن وليها لا يرفض إيواءها، وقد تأكد في قرار المحكمة العليا أن الطاعن الذي ادعى أن لمطلقته وليا يقبل إيواءها هي ومحضونها كان عليه أن يثبت ما يدعيه.([1])

وفي قرار لاحق قضت المحكمة العليا أنه لما ثبت من قضية الحال أن للزوج مسكنا آخر بنفس البلدية، حسب اعترافه، فإن قضاة المجلس قد أخطؤوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعنة بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه، خاصة وأنه لا وجود لولي يقبل إيواءها مع محضونها.

غير أن تفسير المحكمة العليا للنصوص قد تغير لاحقا عندما بيِّنت في أحد الحيثيات أن إثبات فقدان الحاضنة لولي يقبل إيواءها يقع على عاتق المطلق إذ قضت أن الطاعن لم يثبت أن ولي مطلقته قد قبل ايواء ابنته المطلقة ومحضونها الأمر الذي يجعل القرار المنتقد سليما ولم يخرق القانون ولا المادة 52من قانون الأسرة ، مما يجعله غير مؤسس ويتم رفض الطعن.([2])

وقضت المحكمة العليا " ويثبت قبول الولي إيواء الحاضنة بتصريحه بذلك أمام القضاء، حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف ولم يخرق المادتين 52 و 72 من قانون الأسرة ، وذلك لكون الحاضنة تستحق أن يوفر لها أب المحضون سكنا لكي تمارس فيه الحضانة، أو أن يسلمها بدل إيجار عوضا عنه، وحيث أن المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري لم تشترط وجود عدد من الأولاد المحضونين كي تستحق الحاضنة سكنا لتمارس الحضانة به أو مبلغا ماليًا كبدل زيادة على ذلك ، فإن اجتهاد المحكمة العليا استقر على كون الحاضنة تستحق مسكنا لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار مقابله عند تعذر توفيره مهما كان عدد الأولاد المحضونين، وحيث أن الطاعن يعيب على القرار المنتقد كونه منح المطعون ضدها بدل إيجار في حين أن لها وليا يقبل إيواءها هي ومحضونها.

---

[1] . ملف رقم 348956 قرار بتاريخ 2005/11/16 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا ، العدد 02 ، لسنة 2005 ، ص425 .

[2] . عيسى طعية، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، المرجع السابق، ص29.

لكن حيث أن الطاعن يعد مدعيا في هذا الموضوع وبالتالي عليه أن يثبت ما يدعيه، بحيث كان يتوجب عليه أن يجلب (ولي) المطعون ضدها أمام قضاة الموضوع ليصرح أمامهم بأنه يقبل إيواء ابنته رفقة محضونها، وفي هذه الحالة فقط يمكن الادعاء بأن الحاضنة لها ولي يقبل إيواء الحاضنة ومحضونها أو محضونيها ولما لم يقم بهذا الإجراء الطاعن فإن ادعاؤه لا يتماشى وقانون الأسرة الأمر الذي يجعل الوجه المثار غير وجيه مما يتعين معه رفضه".

ج – **تعدد المحضونين:**

إن المادة 72 من قانون الأسرة لم تشترط وجوه عدد من الأولاد المحضونين كي تستحق الحاضنة مسكن تمارس الحضانة به أو مبلغا ماليا بدله.

واعتبر القضاء أن حق المحضون في تهيئة السكن له من والده هو حق أقرته المادة 72 منقانون الأسرة على مال الوالد إن لم يكن للمحضون مال بغض النظر عن عدد الأولاد المحضونين خاصة إن لم يكن للحاضنة ولي يقبل إيواءها مع محضونيها، كما أقرت المحكمة العليا للأم الحاضنة للبنتين أجرة السكن على الوالد بالرغم من أنها عاملة.([1])

المطلب الثاني :حق المحضون في الزيارة

حق الزيارة هي من حقوق المحضون التي لا يجوز تجنبها فهو حق محمي فقها وقانوني إذ أنها أسمى لون من ألوان تربية الطفل سواء عند والديه أو تؤول لمن تتحقق فيه صفات المسايرة لمصلحة المحضون، وسنفصل فيه على نحو التالي:

الفرع الأول :مفهوم حق المحضون في الزيارة

نتناول في هذا الفرع بيان المقصود بحق المحضون في الزيارة أو مايعُرف بالحق في رؤية المحضون و كيفية ممارسة هذا الحق.

