وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الحضانة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبين:

* بـــركات مـــروان.

*شريـــفي عبد الغني .

اشراف الدكتور

* د/ قسمية محمد.

لجنة المناقشة:

_	رئيسا
_ د/ قسمية محمد	مشرفا
_	مناقشا

السنة الجامعية :2020/2019

الإهداء

أُهدي ثمرة عملي هذا إلى نبع العطاء الذي لا حدود له إلى بر الأمان الذي غرس في نفسي العزيمة والأمان وطاعة الله ورسوله وسقاهما بفيض الحب والحنان إلى من علمني حب العمل والإخلاص فيه وتعلمت منه الاحترام والصبر على الشدائد إلى والدي العزيز أطال الله في عمره

إلى جوهرتي الغالية التي تشبعت منها بأسمى معاني الحب والتقدير صاحبة الصدر العطوف والقلب الرؤوف أمي الغالية أطال الله في عمرها

إلى زوجتي الغالية عبير وأخي صلاح الدين وأخواتي سمية رفيقة وفردوس واخص بالذكر الصغيرة ريناد

كما اهدي هذا العمل إلى كل من علمني حرفا في جميع الأطوار وأخرجني من ظلام الجهل إلى نور العلم

بركات مروان

الإهداء

بسم الله والحمد لله انه لا يسعنا في هذا المقام إلا أن نهدي ثمرة جهدنا من قال فيهما الله عز وجل "...وبالوالدين إحسانا..."

نحن الحنان رغم قسوة الدنيا ونور عيناي أمي حفظها الله لي

الذي لم يبخل عليا يوما إلى والدي

إلى الذين أحاطوا بحبهم أهلي وأقاربي كل من قرأ هذه الأسطر

كما اهدي هذا العمل إلى كل من علمني حرفا في جميع الأطوار ة أخرجني من ظلام الجهل إلى نور العلم

على كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي

شريفي عبد الغني

شكر و تقدير

الحمد لله القائل : ﴿ لئن شكرتم لأزيدنكم ﴾

وقول نبيه صلى الله عليه و سلم :" من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

نحمد الله تعالى و نشكره الذي مدنا بالعقل و الجهد ووفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع

و اعتراف بالجميل نتقدم بالشكر الجزيل و التقدير الذي مد لنا يد المساعدة و العون

طيلة تحضير هذا العمل الدكتور المشرف " قسمية محمد "

كما نتقدم بجميل العرفان إلى أساتذة قسم الحقوق الذين لم يبخلوا علينا بنصائحهم و

توجيهاتهم القيمة

و نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم في مساعدتنا من قريب أو بعيد في إنجاز

هذا البحث .

قائمة المختصرات :

ص : صفحة.

غ.أش : غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

م.ع : المحكمة العليا.

مقدمـــــة

يعتبر عقد الزواج الخطوة الاولى لتكوين وبناء أسرة سليمة ومتماسكة فقوام الحياة الزوجية هو التماسك والمودة والرحمة لقوله تعالى :(**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**)[1].

ولما كان الأطفال نتاج الرابطة الزوجية التي أحلها الله لعباده ، لعمارة هذا الكون وهذا ما شرعته جميع الشرائع السماوية والأعراف ، وخاصة الشريعة الإسلامية التي حددت علاقة الزوجين فيما بينهما وأعطت الزوجة حق رعاية الأطفال ، وعلى الأب النفقة والولاية .

ويبقى بيت الأسرة القائم على الحب والتفاهم والوئام ، المكان الطبيعي الأصلح لتحمل المسؤولية الكبرى تجاه الأولاد ، ومهما بذلت من جهود فلن تعوض مطلقا عن ساعة يعيشها الطفل بين أبوين متحابين متفاهمين ، وقد تطرأ على الحياة الزوجية مشاكل قد تؤدي إلى حل هذه الرابطة ، وهنا يبرز مشكلة تربية الأطفال ورعاية شؤونهم وصيانة حقوقهم أي مشكلة الحضانة .

فالطفل في مراحل حياته الاولى يكون محل تأثر تام، بما يحيط به في الأسرة وخارجها ، فهو يولد صفحة بيضاء ، ويكتب عليها المجتمع مايشاء ، وكانت الشريعة الإسلامية هي السباقة في الاهتمام بالطفل والعناية بمصالحه ، على المواثيق الدولية التي لم تظهر الاهتمام بالطفل إلا من خلال إعلان جنيف الخاص بحقوق الطفل والذي اقره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .

فالصبي يعد رجل المستقبل لذا يجب القيام بتوجيهه ونصحه وتربيته حتى يوصل إلى بر الأمان فهو أمانة وضعها الله عز وجل في أعناق الآباء ، وباعتبار الحضانة حق للمحضون ، على أهله وأقاربه فالوالدان هما أحق وأجدر بالقيام بهذه المهمة ، وعليه نجد

[1]- سورة الروم ،الاية 21.

الحضانة في مرحلة الطفولة موجهة للنساء لأن المحضون في هذه الفترة يكون في حاجة إلى الرقة و الشفقة والنساء أحسن له ، وبعدها يكون الحق للرجال للإشراف، والعناية وتسديد خطاه في الحياة لأنهم اقدر على توجيهه لمستقبل أفضل .

وللأهمية الموضوع البالغة في المجتمع ،وخاصة المجتمع العربي والإسلامي ومن اجل حماية هذا الصغير الذي لا يقوى على حماية نفسه نجد المشرع الجزائري خصص عدة مواد له ابتداء من المادة 62 إلى المادة 72 من (ق ا ج)[1] متأثرا بذلك بأحكام الشريعة الإسلامية ، حتى تحفظ حقوق الأولاد ولا تهدر وضعت أحكام شرعية واتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم، والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية .

هذه الأهمية كانت من الأسباب الموضوعية القوية التي دفعتنا لاختيار هذه الدراسة أما السبب الوجيه الذي دفعنا لمعالجة هذا الموضوع هو الواقع الأليم الذي يعانيه المحضون ،ولدراسة موضوع الحضانة التي تعنى بتربية الطفل في سن معينة بالاستناد إلى النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري والأحكام الشرعية.

أما الهدف من دراسة هذا الموضوع هو إبراز مكانة الحضانة بالنسبة للطفل المحضون وتوضيح الأحكام الفقهية والقانونية المتعلقة بالموضوع، فالحضانة من أهم حقوق الطفل على والديه ،فهي تعتبر أهم اثر من آثار الطلاق ، سواء المالية وغير المالية ، لأنها لا تقتصر على الطفل خاصة في وقت أصبحت فيه ظاهرة الطلاق متفشية بشكل كبير وفي تفاقم مستمر ، دون الأخذ بعين الاعتبار مصالح الأطفال التي أصبحت محل مساومة من قبل الأزواج بعد الطلاق ، حيث يصبح الطفل ورقة ضغط يستعملها احد الأبوين للضغط على الآخر .

ومن الطبيعي أن تكون هناك صعوبات في انجاز أي بحث علمي ، هذه الصعوبات إما أن تكون من جهة الباحث نفسه أو من طبيعة البحث ، فإعداد أي

[1]- القانون رقم 84-11 مؤرخ في09 رمضان 1404هجري الموافق لـ :09 يونيو م يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02 مؤرخ في27 فبراير2005 ، الجريدة الرسمية ،عدد 15 بتاريخ:2005/02/27ص10،11.

موضوع يتطلب جهدا وإتقاناً كبيرين من قبل الباحث ليقدم في النهاية بحثا أكاديميا بالمواصفات المطلوبة ، لذا يمكن القول انه واجهتنا بعض الصعوبات وهي كالآتي :

– صعوبة الحصول على بعض المصادر والمراجع خاصة الفقهية التي بإمكانها سد وتغطية الثغرات المطلوبة .

و خلال دراسة هذا الموضوع ، لم نقف على بحث بهذا العنوان إلا أنه تم إيجاد دراسات سابقة منها :

– رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص أحوال شخصية، تحت عنوان أحكام الحضانة وجزاء مخالفتها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ، للطالبة خويلد خديجة ، تم مناقشتها بجامعة زيان عاشور– الجلفة – سنة 2016/2015.

– رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون الخاص تحت عنوان الحضانة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية ، للطالبين آيت عكوش وزنة و بن كرو نوال ، تم مناقشتها بجامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية – سنة 2013.

– رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص أحوال شخصية، تحت عنوان أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مع بعض تطبيقاتها، للطالب قدقاد بلخير ، تم مناقشتها بجامعة زيان عاشور – الجلفة – سنة 2013–2014.

ولتبيان أهمية الحضانة وإظهار ما هو أصلح للطفل المحضون ، ارتأينا طرح هذه الإشكالية :

ما هي أهم التدابير المكرسة لحماية حق الطفل في الحضانة من خلال الأحكام الواردة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، وما مدى نجاعتها ؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من الإشكاليات الفرعية وهي كالآتي :

ما المقصود بالحضانة وأحكامها فقها وقانونا ؟ وهل إتبع المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم أحكام الحضانة ؟ لماذا تخلى المشرع الجزائري عن تراتيبه

(مادة 64 قبل التعديل) وأعاد الترتيب بنص المادة 64 المعدلة بالأمر 05-02 مادام وأن معيار الإسناد قبل تعديل قانون الأسرة وبعده هو مصلحة الطفل المحضون ؟

وهل يتماشى الترتيب الجديد الذي وضعه المشرع الجزائري مع المجتمع ويراعي مصلحة المحضون ؟ وما هي مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ؟

وللوصول إلى إجابة عن هذا التساؤل تم اعتماد المنهج "المقارن" الذي يهدف إلى المقارنة بين النصوص الفقهية والقانونية ، مقسمين بذلك بحثنا إلى فصلين رئيسيين حيث تم تخصيص الفصل الأول لدراسة الإطار العام للحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال التطرق إلى ماهية الحضانة من الناحية الفقهية وقانون الأسرة الجزائري كمبحث أول ، كما تناولنا في المبحث الثاني شروط استحقاق الحضانة وترتيب مستحقيها وفقا لقانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية .

أما الفصل الثاني تم تناول أحكام الحضانة ونطاقها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، وذلك بدراسة الأحكام المتعلقة بالحضانة في المبحث الأول ونطاق الحضانة في المبحث الثاني بناءا على ما جاء في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

الفصل الأول : الإطار العام للحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية ، فالغرض منها هو حماية الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه ، بحيث تكفل للطفل التربية الصحيحة ، فالحضانة جانب من جوانب الرعاية لان مفهومها مسلط على الفقه والتشريع والقضاء ، لذا كانت الشريعة الإسلامية السباقة إلى وضع أحكام شرعية لحماية الأطفال ، نتيجة هذا الانفصال وقد اتحد الفقهاء تلك الأحكام الشرعية لوضع نصوص تشريعية تثبت حقهم في الحضانة والرعاية.

ونظرا لأهمية موضوع الحضانة وشدة ارتباطه بحياة الطفل المحضون في الأسرة أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغا بمصلحته ، حيث اقر المشرع حق الحضانة في قانون الأسرة من خلال عدة مواد من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة والتي ضبطت مجموعة من الحقوق للطفل المحضون .

وعليه سنحاول في هذا الفصل أن نتعرف على ماهية الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، في المبحث الأول ومنه سنتعرف على تعريف الحضانة ، وأهميتها وحكمها(فقها وقانونا).

أما المبحث الثاني فسنخصصه للتطرق إلى شروط استحقاق الحضانة وترتيب مستحقيها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

وسنحاول معالجة هذه المواضيع من الناحية الفقهية أولا ، ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري .

المبحث الأول : ماهية الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

الحضانة اثر من آثار الرابطة الزوجية ، وهي نوع من أنواع الرعاية التي يمكن أن تقدم للطفل ، بحيث تكفل للطفل التربية الصحيحة ، فأحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة وكذا التشريعات الوضعية[1].

المطلب الأول : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الحكمة من الحضانة هي عجز الصغير عن التكفل بمصالحه وشؤونه واحتياجاته إلى من يقوم بهذه الأمور ويتعهد بالرعاية حتى يصبح قادرا على القيام بأموره بنفسه ، وينقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتكلم في الفرع الأول عن تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي وفي الفرع الثاني تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الأول : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

إبتداء وقبل التطرق إلى التعرف الفقهي وجب علينا تعريف الحضانة (لغة واصطلاحا) ومن ثم نحاول التطرق إلى التعريف الفقهي والقانوني

أولا: تعريف الحضانة لغة

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن ، بمعنى الضم إلى الجنب [2].

الحضانة مصدر الفعل حضن ، والحضن بالكسر ما دون الإبط إلى الكشح ، أو الصدر والعضدان وما بينهما ، وجانب الشيء وناحيته ، جمعه أحضان وحضن الصبي حضنا وحضانة – بالكسر – جعله في حضنه أو رباه كاحتضانه ، وحضن الطائر بيضه حضنا وحضانة – بالكسر – رخم عليه للتفريخ وحضنا – حضانة بالفتح – نحاه عنه واستبد به دونه .

