

## حق الطفل في الحضانة والكفالة

بقلم  
أ/ فاطمة حداد(\*)



### ملخص

تمثل رعاية الطفولة ضرورة اجتماعية ملحة بغرض تربية الإنسان القادر على المساهمة الإيجابية، في تنمية المجتمع والنهوض به، فمن أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، والمشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال، باعتبارهم همزة الوصل الوحيدة المتبقية بين الأب والأم وذويهم بعد الطلاق. فالحضانة أجل مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة بالطفل، مما أثر ذلك إيجاباً على التشريعات الوضعية، وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل ذلك، هذا إضافة لمرحلة ضم الطفل لمن لهم ولاية على النفس وهو ما يسميه الفقهاء بالكفالة، والمشرع لم يذكر هذا الحق مستقلاً، واكتفى بعقد كفالة الطفل كبديل لنظام التبني. يكمن الإشكال الرئيسي: في ماذا تمثل الحماية القانونية المقررة لحق الطفل في الحضانة والكفالة؟ وهل هذه الحماية تشكل ضماناً كافياً لنمو جيل سليم متمتع بكافة الحقوق؟ سنجيب على هذا الإشكال بالاستناد على المنهج التحليلي لنصوص المواد القانونية التي اعتنت بهذا الحق، دون أن نحيد عن الغوص في ثنايا الفقه الإسلامي، معتمدين على مبحثين؛ الأول: حق الطفل في الحضانة؛ والثاني: حق الطفل في الكفالة.

**الكلمات المفتاحية:** الطفل، الحضانة، الكفالة، الحماية، الحقوق، الفقه.

(\*) أستاذ مساعد قسم "ب" بقسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تبسة - الجزائر.

## مقدمة

تمثل رعاية الطفولة ضرورة اجتماعية ملحة بغرض تربية الإنسان القادر على المساهمة الإيجابية والفعالة في تنمية المجتمع والنهوض به، فمن أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، والمشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال، باعتبارهم همزة الوصل الوحيدة المتبقية بين الأب والأم وذويهم بعد الطلاق. ومن هنا عدت الحضانة أجل مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية بالطفل، مما أثر ذلك إيجاباً على التشريعات الوضعية، وتطور الأمر لإبرام اتفاقيات دولية من أجل ذلك، فقد حثت اتفاقية حقوق الطفل جميع الدول والهيئات التشريعية والقضائية على إعطاء الاعتبار الأول لمصلحة الطفل، هذا إضافة إلى مرحلة ضم الطفل لمن لهم ولاية على النفس وهو ما يسميه الفقهاء بالكفالة، فالحكمة منها إكمال العناية التي بدأت في مرحلة الحضانة، والمشرع لم يذكر هذا الحق بصورة مستقلة، واكتفى بعقد كفالة الطفل كبديل لنظام التبني في القانون.

وبناء على ذلك ارتأينا تناول هذا الموضوع بالدراسة بعد أن اخترنا له عنواناً متمثلاً في: الحضانة والكفالة حق من الحقوق غير المالية للطفل.

**أهمية الموضوع:** يستمد أهميته من اهتمام المشرع بوضعية الطفل وحقوقه في مجال قانون الأسرة، فالحضانة والكفالة يعتبران أهم أثر من آثار الطلاق؛ لأنها لا يقتصران على الزوجين فقط بل يمتدان للطفل، خاصة في وقت أصبحت ظاهرة الطلاق متفشية بشكل كبير، حيث يصبح الطفل ورقة ضغط يستعملها أحد الأبوين للضغط على الآخر.

كما ترجع الأهمية إلى أن الموضوع يطرح عدة إشكالات في الواقع العملي ناتجة عن عدم احترام كل من الزوجين لحقوقه والتزاماته مما يؤدي إلى عدة نزاعات، فكان من المهم أن نبين ما لكل منهما من حقوق والتزامات مخولة له بمقتضى القانون والشرع،

حرصا على ضمان أفضل رعاية للطفل المحضون.

**الإشكالية المطروحة:** يدور موضوع البحث حول تساؤل رئيسي ملخصه: في ماذا تتمثل الحماية القانونية المقررة لحق الطفل في الحضانة والكفالة؟ وهل هذه الحماية تشكل ضمانا كافيا لنمو جيل سليم متمتع بكافة الحقوق؟

**المنهج المتبع:** للإجابة على الإشكالية المبرزة سابقا، اعتمدت على المنهج التحليلي لنصوص المواد القانونية التي اعتنت بهذا الحق في ظل قانون الأسرة، والاعتماد على هذا النسق لا يجعلنا نحيد عن الغوص في ثنايا الفقه الإسلامي؛ ذلك أن أحكامه هي منطلق قانون الأسرة، فدراستنا ستمر حتما على الآراء الفقهية لاستنتاج موقف المشرع ليس من باب المقارنة بين الفقه والقانون بل لاستخلاص منحى المشرع في معالجة هذا الحق، من خلال المبحثين التاليين:

**المبحث الأول:** حق الطفل في الحضانة.

**المبحث الثاني:** حق الطفل في الكفالة.

## المبحث الأول

### حق الطفل في الحضانة

نتناول بالدراسة حقيقة الحضانة من جهة، والآثار المترتبة عن حضانة الطفل من جهة أخرى كالآتي:

#### المطلب الأول

##### الحقيقة الشرعية القانونية للحضانة

**الفرع الأول:** مفهوم وأهداف الحضانة:

**أولا:** تعريف الحضانة

ونعالج فيه كلا من التعريف اللغوي والقانوني للحضانة كالآتي:

1- الحضانة لغة:

الجنب أو الصدر والعضدان وما بينهما، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى

نفسه تحت جناحه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها وقامت بتربيته.<sup>1</sup>

## 2- الحضانة قانونا:

جاء في المادة (62): "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا." يبدو مدى حرص القانون على إبراز مهمة الحاضن حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون. إضافة لإرادة عازمة أظهرها المشرع تجاه هذا العمل الخطير وأحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه الحاضن لما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون.<sup>2</sup>

ومنه فالحضانة اصطلاحا: "إلزام شرعي وقانوني بتدبير شؤون الطفل ورعايته، جسميا وروحيا وعلميا ممن له الحق في ذلك شرعا." فهي تشمل النقاط الآتية:

\* أنها سلطة شرعية للحاضنة على المحضون لتحقيق مصلحة المحضون العاجلة والآجلة.