أولا تعريف حق المحضون في الزيارة

لما كان الحق هو ما أدى شرعا إلى اختصاص سلطة وكانت الحضانة مستحقة شرعا للإنسان بقصد الحفاظ على الولد وحسن رعايته وإعداده وتأتي الرؤية بعد ذلك لتكون حقا لمن لم تستند إليه مسؤولية

[1] . عيسى طعيبة، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي** المرجع السابق، ص 30 ، 31.

الحضانة، ومن هنا نبين تعريف وموقع ومركز حق الرؤية من الحقوق والتي شرعها الله سبحانه وتعالى.

أ –تعريف حق المحضون في الزيارة لغة:

تأتي بمعنى مجيء شخص إلى آخر لرؤيته والبقاء معه مدة معينة، أو استقبال الزائر.([1])

ب تعريف حق المحضون في الزيارة اصطلاحا:

فقد عرفها بعض الفقه على أنها رؤية المحضون والإطلاع عن أحواله المعيشة والتربوية والتعليمية

ثانيا :دليل مشروعية زيارة المحضون

الحضانة من الحقوق الثابتة للأطفال إذ يراد بها تربية الطفل ورعايته والقيام بأمر طعامه ونظافته كما تشمل تربيته التربية النفسية السليمة.

ومن هنا أوجبت الشريعة الإسلامية رؤية المحضون وجعلته حقا مشروعا لكل من المحضون والوالدين ، وهذه المشروعية ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع..

أ دليل مشروعية زيارة المحضون من الكتاب: " قال تعالى "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده على الوارث مثل ذلك ".([2])

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أن الله سبحانه وتعالى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن فدلت الآية على مشروعية الحضانة كما بينت الآية أن الأمهات لهن حق إرضاع أولادهن لتوافر الرحمة وعدم الإضرار بها وحرمانها من ابنها.([3])

ب دليل مشروعية زيارة المحضون من السنة:

---

1 . رشدي شحاتة أبو زيد ، **رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال لشخصية " دراسة مقارنة "** ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2011 ، ص74 .

[2] . الأية 233 من سورة البقرة.

[3] . أبي عبد الله بن أحمد الأنصار القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، الجزء 03 ، دار مكتبة العلمية ، بيروت، ص160 .

قال صلى الله عليه و سلم " كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته فالوالد راع في أهله و مسؤول عن رعيته والمرأة راعية في مال زوجها وولده و مسؤولة عن رعيتها ، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته."

فالطفل في السنين الأولى لا يعي مفهوم الخطر الحقيقي، ومن هنا كان على الوالدين رقابة صغيرهما من الأمراض التي تهدد حياتهم.

ج دليل مشروعية زيارة المحضون من الإجماع:

أجمعت الأمة على مشروعية الحضانة وكفالة الأطفال الصغار كسبيل لحفظ النفس البشرية من الضياع.

قال ابن المنذر " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولدٌ أن الأم أحق به ما لم تنكح.

ثالثا مكان الزيارة

نتناول هنا موقف الفقه الإسلامي و قانون الأسرة من مكان الزيارة

1-مكان الزيارة في الفقه الإسلامي

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك يجب أن لا يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر، كأن يكون المكان الذي تقيم فيه أم الطفل مع أبيه إذا كانت الزوجية قائمة ولا يجوز للأم أن تنتقل من مكان إلى غيره قبل أن يستغني عن أمه وتنتهي مدة حضانته إلا بإذن الزوج، أما إذا لم تكن الزوجية قائمة فإن كانت في العدة فمكان حضانة الصغير هو مكان قضاء العدة.

أما إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم كجدة الصغير أو أختها وعمته فمكان الحضانة هو بلد أب الطفل ، ولا يجوز أن تنتقل بالمحضون إلى غيره إلا برضاه.([1])

والأصل في تحديد مكان الزيارة أن يكون بالاتفاق بين الحاضن، ومن تقرر له حق الزيارة شريطة أن لا يكون ذلك المكان ماسا بمصلحة المحضون.