---

1 – كمال الدين ميمون ، حق الطفل في الحضانة ، مذكرة الماستر ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، 2016/2015، ص7.

2 – غالي كحلة ، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط ، مجلة القانون ، العدد 09 ، ديسمبر 2017، ص159.

والحاضن اسم فاعل والحضانة الموكلة بالصبي تحفظه وتربيه ، وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته ، والحضانة مصدر الحاضن والحضانة ، وهي التربية[1].

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا

أورد الفقهاء تعريفات عدة للحضانة تدور كلها حول مفهوم واحد هو القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير ملبسه وطعامه ونومه وتنظيفه، ممن له حق تربيته شرعا[2].

ثالثا : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

لقد أعطيت مفاهيم مختلفة في مختلف المذاهب سنتطرق إليها بالتدريج :

1. **في المذهب المالكي :**

عرفها الإمام مالك بأنها : **تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء**[3] ، وعرفوها بأنها صيانة العاجز والقيام بمصالحه وهذا التعريف يشمل الصغر والجنون والبكارة [4].

وعرفها العدوي بقوله :هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة[5].

وقال الدسوقي : **هي حفظ الولد والقيام بمصالحه** . وفسرها (إن حفظ الولد يعني مبيته وذهابه ومجيئه ، والقيام بمصالحه – أي – من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه)[6] .

---

[1]– محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون ، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2010 ص24.

[2] – ايت عكوش وزنة، الحضانة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة بجاية ، 2013، ص6.

[3] – الإمام مالك ابن انس ، المدونة الكبرى ، ج2، ط1، دار الكتب العلمية ، لبنان ،1994 ، ص 358.

[4] – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، الزواج والطلاق ، طبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص279

[5] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص25.

[6] – المرجع نفسه ، ص 26.

وقال الرهوني : وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقون بنفسه .

ويلاحظ أن المالكية عدو الكفالة كفالة وفسر كفاية ، إما معناها فمطابق لأقوال بقية الفقهاء وقد طابق الدسوقي في تعريفه الأحناف والشافعية .

2. في المذهب الشافعي :

عرفها فقهاء الشافعية : فقال الرملي (حفظ من لا يستقل بأموره ككبير مجنون وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره)[1].

وقال الباجوري : (هي حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون) ، ثم فسر الحضانة بقوله : (أي تنميته بما يصلحه ، يتعهده بطعامه وشرابه وغسل بدنه وثوبه وتمريضه وغير ذلك من مصالحه ومؤنه).[2]

ويلاحظ على تعريف الرملي انه قال (وتربيته) وهي تعني التوجيه والإرشاد والتعليم أما تفسير الباجوري للحضانة فقال تنميته ثم عدد لنا المسائل غير التربوية والتعريف الأول أكثر دقة [3].

ويلاحظ أن الشافعية أطلقوا على رعاية الكبير المجنون حضانة وان كان معظم الفقهاء ذهبوا إلى أن العناية بالكبير المجنون كفالة وليست حضانة ، وكذلك الحنابلة ادخلوا المجنون والمعتوه في معنى الحضانة وان كان المعنى لا يشملهم [4].

3. في المذهب الحنبلي :

عرفوا الحضانة بأنها حفظ الصغير ونحوه عما يضره ، وتربيته بعمل مصالحه كغسل ثيابه ورأسه ودهنه وتكحيله وربطه بالمهد وتحريكه لينام ، ونحو ذلك مما يتعلق

---

[1] –محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص25

[2] –المرجع نفسه ، ص 25.

[3] –المرجع نفسه ، ص 25 .

[4] –ايت عكوش وزنة ، المرجع السابق ، ص 6،7.

بمصالحه وذلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه ونجاته من المهالك [1].

وعرفها ابن قدامه : (هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك ، والإنفاق عليه وانجازه من المهالك)[2].

وعرفها البهوتي فقال : (هي حفظ الصغير والمعتوه – وهو المختل العقل – والمجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم ، من غسل بدنهم وثيابهم ودهنهم وتكحيلهم ، وربط طفل بمهد وتحريكه لينام ونحوه)[3].

وقال أبو النجا (هي حفظ صغير ونحوه عما يضره ، وتربيته بعمل مصالحه) ، وقد نص ابن قدامه على أنها كفالة كالمالكية ، أمَّا البهوتي وأبو النجا فقالا : "هي حفظ" فشابها بذلك الحنفية والشافعية ، والظاهر أن لا خلاف في المعنى المفاد ، وإنما هو خلاف لفظي[4] .

4. في المذهب الحنفي

عرفها الحنفية بأنها تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة ، وهي ضم الأم لولدها إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسيل ثيابه [5].

وقد عرفها فقهاء المعرفية فقال ابن عابدين بقولين الأول (تربية الولد والحاضنة : المرأة توكل بالصبي) والثاني (تربية الولد لمن له حق الحضانة) .

---

[1] – رشدي شحاتة أبو زيد ، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، دراسة مقارنة مكتبة الوفاء القانونية، ط1 ،20011 ، مصر، ص17

[2] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 26.

[3] – المرجع نفسه ، ص 26.

[4]– المرجع نفسه ، ص26

[5] – بوقرة الربيع ، سكن المحضون في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي ، مذكرة الماستر ، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق ،جامعة محمد بوضياف المسيلة ،2016 /2017، ص9

وقال السرخسي في بيان الحضانة : (للجارية وان استغنت عن التربية فقد احتاجت إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب والأم على ذلك اقدر)[1].

وعرفها فقهاء الامامية فقال العاملي : (هي ولاية على الطفل والمجنون لفائدة وما يتعلق بها من مصلحته ، من حفظه ، وجعله في سريره ، ورفعه ، وكحله ، ودهنه وتنظيفه وغسل خرقة وثيابه ، ونحوه[2].

أما تعريف الفقهاء المعاصرين فنجد الشيخ أبو زهرة يعرف الحضانة بقوله:(الحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني بها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا)[3].

الفرع الثاني : تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 (ق أ ج) " الحضفي: هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[4]. وعلى كل حال فان تعريف قانون الأسرة الجزائري على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبرا حسن تعريف ، حيث أن التعريف جمع عموميته في كل ما تعلق بحاجيات الطفل الدينية ، الصحية ، الخلقية ، التربوية ، وحتى المادية [5].

يتبين من المادة المذكورة أعلاه شروط إسناد الحضانة تتمثل في :

- رعاية الولد.
- القيام بتربيته على دين أبيه.
- السهر على حمايته وحفظه خلقا.
- أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك .

---

[1] –محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 25

[2] – المرجع نفسه ، ص 26،27.

[3] – قدقاد بلخير، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مع بعض تطبيقاتها ، مذكرة ماستر ،تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور بالجلفة ،2013–2014، ص10.

[4] – قانون رقم 84–11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص10.

[5] –عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث ، قسنطينة، ص68.

وبذلك يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب وتفصل في حق الحضانة ، أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف .

وان تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر له طيلة مدة احتياجه على من يحضنه ويرعى شؤونه[1].

المطلب الثاني : أهمية وحكم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

نحن نعلم أن الطفل عند ولادته حيا تثبت له ثلاث ولايات ، ولاية التربية وولاية النفس وولاية عن المال ، أما ولاية التربية فيكون الدور فيها للنساء وهذا ما يسمي بالحضانة.

الفرع الأول : أهمية وحكم الحضانة في الفقه الإسلامي

أولا : أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي

الحضانة واجب للطفل وفرض كفاية للحاضن ،ولا يحل أن يترك الطفل يغير حضانة فإذا قام بها احد ، سقط عن الآخرين وهي حق للصغير ، لاحتياجه لمن يرعاه ويحفظه ، ويقوم على شؤونه وتربيته باعتبار أن هذا الأخير تثبت له ثلاثة ولايات :

الولاية الاولى : هي الولاية على التربية ، فان الدور الأول يكون للنساء وهو ما يسمى "بالحضانة"وهذه الأخيرة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ،ممن لها الحق في تربيته شرعا ، وهي حق للام ثم لمحارمه من النساء وذلك لان الطفل في هذه المرحلة يحتاج لرعايتهن.

الولاية الثانية : إن الآثار الصحيحة قد وردت بان المرأة أحق بالحضانة ، لأن إهمالها يعرض الطفل للهلاك والضياع ، إذ ينال من رعايتها وحسن قيامها عليه ما يبني

[1] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ،ص68.

جسمه وينمي عقله ويربي نفسه ويعده للحياة ومسالة الأم أحق بحضانة الولد الصغير حتى تبلغ المحيض لان الابن من التمييز وصحة الجسم سواء كانت أمه أو حرة تزوجت أم لا ، ومبلغ الفهم موجود في القران الكريم [1].

فأما الأم فانه في يدها لأنه كان في بطنها ثم لأنه في حجرها مدة الرضاع يبقى لقوله عز وجل "**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**"[2].

وقد روي عن أبي زرعة عن أبي هريرة قال : قال رجل يا رسول الله " من أحق الناس بحسن الصحبة " قال أمك ثم أمك ثم أمك ، فهذا نص جلي على إيجاب الحضانة لأنها صحبة.

الولاية الثالثة : فمن ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان ، على سماع الكفر ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله ،وعلى ترك الصلاة وغيرها من المحرمات التي حرمها الله تبارك وتعالى ، ومن أزالهما عن المكان الذي فيه ما ذكرنا إلى حيث يدربان على الصلاة ة وتعلم القران ، وشرائع الإسلام والمعرفة بنبوة رسول الله والتعاون على البر والتقوى وأداء الفرائض[3].

ثانيا :حكم الحضانة في الفقه الإسلامي

أ- حكم الحضانة : لقد اتفق العلماء على أن الحضانة واجبة ، حيث عبر على ذلك ابن قدامه في كتابه المغني " بان كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه من الهلاك ، كما يجب الإنفاق عليه وانجاؤه من المهالك"

وان اختلف الفقهاء هل هي واجب أم حق ، فإذا نظرنا إلى شخص معين كالأم مثلا نقول : إنها أحق الناس بحضانة طفلها مالم يمنع ذلك مانع ، فإذا تمسكت به أجيبت إليه ، وإذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل ، وهذا يعني انه حق

[1] – سليمة مدان ، الأساس الفقهي والقانوني لإسناد الحضانة لأب بعد إسقاطها عن الأم ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق جامعة الجيلاني بونعامة خميس مليانة ، 2019 ، ص10.

[2] – سورة البقرة ، الآية 232.

[3] – سليمة مدان ، المرجع السابق ، ص 10.

لها وعلى هذا نرى أن الخلاف المحكي بين فقهاء الحنفية ، من أنها حق للصغير فقط أو أنها حق للحاضنة فقط لا يتفق مع حقيقة الحضانة التي لا توجد إلا بحاضن ومحضون[1].

ولقد ذهب الحنفية : أن الأم وغيرها لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت ، كما لا تجبر على الإرضاع ، إلا إذا تعينت لهما بان يأخذ ثدي غيرها أو لم يكن للأب ولا للصغير مال ، أو لم يوجد غيرها للحضانة مطلقا ، إذ لم يكن للصغير ذو رحم محرم كي لا يضيع الولد[2].

وحكم الحضانة على حد قول بشير الشقفة هو الوجوب العيني إن لم يوجد إلا الحاضن ، ولو أجنبيا من المحضون والوجوب الكفائي عند تعدده ، كما هو الشأن في فروض الكفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين ،وان لم يقوموا به ، فهم عاصون ويعاقبون على فعلهم[3].

وذهب فقهاء الامامية إلى أنها حق خاص للام بدليل بنائه على إشاءتها آو عدم إسقاطها له ، أما بالنسبة للأب فهي واجبة عليه لا يصح إسقاطه[4].

وذهب فقهاء الظاهرية إلى أن الحضانة واجبة على الأم ، مدة الرضاع مع قيام الزوجية ، أما بعد الفرقة فالأمر مقرون بصلاحها وأمانها . على أن الأم المطلقة التي تمتنع عن إرضاع ولدها ولا تجبر على الإرضاع ، تستمر محتفظة بالحضانة في قول ابن حزم ، إذ يقول أنها مقرونة بالصلاح والأمانة ، فلو اجتمعا فيها و امتنعت عن الحضانة فظاهر عبارته (الأم أحق) تقضي بأنه حق خاص لها التنازل عنه والامتناع فيصير إلى غيرها ممن هو أهل لها [5].

---

[1] –قدقاد بلخير ، المرجع السابق ، ص13.

[2] –وهبة الزحلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء السابع، ص 733.