\* أنها تشمل كل ما يحتاج إليه المحضون من: ماديات ومعنويات.<sup>3</sup>

ثانيا: أهداف الحضانة يتضح من نص المادة (62) أن للحضانة أهدافا تظهر فيما يلي:

1/ تعليم الولد ويقصد به التعليم الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا أو إجباريا إلى غاية استنفاد طاقته واستطاعته في تحديد مستواه.

2/ تربيته على دين أبيه سائر المشرع الفقهاء بجواز زواج المسلم بغير المسلمة، وذلك ما جاء بمفهوم المخالفة في المادة 30 التي تنص على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، وأن العكس جائز شرعا.

3/ السهر على حماية المحضون تتضمن حماية الطفل من كل الجوانب المعنوية

والمادية، فلا يكون عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب، أو معنوي كإخافته بما قد ينجم عن عنه فزعه واضطرابه.

4/ حماية الطفل من الناحية الخلقية فهي ترتبط بمدى تعليمه وحسن تأديبه لأن يكون فردا صالحا.

5/ حماية المحضون صحيا وتكون الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية، وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة لذلك.<sup>4</sup>

### الفرع الثاني: شروط إسناد الحضانة

للحاضن دور هام في حياة الطفل، كون الصغير لبنة طرية يستطيع من يشرف عليها تكييفها حسب ما يريد، لذا يكون لشخصية الحاضن تأثير في المحضون، ومن خلال نص المادة (62) نلاحظ أن المشرع لم يبين بوضوح الشروط التي يجب توفرها في الحاضن، واكتفى بقوله: "يشترط أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك" ولتحديد هذه الشروط وجب اللجوء لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة (222) فنجد بعضها عام يتعلق بالحاضن وبعضها خاص بالنساء وبعضها بالرجال.<sup>5</sup>

### أولا: الشروط العامة لممارسة الحضانة:

تتمثل في:

1/ شرط العقل: أي أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير، وملما بكل التحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة، فغير العاقل كالصغير والمجنون والعاجز عن القيام بهذه الوظيفة يضر بالصغير أكثر مما ينفعه.<sup>6</sup>

2/ شرط البلوغ: وتقتضي التفرقة هنا بين البالغ بلوغا طبيعيا من حيث السن والعلاقات المميزة، وبين البالغ بلوغا حكما، فالبعض ذهب بالقول إنها بالغة مادام الظاهر يشهد على ذلك، والمشرع الجزائري سار على ذلك في المادة 07 حيث أجاز أن

يكون الزوجان ناقصي الأهلية بمفهوم القانون المدني، رغم أنه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج وآثاره، لكن ترشيد الزوج القاصر وجعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى أهليته ذلك آثار الزواج وانحلاله ولا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم. لكن المشرع الجزائري أكد في المادة 87 على منح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، وقد أبرز التعديل حول هذه النقطة عدة إشكالات عملية فيما يتعلق بتطبيق هذه المادة لاسيما إذا كانت المطلقة المستفيدة من إعفاء شرط سن الزواج مازالت لم تبلغ سن الرشد القانوني، فكيف الحال بالنسبة للدعوى التي تباشرها بصفتها صاحبة الصفة الإجرائية عن محضونها القصر ما دامت لها الولاية بقوة القانون كونها حاضنة، أي كيف نولي قاصرا على قاصر؟ فالواضح أن المشرع أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ حكما أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى ولو كان ناقص الأهلية، والذي يبقى إشكالا قانونيا لم يتم الفصل فيه بعد.<sup>7</sup>

**3/ شرط القدرة على التربية:** فلا تثبت الحضانة للعاجز عن ذلك لكبر سن أو مرض أو شغل، بأن كانت محترفة لا تقيم في البيت أكثر النهار والليل؛ لأن هذا الحق لمصلحة الطفل وتربيته ورعايته، على أن قدرة المحترفة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القضاء كونها مسألة تقديرية.<sup>8</sup>

**4/ شرط الأمانة على الأخلاق:** فالأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا للممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة للمحضون، تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا أُلقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته.<sup>9</sup>

**5/ شرط الإسلام:** اختلف الفقهاء بشأن الإسلام، فذهب الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا إسناد للحضانة لغير المسلمة لأن الحضانة ولاية، ويؤكدون أن الولاية للكافر على المسلم لا تجوز مستشهدين بقوله تعالى: {ولن يجعل

الله للكافرين على المؤمنين سيلا<sup>10</sup>. فاعتبروا الحضانة شبيهة بولاية الزواج والمال. أما المالكية والأحناف فلا يرون أن إسلام الحاضنة شرطا فيجوز أن تكون كتابية أو غير ذلك، كون الحاضنة لا تتعدى إرضاع الطفل وخدمته، ومناطها الشفقة. أما موقف المشرع فقد سائر المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة، وهو ما اكدته المادة (62) على أن يربى الطفل على دين أبيه، فلا فرق بين المسلمة وغيرها في مسألة الحضانة.<sup>11</sup>

### ثانيا: الشروط الخاصة لاستحقاق النساء حضانة الطفل:

خص فقهاء الشريعة الإسلامية بعض الشروط جانب النساء حتى تعطى لهن الحضانة، نردها في الآتي:

1/ خلو الحاضنة من زوج أجنبي عن المحضون: أي أن لا تتزوج الحاضنة من أجنبي عن المحضون، فإن تزوجت بذي محرم يظل حقها في الحضانة قائما أما إن تزوجت بغير المحارم يسقط حقها لأنه أجنبي قد يسيء إلى المحضون، مما قد يؤثر في سلوكه ويساعده على الانحراف نتيجة الظلم ويمنع أمه من الرعاية والعناية اللازمة للصغير وهذا ما يكون سببا لإسقاط الحضانة.<sup>12</sup>

2/ أن لا تقيم الحاضنة في بيت يبغضه المحضون: معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للهلاك والأذى، وشرط السكن الملائم ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه، والملاحظ على المادة (70) أنها جاءت تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربيته سويا بعيدا عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على أخلاقه.<sup>13</sup>

### 3/ أن لا تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسر.

إن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند إعسار الأب يعد مسقطا لحقها في الحضانة، وعدم الامتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجره الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربية الطفل المحضون مجانا، سقط حق الأولى في

الحضانة. 14

### ثالثا: الشروط الخاصة لاستحقاق الرجال حضانة الطفل

حتى يتمكن الرجل من حضانة الطفل لابد أن تتوفر فيه جملة من شروط خاصة وهي:

1/ أن يكون الحاضن من العصبات على ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكرا :  
لأن أصل استحقاقه الحضانة يقوم على قوة القرابة، ولا فرق ما إذا كان العاصب محرما أو لا.