وفي حالة تولي القاضي تحديد مكان ووقت الزيارة فإنه ينبغي عليه أن يحترم الشروط التالية:

[1] . عبد الفتاح تقية ، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي**، المرجع السابق ،ص272 .

*أن لا يكون المكان المحدد من الأم يذهب الطمأنينة في نفس المحضون.

*ألا يكين في المكان المحدد قضائيا ما يكبد طرفي الخصومة مشقة وعناء.

*أن تكون الزيارة قدر الإمكان في نهاية الأسبوع وفي أيام العطلات.([1])

حيث جاء في قرار رقم 214290 بتاريخ 1998/12/15 حيث أنه بالفعل لا يصح شرعا تحديد ممارسة حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضده لأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها لو لساعات محدودة.

كما يرى الحنفية أنه ليس للأب أو الولي أخذ الصغير ممن له الحضانة من النساء والانتقال ب من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها قائمة، ولا يسقط حقها في الحضانة بانتقاله سواء كان المكان الذي ينتقل إليه قريبا أو بعيدا وهذا هو الأرجح و الأقرب للعدل.

2- مكان الزيارة في التشريع الجزائري

نصت المادة 69 من قانون الأسرة على أنه " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون."

فثبوت الحق في الحضانة متروك أمر تقديره للقاضي، لذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها أنه من المقرر شرعا وقانونا أن تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي و إقامة الوالد في الجزائر.([2])

ويفرق جمهور الفقهاء والمالكية والشافعية والحنابلة بين ما إذا كان سفر الحاضنة للنقلة والانقطاع فتسقط حضانة الأم وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة، والأب هو الأولى بالمحضون ويقيد الحنابلة أولوية الأب بأن لا يكون هدفه الإضرار بالأم و انتزاع الولد منها.

وجاء في المغني " إذا أراد احد الأبوين السفر بحاجة ثم يعود، والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة لأن في المسافر بالولد إضراراً به، وان كان منتقلا إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوف أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفا فالمقيم أحق به لأن في السفر خطر به، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال

---

[1] . حميدو زكية، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، المرجع السابق، ص200 .

[2] . ملف رقم 273526 بتاريخ 2001/12/26 ، **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا ،العدد 01 لسنة 2004 ، ص 264 .

لم يجب إليه لأن فيه تغريراً به، وان كان البلد الذي ينتقل اليه آمنا وطريقه آمنا ، فالأب أحق به سواء كان هذا المقيم أو المنتقل إلا أن يكون بين البلدين قرب بحيث يراه الأب كل يوم و يزوره".([1])

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنه لا يجوز للأم الحاضنة التي في زوجية الأب أو في عدتها الخروج إلى بلد آخر، وللزوج منعها من ذلك ، أما إن كانت منقضية عدتها فإنه يجوز لها الخروج بالمحضون إلى بلد آخر في الأحوال الآتية:

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

*-إذا خرجت إلى مكان بعيد مع تحقق الشروط التالية:

*-أن يكون الزوج قد عقد نكاحه علها في هذا البلد

*-ألاّ يكون المكان الذي انتقلت إليه دار حرب.

الفرع الثاني :كيفية ممارسة الحق في رؤية المحضون

لا خلاف في أن للأب أو من يقوم مقامه حق رؤية ولده وزيارته إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء على أن للأم حق رؤية ولدها وزيارته وللأب حق تعهد المحضون، وهو لا يمكن من أداء ذلك كله إلا بزيارته والوقوف على حاله، و هذا موقف الشريعة الإسلامية فما موقف القانون منه ؟.

أولا :ممارسة حق رؤية المحضون في الشريعة الإسلامية

للأم الحق في رؤية الصغير إذا لم تكن هي الحاضنة ([2])، ويرى فقهاء المالكية أن لكل من الأب والأم الحق في رؤية صغارهم المحضونين فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه في كل يوم إن كان صغيراً ، أما إذا كان كبيراً فلها رؤيته في كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب سواء قبل بلوغ الصغير سن التعليم أو بعد بلوغه. ([3])

---

[1] . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة " تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد ،الحلو " ، **المغني** ، الجزء 11 ، الطبعة الثالثة ، دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع ، الرياض ، 1997 ، ص419 .

[2] . الشحات ابراهيم محمد منصور، **حقوق الطفل وآثاره بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص48 .