[3] –قدقاد بلخير ، المرجع السابق ، ص13.

[4] –محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 42.

[5] – المرجع نفسه ، ص 43.

ب- دليل مشروعيتها :

1- من الكتاب : قال تعالى : "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين "[1]

2- من السنة : عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو : أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أن ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق بهم الم تنكحي [2].

3- من الإجماع : يقول ابن رشد "أما الإجماع فلا خلاف بين احد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار ، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا على من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته[3].

الفرع الثاني : أهمية وحكم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

أولا : أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

إستناداً إلى تعريف المشرع الجزائري للحضانة في المادة 62 فقرة 01 فالحضانة تكفل قدرا كبيرا من حفظ الولد وتربيته وتعليمه ، بما لا يتعارض على حق الولد ومصلحته.

فالطفل بعد ولادته في حاجة إلى من تقوم برعايته وحفظه وهي واجبة على والديه مادامت قائمة بينهما الزوجية فسيكون الولد في أحضانهما ، لكن إذا وقعت الفرقة بينهما فان مصلحته توجب ضمه إلى من هو اقدر على العناية به ورعايته[4].

وجعل ذاك في المرحلة الاولى من حياته إلى أمه ، لأنها اقدر وأصبر على تحمل

---

[1] – سورة البقرة ، الآية 233.

[2] – قدقاد بلخير ، المرجع السابق ، ص14.

[3] – المرجع نفسه ، ص 14 .

[4] – سليمة مدان ، المرجع السابق ، ص10.

المشاق ولكمال الرحمة وتوفر الشفقة عندها ،وذلك للمحبة الفطرية الداعية إلى تحمل متاعب الحياة[1].

وجعل التشريع الإسلامي ولاية التصرف في نفسه وماله إلى الأب ولأنه أصلح في ذلك من الأم لكمال رأيه وحسن تصرفه مع الشفقة الكاملة ، وواجب عليه نفقته لا يشاركه فيها احد من النساء لكونه اقدر عليها من النساء .

وبهذا كله فالحضانة واجبة على الأب والأم ، وحيث كانت تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ومقدرة معينة ، شرط لاستحقاقها أمورا بما يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة ، وبفقدان احد منها فان في ذلك أضرارا بمصلحة المحضون ، وذلك ضمن شروط محددة بالنسبة للرجال والنساء ، وبمرور هذه المرحلة فان لهذا الأخير الحق في بناء حياته بنفسه وبطريقته الخاصة .

ثانيا : حكم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

إجتمعت القوانين بأن رعاية الطفل واجبة وفرض ، ولا يترك الطفل بغير حضانة فإذا قام به احد سقط عن الآخرين ، وعلى كل حال فان تعريف قانون الأسرة (في نص المادة 62)، على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف لا سيما من حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره من القوانين الأخرى[2].

فحكمها أنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه ،من الهلاك ، كما يجب الاتفاق عليه ، وانجاؤه من الهلاك [3].

[1] – سليمة مدان ، المرجع السابق ، ص 11.

[2] – المرجع نفسه ، ص 11.

[3] –عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، ط1، دار الخلدونية ،2007، ص 356.

المبحث الثاني : شروط استحقاق الحضانة وترتيب مستحقيها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

ذكر الفقهاء جملة يقتضي أن تتوافر في الحاضن فاجمعوا ، على اثنين منها واختلفوا فيما تبقى[1] ، أما المشرع الجزائري نجد انه لم يسرد شروط الحضانة ، في مادة واحدة وإنما أجملها في عبارة واحدة " **أهلا للقيام بذلك** " .

وهذا ما أشارت إليه المادة 2/62 ق أ ج [2] ، وهو ماسنتناوله في المطلب الأول شروط استحقاق الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

وفي المطلب الثاني سنتناول ترتيب مستحقي الحضانة كذلك وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول : شروط استحقاق الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

الحاضن هو من يقوم بشؤون الطفل المحضون بأمر من الشر عاو القاضي إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها إذ يرى الفقهاء إن هناك شروطا عامة ، وأخرى خاصة في الرجال والنساء .

كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من (ق ا ج) إذ نصت الفقرة الثانية منه "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[3].

إلا أن استعمال المشرع لكلمة أهلا يفتح المجال لشروط كثيرة تشملها هذه الكلمة علاوة على نص المادة 222 (ق ا ج)[1] ، الذي يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

---

[1] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص81.

[2] – قانون رقم 84–11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 10.

[3] – المرجع نفسه ، ص 10.

وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفرع الأول على شروط استحقاق الحضانة على ضوء الفقه والتطرق بعد ذلك إلى موقف المشرع الجزائري في الفرع الثاني .

الفرع الأول : شروط استحقاق الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية

لما كان الإسلام حريصا على نشأة الجيل نشأة صالحة ، تنهج النهج السليم ، لذا فقد احتاط في أمور الحضانة باشتراطه شروطا كثيرة في الحاضن .

أجمع الفقهاء على اثنين منها واختلفوا فيما تبقى، والمتفق عليهما عندهم ولهما المساس بمصلحة المحضون ، ورعايته هما : البلوغ والعقل ، والمختلف فيها منها ما اخذ به غالبية الفقهاء وهي : الحرية – الأمانة – القدرة – الخلو من زوج أجنبي عن المحضون وقد اختلفوا فيما تبقى وهي : أن يكون الحاضن رحما محرما للمحضون والاتحاد في الدين مع المحضون ، وعدم الارتداد ، ولا يمسك المحضون في بيت من يبغضه ، ولا يمتنع عن الحضانة مجانا والأب معسر، وقد عد افتقار الحاضن إلى هذه الشروط أو بعضها من مسقطات الحضانة على الخلاف في ذلك بينهم[2].

1 – الشروط العامة في النساء والرجال :

وهي الشروط الواجب توافرها في الحاضن وهي :

-البلوغ والعقل :

أ- البلوغ : فلا حضانة للصغير ولو كان مميزا لأنه عاجز عن رعاية شؤونه بنفسه ، فلا حضانة لمجنون ولا لمن له طيش أو عته[3].

وقد اجمع الفقهاء على أن الإنسان قبل البلوغ لا يأخذ بتصرفاته ، لما روي عن **النبي صلى الله عليه وسلم : (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم)** وجعل

---

[1] – تنص المادة 222 ق ا ج على مايلي :كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، أنظر قانون رقم 84-11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 23.

[2]– محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص81.

[3] – ساري النوري ، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2013-2014 ، ص 14.

المشرع البالغ محلا للتكييف بالواجبات الشرعية وأهلا لاكتساب الحقوق وكل ذلك محكوم بنصوص القران الكريم ومنها **قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح)**[1].

وقوله (وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا[2] **)** [3].

وقد ذهب الفقهاء إلى اعتبار شرط البلوغ المصاحب المرشد ، والحضانة جزء من الالتزامات التي لا يصح أن يقوم بها إلا مكتمل بالغ ، ويثبت البلوغ في الصبي والصبية بعلاماته الطبيعية ، لذلك أعطى بعض الفقهاء للبلوغ صفات فبعضهم حدد بسنين معينة فمن قال بالعلامات جعلها :

– خروج المني إذ يكون منه الولد

– ظهور الشعر الخشن على العانة ،وبعضهم لم يعتبر بالزغب وعلامته في البنت المحيض

والبلوغ يتحدد بخمسة أشياء اثنتان تختص بها النساء وهي الحيض والحبل والإنبات والسن مشترك بينهما وخروج المني يختص بالذكر[4].

قال الأوزاعي والشافعي وابن وهب واصبغ وعبد الملك بن الماجوش وعمر بن عبد العزيز والشهيد الثاني في المسالك أن سن البلوغ خمس عشر سنة ، وهو قول الإمام مالك ولأبي حنيفة[5].

والحنابلة قالوا بشرط البلوغ المصاحب للرشد ، مع أنهم لم ينصوا عليه ولكن يفهم من الجمع بين نصوصهم فقولهم : " أن لا تثبت الحضانة لطفل " يعني أن الحضانة

---

[1] – سورة النساء ، الآية 6.

[2] – سورة النور ، الآية 59.

[3] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 82،81.

[4] – المرجع نفسه ،ص 82.

[5] – المرجع نفسه ، ص 82.

للبالغ وقولهم : "لاحظ للمحضون في الحضانة " يقضي أن المجنون ، والعته ، لا حضانة لهما وعليه فالرشد مصاحب للبلوغ [1].

أما ابن حزم الظاهري فلم يتطرق لغير عبارة : "نظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما فحينما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين وجبت هنالك ." والحياطة أن يكون الحاضن بالغا رشيدا ، وليس طفلا ولا مجنونا أو عتها ، البلوغ والرشد إذا من ملازمات الحضانة.[2]

ب- العقل : ورد العقل في شروط الحضانة عند الفقهاء بالنص عليه أو بذكره مراد وفاته والجميع يعدونه من الشروط اللازمة للحضانة ، بل من أقوى مقوماتها فان تقديم مافيه النفع للصغير ، وفاقد العقل لا يقدر على تمييز النفع من الضرر .

قال الحنفية : يشرط العقل أما نصا أو تلميحا ، كونه من المسلمات ولم أجد فيما اطلعت عليه من نص على العقل غير ما نقل ابن عابدين عن الرملي قوله :"يشترط في الحاضنة أن تكون حرة بالغة عاقلة "[3].

وقال الشافعية : شرط العقل في الحضانة فنصوا عليه في بعض أقوالهم وفي بعض يفهم من منعهم حضانة المجنون والمعتوه ، قال الباجوري : " وشرائط الحضانة سبع احدهما العقل ،فلا حضانة لمجنونة أطبق جنونها أو تقطع ." ثم يقول : "لأنها ولاية وليس هو من أهلها " ، وفي المجموع لا تثبت الحضانة لمعتوه ، وهو ناقص العقل ولا لمجنون لأنه لا يصلح للحضانة ، وكذلك قال الشمس الرملي ، فالعقل أهم مقومات الحضانة ولا حضانة لمجنون أو معتوه.

وبه قال المالكية بقولهم :"وشرط الحاضن ذكرا أو أنثى العقل ،فلا حضانة لمجنون.

وقال الحنابلة أيضا بشرط العقل حيث منعوا حضانة المجنون والمعتوه .

---

[1] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 84.

[2] – المرجع نفسه ، ص 85.

[3] – المرجع نفسه ، ص 86.

أما ابن حزم الظاهري : فمنع انه ينص على العقل ، إلا أن ذلك عنده من البديهيات ، فالأمان في الدين والدنيا ، وتحقيق مصلحة الصغير لا يميزها إلا العاقل فقد جاء النص عنده : "أن يكونوا مؤمنين في دينهم ودنياهم".

وبهذا يكون شرط العقل قد اجمع عليه فقهاء الأمة لأنه من ملازمات التمييز في تحقيق خير المحضون [1].

ج- **الحرية** : مع انعدام الحاجة لهذا الشرط لاختفاء الرق والعبودية في المجتمعات ، إلا أن هذا الشرط شرط فقهي مرهون بواقع الحال ، وقد اعتمده الفقهاء ضمن ظرف شاع فيه الرق وبيع الجواري .

هذا الشرط يشترط للحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى وان اختلف فيه الفقهاء فنجد الحنفية والشافعية ، والحنابلة ، يقولون بالحرية للحاضن فقال الحنابلة :"لا حضانة لرقيق لعجزه عنها بخدمة سيده "[2] .

وأما المالكية والظاهرية فنجد أن قول ابن حزم الظاهري :"الأم أحق بحضانة الولد الصغير أو الابنة الصغيرة سواء كانت أمه أو حرة ..."[3].

ج- **القدرة** : القدرة على الحضانة و الخلو من المرض هي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه فلا حضانة للعاجز ، لكبر سنه أو مرض فالمرأة العاملة إن كان عملها يمن تربية الصغير والعناية بأمره ، لا تكون أهلا للحضانة ولكن لا يسقط حقها في الحضانة[4].

قال الحنفية شرط القدرة من شروط الحاضن[5] ، وتعرف الشافعية لشرط القدرة فقصدوا به سلامة البدن ولهم فيه قولان الأول : لا حضانة لفاقد القدرة ومن به مرض لا

---

[1] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 86،87.

[2] – قدقاد بلخير ، المرجع السابق ، ص 23.

[3] – المرجع نفسه ، ص 23.

[4] – ساري النوري ، المرجع السابق ، ص 15

[5] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 94.

يرجى شفاؤه يشغله عن النظر في كفالة المحضون ، وهو ماقاله الباجوري في حاشية وقول للرملي ، والقول الثاني : ان الاعمى تثبت له الحضانة واعتبره ابن حجر معتمدا أما المالكية ، فقد إشترطوا الكفاية والحنابلة ، كالمالكية إشترطوا القدرة البدنية .