2/ أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى: وعلى هذا لا يكون للرجل الحق في حضانة ابنة عمه لأنه ليس محرما لها وذلك سدا لذريعة الفساد والفتنة.

3/ أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء : اشترط المالكية أن يكون للحاضن من يصلح للحضانة من النساء كزوجة.

4/ اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون : لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث فلا توارث بين مسلم وغير مسلم وبالتالي لا حضانة للكافر على الطفل المسلم. 15

### الفرع الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

من خلال التأمل في المادة (64) قبل التعديل نجد: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة." فالمرشع جعل حق الحضانة للأم بالدرجة الأولى ثم أم الأم ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

أما بعد التعديل نصت المادة (64) على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم



الجددة للأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك". فالتعديل الجديد جاء بترتيب جديد مغاير، ونلاحظ من خلال نص المادة الآتي:

- أعطى المشرع الأولوية للأم في حضانة الطفل لما في ذلك من مصلحة للمحضون؛ لأنها الأقرب إلى ولدها والأشفق عليه، ولا يشاركها في هذا القرب إلا الأب وهو من يستحق حضانة الطفل بعد الأم.

- ثم يليها في الأولوية الأب باعتبار أن الطفل كان ثمرة زواجهما، فلا يعقل أن تستحوذ الأم عليه، وهذا ما كانت عليه المادة (64) قبل التعديل؛ حيث أن المشرع قد ذهب بعيدا من جهة الأم وأقاربها وجعل الأب في المرتبة الأخيرة، وبالتالي أصبح من حق الأب حضانة الأبناء مباشرة بعد الأم بالمادة (64) بغية تحصيل التوازن بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات، حتى ولو كان الأساس في ذلك ضعيف.

- كان التعديل أقرب لطبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري؛ لأن معظم الأزواج يعيشون مع الأبوين من جهة الأب وبصورة أقل من جهة الأم وبالتالي تجد المحضون وثيق الصلة بجذاته من الجهتين.

- لم يوضح المشرع ما المقصود بالأقربين درجة، كما لم يبين ما هو الحل في حالة ما إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كالأخوة أو الأعمام.<sup>16</sup>

### المطلب الثاني

#### الآثار المترتبة عن حضانة الطفل

يرتب انحلال الرابطة الزوجية إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانونا، وتنتج عن ذلك آثار تتطلبها ممارسة الحضانة، فنظرا لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت ينمو في دفته المحضون وعليه فما المقصود بسكن المحضون؟ وكيف راعى المشرع حق الزيارة الذي يعد أهم الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة بمصلحة المحضون، إضافة لذلك ذكر المشرع أسبابا مسقطا للحضانة عمن أسندت إليه، فما هي ضوابط إسقاط الحق

في الحضانة ؟

### الفرع الأول: حق المحضون في نفقة ومسكن الحضانة

نصت المادة (78) في تعريفها للنفقة ومشتملاتها: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة. "

#### أولاً: نفقة المحضون

نصت المادة (72) على أن: " نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً وإن تعذر فعليه أجرته ". وهذا ما ذهب إليه جمهور الأئمة، ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب.<sup>17</sup> حيث تنص المادة (75) على أنه " 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 عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب " وبموجب المادة (76) نقل المشرع واجب النفقة من الأب العاجز للأم بشرط القدرة على النفقة، ويرى بعض الفقهاء أن إعسار الأب ترجم في القانون بكلمة " عجز " والمقصود: عدم القدرة التامة عن الاستزاق لكونه فقيراً أو معسراً وأن يقوم الدليل على عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق.<sup>18</sup>

ورجوعاً للمادة (79) في تقدير النفقة نجد القاضي لما يقدر النفقة ينظر لوسع الزوج، كما يراعي ظروف المعيشة ولا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة المحضون إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم كما يجب عليه حين إعادة النظر في تقدير النفقة أن يراعي المعايير السابقة، إلا أنه من الناحية العملية النفقة التي يحكم بها على الأب هي غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته، فما هي إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر.

وعلى ذلك فإن مسألة نفقة المحضون، نجد فيها إهمال المشرع واضحاً عندما حصر حقه في النفقة في الضروريات بموجب المادة (78)، وهذا على عكس اتجاه

الشريعة المتمثل في تلبية كل حاجاته ورفض التضحية بأي منها دون مبرر على أن ينتقل واجب إشباعها في حالة عجز والد الطفل إلى أقاربه ثم الدولة، فالمشرع ركز على ظروف المنفق الفقير وجعل من وضعه المالي المقياس لتحديد النفقة التي بموجبها ضمن للطفل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، وكأن هدفه من تنظيم حق الطفل في النفقة ضمان عدم موته جوعاً أو برداً.<sup>19</sup>

### - صندوق النفقة وتأثيره على حق الطفل في الأجرة:

نظراً إلى أن المتضرر من عدم تسديد النفقة الأبناء المحضونون بدأت النداءات تتعالى من أجل خلق آلية جديدة وتتمثل هذه الآلية في: "استحداث صندوق النفقة الغذائية" لضمان سد حاجات المحضونين. وعلى الرغم من أن مشروع تعديل قانون الأسرة حث على إنشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية إلا أن المشرع تنازل على هذا الطرح وبقي الأمر على حاله حتى صدور القانون (01/15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

وقد تضمن القانون (16) مادة تهدف لإنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية، ويعد لبنة جديدة للترسانة القانونية التي تهدف لحماية الأطفال القصر والمرأة المطلقة الحاضنة من خلال تخصيص مبلغ مالي لها في حالة تخلي المدين عن دفع النفقة، فأثار الإجراء جدلاً واسعاً ما بين مؤيد له ومعارض فهناك من رأى بأنه: سيتسبب في ارتفاع حالات الطلاق والخلع وتشتت الأسر في حين وجد من يرى أنه إجراء يحمل طابعاً إنسانياً من شأنه أن يحفظ حق الحاضنات ويبعد عنهن الإهانة مستبشرين بنجاح هذا الإجراء في دول عربية شقيقة.