[3] . كربال سهام ،**الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص27 .

فليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ابنه سواء كانت الحاضنة هي الأم أو غيرها، ولا تجبر على إرساله إليه في منزله ومكان إقامته إنما تؤمر بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن للأب أن يراه فيه.
و اذا امتنع الأب من أخذ الصغير إلى بيت زوج أمه الجديد ، فيتوجب إخراج الصغير إليها في مكان بحيث يمكنها رؤيته.

أما الشافعية فيرون أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز واختياره العيش مع أحد الوالدين، أما فيما يخص ميعاد الزيارة فيكون مرة في الأسبوع أو أكثر لا كل يوم ، أما الأحناف : فيرون أن الأب يزور محضونه كل يوم أما إذا كان هو الحاضن فقد قدر حق الزيارة مرة كل أسبوعا، أما غير الأم فلها حق رؤية الصغير كل شهر على الأقل، أما الحنابلة فقد رؤوا أن الصغير المميز له حق اختيار الالتقاء نهاراً مع أبيه وأمه، أما إذا كانت بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنوات من عمرها فللأم حق زيارتها في أوقات خروج الأب.([1])

ثانيا :ممارسة حق رؤية المحضون في قانون الأسرة الجزائري

جاء في الشطر الثاني من المادة 64 قانون الأسرة أنه "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "، ويعني هذا أن القاضي عند حكمه بحل الرابطة الزوجية يحكم بإسناد الحضانة إلى صاحبها سواء كانت الأم أو غيرها، وبعدها يحكم تلقائيا بحق الزيارة للأب أما في حالة ما إذا حكم بإسناد الحضانة للأب أن يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة.

ولم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا.

كما استقر القضاء في الجزائر على الحق في الزيارة في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية على أن الجزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع.

فحق الزيارة أحاطه المشرع بجملة من الضمانات في المادة 69 من قانون الأسرة التي تنص على " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له و إسقاطها منه مع مراعاة مصلحة المحضون".

---

[1] . كربال سهام ،**الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص27 .

فمضمون هذه المادة ترى أنه لا يبقى المحضون على تواصل دائم مع والديه ولا يبتعد عنهم وحمايته وتوفير رعايته.

وتكرس حق الزيارة في عدة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1990/08/16أنه يجب على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع ليتعهدهم بما يحتاجون إليه، ويتعاطف معهم، ومن ثمَّ جاء القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر ويكون قد خرق القانون. ([1])

وقد جعل القضاء الجزائري الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق الاستقبال أو زيارة وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها " من المقرر شرعا أنه كما يجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا."

كما أن المادة 64 سالفة الذكر قد أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنه المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من الدائرة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم.

وقد تكفل المشرع الجزائري بنفسه بهذه المصلحة عندما نص في المادة 03 قانون الأسرة الجزائري " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية"، وكذا في الفقرة الثانية من المادة 36 المعدلة في ذات القانون والتي تنص على أنه "يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم"، وفي الفقرة السابعة من نفس المادة بقولها" زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف."

ويمكن أن ينظر في قضايا الزيارة القاضي الاستعجالي، وذلك حسب نص المادة 57 من قانون الأسرة وذلك بصفة مؤقتة في حالة ما إذا تعسف أحد الأبوين في استعمال حق الحضانة ومنعه

[1] . باديس دياني، **آثار فك الرابطة الزوجية** دراسة **مدعمة بالاجتهاد القضائي (تعويض نفقة، حضانة، متاع)** ، المرجع السابق ، ص63 .

الطرف الآخر من رؤية أبنائه، خاصة أن قضايا الموضوع المتعلقة بالزواج والطلاق كثيرة، وعادة ما تطول إجراءاتها ، وتستغرق فترة طولة الأمد الذي يحول معه دون رؤية الأبناء.

خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع حماية المحضون في قانون الأسرة الجزائري، و صلنا إلى عدة نتائج نستطيع أن نجملها في ما يلي:

1.أهمل المشرع تحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها، فاكتفى في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بقوله" ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك "مما يقتضي ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتحديد هذه الشروط، ونحن نرى أنه يجب على المشرع ضبط هذه الشروط لكونها خطوة أساسية لتحديد من يستحق الحضانة بالرغم من أن المشرع أكد في عدة نصوص على مراعاة مصلحة المحضون، ومنح للقاضي كل السلطة التقديرية، إلا أنه لم يحدد المعايير التي يمكن للقاضي أن يعتمد عليها لتقدير هذه المصلحة، خاصة أمام توسع ظاهرة الطلاق في المجتمع مما يضع القاضي في بعض الحالات في حرج ، فهو ملزم من جهة في البحث عن مصلحة المحضون و الفصل في أقرب الآجال ، ومن جهة أخرى يجد نفسه أمام انعدام الوسائل التي تمكنه من البحث، ومع كثرة الملفات المعروضة فإن ذلك قد ينعكس سلبا على المحضون.

2.المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة غيَّر ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وأعطى للقاضي السلطة التقديرية لتحديد الأقربين درجة ممن لهم حق الحضانة، و هو ما يفرض عليه ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتحديد ذلك.

كما لم يبين المشرع الحل الذي يمكن اعتماده إذا تعدد مستحقو الحضانة في الدرجة الواحدة ، وأقر في هذه المادة أن على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لكن المشرع لم يحدد معناها ولا الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن، ولم يشر أيضا إلى تحديد مكان ومواقيت الزيارة تاركا المهمة للقاضي.

3.ونص المشرع على تمديد حضانة الولد من عشرة (10) سنوات إلى غاية ستة عشرة(16) سنة، و منح هذا الحق للأم التي لم تتزوج ثانية، بحيث لا يمكن لأحد غير الأم حتى ولو اقتضت مصلحة المحضون تمديد الحضانة ، كما أن المشرع حدد سن (10) سنوات و (16) سنة دون إعطاء أي مبررو أو معيار منطقي لذلك خاصة و أن هذا التحديد لا خلفية شرعية له فلم نقف في الفقه الإسلامي على إمكانية تمديد الحضانة إلى هذا السن.

4.اعتبر المشرع عمل المرأة حق لها، ولا يمكن أن يكون هذا الحق سببا في سقوط الحضانة عنها، وذلك لارتفاع نسبة النساء العاملات، و حاجة المرأة الحاضنة لمورد مالي ثابت وإضافي، خاصة وأن مبلغ النفقة قد لا يكون كافيا ، كما أن متطلبات الحياة قد تفرض إلتزامات مالية إضافية.

5.أشار المشرع في نص المادة 70 على أنه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، فهنا حصر سقوط الحضانة عن الجدة والخالة دون سواهما.

إذ جاء المشرع بالمادة 72 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل، والتي ألغت الفقرة الأولى من المادة 52 من القانون 11/84 التي جاءت عامة والمتعلقة بسكن الحاضن نظراً للتضارب الحاصل بينهما ، فجاءت المادة السالفة الذكر حماية للمحضون وحفظا له ووقايته من الآثار النفسية والاجتماعية التي تلحقه بعد الطلاق بسبب عدم وجود سكن يأويه.

إلا أن هذا النص جاء قاصراً من عدة جوانب منها:

*أنه منح للمطلقة الحاضنة الحق في السكن دون سواها من الحاضنات.

*لم يحدد مواصفات سكن الحاضنة واكتفى بعبارة " الملائم " نظراً للواقع المعاش والتناسب مع يسر أو عسر الأب.

6.إن المشرع الجزائري لم يحدد المعايير والأسس التي يستند إليها القاضي أثناء النظر في الحكم المتعلق ببدل الإيجار.

7.إن استعمال مصطلح " بيت الزوجية " ليس في محله نظراً لأن الرابطة الزوجية قد انفكت، وبالتالي كان على المشرع استعمال مصطلح البيت الذي كانت فيه الزوجية قائمة مثلا

8.لم يتطرق المشرع إلى ما إذا كانت الأم تملك سكنا، فهل يلتزم الأب بإعداد سكن أم أنه

9.المشرع لم يتطرق إلى حالات الانتقال بالمحضون، و لم يحدد المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة وبين صاحب الحق في الزيارة، وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 72 من قانون الأسرة التي تنص " وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، فهنا أحل المشرع ما حرمه الله لأن الحاضنة المطلقة تصبح أجنبية عن الأب بعد الطلاق مباشرة.