أما الظاهرية فغاية ما نصو عليه ((مأمونة في دينها ودنياها)) وهي شاملة لكل معاني القدرة المادية والمعنوية[1] .

د – الأمانة في الدين والأخلاق : فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق رجل أو امرأة من سكير او مشتهر بالزنا ، قال الحنابلة :لا حضانة لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها ، أما الشافعية فقالوا : لا حضانة لرقيق ومجنون وفاسق لأنه لا يؤتمن لأن المحضون لا حضن له في حضانته لأنه ينشا على طريقته وتكفي العدالة[2].

هـ –الرشد : وهو قول المالكية والشافعية ،فالمالكية قالوا :"لا حضانة لسفيه مبذر ، لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه مالا يليق " ، أما الشافعية قالوا : "لا حضانة لسفيه لأنه ليس أهلا للحضانة " ، أما الحنابلة والحنفية لم يصرحوا بشرط الرشد في الحاضن ، فهم اشترطوا العقل والبلوغ فقط[3].

و– الإسلام : اختلف فيه الفقهاء على قولين هما :

القول الأول : عدم إشتراط الإسلام : نجد أن الحنفية والمالكية والظاهرية لم يشترطوا

الإسلام ، يبقى المحضون مع الحاضنة غير المسلمة عند المالكية إلى انتهاء المدة شرعا [4].

القول الثاني : إشتراط الإسلام : عند الشافعية والحنابلة فلا حضانة لكافر على مسلم إذ

---

[1] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 95–97.

[2] –محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار الفكر ، ج 3، ص 454،455.

[3] –قدقاد بلخير، المرجع السابق ، ص 22،23.

[4] – وهبة الزحلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، أحوال شخصية، دار الفكر،سوريا، ط2 ،1985 ،ج7، ص717.

لا ولاية عليه لأنه ربما فتنة عن دينه وتثبت للكافر على الكافر وللمسلم على الكافر بالأولى أن فيه مصلحة له[1].

2- الشروط الخاصة في النساء والرجال :

أ – ا لشروط الخاصة بالنساء :

-**الخلو من زوج أجنبي عن المحضون :** فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط عدم زواج الحاضنة ، وإلا سقط حقها في الحضانة ، مستدلين في ذلك إلى ماورد عن النبي صلى الله عليه وسلم في المرأة بشان حضانة ابنها بقوله : "أنت أحق بهم مالم تنكحي "[2].

لأن الصغير يعامل بقسوة وكراهية فإن كانت متزوجة ، بقريب محرم للمحضون كعمه فلا يسقط حقها في الحضانة لأن من تزوجته له الحق في الحضانة وشفقته تحمله على رعايته[3].

- **أن تكون ذات رحم محرم من المحضون:** يشترط أن تكون ذات رحم من المحضون لأن عين الحضانة على الشفقة ، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة لذا إتفقوا أن قرابات المحضون من إسناد تستوجبن الحضانة[4].

- **أن لا تقيم الحاضنة مع التي سقطت حضانتها :** فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع إبنتها أم الطفل إذا تزوجت ، إلا إذا انفردت بالسكن عنها وهذا شرط عند المالكية أما الشافعية والحنابلة ، إذا كان المحضون رضيعا ، أن ترضعه الحاضنة فان لم يكن لها لبن أو امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها [5].

---

[1] – ساري النوري ، المرجع السابق ، ص15.

[2] – قدقاد بلخير ، المرجع السابق ، ص24

[3] – ساري نوري ، المرجع السابق ، ص16

[4] – قدقاد بلخير ، المرجع السابق ، ص 24.

[5] – ساري النوري ، المرجع السابق ،ص 16.

ب – الشروط الخاصة بالرجال : يشترط في الحاضن حتى تثبت له الحضانة ويستحقها عدا ما سبق ذكره من الشروط ثلاثة شروط تختص به وهي :

–**أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كان أنثى:** وهو قول المالكية والحنفية

وأما الحنفية فقالوا :"....ثم ابن عم لا بان كان الصبي غلاما وان كان جارية فلا تسلم إليه ، لأنه ليس بمحرم منها يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها "[1]

– **أن يكون وليا للمحضون آو من عصبته** : سواء كان رحما محرما كالعم والجد أو رحما غير محرم كابن العم أولا[2].

– **أن يكون عنده من الإناث من تصلح للحضانة** : أن يكون عنده من يحضن من الإناث كأم أو زوجة أو خالة ... لان الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كالنساء فان لم يكن للرجال من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة [3] .

الفرع الثاني : شروط الحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري

المشرع الجزائري لم ينص على الشروط تفصيليا في المادة 62 "**يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك** "[4] ، وإنما جمعها في عبارة واحدة هي الأهلية وهو بذلك يريد الخالصة .

وليست أهلية التصرف التي نصت عليها المادة 40 من القانون المدني الجزائري لا أهلية الزواج التي جاءت في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري [5].

وعلى هذا يثار التسائل عن ماهية الأهلية التي يقصد بها المشرع الجزائري ؟ ما يقصده المشرع الجزائري بالأهلية المنوه إليها في المادة 62 ق ا ج هي أهلية الحضانة المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على تربية الصغير والقيام بشؤونه للاطلاع على هاته المهمة

[1] – قدقاد بلخير ، المرجع السابق ، ص 25.

[2] –ساري النوري ، المرجع السابق ، ص 17 .

[3] – احمد الدردير ، المرجع السابق ، ص 220.

[4] – قانون رقم 84–11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق ، ص 10.

[5] – فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1، الزواج والطلاق ، ص 377.

التي لا يمكن أن تؤدى على أكمل وجه إلا بتوفر عديد الشروط اجمع عليها الفقهاء وتبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 (ق ا ج) على انه " **كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** "[1].

فللحضانة شروط عامة تخص الرجال والنساء على حد سواء وشروط أخرى تخص النساء بمفردهن وشروط تخص الرجال لوحدهم :

1- الشروط العامة في النساء والرجال :

يتضح لنا انه يجب أن تتوفر شروط في كلا الجنسين وهي عبارة على شروط عامة لا بد من تواجدها لتتحقق الحضانة كحق لأحد الطرفين من الرجال والنساء وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

- **البلوغ :** فلا تستند الحضانة للصغير ، ولو كان مميزا [2] ، ذلك أن الصغير يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره ، فيجب أن يكون بالغا راشدا قانونيا سنه يتعدى السن المدني القانوني وهو سن 19سنة حسب المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري "**تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19سنة** "[3].

- **العقل :** يجب على من تسند إليه الحضانة أن يكون عاقلا غير سافلا وذلك لان الحضانة ولاية ، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره ؟ فيجب على من يتولى الحضانة أن يكون عاقلا لا يخشى عليه الضرر منه، فلا حضانة لمعتوه ولا لمجنون ولو كان ممن يستحق لها ويطلبونها ، فيستحيل إسناد الحضانة إليه طالما انه مفتقر للعقل الذي هو أساس التكليف وطبقا للمادة 87 المعدلة "**في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد**"[4] ، فمن هنا يتبين أن الحضانة هي ولاية عن النفس لمن أسندت إليه .

---

[1] – قانون رقم 84-11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم، المرجع السابق ، ص 23.

[2] – احمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ، مصر،2009 ، ص 152.

[3] – قانون رقم 84-11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم، المرجع السابق، ص 02.

[4] – قانون رقم 84-11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق ، ص 12.

– **الأمانة** : الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن ، حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة ، وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه ،فلا يجب أن يكون الحاضن فاسقا نلان الفاسق غير أمين على نفسه فلا يصح أن يكون أمينا على غيره ، ولا حظّ للولد في حضانته لأنه ينشا على طريقته ، وقد ضرب الفقهاء أمثلة للفسق في الذي يجعل الحاضن غير أمين ومما قالوه أن يكون شريراً أو مشتهراً بالزنا أو مجرماً أو سارقاً [1].

– **القدرة على تربية المحضون** : هي إمكانية القيام بشؤون المحضون ، وعليه فلا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ، ولا لمريضة مرضا يعجزها عن القيام بشؤونه ولا لمتقدمة في السن تقديما يحوجها إلى رعاية الغير لها ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له ،بحيث يخشى في هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به ، أو للقاطنة مع مريض مرضا معديا أو مع من يبغض الطفل ولو كان قريبا له بحيث لا تتوفر له الرعاية الكافية [2].

– **الإسلام** : جاء في المادة 62 (ق ا ج) أن الطفل يربى على دين أبيه ولا فرق بين مسلمة وغير المسلمة في مسالة الحضانة "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا** "[3].

إلا انه حسب رأي الأستاذ باديس ديابي في كتابه صور فك الرابطة الزوجية [4] يرى أن المشرع الجزائري ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل بان الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة لكون هذه الخيرة لا تتعدى حد الرضاعة والخدمة للمحضون ودليل ذلك ما نص عليه في المادة 62 (ق ا ج) ، فعبارة القيام بتربيته على دين أبيه تعني بمفهوم

---

[1] – كربال سهام ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماستر ، تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ،2012–2013 ، ص 22.

[2] – خويلد خديجة ، أحكام الحضانة وجزاء مخالفتها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ،2015 –2016 ، ص 19.

[3] – قانون رقم 84–11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق ، ص 10.

[4] –باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى ، ميلة ، الجزائر ،2012 .

المخالفة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلما يمكن أن يتزوج بامرأة غير المسلمة ، وان هذه الأخيرة في حالة وجود أبناء يجب عليها أن تربي الأبناء على دين أبيهم وهو الإسلام ولا يمكن تصور الأمر معكوساً[1].

2 – الشروط الخاصة بالنساء :

بالإضافة إلى الشروط العامة التي لا بد أن تتوفر في كل من الرجل والمرأة فهناك شروط أخرى تخص النساء فقط دون الرجال ، فالمشرع الجزائري لم يوضح ذلك ونص في حالة مالم يرد النص عليه في المادة 222 ق ا ج ، وقد خصصت هذه الشروط من قِبل فقهاء الشريعة الإسلامية تتمثل في :

عدم زواجها بغير قريب محرم للمحضون : نعني بذلك بان لا تتزوج برجل أجنبي لأنه لا يعطف على الصغير ، وإذا تزوجت بمحرم فهذا يكون سببا في حسن التربية الحسنة[2].

فحسب قانون الأسرة الجزائري في المادة 66 "**يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون** " [3].

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

---

[1] – بوحوية سهيلة ، الحضانة في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق جامعة الجيلاني بونعامة ، خميس مليانة ، 2014–2015 ، ص13.

[2] – بركات الربيع ، رعاية مصلحة المحضون بين النص والتطبيق ، مذكرة ماستر ، تخصص أحوال شخصية كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة ، 2017–2018 ، ص10.

[3] – قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق ، ص 10.

[4] –بوحوية سهيلة ، المرجع السابق ، ص15.

- **أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون** : تكون الحاضنة ذات رحم محرما على المحضون كأمه وأخته وجدته ، فلا حضانة لبنات العم أو العمة ولا بنات الخال أو الخالة بالنسبة لصبي لعد المحرمية ، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لابن الخالة وابن العم والعمة في حضانة الإناث[1].

- **عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت يبغضه** : يعد سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير أو يعرضه للأذى والضياع سببا مسقطا للممارسة الحضانة [2].

وهذا ماوضحه قانون الأسرة الجزائري في مادته 72 التي تنص على أنه :"**في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر ، لممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحاضنة وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار**[3]".

وتنص المادة 70 من نفس القانون على انه :"**تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم** [4]."

والملاحظ أن لفظ الملائم في المادة 72 ق ا ج ، وما جاءت به المادة 70 ق أج تفسر على انه تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدة عن ما من شانه التاثير سلبا على أخلاقه ومستقبله[5].

- **ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا** : وهذا في حالة امتناع الأم من حضانة ولدها ، إذا كان الأب معسرا ذلك يعد مسقطا لحقها في الحضانة ، وعدم الامتناع يبقي شرطا من شروط الحضانة ، فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة ، وقبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجانا سقط حق الاولى في الحضانة [6].

---

[1] –إمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط3، دار الفكر العربي ، القاهرة،1957 ، ص57.

[2] – صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات في قانون الأسرة ، مذكرة ماجستير فرع القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر،2007 ، ص81.

[3] – قانون رقم 84–11 ، يتضمن قانون الأسرة ،معدل ومتمم، المرجع السابق، ص 11.

[4] –المرجع نفسه ، ص11.

[5] –بوحوية سهيلة ، المرجع السابق ، ص 16.

[6] –باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 138.