وقد حددت المادة (02) من قانون صندوق النفقة المقصود بالمصطلحات التي يحويها، فعرف النفقة بأنها: "النفقة المحكوم بها وفقاً لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل والأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين. وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتاً

لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة".<sup>20</sup> فهذا الصندوق يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة ورفع الاحتياج عن المحضونين.

### ثانيا: سكن المحضون

يعد السكن المحيط الذي يضمن استفادة الأولاد من رعاية الأم أو الأب، فما موقف قانون الأسرة باعتبار أن أحكامه مستوحاة من مبادئ الشريعة الإسلامية؟<sup>21</sup> نص القانون على شروط لا بد من توفرها للاستفادة من مسكن الحضنة، سنحاول التعرض لها من خلال ما جاء به قانون (11/84)، ثم نبين ما هو مستحدث في قانون (02/05) كآتي:

#### أولاً: شروط استحقاق مسكن الحضنة في ظل قانون الأسرة (11/84)

تنص المادة (52): "وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونيه حسب وسع الزوج..." ومن ثم فإن استحقاق السكن معلق على شروط واقفة تتمثل في:

- عدم وجود ولي للزوجة يقبل إيوائها، مع أنه من المقرر شرعا وقانونا أن نفقة البنت تجب على أبيها حتى تتزوج.
- أن يكون للحاضنة محضونون بصيغة الجمع، وبمفهوم المخالفة يقتضي أنها تفقد حقها في السكن إن كانت تحضن واحدا فقط.
- عدم زواج الحاضنة وثبوت انحرافها، فالحاضنة غير الأم المطلقة كالجدة أو الخالة لا يسقط حقها في السكن إلا إذا تزوجت أو صارت منحرفة، ذلك أن المقصود منه هو مراعاة مصلحة المحضون.
- قدرة الزوج المطلق على ضمان السكن، فاستوجب المشرع مراعاة حالته المادية وبهذا قد سائر المذهب المالكي عند توفير المسكن.

- أن يكون للمطلق أكثر من سكن، وأن يكون باسمه حسب الفقرة 03 من المادة (52)، أي أن يكون للزوج المطلق أكثر من مسكن واحد حتى يتسنى الإسناد.<sup>22</sup>

في هذه المرحلة التشريعية ذاتها وعند عدم تحقق هذه الشروط، أعطى المشرع من خلال المادة (72) للمحضون الحق في السكن والتي نصها: "نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته." ومن ثم فالدارس لمسألة حق المسكن يلاحظ التعارض بين الإطلاق والتقييد في المادتين (52 و 72) حيث تعلق المادة (52) استحقاق هذا الحق على شروط واقفة، في حين أن المادة (72) جعلت حق السكن للمحضون ولو كان واحدا بلا اشتراط لعدد المحضونين.<sup>23</sup>

#### ثانيا: شروط استحقاق مسكن الحضانة في ظل قانون الأسرة المعدل (02/05)

أدى الفراغ التشريعي والقضائي إلى توجه المشرع لإعادة النظر في قانون الأسرة، وذلك بضرورة تعديل المادة (52) وكذا تعديل المادة (72) منه، فإذا أسندت الحضانة للأم في حالة الطلاق التزم الأب بتوفير مسكن ملائم للحاضنة حتى تستطيع ممارسة حقها في أحسن الظروف، وفي حالة عدم تمكنه من ذلك ألزم بدفع قيمة الإيجار، كما حثت على بقاء هذه المطلقة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم.<sup>24</sup>

وما يجب التوقف عنده عبارة: "فعليه دفع بدل الإيجار" كونها تطرح تساؤلات: ما هي المعايير المعتمدة من قبل القضاء في تحديد مبلغ الإيجار؟

استقر القضاء على أن أجره المسكن تعد من مسائل الواقع فهي تخضع للسلطة التقديرية للقضاة فالقاضي عندما يطرح النزاع أمامه عليه أن يحكم ببذل الإيجار، مراعيًا في ذلك جملة من الظروف.<sup>25</sup>

- بالنسبة للحالة المادية للأب أي تقدير أجره مسكن الحضانة لا يكون فيه إثراء

للحاضنة والمحضون.

- أما عن موقع السكن فقد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحسب المكان المتواجد به المسكن.

- أيضا معيار تعدد المحضونين فله دخل في تقدير أجرة المسكن.<sup>26</sup>

### الفرع الثاني: حق المحضون في الزيارة

تنص المادة (64) على أنه: "على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة." نلاحظ أن القاضي يقضي في الحكم ذاته بحق الزيارة وهو حق لكل من الأبوين فلأب حق زيارة ولده إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء ولا يجوز لها أن تمنعه من رؤيته كما للأم أيضا حق زيارة ولدها إذا ضم إلى الأب ولا يجوز له أن يمنعها من رؤية ولدها، أي على القاضي منح حق الزيارة بصفة تلقائية دون أن يطلب منه ذلك أحد الخصوم وهنا يكون المشرع قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه منه الخصوم.<sup>27</sup>

والهدف من الزيارة ليس تمكين أحد الأبوين من رؤية ولدهما فقط، وإنما حماية لهذا الأخير أيضا حتى ينشأ متوازنا ككل الأطفال في كنف العائلة فيتنعم بدفء وحنان أمه وحب وعطف أبيه وكل تقصير بشأن حضانة الطفل يلحق ضررا بمصلحته يخضع لأحكام المادة 328 من قانون العقوبات.