خاتمة

10. ويعتبر القانون01.15 المتضمن بإنشاء صندوق النفقة في نظرنا خطوة مهمة خطاها المشرع الجزائري لرفع المشقة على الحاضنة ، و توفير الرعاية للطفل المحضون ، والذي نص فيه المشرع على دفع المستحقات المالية للمستفيد من الصندوق أي المرأة المطلقة الحاضنة ، و يتم ذلك في حال ما إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القاضي بالنفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع ، أو عجزه عن ذلك ، أو لعدم معرفة محل إقامته ، باعتبار أن الطفل لديه احتياجات ذات طابع استعجالي لا يمكنها أن تنتظر، وهو ما يعاب على قانون الأسرة ، فكثير من قضايا النفقة تبقى أمام المحاكم لفترة طويلة مما يضر بالطفل و حاضنته.

ويعتبر هذا الصندوق بصيص أمل للكثير من المطلقات الحاضنات للتخلص من تماطل الزوج في دفع النفقة ، حيث أن مبلغ النفقة يبقى من تقدير قاضي الأحوال الشخصية مثلما جرت عليه العادة في قضايا النفقة أمام المحاكم، وأن الاختلاف يكمن في أنه بدلا من أن تتعامل الزوجة مع طليقها وتنتظر تنفيذ الحكم، فهي ستتوجه مباشرة لصندوق النفقة الذي يمنحها المبلغ المالي الذي حكم به القاضي، وستعمل الدولة بعدها على استرجاع المال من الزوج عن طريق القانون.

وعموما فإن ما يعاب على أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري هو تميزها بالكثرة و عدم الصياغة القانونية الدقيقة، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى غموض القاعدة القانونية المراد تطبيقها.

ورغم أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون، إلا أنه ما زالت تعترها بعض النقائص يجب أن يتداركها حتى تكمل الحماية التي يهدف إليها، و حتىَّ يسُهِّل على القاضي مهمته بتوضيح الأحكام القانونية المتعلقة بالحضانة.

ويجب على المشرع أن يسارع بوضع القانون 01.15 حيز التنفيذ من خلال وضع النصوص التنظيمية له حتى يدخل هذا القانون حيز التطبيق، خاصة و أن بعض مواده " ما تعلق منها بالملف المقدم للحصول على النفقة " تحيل إلى التنظيم.

خاتمة

كما نرى ضرورة تمديد تطبيق هذا القانون ليشمل الحاضنة المتوفى عنها زوجها، و تقييد حقها في الاستفادة من الصندوق بقيود قانونية، كأن لا يكون للأولاد المحضونين مال يكفي نفقتهم أيا ما كان مصدر هذا المال سواء كانت الأم أو الأب المتوفى أو غيرهما

قائمة المصادر والمراجع

أولا : قائمة المصادر:

أ.القرآن الكريم

ب.السنة النبوية

1.أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي ، **صحيح البخاري** ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، دار الفكر ، دمشق ، بدون سنة نشر.

ج.النصوص القانونية:

1.القوانين العادية :

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 الموافق لـ 9 يونيو 1984 **المتضمن قانون الأسرة** المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 ، الجريدة الرسمية العدد 43 صادرة في 22 يونيو 2005 .

2.القانون 09.08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 **المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية** ، الجريدة الرسمية ، رقم 21 ، الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق لـ 23 أفريل 2008 .

3 . القانون رقم 01.15 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير 2015، **يتضمن إنشاء صندوق النفقة** ، الجريدة الرسمية ، العدد 01 ، الصادر بتاريخ 16 ربيع الأول 1436 الموافقة لـ 07 يناير 2015.

2.الأوامر:

1. الأمر رقم 156.66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 **المتضمن قانون العقوبات** ، الجريدة الرسمية ، العدد 49 ، الصادرة في 20صفر 1386 الموافق 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم .

2. الأمر رقم 58.75 المؤرخ في 20 رمضان 1393 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 **المتضمن القانون المدني** ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، المؤرخ في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم .

ج.المعاجم و القواميس:

1.عهد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، **القاموس المحيط** ، الجزء الثالث ، دار الجيل ، لبنان ، 1971.

ثانيا : قائمة المراجع:

أ . الكتب:

1.. إبن القيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، **زاد المعاد في هدى خير العباد**، دار الفكر، بيروت ، 2003 .