3- الشروط الخاصة بالرجال :

بالإضافة الشروط العامة للرجال والنساء هناك شروط خاصة ، يجب أن لا نغض عليها البصر لأنها حساسة في حالة تولي الرجل حضانة هذا الطفل :

أ- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى :

إن كان الحاضن ذكرا فيشترط أن يكون عنده من يحضن الإناث ، كزوجة أو خادمة ، ولا يصح أن يحضن غير محرم بنتا مطيقة للوطء كابن عمها ، إلا إذا تزوج بأمها ولو كان مأمونا ، والسبب في اشتراط أن يكون للحاضن المحرم من يحضن من الإناث كأم أو زوجة أو خادمة أو عمة أو خالة ، إن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال مثل النساء[1] ، وقد أجاز القاضي إبقاء طفلة عند عمها إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها من الفتنة منه[2].

ب- إتحاد 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 رحمه من محارم أهل دينه ، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم ، فلا تستند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما ، إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث [3].

إذا ما توفرت كل هذه الشروط في مستحق الحضانة ، فان الحضانة تسند إليه ولكن مع مراعاة مصلحة المحضون دائماً ، وكذا مراعاة الترتيب القانوني لمستحقيها كما سيأتي بيانه في المطلب الثاني .

---

[1] -التواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، ج4، كتاب الأحوال الشخصية ، ط2 دار الوعي، الجزائر، 2010 ، ص880.

[2] -وهبة الزحلي ، المرجع السابق ، ص 830.

[3] -محمد ابوزهرة ، المرجع السابق ، ص408.

المطلب الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون[1] ، فجعلوا الإناث أولى بالحضانة ، لأنهم أشفق وأهدى إلى التربية ، وأصبر على القيام بها ، وأشد ملازمة للأطفال ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق واقرب واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب مصلحة المحضون[2].

كما أن المشرع الجزائري جاء بترتيب لمستحقي الحضانة بالاعتماد على أراء فقهاء الشريعة الإسلامية ، فمن هم الأشخاص الذين تثبت لهم الحق في الحضانة ؟ و ماهو الحل في حالة عدم وجود حاضن للطفل ؟ هذا ما سنتطرق له وفقا للشريعة الإسلامية (الفرع الأول) وقانون الأسرة الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ترتيب مستحقي الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية

يقول الإمام أبو حامد الغزالي في كتابه إحياء علوم الدين ، إن من الأمور الواجب مراعتها في تربية الطفل هي أوائلها ، ذلك أن الطفل بجوهره خلق قابلا للخير كما للشر إنما أبواه من يميلان به إلى أحد الجانبين ، لذلك وحتى ينشا الطفل نشأة سوية فيها صلاحه وخلاصه ، وجب إختيار من يتولى رعايته ، وفقا لموجب أساسي هو تحقيق مصلحة المحضون ، على أن الدارس لموضوع الحضانة في خصوص مستحقيها ضمن أحكام الفقه الإسلامي يصل إلى انه لا يوجد في النص الشرعي كتابا وسنة تحديداً لأصحاب الحق فيها ، عدا الأم استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: (...أنت أحق به..).

---

[1] – مصلحة المحضون:المشرع الجزائري نص على هذه القاعدة وجعلها أساس كل حكم من أحكام الحضانة فقد خصص لها خمس مواد من بين إحدى عشرة مادة انظر المواد 64-65-66-67-69 من ق ا ج ، انظر قانون رقم 84-11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق ، ص 10،11.

[2] – عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1 دار الخلدونية الجزائر ،2007، ص357.

لذلك إتفق الفقهاء على أن الأولوية في الحضانة إنما هي من حق الأم قبل الرجال باعتبار النساء أكثر حنانا وصبرا وشفقة وأهدى للتربية واشد ملازمة للأطفال [1].

وسنتعرض لهذه المراتب على وفق مايلي :

تثبت مشروعية الحضانة للأم سواء كانت متزوجة أو مطلقة بالكتاب والسنة أما من الكتاب قوله تعالى " **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** "[2].

أمَّا السنة مارواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة قالت يارسول الله " إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً ، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً ، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً ، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي. فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ :أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ ، مَا لَمْ تَنْكِحِي "

دل الحديث على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد فالأم أحق وأولى بحضانته ما لم يقم بالأم مانع يمنع تقديمها وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها دون الأب وتقضي باستحقاقها وأولويتها في حضانة ولدها ، وقد اقرها النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك وحكم لها به[3].

وإذا عدنا الى المذاهب الفقهية نجد أنها وضعت ترتيبا معتبرا للحاضنين :

1- فقهاء الحنفية :

وقد رتبوا أهل الحق ، بتقديم النساء ، ثم العصبة من الرجال ، فحضانة ذوي الأرحام [4] ، ورتب الحنفية الحاضنات من النساء على النحو التالي : الأم ، أم الأم وان علت ، أم الأب وان علت ، أم الأب وان علت ، الأخوات ، بنات الأخوات الشقيقات

---

[1] – د ، هلتالي أحمد ، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018، ص379.

[2] – سورة البقرة ، الآية 233.

[3] – وفاء معتوق حمزة ،الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي ، ط1، دار القاهرة،مصر،2000،ص449

[4] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 52.

بنات الأخوات لأم ، الخالات ، بنات الأخوات لأب ، العمات ، خالة لأم ، خالة الأب عمة لأم ، عمة الأب[1].

وعندما يجتمع صنف من درجة واحدة تقدم من كانت شقيقة ثم من كانت لأم ثم من كانت لأب هكذا بالنسبة للأصناف الأخرى ، فإذا لم توجد من المحارم واحدة ، أو وجدت وليست أهلا للحضانة ، انتقل الحق في حضانة الصغير إلى العصبة المحارم من الرجال على حسب ترتيبهم في الإرث : الأب ثم أب الأب وان علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ثم ابن العم ، فان لم يوجد من عصبته المحارم احد ، أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقل حق حضانته إلى المحارم غير العصبة[2].

أما المحارم من ذوي الأرحام فهم : الجد لام ، ثم الأخ لام، ثم ابن الأخ لام، ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لام ، فان لم يكن للصغير قريب عين له القاضي حاضنة تقوم بتربيته ، لأن حضانة الطفل أمر لابد منه وأولى الناس به قرابته ، وبعض القرابة أولى من بعض ، فيقدم الأولياء فإذا لم يكونوا موجودين أو كانوا موجودين ووجد مانع ما يمنعهم من الحضانة ، انتقلت إلى الأقرب فالأقرب ، فإذا لم يكن قريب فان القاضي مسؤول عن تعيين من يصلح للحضانة [3].

2- فقهاء الشافعية :

قالوا للمستحقين في الحضانة ثلاثة أحوال ، فالحالة الاولى يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث والحالة الثانية أن يجتمع الإناث فقط والحالة الثالثة أن تجتمع الذكور فقط [4] وذلك على النحو التالي :

---

[1] – التكروري عثمان ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2004، ص267.

[2] – خلاف عبد الوهاب ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع ، الكويت 1990، ص195.

[3] – خلاف عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 195.

[4] – عبد الرحمان بن محمدعوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، الدار العالمية للنشر والتوزيع ، ط2 2016 ، ص1017.

الحالة لأولى : تقدم الأم على الأب ثم أم الأم وان علت بشرط أن تكون وارثة فلا حضانة لام أبي أم لأنها غير وارثة ثم بعدهن الأب ثم أمه ثم أم أمه وأنت علت [1].

الحالة الثانية : وهي اجتماع الإناث فقط ، فتقدم الأم ،ثم أمهاتها ثم أمهات الأب ثم الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ، ثم بنت الأخ ، ثم العمة [2]...

الحالة الثالثة : وهي إذا ما اجتمع الذكور فقط ،فيقدم الأب ، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم الأخ لام [3]....

3- فقاء المالكية :

وقد رتبوا هل الحضانة على وفق ماياْتي :

الحواضن من النساء ومراتبهن :

الأولى الأم **وأمهاتها وعلى التسلسل :** الأم ، فأمها ، فجدة أم المحضون من ناحية والد أمها ، فجدة والد أم المحضون ، فجدة أم والد الأم من الأب (أم أب أم أب الزوجة)، فخالة المحضون الشقيقة ، فالتي لام ، ثم التي لأب ، فخالة أم المحضون تتقدم الشقيقة ، فالتي لام ثم التي لأب ، فعمات أم المحضون ، تتقدم الشقيقة ، فالتي لام ثم التي لأب ، فعمات أم المحضون، تتقدم الشقيقة، ثم التي لام ، فالتي لأب [4].

الثانية : أمهات الأب ، بتقديم من تدلي بأم الأب على من تدلي بأْب الأب وعلى التسلسل: أم أب المحضون (جدته لأبيه) ، فأم أم أب المحضون (جده أب المحضون لامه) ، فأم أب الأب ، فأم أم أم الأب (جدة أم الأب من ناحية أمه)، فأم اْ ب أب (جدة أب الأب لامه)[5].

---

[1] – د،هلتالي أحمد ، المرجع السابق ، ص 380.

[2] – المرجع نفسه ، ص 380.

[3] – المرجع نفسه ، ص 380.

[4] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص57.

[5] – المرجع نفسه ، ص 57.

حضانة من له وصاية :

الوصي (ذكر أو أنثى) له حضانة على المحضون الذكر ، وله على المحضونة الأنثى غير المطيقة للوطء.

الوصي الأنثى أو المتزوج بأم المحضونة أو جدتها و تلذذ بها ، له حضانة الأنثى المطيقة ، لأنها إحدى محارمه ، وإلا فلا.

حضانة العصبة : وترتيبهم كما يأتي على ما فيه خلاف:

الأخ ، فالجد لأب ، فإبن الأخ ، ثم العم وقيل الأخت فالجد وإن علا ثم ابن الأخ ثم إبن العم وقيل الأخ ثم الجد الأدنى فإبن الأخ ، فالعم ، فإبن العم وإن سفل ، فأبو الجد ويمكن أن يسبق بإبن العم [1].

4- فقهاء الحنابلة :

الأم أولى بحضانة ولدها فإن لم توجد فالحضانة لأمهاتها القربى ، فالقربى ثم أمهات الجد ثم أمهات جد الأب ، ثم أمهات جد الجد ثم الأخوات ثم الخالة ثم العمة ثم خالات إلام ثم خالات الأب ثم عمات أبيه ثم بنات إخوة الولد وبنات أخواته ثم بنات أعمامه وبنات عماته ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه[2].

5- فقهاء الظاهرية:

مع أن إبن حزم اثبت قاعدة عريضة في اعتماد الصلاح في الدين والدنيا أساسا للحضانة ، وهو بهذا جعل كل مراتب الحاضنين إنما ينظر إليها بعد انطباق هذا الشرط بقصد تحقق كل مصلحة المحضون.

[1] – محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 59.

[2] – عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، ط3، مؤسسة الرسالة، ج10 بيروت ، لبنان ، ص20.

فهو أورد الترتيب إذ إستوى الحاضنون في صلاح حال دينهم ودنياهم على مايأتي:

- ✓ الأم والجدة
- ✓ الأب والجد
- ✓ الأخ والأخت
- ✓ الأقرب فلأقرب : حيث يقول "وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال "

ولا يعد الترتيب عنده ، إلا من حيث أن القريب الذي فيه صلاح أولى من غيره ، وإلا فالبعيد الصالح أولى[1].

ونخلص من خلال ماسبق أن الفقهاء المسلمون اتفقوا على أن الحضانة هي حق للأم مثل أي حق من الحقوق الأخرى ، ولها أن تتنازل عنه متى تشاء في كل حالة يوجد من يحضن الطفل بدلا منها والحضانة من جانب آخر، هي حق للطفل يجب على الأم أن تتكفل به ويمكن أن تُجبر على حضانته في كل حالة لا يوجد فيها من يحضنه من غيرها رعاية لمصلحة المحضون ، أو إجبار من يليها درجة إذا لم تتوفر فيها الشروط الأساسية .

الفرع الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري

سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما اجمع عليه المذاهب الأربعة (المالكي – الحنبلي – الشافعي – الحنفي) وفقا للمادة 64 من قانون الأسرة ، لكن ذلك قبل التعديل الوارد في قانون 11/84 ، لذلك سنحاول دراسة ترتيب الحاضنين قبل وبعد تعديل فبراير 2005 ، لكن لماذا تخلى المشرع الجزائري عن تراتيبه (مادة 64 قبل التعديل) وأعاد الترتيب بنص المادة 64 المعدلة بالأمر 05-02 مادام وان معيار الإسناد قبل تعديل قانون الأسرة وبعده هو مصلحة الطفل المحضون ؟

[1] –محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص 62.

1- موقف المشرع الجزائري قبل التعديل:

المشرع الجزائري في المادة 64 ق ا ج نص على "**إلام أولى بحضانة ولدها ، ثم أمها ، ثم الخالة ،ثم الأب ، ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك**"[1].