وما نلاحظه في الأخير أن المحكوم له بالحضانة سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما سيكون مسؤولا عن تربية الولد وحمايته ورعايته وإقامة مصالحه كما يكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر يلحقه هذا المحضون بالغير طوال مدة الحضانة. أما إذا كان المحضون لدى المحكوم له بحق الزيارة فإنه يكون تحت سلطة ورقابة هذا الأخير وبالتالي يعتبر هو المسؤول عن أي ضرر يلحقه بالغير مدة الزيارة. إلا أن المشرع الجزائري يعاب عليه أنه لم يوضح بدقة كيفية ممارسة حق الزيارة بتحديد أوقاتها والأماكن المعدة لها.<sup>28</sup>

### الفرع الثالث: انتهاء الحضانة ومسقطاتها

حق الحضانة مرهون بانتهاء المدة القانونية، إلا أنه قد تطرأ أسباب تؤدي لفقدانها قبل انقضاء المدة.

#### أولاً: انتهاء الحضانة

جاء نص المادة 65: "تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج..." نلاحظ أن مدة الحضانة القانونية تبدأ بولادة الطفل حياً سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، وتنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج 19 سنة، مع جواز تمديد هذه المدة للذكر إلى غاية بلوغه سن 16 سنة إذا انتهت مدته القانونية للحضانة، وحذا لو جعلها المشرع 19 سنة تماشياً مع حقه في النفقة، وتمديد مدة حضانة الذكر لا تتم إلا بتوفر شروط تتمثل في: أن تكون الحاضنة هي الأم وأن لا تكون قد تزوجت بغير ذي محرم للمحضون، وأن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون وهذا التمديد لا يتم إلا بقرار صادر عن المحكمة بناء على طلب الحاضنة ويخص المحضون الذكر. فالمشرع اجتهد تماشياً مع صعوبة الوضع الاجتماعي ويعاب عليه إغفاله لوضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة، ورجوعاً لآراء الفقهاء نجد لها مختلفاً فمنهم من يقول بعودة المحضون للأب وليس له حق الخيار ومنهم من يقول المحضون مخير وله الحق في أن يلجأ إلى أي الوالدين يأنس به.<sup>29</sup>

#### ثانياً: ضوابط إسقاط الحضانة

تحدث المشرع عن أسباب سقوط الحضانة بصفة عامة من المواد (66 إلى 70 منه).

#### 1/ زواج المطلقة الحاضنة بغير قريب محرم

إذا أرادت الحاضنة الاستمرار في قيامها بواجبها نحو محضونيتها والبقاء معهم في مسكن الحضانة، وجب عليها أن تمتنع عن التزوج مرة أخرى، وإلا تفقد حقها في

الحضانة طبقا للمادة (66) لأن زوجها يتضرر عادة من المحضون وهذا له تأثير سيء في نفسية المحضون.<sup>30</sup>

## 2/ تنازل المطلقة الحاضنة عن المحضون

والتنازل الذي سمحت به المادة (66) يجب أن يكون بإعلان من الحاضن أمام القضاء، حتى لا يبقى المحضون بدون حماية، ويتسنى للقاضي معرفة ما إذا كان يضر بمصلحة المحضون، وإذا حصل ذلك لا يحكم بسقوط حق الحضانة حتى ولو طلبها غيرها ما دامت مصلحة المحضون مازالت متعلقة بها.

## 3/ عدم أهلية المطلقة الحاضنة

فالمشرع بموجب المادة (67) أقر سقوط الحضانة عن الحاضن أو المحكوم له بالحضانة إذا ما ظهر عجزه عن توفير الرعاية، كما أكد المشرع على أن عمل المرأة لا يمكن أن يكون من أسباب سقوط حقها في الحضانة، واحتياطيا ربطوا هذا الشرط بمصلحة المحضون.<sup>31</sup>

## 4/ عدم المطالبة بالحضانة

فمن الأسباب التي يؤدي قيامها لسقوط حق الحضانة، إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارستها مدة تزيد عن سنة بدون عذر، أي أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية خالته، والأم لم تطلب حقها في حضنته ومضى على ذلك سنة فأكثر فإن حق الحضانة يسقط عنها حتما.

والملاحظ أن المشرع لم يحدد نوعية هذه الأعذار؟ تاركا المجال للسلطة التقديرية للقاضي الذي يسترشد بمصلحة المحضون، فالقاضي له دور في تحديد مصلحة المحضون. وأخيرا نشير إلى أن أحكام إسقاط الحضانة أحكام مؤقتة قابلة للتعديل، وفقا للمادة (71) فحق الحضانة يعود إذا من توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة.<sup>32</sup>



## 5/ الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي

لم يجز المشرع الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، وجعلها من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك، فالمشرع أوحى برغبته في ممارسة الحاضن لحضانة المحضون في بلد يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم لاسيما أبيه أو أمه، فهذا يؤدي إلى تدخل القاضي لإسقاط الحضانة عنها من عدمها أخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون لاستحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة.<sup>33</sup>

## المبحث الثاني

## حق الطفل في الكفالة

بعد انتهاء مرحلة الحضانة، تبدأ مرحلة ضم الصغير إلى من له الولاية على النفس، وهو ما يسميه الفقهاء بالكفالة، والحكمة منه إكمال العناية بالصغير التي بدأت في مرحلة الحضانة، أما المشرع الجزائري فلم يذكر هذا الحق مستقلا واكتفى بعقد كفالة الطفل كبديل لنظام التبني في القانون.

## المطلب الأول

## المقصود بالحق في الكفالة

نتناول فيه تعريف وشروط الكفالة، ثم إجراءاتها كالاتي:

## الفرع الأول: تعريف الكفالة

## 1/ الكفالة لغة:

كفل، يكفل، كفالة فهو كافل ومعناه أنفق عليه وقام بأمره أي ضمن الرعاية والزعامة.

## 2/ الكفالة قانونا:

تنص المادة 116 من ق أ على أن: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية وتتم بعقد شرعي." فالكفالة عقد مبرم في شكل رسمي أو قضائي يهدف للتعهد بالتكفل بولد قاصر وتربيته تربية سليمة مبنية على

أسس أخلاقية، ومعاملته معاملة الابن الشرعي.<sup>34</sup>

### الفرع الثاني: شروط الكفالة

تحتاج الكفالة كغيرها من العقود إلى شروط ضرورية باعتباره عقدا ينصب على نفس القاصر أساسا.

#### 1/ الشروط الخاصة بالكافل:

تنص المادة (118) على أنه: "يشترط أن يكون الكافل مسلما عاقلا، أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته." يتضح لنا أن شروط الكافل هي:

- الإسلام: كي يكبر الطفل المكفول مسلما في مجتمع مسلم.