2.. أبي عبد الله بن احمد الأنصار القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، الجزء الثالث ، دار المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون سنة نشر.

3.. أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الظاهري ، **محلى بالآثار**، دار إدارة الطباعة المنيبرية ، مصر ، بدون سنة نشر

4.. أحمد بن محمد الدريني ، **أقرب المسالك للإمام مالك** ، الجزء الأول ، بدون دار نشر و بدون سنة نشر.

5.. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المغربي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** ، مطبعة المكتبية العلمية ، لبنان.

6.. أحمد شامي ، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات "دراسة فقهية ونقدية مقارنة"** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010.

7.. أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام " الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب"** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1988.

8.. أحمد قندوز، **الأحول الشخصية في التشريع الإسلامي**، مكتبة الفلاح، الكويت، 1976.

9.. أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما**، دار الكتب القانونية، مصر 2005

10.. أحمد نصر الجندي ، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية،

مصر،2009 ،
11.. العربي بلحاج، **قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا** ، ديوان المطبوعات، الجزائر ، 2000 .
12.. الغوثي بن ملحة ، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2005.
13.. الشحات ابراهيم محمد منصور، **حقوق الطفل وآثاره بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر
14.. باديس ديابي ، **قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية** ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر
15.. **آثار فك الرابطة الزوجية** دراسة **مدعمة بالاجتهاد القضائي (تعويض نفقة، حضانة، متاع)**،
دار الهدى، الجزائر ، 2008 .
16.. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة في الشريعة**، منشورات حلب الاحترافية، بيروت، 2002.
17.. حسن بن عودة الحواشي، **الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة** ، الجزء الخامس، بن حزم ، بيروت ، 2004.
18.. رشدي شحاتة أبو زيد، **رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية** " **دراسة مقارنة** " ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، 2011.
19.. رمضان علي الشرنباصي ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء** " **دراسة لقوانين الأقوال الشخصية**" ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2012 .
20.. عبد الرحمان الحريري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، دار إحياء الشرارة العربية، بيروت ، 1969 .
21.. عبد الرحمان الشواربي، **مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه**، منشأة

المعارف ، الإسكندرية ، 2001 .
22.. عبد الرحمان الصابوني، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الجزء الثاني، المطبعة الجديدة، دمشق، بدون سنة نشر.
23.. عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية، دار البعث، الجزائر ، 1989.
24.. **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة ، الجزائر ، 1996 .
25.. **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد "أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل** " ، دار هومة، الجزائر ، 2007 .
26.. عبد القادر حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة** ، دار الخلود للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2007.
27.. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، **الحضانة وأثرها في تسمية سلوك الأطفال** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008.
28.. عبد الفتاح تقية ، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي**، دار ثالة الجزائر ، 2000.
29.. عروبة الخزرجي ، **حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق**، دار الثقافة للنشر، الأردن ، 2009
30.. عز الدين قمراوي ، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008.
31.. فضل سعد الله ، **شرح قانون الأسرة الجزائرية** " الزواج والطلاق" ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري ، سنة 1996 .
32.. لحسن بن الشيخ آث ملويا ، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية**، الجزء الأول ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013.
33.. محمد بن إسماعيل البخاري ، **صحيح البخاري**، دار السلام، الرياض، 1997.

34.. مالك بن أنس ، **شرح الموطأ** ، دار الهجرة ، مصر ، سنة 1332 هـ ،
35.. محمد بن علي الشوكاني ، **إرشاد الفحول إلى تحقيق حق من علم الأصول** ، دار الفضيلة ، السعودية ، بدون سنة نشر.
36.. محمد أبو زهرة ، **مباحث في أحكام الفتوى**، دار ابن حزم للطباعة والنشر ، لبنان، و بدون سنة النشر.
37.. محمد المنصور الشحات إبراهيم ، **حقوق الطفل وأثارهما بين الشريعة والقانون** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011.
38.. محمد حامد الممحاوي ، **أحوال الشخصية للمسلمين** ، المكتبة القانونية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2005.
39.. محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة**، دار الرسالة ، بيروت 1936 .
40.. محمد سمارة ، **أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، بدون سنة نشر.
41.. محمد عرفي البكري ، **الأحوال الشخصية** ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة، و دون سنة نشر.
42.. محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2010.
43.. محمد كمال الدين إمام ، **أصول الفقه الإسلامي**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2007.
44.. **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء " دراسة لقوانين الأحوال الشخصية"** ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، بدون سنة النشر.
45.. محمود علي السرطاوي ، **فقه الأحوال الشخصية الزواج والطلاق**، دار الفكر، الأردن ، 2008 .