من تحليل المادة 64 من القانون السابق للأسرة يتبين أن المشرع الجزائري قد إنسجم والمذهب المالكي حين غلب جانب النساء على جانب الرجال توافقا واجتهادات بعض الفقهاء المسلمين ، الذين يغلبون في ترتيب حق الحضانة جانب النساء على جانب الرجال ، اعتماداً على أن النساء أكثر حنانا وشفقة من الرجال ، وأكثر صبراً وتحملاً لمشاكل الأطفال وأكثر قدرة على التأثير فيهم [2].

وإنطلاقاً من نص المادة 64 (ق ا ج) فان حق الحضانة في القانون السابق للأسرة يكون على الشكل التالي :

- **الأم** : تقدمت الأم على الجميع كونها هي أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة ،لكونها تعد عنصر إجماع ولم رزقها الله سبحانه وتعالي من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان فعدت بذلك الملاذ المحبذ للمحضون[3].

- **أم الأم (الجدة)** : المشرع الجزائري اسبق أولوية الجدة لام لحضانة الطفل قبل الأب واعتبرها بالمرتبة الثانية ،في حالة سقوط الحضانة عن أم المحضون لأي سبب كان سواء وفاة أو طلاق أو زواج إلام بأجنبي أو أي سبب آخر كون أم إلام لها الحق في الإرث ولنها أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها .[4]

---

[1] -عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج ، ر ،15، ص22)

[2] - هلتالي أحمد ، المرجع السابق ، ص381.

[3] -باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 140.

[4] -بوحية سهيلة ، المرجع السابق ، ص 24.

– **الخالة** : تعد الخالة للمحضون سواء كانت أخت إلام شقيقة أو أخت لأب أو أخت لام فهي تحتل المرتبة الثالثة بعد الأم في رعاية المحضون ولقد وضح ذلك من خلال المادة 64 قانون 11/84.

– **الأب** : قدم المشرع الجزائري الأب على أم الأب وهذا ما اقر به الإمام مالك وأبو حنيفة ، ومن هنا يتجلى تأثر المشرع بالمذهب الشافعي والحنبلي بتقديم للأب على أم الأب .

–**أم الأب** : تحتل المرتبة الخامسة في ترتيب الحاضن وسبق الأب عن الأم خلافا للمذهب المالكي واخذ بالمبدأ الشافعي ،وكما تكون الحضانة لام الأب تكون لامها وجدتها أخذا بمبدأ الأم وإن علت.

–**الأقربون درجة** : سكت المشرع الجزائري عن تعريف الأقربون درجة أثناء ترتيب الحاضنين ، وسمح لنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، من خلال المادة 222 قانون الأسرة الجزائري .

على أن المشرع الجزائري ، لم يجعل من تراتيبه أصحاب الحق في الحضانة إلزاميا للمحكمة ، ولم يجعلها من النظام العام ، فالمعيار الضابط لإسناد الحضانة في كل الأحوال ، هو النظر في مصلحة المحضون ، فمتى تبين للقاضي أن مصلحة هذا الأخير مع أبيه طالما تأكد من خلال تحقيق اجتماعي يجريه بأنه الأصلح للحضانة [1].

لكن المشكل الذي يمكن أن يطرح ، ليس هو مشكل التنازع حول حضانة الطفل بين ذوي الحق في حضانته ، وإنما هو مشكل عد التنازع أي يحكم القاضي بالطلاق وتتخلى الأم عن حقها في حضانة ولدها ، ويعجز الأب أو لا يتمكن من توفير الشروط اللازمة لحضانة الطفل ، ولا يوجد من يطلبه ممن لهم الحق في حضانته ، بالتالي هل يجوز للقاضي استنادا إلى مامنحه القانون من سلطة تقديرية مطلقة لمصلحة المحضون أن يجبر احد ، من ذوي الحقوق في الحضانة على اخذ هذا الطفل؟

[1] –هلتالي احمد ، المرجع السابق ، ص 381.

❖ **حالة عدم وجود حاضن :**

في بعض الحالات قد يتخلى ذوي الحق في الحضانة ، عن حضانة المحضون فالأم تتخلى عن رعاية طفلها لأنها ترى في ذلك قيد لها ومانع لها من الزواج للمرة الثانية أو عدم قدرة الأب عن توفير شروط الإمكانيات الضرورية لحضانة الولد ، أو حيث لا يوجد من يتولى حضانته سواء من الرجال أو النساء .

إن قانون الأسرة لم يجب على هذا التساؤل ،ولم يساعدنا قضاة الأحوال الشخصية لإيجاد حل لهذا المشكل الذي أصبح كثير الوقوع في حياتنا

ونقترح على المشرع إدراج حل يتمكن في تمكين القاضي ، من اختيار أي شخص من أقارب الطفل للقيام بهذه المهمة حتى لا يضيع.

أما رأي جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والشافعية ، يرون أن الحضانة هي حق للأم ولها أن تتنازل عنها في حالة ما إذا وجد من يحضن الطفل بدلا منها [1]، ووصلوا إلى الاتفاق أن الحضانة هي حق للطفل على الأم ، ويمكن أن تُجبر على حضانته في حالة عدم وجود من يحضنه ، أو يوجد ولكنه يمتنع أو لمن تتوفر فيه الشروط.

وان تعذر وجود من يحضن الصغير ، فللقاضي أن يضعه إلى من يثق في صلاحيتهم وقدرتهم على هذا العمل مع مراعاة مصلحة المحضون[2].

وهذا مايراه الأستاذ عبد العزيز سعد فانه يرى أن على المحكمة أن تُجبر الأم على الحضانة في حالة امتناع غيرها حتى ولو نقصتها بعض الشروط الخاصة بالحاضنة دون أن تأثر على ضمان مصلحة المحضون[3].

2- موقف المشرع الجزائري بعد التعديل

جاء في نص المادة 64 (ق ا ج) ، بعد التعديل بموجب الأمر 05-02 أن:" **الأم أولى**

[1] -الإمام محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 405.

[2] -عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص 595.

[3] -عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص 294.

بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لام ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمة، ثم الأقربون درجة ، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."[1].

فالملاحظ هنا أنه تم تقديم الأب عن الجدة لام والخالة في إسناد الحضانة بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة، وهذا لاعتبار أن الأب أولى منهم وأكثر حرصاً على رعاية أبنائه[2].

وإنطلاقا من نص المادة 64 (ق ا ج) فإن ترتيب حق الحضانة يكون على الشكل الآتي : الأم ، الأب ، الجدة لام، الجدة لأب ، الخالة ، العمة، والأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

المشرع الجزائري لم يذكر من هم فئة الأقربون درجة ، ومن ثم نلجأ إلى نص المادة 222 (ق أ ج) ، التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية ، وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكنهم متفقون على التصنيف التالي :

القريبات من المحارم ، العصبات من المحارم ، المحارم من الرجال غير العصبة، من يراهم القاضي أصلح للمحضون ، ولقد تعرضنا لهم بالتفصيل عندما درسنا مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي[3] .

المشرع الجزائري بتعديل المادة 64 (ق أ ج) أراد ، أن يوفر للأب نفس الحظوظ التي تتمتع بها الأم ، حيث في ترتيبه لمستحقي الحضانة يبدأ بقرابة الأم دائما ثم تأتي قرابة الأب مثلا الجدة لأم ثم الجدة لأب أو الخالة ثم العمة.

---

[1]– قانون رقم 84–11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق ، ص 10.

[2] – صالح بوقرارة ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر،2007، ص 77.

[3] – عبالقادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ط1 ، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ، ص 358.

الفصل الثاني : أحكام الحضانة ونطاقها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

بعد التعرف على مفهوم الحضانة وأهميتها وحكمها ، وكذا شروط استحقاقها وترتيبها ومدى الأساس الفقهي والقانوني الذي استندت عليه في الفصل الأول سنحاول في هذا الفصل الثاني أن نتعرف على أحكام الحضانة ونطاقها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

وعليه تم تخصيص المبحث الأول للأحكام المتعلقة بالحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، في حين تناولنا في المبحث الثاني إلى نطاق الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

وسنحاول معالجة هذه المواضيع من الناحية الفقهية أولا ، ثم نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة .

المبحث الأول : الأحكام المتعلقة بالحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

بعد انحلال الرابطة الزوجية تنشأ عدة آثار تتعلق بحق الحضانة والتي هي في نفس الوقت تعد أحكاما لها نص عليها كل من الشرع والقانون بكثير من التفصيل والتحليل وهذا ما سنتطرق له في هذا المبحث الذي ينقسم إلى مطلبين ، سنتطرق في المطلب الأول إلى الأحكام المتعلقة بالحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وفي المطلب الثاني إلى الأحكام المتعلقة بالحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول : الأحكام المتعلقة بالحضانة وفقا للشريعة الإسلامية

إن مشتملات الحضانة منها ما هو متعلق بالحاضنة أو المحضون أو مكان الحضانة وهذا ماسنتناوله وفق ما يأْتي :

أولا – النفقة على المحضون:

النفقة لغة : الإنفاق من الفعل (نفق) وتقول نفق وما بهما نص وفرح ، وجمع نفقة نفقات – وأنفق – إفتقر– وماله أنفذه [1]. وهو الإخراج[2] ، وهي ما ينفقه الإنسان على عياله وهي في الأصل الدراهم من الأموال .

النفقة شرعا : ما يكفي من الطعام والكسوة وقبل الإدرار على الشئ بما به بقاؤه[3].

عين الفقه الإسلامي الأقارب الذين تجب عليهم نفقة الولد وحددوا الشروط الواجب توفرها فيهم لإلزامهم بها ، ولكن كيف تقدر هذه النفقة ؟ وما هي المعايير المعتمدة لتقديرها ؟ ومتى تدفع هذه النفقة وكيف ؟

اتفق اغلب فقهاء الفقه الإسلامي على أن نفقة الأولاد كأصل تكون من مالهم إذا كان لهم مال ، أمَّا إذا لم يكن لهم مال فان نفقتهم واجبة على أبيهم سواء كانوا معه أو مع غيره وبالتالي إذا تولت المرأة بعد الطلاق حضانة الأولاد وجب على الأب أن يقوم بالإنفاق عليهم[4] .

إن تقدير هذه النفقة اختلفت فيه آراء الفقهاء وهو ما سنحاول التطرق إليه :

- **المالكية:** قالوا وللحاضنة قبض نفقته وكسوته وغطائه وجميع مايحتاج إليه الطفل وليس لأب المحضون أن يقول لها ابعثيه يأكل عندي ثم يعود لك [5]....

[1]– محمد عليوي ناصر، المرجع السابق ، ص 231.

[2] – وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب ، بيروت ، ج3، 2003، ص 765.

[3] – محمد عليوي ناصر، المرجع السابق ، ص 232.

[4]– المومني احمد محمد ، نواهضة إسماعيل أمين ، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط1 دار المسيرة، عمان،2009، ص171.

[5] – شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي ، دار مكتبة الحياة ، بيروت ، ص193.

- **الشافعية:** قالوا يجب إعطاءه مايكفيه من قوت يليق بسنه كمؤونه للرضاع حولين وتجب أيضا له الكسوة وسكن يليق بحاله[1] ...
- **الجعفرية:** قالوا ولا تقدير في النفقة بل الواجب قدر الكفاية من الطعام والكسوة والسكن في الشتاء يقظة ونوما [2]...

هذه أهم الآراء التي قيلت في النفقة باختصار لاستخراج المعايير المعتمدة لتقديرها وهي كالآتي :

1- كفاية الطفل : إن الطفل في حاجة إلى مايكفيه من الطعام واللباس والغطاء والفراش وتعليمه ، وهي الحاجات الضرورية له وبدونها لا يمكن تنشئته وعلى القاضي أن يراعي سن الطفل الرضيع عن البالغ من العمر عشر سنوات في الزمان والمكان الذي يعيش فيه .

2- حالة المنفق ماديا : أيا كان أو غيره تختلف من شخص لآخر وعلى الحاكم أن يراعي ذلك أيضا ، وهذه الحالة المادية تتأثر بها لكل شخص من كفالة عائلية من زوجة وأولاد أم وأب .

والأصل أن النفقة تدفع أما كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر حسب استطاعة المنفق ، وإنها تكون معجلة أي مسبقة حتى تستطيع الأم أن تجد ما تنفقه ، على الصبي وقد تكون نقدا ، أو عينا ، على أن المعمول به في وقتنا الحاضر دفعها نقدا في بداية كل شهر.

ثانيا : أجرة الحاضنة:

الحضانة عمل تؤديه الحاضنة للصغير ، فتستحق عليه أجرة ، وهذه الأجرة تجب على الأب ، كما تجب عليه نفقته من هذه النفقة أجرة حاضنته .