- الأهلية الكاملة: وهي حسب المادة 40 اكتمال الشخص تسعة عشر سنة كاملة من عمره .

- أن يكون عاقلا: أن يكون الشخص معروفا بحسن التصرفات وخاليا من الأمراض العقلية.

- القدرة على رعاية الولد المكفول: أن يكون الكافل قادرا على توفير الظروف المادية وأن يوفر له الرعاية المعنوية حماية للطفل المكفول من الوضعية المزرية لبعض الكفلاء<sup>35</sup>.

#### 2/ الشروط الخاصة بالمكفول:

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول، وعلى هذا فإنه مهما يكن أصل الطفل معلوم النسب أم لا، فالمكفول يجب أن يكون قاصرا.

- أن يكون المكفول قاصرا: اكتفت المادة (116) بأن المكفول يجب أن يكون قاصرا لحظة إبرام العقد.

- نسب الطفل المكفول: تنص المادة (119) "الولد المكفول إما أن يكون مجهول

النسب أو معلوم النسب"؛ ففي مجهول النسب تطمح الكفالة لإنقاذ عائلة محرومة من الأطفال، وتؤمن تربية عادية لطفل محروم. وفي معلوم النسب غالبا تتكون الأسرة الواحدة من عدد كبير من الأفراد كالأخوة والأخوات وتتم بصعوبات مادية ومعنوية فترغب في حماية الأطفال بتقديمهم للكفالة.<sup>36</sup>

### الفرع الثالث: إجراءات الكفالة.

تنص المادة (117) من ق أ على أنه: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان." من خلال المادة يتضح أن طلب ممارسة الكفالة يمر على مراحل تتمثل في:

#### أولا: الإجراءات الأولية

هنا يتم التعبير عن إرادة أبوي الطفل عن موافقتها على الكفالة، فإذا تعلق الأمر بطفل معلوم النسب فإن أبويه إن كانا على قيد الحياة، هما اللذان يصرحان برضاها على الكفالة التي تعني ولدهما القاصر. أما في حالة طلاقهما فحضانة الطفل تنتقل إلى الأم وهذا لا يعني سقوط السلطة الأبوية عن الأب وبالتالي فإن رضا الأم وحده بكفالة الطفل لا يكفي وإنما يستلزم أيضا رضا الأب، أما في حالة وفاة أحد الأبوين، فإن كانت الأم هي المتوفاة يحتفظ الأب بسلطته الأبوية على ابنه القاصر وبالتالي يكفي التعبير عن رضاه بكفالة ابنه القاصر. أما في حالة وفاة الأب فإن الأم تحل محله في الولاية على الطفل القاصر طبقا لما نصت عليه المادة (87)، وبهذا فإنه يمكنها التصريح برضاها لكفالة الطفل.

وفي حالة ما إذا كان الطفل يتيم الأب والأم، فإن الوصي هو الذي يصرح برضاه لكفالة الطفل شريطة حصوله على الإذن بذلك من طرف القاضي. أما إذا تعلق الأمر بمجهول النسب، يجب الحصول على موافقة مدير مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة باعتباره وليا عنهم بعد وضعهم في المركز، وهذا ما أكدته المادة (256) الأمر رقم (79/76) المتعلق بقانون الصحة العمومية، وقد تم إلغاؤه بالمادة (268) من القانون (05/85) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل بالقانون رقم (17/90)

ويلاحظ أن قانون الصحة الحالي لا يتضمن أي تدبير بشأن الطفولة المحرومة من العائلة ويستحسن تدارك هذا الوضع.<sup>37</sup>

#### ثانيا: الإجراءات القضائية.

يرفع الطلب بعريضة تقدم من الكافل للقاضي ويرفق معها نسخة من التصريح بموافقة أبوي الولد المكفول أو أحد منهما في شكل عقد رسمي. والقاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب، وإن كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر، يرفع الطلب للقاضي الذي هو بموطن المكفول، ودور القاضي ينصب على التحقق من توفر الشروط المطلوبة في قيام الكفالة ثم يصدر أمرا بإسنادها لطالبا وتكون الكفالة المقررة باتة ولا تسقط إلا في حالة سقوط السلطة الأبوية من الكافل أو استحالة القيام بذلك، ويكون الأمر نهائيا ويسلم نسخة منه لضابط الحالة المدنية في مدة لا تتعدى شهرا من تاريخ صدوره قصد التأشير على هامش عقد ميلاد الطفل المكفول وهو ما يثبت شرعية كفالته.<sup>38</sup>

#### ثالثا: الإجراءات الإضافية.

يمكن للمكفول أن يستفيد من لقب الكافل شريطة أن يكون مجهول الأب، وبالتالي عدم خضوعه لأحكام المرسوم التنفيذي رقم (24/92) والمتمم للمرسوم (157/71) المتعلق بتغيير اللقب. وبالرجوع لأحكام هذا المرسوم نجد أنه يمكن للشخص الذي كفل ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير لقب الطفل المكفول ليحمل لقب الكافل. ويوجه الطلب لوزير العدل مرفوقا بشهادة ميلاد الطفل المكفول وشهادة ميلاد الكافل وعقد الكفالة وإذا ما كانت أم الطفل القاصر معروفة وعلى قيد الحياة فيشترط أن ترفق موافقتها لتغيير اللقب بالملف في شكل عقد رسمي، يرسل وزير العدل ملف الطالب للنائب العام لدى المجلس القضائي التابع لاختصاصه مكان ولادة الطفل بغرض إجراء تحقيق وتحويل الملف لوكيل الجمهورية الذي يقوم بإجراء التحقيق ثم تقديم الملف مرفوقا بطلب وكيل الجمهورية لتغيير اللقب إلى السيد رئيس المحكمة المختص إقليميا وهو نفس