46.. محمود محمد حمودة ، محمد مطلق عساف ، **فقه الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ، عمان ، 2000.

47.. مصطفى فهمي ، **النظام القانوني لحماية الطفل والمسؤولية الجنائية والمدنية في إطار الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة** " ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2012.

48.. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة " تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو" ، **المغني**، الجزء 08 ، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع ، الرياض، 1997

49.. **المغني**، الجزء 09 ، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض، 1997.

50.. **المغني**، الجزء 11 ، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض ، 1997.

51.. نصر الدين فريد واصل، **الولاية الخاصة الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية** ، دار الشروق للنشر والتوزيع، مصر ، 2002.

52.. نور الدين بولحية، **الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار**، دار الكتاب الحديث، القاهرة ، 2009.

53.. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، الجزء السابع ، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية، 1985.

54.. وهبة الزحيلي ، **نظرية الضرورة الشرعية و القانونية " مقارنة مع القانون الوضعي** ، دار الفكر المعاصر ، بيروت الطبعة 04، 1997 .

ب . <u>أطروحات الدكتوراه</u>:

1. زكية حميدو، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة**، أطروحة دكتوراه (غير منشورة) ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2005.2004.

2. محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية (غير منشورة)، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، سنة 2009/2008.

ج . <u>مذكرات الماجستير</u>:

1. سهام كربال، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون (غير منشورة) ، جامعة البويرة ، كلية الحقوق ، 2013.

2. صالح بوغرارة ، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير في القانون، (غير منشورة)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون.

3. عيسى طعيبة، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجهاد والقضائي**، مذكرة ماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر (غير منشورة) ، 2010.2011.

4. نسرين إيناس بن عصمان ، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة ماجستير (غير منشورة) ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، السنة الجامعية 2009.2008.

د . <u>المجلات القضائية</u>:

1. **المجلة القضائية** ، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد **02 ، الصادرة سنة 1986 .**

2. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01 **، الصادرة سنة 1989.**

3. المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 ، الصادرة سنة 1989.

4. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03، الصادرة سنة 1990.

5. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01، الصادرة سنة 1991.

6. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 ، الصادرة سنة 1993.
7. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 03 ، الصادرة سنة 1995.
8. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01، الصادرة سنة 1997.
9. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، عدد خاص، الصادرة سنة 2001.
10. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا العدد 02 ، الصادرة سنة 2004 .
11. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 01 ، الصادرة سنة 2005 .
12. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 02، الصادرة سنة 2005 .
13. **المجلة القضائية**، صادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 02 ، الصادرة سنة 2007 .

قائمة المراجع

مقدمة ..... أ
الفصل الاول **حماية الطفل المحضون من خلال أحكام إسناد الحضانة ومسقطات 05**
المبحث الاول احكام اسناد الحضانة.....05
المطلب الاول مصلحة المحضون كمعيار لاسناد الحضانة في قانون الاسرة الجزائري....05
المطلب الثاني تطبيق معيار مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة.....12
المبحث الثاني حالات سقوط الحضانة حماية لطفل المحضون..... 23
المطلب الاول اسباب اسقاط الحق في الحضانة..... 23
المطلب الثاني عدة الحضانة الى مستحقيها..... 31
الفصل الثاني اثار الحضانة في قانون الاسرة الجزائري 34
المبحث الاول حق المحضون في النفقة واجرة الحضانة 35
المطلب الاول حق المحضون في النفقة 36
المطلب الثاني اجرة الحضنة..... 44
المبحث الثاني حق المحضون في السكن والزيارة 45
المطلب الاول حقالمحضون في السكن.....46
المطلب الثاني حق الحضون في الزيارة 60
الخاتمة 68
قائمة المراجع 73
الفهرس 82