[1] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير في باب الحضانة ، ج2 ، ص142.

[2]– حاشية الحمل على شرح المنهج للشيخ سليمان ، الحمل على شرح المنهج لشيخ زكريا الأنصاري ، ج4 ص4120.

أجرة الحضانة مثل أجرة الرضاع لا تستحقها الأم مادامت زوجة أو معتدة لان لها النفقة الزوجية ، أو نفقة العدة لقوله تعالى :" **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** "[1].

وأما بعد انتهاء العدة فإنها تستحق الأجرة ، كما تستحق أجرة الرضاع لقوله تعالى: " **فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ** "[2] .

إختلف الفقهاء في **استحقاق** الحاضنة أجرة على قيامها للحضانة على النحو التالي :

1- الحنفية : إذا كانت الحاضنة أما في عصمة أبي المحضون أو معتدة من طلاق رجعي فلا تستحق أجرة على الحضانة لوجوب ذلك عليها ، وإذا كانت الحاضنة غير الأم أو كانت أم مطلقة وانقضت عدتها أو في عدة طلاق بائن ، فإنها تستحق الأجرة من مال الصغير ، إن كان له مال أبيه أو من تلزمه نفقته.

هذا مالم توجد متبرعة ، فإن وجدت وكانت غير محرم للمحضون فان الأم تقدم عليها ولو طلبت اجر فيكون لها أجرة المثل، أمَّا إذا كانت محرما فانه يقال للام إما أن تمسكيه مجانا أو تدفعيه للمتبرعة ، ولكن هذا مقيد بقيدين:

– إعسار الأب سواءاً كان للصغير مال أو ليس له مال .

– يسار الأب مع وجود مال للصغير صونا لمال الصغير ، فإن كان الأب موسرا ولا مال للصغير فتقدم الأم وان طلبت الأجرة نظرا للصغير[3].

[1] – سورة البقرة ، الآية 233.

[2] – سورة الطلاق ، الآية 06.

[3] – الإمام سيد سابق، فقه السنة، نظام الأسرة (الحدود والجنايات)، المجلد الثاني ، ص232.

2- المالكية: ذهبوا إلى أن الأجرة ليست واجبة أي لا أجرة على الحضانة ، وهو قول مالك و به اخذ ابن قاسم فقال انه ينفق على الحضانة من مال المحضون والخلاف إذا كانت غنية ، أمَّا إذا كانت فقيرة فينفق عليها من مال المحضون لعسرها لا للحضانة.

فالمالكية والحنفية ذهبوا إلى أن : الحاضنة لا تستحق أجرة على حضانتها إذا كانت زوجة أو معتدة لأبي الولد المحضون[1] .

3- الشافعية : إذا كانت الأم هي المرضعة الحاضنة وطلبت الأجرة عليها أجيبت وإذا كانت للصغير مال كانت الأجرة في ماله، وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته ويقدر لها كفايتها بحسب حالها.

4- الحنابلة: للحاضنة حق طلب أجرة الحضانة ،وألام أحق بحضانته، ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا، ولكن لا تُجبر الأم على حضانة طفلها ، وإذا أُستاجرت إمرأة للحضانة لم يلزمها الرضاع ، وإذا امتنعت الأم سقط حقها وانتقل إلى غيرها وعلى الوجه المقدم .

فالحنابلة والشافعية ذهبوا إلى أن : الحاضنة تستحق الأجرة على الحضانة ، أن أجرة الحضانة تجب في مال الولد إذا كان له مال فان لم يكن له مال فان الأجرة تكون على من تجب نفقته إذا كان موجود ، أمَّا إذا لم يكن موجود فإنها تجب على غيره من الأقارب[2].

ثالثا: سكن الحضانة:

الأصل أن سكن ممارسة الحضانة هو مسكن الزوجية ، إذا كانت المطلقة في عدة الطلاق الرجعي ، أمَّا بعد الطلاق فسواء كانت الحاضنة أما أو غيرها فان سكن ممارسة

1 – حمدان عبد المطلب عبد الرزاق ، الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ،2008 ، ص58.

2 – محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 409.

الحضانة هو جزء من النفقة حسب جمهور الفقهاء ، ونفقة المحضون من ماله إذا كان له مال[1].

ثار خلاف فقهي حول استحقاق الحاضنة لسكن ممارسة الحضانة لكن ماهو متفق عليه بين اغلب الفقهاء ، هو أن توفير مسكن الحضانة أمر واجب .

1- المالكية: هو مكان إقامة الولد المحضون فليس له سفر نقله وتجوال من بلد إلى آخر أكثر من 133 كلم ، فإذا سافرت لمكان بعيد بهذه المسافة عن بلد إقامة الأب يسقط حقها في الحضانة وذلك لاحتياج المحضون لرعاية الولي ، ولا يسقط الحق في الحضانة بسفر في التجارة أو الزيارة أو الحج أو نحوه...

02- الحنابلة : متى أراد الأبوين الانتقال إلى بلد آمن مسافة القصر فأكثر ليسكنه فتسقط الحضانة ويكون للأب أحق مالم يُرد بنقله مضراتها ، فإذا أراد مضارة للام لم يسقط حقها في الحضانة[2].

03- الشافعية : إذا كان السفر من احد الزوجين المفترقين بالطلاق سفر للتجارة أو الحج ، وكان هذا الولد مميز ، فلن يسقط حقه في الحضانة ، أما إذا كان السفر سفر نقله ، في هذه الحالة الأب أولى بحضانة ولده بشرط امن الطريق وسلامة المحضون في السفر ، فإذا كان السفر مخوفاً أو البلد الذي يسافر إليه مخوفا فالمقيم أحق بحضانة الولد[3].

04- الحنفية : فرقوا في هذه الحالة بحالات مختلفة :

الحالة الاولى: إذا كانت الأم هي الحاضنة في حال قيام الزوجية ، أو أثناء عدة الطلاق أو وفاة فمكان الحضانة المكان الذي يقيم فيه الزوج ، ولا يمكن الانتقال بالمحضون إلا

1 – سراج محمد أحمد، محمد كمال إمام ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية د.س.ن، ص181،180 .

2 – وهبة الزحلي ، المرجع السابق ، ص738.

3- المرجع نفسه ، ص738.

بإذن الزوج لان الزوجة ملزمة بالتنقل وبمتابعة زوجها أينما وُجد[1].

الحالة الثانية: المعتدة هي أيضا ملزمة بالبقاء في مسكن الزوجية سواء مع الولد أو بدونه لقوله عز وجل :" **لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ** "[2].

الحالة الثالثة : الأم المطلقة بعد انتهاء العدة فمكان حضانتها هو أيضا مكان إقامة الزوج ، حيث أنه لا يمكنها الخروج بالطفل المحضون من مكان لآخر ، إلا انه يمكن للام الانتقال بالمحضون إلى مكان أين تم فيه العقد[3]، فإذا كان غير ذلك سقط حقها في الحضانة .

الحالة الرابعة : أما عن الحاضنات الأخريات من غير الأم كالجدة أو الخالة أو الأخت أو العمة ، فلا يمكنهن الانتقال بالمحضون إلا بإذن وليه أو برضاه ، وذلك كله مصلحة المحضون ، فإذا انتقلت به دون رضاه سقط حقها في الحضانة .

رابعا : حق الزيارة للمحضون

أشرنا من قبل أن الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين يعني إبعاده عن الآخر لكن هذا لا يمنع من أن يحكم للطرف الآخر بحق الزيارة ، فالصغير لا دخل له في الخلاف الذي حدث بين أبويه ، بل هو ضحية طلاقهما ، فافتراق الأبوين عن بعضهما لوحده من شأنه أن يسبب له عدة أضرار ، فكيف لو قاموا بإبعاده تماما عن الآخر ولهذا ومن اجل جبر الضرر، الذي سيلحق بالصغير وجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين أن يحكم بحق الزيارة لمصلحة الطرف الآخر، لأنه إذا كان الصغير بحاجة إلى أم ترعاه وتربيته وتقوم بشؤونه ، فهو أيضا بحاجة إلى أب يراه

1- فراج احمد حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،1998 ، ص234.

2- سورة الطلاق ، الآية 01.

3- وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ، ص 737.

ويعرفه ويمارس سلطته عليه[1] ، فإذا كان المحضون عند أمه فلا يمكن لها منع أبيه من زيارته ، وهي لا تجبر على إرساله إليه ، ونفس الحكم إذا كان المحضون عند أبيه .

أما بالنسبة لأوقات الزيارة فان رأي اغلب الفقهاء هو أن الزيارة لا تكون يومية في الأصل ، غير انه إذا كان مسكن الأم قريبا من المحضون فلا بأس أن تقوم بزيارته يوميا، واتفق اغلب الفقهاء على أن حق الزيارة مقرر فقط لوالدي المحضون دون سواهما [2] .

1- المالكية : إذا كان الولد المحضون عند الحاضنة فلأبيه حق رؤيته وللام أيضا في رؤية أولادها[3] .

2- الحنابلة والحنفية : حيث قالوا عن اختيار المحضون المميز أباه ، كان عنده ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة أمه ، ولا تمنع هذه الأخيرة من زيارة ابنها أما إذا اختار المحضون أمه ، كان عندها ليلا وعند أبيه نهارا ، وذلك ليؤدبه ويعلمه ، وزيارة الأم لأولادها ، والأولاد لأمهم تكون مرة في الأسبوع .

3- الشافعية: إن المميز إذا اختار أباه بعد تغيره في سن التمييز ، لم يمنعه من زيارة أمه وللأب سلطة في أن يمنع الأنثى من زيارة أمها ، إذا اختارت لتألق الصيانة وعدم الظهور للناس ، أما غير ذلك فللأم حق زيارة ابنتها ، وليس للأب الحق في منع زيارة الأم للمحضون ذكرا أو أنثى ، لأن في المنع قطع لصلة الرحم ، شرط أن لا تطيل المكوث والزيارة في نظر الشافعية مرة في يومين فأكثر، وقد أضاف الشافعية على أن المحضون مريضا فللأم أولى بتمريضه.

1-تواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائر،2010 ، ص887.

2-العمروسي أنور ، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع (دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذاهب الأربعة والقوانين الوضعية)، ج3، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 ، ص250،249.

3-عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص 401،400.

المطلب الثاني : الأحكام المتعلقة بالحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري

أولا : النفقة على المحضون

تعد نفقة الولد واجبة على الأب ، طبقا لنص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على انه:"تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال ،فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب."[1]

يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اخذ برأي جمهور الفقهاء ولعل الاختلاف الذي وقع بين الفقهاء هو حول ما يدخل ضمن مشتملات النفقة .

1- تعريف نفقة المحضون : إن قانون الأسرة الجزائري لم يورد تعريفا للنفقة ، بل تكلم عن أحكامها ، فالنفقة هي الأموال التي تنفق على الطفل من ملبس ومأكل ومصاريف العلاج وغير ذلك[2] .

2- شروط إستحقاق النفقة :

- **أن يكون الابن فقيرا لا مال له :** تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال فالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى غاية الدخول ، وتستمر في حالة ماذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية ، أو مزاولا للدراسة ، فالنفقة من واجب الأب على ابنه الذي لا مال له ، وتستمر حتى سن البلوغ للذكر والأنثى حتى تتزوج[3] .

- **أن يكون الأب معسراً :** لابد أن يكون الأب معسرا وأن يكون الابن محتاجا للنفقة إذا لم يكن له مال لكونه صغير سن ، وذو عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تضل البنت محل النفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج ، وينتقل واجب النفقة من الأب إلى إلام في حالة ما إذا كان

1- قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم، المرجع السابق، ص 11.

2- فضيل سعد ، المرجع السابق ، ص383.

3- بركات الربيع ، المرجع السابق ، ص20.

الأب عاجزا وألام قادرة على النفقة ، والمقصود بالعجز هنا هو عدم القدرة على الاسترزاق حيث نصت المادة 76 (ق أ ج) على :" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ."[1]

3- تاريخ استحقاق النفقة : تنص المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري على انه: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ."[2]

4- مشمولات النفقة : تشمل النفقة حسب المادة 78 (ق أج) على : الغذاء والكسوة والعلاج ، والسكن وأجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .

5- تقدير النفقة : القاضي هو الشخص الوحيد الذي يقدر النفقة المستحقة للأطفال، فله كل الصلاحية في تقديرها ، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا محددا من طرف القضاء ، لصالح أبنائه ، فله حرية منح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاءاً ولكن ليس له أن يمنحه اقل منه[3]، وما هو معمول به قانونا أن يراعي القاضي عند تقدير النفقة حالة الطرفين .

إن تقدير النفقة المستحقة للمحضون يرتكز أساساً على حالة الزوجين المادية، وهذا مقرر فها و قضاءاً ، والقضاء بما يخالف هذا يعد مخالفة للقواعد الشرعية[4]، ومما يتوجب على القاضي أن يراعي حال كل طرف على حدا، وهذا حسب ما جاءت به المادة 79 (ق أج) : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم."