اختصاص وكيل الجمهورية، ويتعين أن تتم إجراءات التحقيق في خلال أجل 30 يوما الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل. بعد صدور الأمر بتغيير اللقب من السيد رئيس المحكمة يسجل في فهرس الأوامر الخاصة بالحالة المدنية بكتابة الضبط، ثم يقوم وكيل الجمهورية بإرسال نسخة من الأمر إلى كتابة الضبط بالمجلس وأخرى إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية من أجل تسجيل اللقب الجديد على هامش عقد ميلاد الولد بسجلات الحالة المدنية بالبلدية والمجلس وبالرجوع للمادة (40) وبالرغم من أن الطفل المكفول يحمل لقب الكافل إلا أنه لا يستفيد مما يرتبه النسب من آثار كالميراث، ولهذا نلاحظ أن هذا المرسوم جاء غامضا لما أكد على مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكافل دون بيان كيفية المطابقة، وما إذا كانت تقتصر على حمل اللقب أو تتعدها إلى أن تحمل شهادة ميلاد المكفول لقب واسم الكافل.<sup>39</sup>

### المطلب الثاني

#### الآثار المترتبة عن كفالة الطفل

تنشئ الكفالة علاقة قانونية بين الطفل المكفول والكافل، ينتج عنها ما يسمى بآثار الكفالة تتمثل في:

#### الفرع الأول: الآثار بالنسبة للكافل

تخول للكافل على المكفول حق الولاية عليه، فتعطى له جميع المنح العائلية التي يتمتع بها الولد الأصلي وفقا للمادة (121) وللکافل إدارة أمواله من المداخل المكتسبة من الإرث والوصية والهبة كما يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وما زاد يوقف على إجازة الورثة، وإذا طلب الأبوان عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير المكفول إذا أصبح مميزا وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن القاضي مراعاة لمصلحة المكفول.<sup>40</sup>

#### الفرع الثاني: الآثار بالنسبة للمكفول

يعامل المكفول بموجب عقد الكفالة كالأبن من طرف الكافل والذي يلتزم بالإففاق عليه، وبترتيبه مثل ما هو معتاد عليه في معاملة ابنه الأصلي. وينفق الكافل

على المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد إن كان ذكراً، أو إلى حين زواج البنت المكفولة، كما على الكافل أن ينفق على المكفول إن كان عاجزاً حتى يبلغ سن الرشد، هذا إن لم يكن للكافل مال، وإلا فنفقة المكفول تكون على عاتق أبويه الشرعيين، ومن جهة أخرى فالمكفول الذي بلغ سن الرشد مطالب بالإنفاق على كافله إن كان في حاجة إليه.<sup>41</sup>

### الفرع الثالث: انقضاء كفالة الطفل

مادامت الكفالة تقوم على جانب إنساني فقد حصر المشرع أسباب انقضائها في ثلاث حالات كالآتي:

#### أولاً: اختلال أحد الشروط الواجبة في الكفالة

بما أن عقد الكفالة من مميزات أنه ينصب على القيام بقاصر وشؤونه أي على حياة إنسان، لا بد من القائم به أو من سوف يقوم به أن تتوافر فيه الشروط السالفة الذكر، ومادامت هذه الشروط قائمة في حق الكافل فإن عقد الكفالة يبقى قائماً ومنتجاً لآثاره، إلا أنه إذا ما تدخل أي تغير على هذه الشروط يجعل الكافل غير كفء للقيام بالقاصر لعدم إمكانية ذلك.

#### ثانياً: انقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول

يستخلص من المادة (124) حالتين حالة المكفول المميز: ترك للمكفول سلطة الاختيار في الالتحاق بأبويه الأصليين أو البقاء في كنف الكافل، خاصة وأنه قد تكون علاقته بالمكفول وطيدة وأن فراقه عنه قد يضر بالمكفول، أما غير المميز لم يترك لهما الحرية المطلقة بل قيدها بالجوء للقاضي الذي يعتبر حامي الحقوق والحرريات وبما له من سلطة تقديرية للوقائع المحيطة بالمكفول ووالديه، ويؤكد المشرع على مراعاة مصلحة المكفول فعلى القاضي القيام باستخلاص مصلحة المكفول أينما تكون وهو المعيار الذي يركز عليه القاضي لتحديد بقاء المكفول مع كافله أو عودته لوالديه. وفي كلتا الحالتين فإن عودة المكفول القاصر لوالديه يتم أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة وهو ما سمي بالتخلي عن الكفالة ويجب أن يكون

بعلم النيابة العامة حتى تتمكن من مراقبة وتطور مستجدات عقد الكفالة.

### ثالثا: انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول

فوفاة المكفول يعد سببا من أسباب انقضاء عقد الكفالة وذلك راجع إلى أن محل العقد هو القيام بقاصر لم يعد موجود وبالتالي فالعناية والرعاية لم يعد لها محل في التطبيق لعدم وجود من سوف تقام من أجله أو لمصلحته وذلك بوفاة من أقرت لمصلحته. بينما وفاة الكافل وهو الملتزم الأساسي باعتباره عقد تبرع فالعقد يلزمه لأنه عقد ملزم لجانب واحد فبوفاته ينهار عقد الكفالة وينقضي التزامه ويستحيل بذلك تنفيذه ويصبح الولد القاصر ثانيا يتيما وتصح في حقه كفالة جديدة من شخص آخر، لكن عقد الكفالة مادام ينص على القيام بشؤون قاصر وتربيته والعناية به نص المشرع في المادة (125) على حالتين:

**الحالة الأولى:** أن تنتقل الكفالة من المورث إلى الورثة إذا ما صرح ورثته بالتزامهم بالحلول محل مورثهم في مهمة التكفل بالقاصر وبموجب ذلك تنتقل الالتزامات المترتبة في عقد الكفالة إلى الورثة.

**الحالة الثانية:** عند عدم التزام الورثة بالتكفل بالمكفول نص المشرع على أنه للقاضي بما له من سلطة إسناد أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية.<sup>42</sup>

### الخاتمة

#### أولا - النتائج:

- أعطى المشرع للطفل أهمية كبرى، سواء بوضعه نصوصا قانونية لتنظيم حقوق هذا الأخير، أو بتجريم الأفعال التي تمس هذه الحقوق، كما أكد في نصوصه على مراعاة مصلحة الطفل في الأحكام المتعلقة به، وما يزيد تأكيدا على ذلك تخصيصه في قانون الإجراءات المدنية فضلا خاصا بشؤون الأسرة، أين تحتل النصوص الخاصة بالطفل مكانة هامة، وما هذا إلا دليل على تأثره بما جاءت به اتفاقية حقوق الطفل والاهتمام الكبير الذي أعطي للطفل على المستوى الدولي. فأطفال اليوم هم رجال المستقبل، لهذا اهتمت القوانين الوضعية بالأطفال وأصدرت في حقهم نصوصا

لحمايتهم.

- اهتم المشرع بالطفولة وحمايتها سواء من الأخطار المعنوية أو المادية وجاء بالكفالة كبديل، وللابتعاد عن التبني المحرم أيضا وفقا لقانون الأسرة شرعا وقانونا حيث نظمها بطريقة قانونية مدروسة فقها وشرعا.

- بالرغم من الدور الفعال الذي قام به المشرع تحقيقا لمصلحة الطفل يعاب عليه أنه لم يفرد فصلا خاصا بالطفل بل تناول حقوقه في ثنايا مواد القانون عند حديثه عن النسب والنفقة والميراث، وهذه الأحكام تتجاذب العلاقة فيها بين الطفل وغيره من أفراد الأسرة.

- جسد المشرع الاقتراح الخاص بإنشاء صندوق النفقة، الذي قدم حولا أجابت عن التساؤلات المرتبطة بنفقة المحضون وحاول التقليل من حدة النزاعات القائمة بسببها، إلا أنه لم يدرج أجرة المسكن ضمن النفقة المحكوم بها بل تنظمها أحكام المادة (72) من قانون الأسرة، وهو ما لا يتماشى مع المادة (78) التي تعتبر السكن وأجرته من مشتملات النفقة صراحة.

- لم يكن المشرع واضحا في تقرير حق المحضون في مسكن الحضانة، فجعله أحيانا حقا له وأحيانا حقا للحضنة والأصح أن يقرر حق السكن للمحضون بصورة أصلية وللحضنة بالتبعية. كما يعاب عليه أنه لم يوضح بدقة كيفية ممارسة حق الزيارة بتحديد أوقاتها والأماكن المعدة لها.

#### ثانيا- التوصيات:

- ضرورة تعزيز الحماية القانونية للمحضون: لا بد من استحداث طرق أكثر نجاعة وفعالية في ضمان استيفاء حق المحضون.

- إنشاء قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية: يطلق عليه بقانون إجراءات الأحوال الشخصية ينظم منازعات الأسرة، بدلا من البحث في إجراءات التقاضي المبعثرة بين طيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية المثقل بالقوانين.



## - الحواشي والإحالات:

- <sup>1</sup> ابن منظور محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، دار المعارف، الجزء 06، القاهرة (مادة حضن)، ص 661.
- <sup>2</sup> فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزء 01، الجزائر، 1985، ص 370.
- <sup>3</sup> بوبكر لشهب، الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، مجلة المعيار، العدد 09، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، الجزائر، 2004، ص 480.
- <sup>4</sup> باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 52.
- <sup>5</sup> محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط 01، الدار العلمية الدولية للنشر، الأردن، 2002، ص 391.
- <sup>6</sup> محمد باوني، عقد الزواج و آثاره، (دراسة مقارنة)، منشورات اقرأ، ط 02، الجزائر، 2014، ص 153.
- <sup>7</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 58.
- <sup>8</sup> الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ص 406.
- <sup>9</sup> محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية، ج 01، 1956، ص 394.
- <sup>10</sup> سورة النساء، الآية 141.
- <sup>11</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 62.
- <sup>12</sup> محمد باوني، المرجع السابق، ص 154.
- <sup>13</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 66.
- <sup>14</sup> عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط 01، دار الفكر العربي، 1984، ص 274.
- <sup>15</sup> الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 407.
- <sup>16</sup> الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، ط 1 الجزائر، 2008، ص 256.
- <sup>17</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 431.
- <sup>18</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 84.
- <sup>19</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، (د م ج)، الجزائر، 1999، ص 348.
- <sup>20</sup> القانون رقم (01/15) مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 04 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 01، ص 7.
- <sup>21</sup> عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، ص 329.

- <sup>22</sup> بن الشيخ لحسين آث ملويا، *المتقى في قضاء الأحوال الشخصية*، الطبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 466.
- <sup>23</sup> عبد القادر بن داود، *الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة*، مجلة المعيار، العدد 09، جامعة الأمير عبد القادر، الجزائر، 2004، ص 275.
- <sup>24</sup> غنية قري، *شرح قانون الأسرة المعدل*، ط 01، دار طليطلة، الجزائر، 2011، ص 151.
- <sup>25</sup> أحمد إبراهيم عطية، *نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة*، دار الفكر القانوني، مصر، 2009، ص 259.
- <sup>26</sup> عبد العزيز عامر، *المرجع السابق*، ص 388.
- <sup>27</sup> بلحاج العربي، *المرجع السابق*، ص 386.
- <sup>28</sup> عبد العزيز سعد، *الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري*، الطبعة 02، دار البعث، الجزائر، 2011، ص 298.
- <sup>29</sup> عبد العزيز سعد، *المرجع السابق*، ص 299.
- <sup>30</sup> سليمان ولد خصال، *الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري*، دار طليطلة، الجزائر، 2012، ص 187.
- <sup>31</sup> عبد العزيز سعد، *المرجع السابق*، ص 142.
- <sup>32</sup> سليمان ولد خصال، *المرجع السابق*، ص 188.
- <sup>33</sup> باديس دياي، *المرجع السابق*، ص 93.
- <sup>34</sup> مصطفى معوان، *أسباب تحريم التبنّي وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري*، مجلة المعيار، العدد 09، الجزائر، 2004، ص 514.
- <sup>35</sup> عبد العزيز سعد، *إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية*، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 160.
- <sup>36</sup> مصطفى معوان، *المرجع السابق*، ص 515.
- <sup>37</sup> الغوثي بن ملحّة، *قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء*، ط 1، ديوان المطبوعات، الجزائر، ص 172.
- <sup>38</sup> مصطفى معوان، *المرجع السابق*، ص 524.
- <sup>39</sup> عبد الحفيظ بن عبيدة، *الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري*، دار هومة، 2004، ص 57.
- <sup>40</sup> بلحاج العربي، *أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد*، ج 01، دار الثقافة، 2012، ص 526.
- <sup>41</sup> الغوثي بن ملحّة، *المرجع السابق*، ص 173.
- <sup>42</sup> يونس حداد نادية، *مقالة حول الكفالة*، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، الجزائر، 1999، ص 34.