وبخصوص مطالبة الحاضن بالنفقة فلقد أشارت المادة 80 (ق أ ج) تستحق النفقة

1- قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم، المرجع السابق ، ص 11.

2- المرجع نفسه ، ص 11.

3-أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص163.

4-بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الجزائر، 2012، ص446.

من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ، ولهذا فالنفقة أمر واجب ولا يسكت عليه لمدة طويلة ، ولكن مع ذلك قد لا تدرك الحاضنة الإجراءات الواجب اتخاذها مما يجعلها لا تطالب بالنفقة لمدة طويلة ، لذلك فان المشرع جاء باستثناء عن الأصل مفاده ، إذا ما قُدمت بينة للقاضي فبإمكانه أن يحكم بالنفقة بأثر رجعي ، فإذا لم تستعمل الحاضنة حقها ، في طلب نفقة الأولاد ، ومضى على ذلك أكثر من سنة ضاع حقهم في النفقة، وفيما يتعلق بإعادة النظر في النفقة ، فالأسس الذي يعتمد عليها القاضي غير ثابتة بل هي متغيرة فمراجعة النفقة لا يكون تلقائيا بل بناءا على طلب قضائي، وعلى القاضي أن يعتمد على نفس الأسس التي اعتمد عليها في تقدير النفقة، لأول مرة وعلى المستفيد من حكم النفقة ، أن يقدم نسخة من الحكم الملتزم بها لغرض الحصول عليها ، ونظرا للمشاكل المتعلقة بدفع النفقة وما ينعكس عنها،من اكتظاظ للقضايا التي تتعلق بها ، فيجب إنشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية وأجرة السكن،لمخصص لإنشاء السكن والتي يبقى تحصيلها بكل طرق التنفيذ القانونية[1].

ثانيا : أجرة الحاضنة

نلاحظ أن المشرع الجزائري سكت تماما عن هذه المسالة ، فالبعودة إلى قانون الأسرة وباستقرائنا لجميع المواد المتعلقة بالحضانة ، لا نجد أي نص يعالج مسالة أجرة الحاضنة

ليضل التساؤل قائما في القول باجرة الحاضنة من عدمها ، سيما وأن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، وأن فقهاء الشريعة ليسوا على قول واحد في هذه المسألة ، وتضل المسالة في غياب الحسم واجتهادية على ضوء ما أدلى به[2].

1- نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000 ، ص 318-323 .

2- باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص156.

ثالثا: سكن الحضانة

المشرع الجزائري نص على ضرورة توفير السكن للحضانة عملاً بنص المادة **72** من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 بقولها :" **في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر ، لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة ، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.**[1]"

يُفهم من هذه المادة أن الأب هو المكلف قانونا بتوفير سكن ممارسة الحضانة وان لم يكن قادرا على توفير المسكن، فإنه عليه دفع أجرة السكن.

وبناءاً عليه ومن اجل تطبيق هذه المادة ، أي من اجل الحكم للمطلقة الحاضنة باستحقاقها لمسكن ، لتمارس فيه الحضانة ، وجب أن تتوفر جملة من الشروط وتتمثل فيما يلي :

1- وجوب صدور حكم نهائي بطلاقها ، ويجب أن يتضمن هذا الحكم إسناد حضانة الأولاد لها.

2- يجب أن تكون الحاضنة هي أم المحضون ، لو كانت الحاضنة التي أسندت لها الحضانة هي جدة المحضون أو عمته، لكان بإمكانها الانتقال بالمحضون إلى مسكنها دون الحاجة إلى توفير مسكن من الأب .

3- يجب أن يكون الأب يملك مسكنا ملائما يمنحه لممارسة الحضانة ، أمَّا إذا لم يكن له مسكن ففي هذه الحالة عليه أن يدفع للحاضنة مبلغا يساوي قيمة إيجار السكن[2].

1- قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق ، ص 11.

2- سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط4، دار هومة الجزائر،2010 ، ص145،146.

والجديد الذي أتى به المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 ، هو ماورد في الفقرة الثانية من المادة **72** حيث نصت على مايلي :"**وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**[1]."

فلقد أثارت هذه الفقرة الكثير من الجدال ، فكانت محل انتقاد الكثير من القانونيين ومن هذه الانتقادات :

أنه في حالة عدم امتلاك الأب لمسكن آخر (أي في حالة المسكن الوحيد) ، فإن تطبيق هذه الفقرة سيؤدي إلى تشرد الأب ، وحسب رأينا فان القول ببقاء الأب في مسكن الزوجية مع الحاضنة التي أصبحت أجنبية عليه أمر غير منطقي ، وغير شرعي ، أما إذا قيل ببقاء الأب في السكن وخروج الحاضنة وأولادها ، فانه حسب رأينا يتشرد الأب اقل خطورة من تشرد الحاضنة والصغار، فإننا نرى بنصه على هذه الفقرة حسنا فعل فهو أمر فيه مصلحة للمحضون بالدرجة الاولى.

الانتقاد الثاني هو ما أتى به الأستاذ عبد العزيز سعد ، وهو أن تطبيق هذه الفقرة أمر يكاد يكون مستحيلا ، لأن الزوجة عادة ما تخرج من البيت الزوجية بمجرد طلاقها فلا يمكن تصور بقائها في بيت طليقها إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن[2].

وهناك أشكال آخر يثور في هذه المسالة وهو حول المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة؟

فما ذهب إليه الفقهاء كما ذكرناه سابقا ، هو انه إذا كانت الزوجية قائمة فلا شك بان الزوجة من واجبها ممارسة الحضانة في بيت الزوجية ، وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعي [3] ، لكن عند حدوث الطلاق بين الزوجين ، أو عند انتهاء العدة فيحق للحاضنة الانتقال بالولد المحضون إلى مكان آخر غير بيت الزوجية من اجل ممارسة

1 – قانون رقم 84–11، متضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم، المرجع السابق ، ص11.

2– سعد عبد العزيز، المرجع السابق ، ص 146.

3– تواتي بن تواتي ، المرجع السابق ، ص 877.

الحضانة ، غير أن هذا المكان يجب أن يكون قريبا من الأب حسب جمهور الفقهاء، إذ يجب أن تمارس الحضانة في مكان يستطيع فيه الأب زيارة ابنه ومراقبته[1]، أما إذا انتقلت الحاضنة بالمحضون إلى مكان بعيد أو بلد آخر ، فإن هذا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها حسب بعض الفقهاء ، هذا إذا كان السفر بنية الاستيطان ، أما إذا كان السفر مؤقتا فلا تسقط الحضانة[2] ، وهذا ماسنفصل فيه في المبحث الثاني .

أمَّا عن موقف المشرع الجزائري ، فإنه وباستقرائنا للمادة **69 (ق أج)** نجد أنها تنص على مايلي:" **إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون.**"[3]

يُفهم من نص المادة أن مسالة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، حيث يمكن له أن يقر الحضانة ويسمح بانتقال المحضون ، إذا تبين له أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك ، بحيث وكاستثناء ومراعاة لمصلحة المحضون يمكن إسناد حضانة الأولاد للأم المقيمة خارج الإقليم الجزائري [4] ، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها [5].

1- تواتي بن تواتي ، المرجع السابق ، ص 878.

2- السرطاوي محمود علي، فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق) ، ط1، دار الفكر، الأردن،2008 ، ص239.

3- قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم ، الرجع السابق، ص 11.

4- د غالي كحلة، المرجع السابق ، ص173.

5 - قرار المحكمة العليا ،غ أ ش ، ملف رقم 426431 المؤرخ في 12 مارس 2008 ، مجلة المحكمة العليا العدد 1 ، 2008 ، ص 271 . الذي جاء فيه:...لكن حيث انه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قراراهم على أن الأم أولى بحضانة أبنائها وان مصلحتهم تقتضي بقائهم عندها بفرنسا لأنهم يدرسون هناك كما هو ثابت من الشهادات المدرسية،وحيث أن فضلا عن ذلك وبالرجوع إلى أوراق الملف وخاصة الحكم المستأنف فان الطاعن نفسه لم ينكر أن الأبناء انتقلوا مع أمهم إلى فرنسا على أمل أن يلتحق بهم بعد تسوية وثائقه الإدارية،إلا انه عند استحالة ذلك طلب من المطعون ضدها الرجوع إلى محل الزوجية ،إلا أنها رفضت مما يدل على وجود الأبناء بفرنسا كان بموافقة الطاعن نفسه ،وبالتالي فان قضاء المجلس لما راعوا مصلحة المحضونين لم يخطئوا في تطبيق القانون."

كما أن مسالة الانتقال بالمحضون من شانها أن تكون سببا في إسقاط الحضانة عن المحضون ، إذا تبين له دائما أن مصلحة المحضون تقتضي بقائه في موطن أبيه، وهذا ما أكده القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا ، فقد قضى بان إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي يعبدا عن رقابة الأب مخالف للشرع والقانون[1].

رابعا : حق الزيارة للمحضون

إن الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين يعني إبعاده عن الآخر ، لمن هذا لا يمنع من أن يحكم للطرف الآخر بحق الزيارة ، فالصغير لا دخل له في الخلاف الذي حدث بين أبويه بل هو ضحية طلاقهما ، فافتراق الأبوين عن بعضهما لوحده من شانه أن يسبب له عدة أضرار ، فكيف لو قاموا بإبعاده تماما عن الآخر، ولهذا ومن اجل جبر الضرر الذي سيلحق الصغير ، وجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة لأحد الأبوين أن يحكم بحق الزيارة لمصلحة الطرف الآخر ، لأنه إذا كان الصغير بحاجة إلى أم ترعاه وتربيته والقيام بشؤونه ، فهو أيضا بحاجة إلى أب يرعاه ويعرفه ويمارس سلطته عليه[2].

فإذا كان المحضون عند أمه ، فلا يمكن لها منع أبيه من زيارته ، وهي لا تُجبر على إرساله إليه ، ونفس الحكم إذا كان المحضون عند أبيه .

أما بالنسبة لأوقات الزيارة فكما اشرنا سابقا أن رأي اغلب الفقهاء هو أن الزيارة لا تكون يومية ، بل تكون يوما في عدة أيام كأصل .

كما تجدر الإشارة إلى انم اتفق عليه الفقهاء هو أن حق الزيارة مقرر فقط لوالدي المحضون دون سواهما[3].

1- غ أ ش ، قرار رقم 59013، صادر بتاريخ 1990/02/19، (قضية :ن إ ضد ف ب) ، مجلة قضائية ، عدد 4 1991 ، ص 596.

2-تواتي بن تواتي ، المرجع السابق ، ص887.

3-العمروسي أنور ، المرجع السابق ، ص 249،250.

أما عن موقف المشرع الجزائري ، فقد نص في المادة **64 (ق أ ج)** :"...**وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.**"[1]

فمن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري قد اعترف بصريح العبارة بحق الزيارة ، فأوجب على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة ، أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه، أي حتى ولو لم يطلب الإطراف ذلك ، مع العلم أن هناك قاعدة مفادها أن القاضي لا يمكن له أن يحكم بما لم يطلبه الإطراف ، والمشرع قد اخرج القاضي من هذه القاعدة[2].

وترك المشرع الجزائري تحديد أوقات الزيارة ، خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي أي هو الذي يحدد ما إذا كانت الزيارة مرة في الأسبوع أو مرتين ، غير انه لا يجب أن تكون مرات الزيارة قليلة ، إلى حد تضر بالصغير، فقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها[3] ، أن الحكم بحق الزيارة مرتين في الشهر خرق للقانون ، ومن حق الأب زيارة أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع .

وعادة ما تحدد أوقات الزيارة في عطلة نهاية الأسبوع ، وهو الأنسب حسب رأينا لأنه في مثل هذه الأوقات يكون من تقرر له حق الزيارة غير منشغل ، كما لا يكون المحضون منشغلا بدراسته إذا كان مزاولا للدراسة ، مما سيمكنهما من قضاء وقتهما معا دون عائق.

وما نلاحظه في هذه المادة أن المشرع ، سكت عن أصحاب الحق في الزيارة فكما أشرنا من قبل فان معظم الفقه يرى أن أصحاب الحق في الزيارة هما الوالدان فقط .

1- قانون 84-11 ، المتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق ، ص 10.

2-سعد فضيل ، المرجع السابق ، ص297.

3-غ أش، قرار رقم 59784، صادر بتاريخ 1990/04/06 ، مجلة قضائية، عدد4 ،1991، ص 126.

لكن القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا نجد انه قد قرر بان القضاء بحق الزيارة للجد تطبيق صحيح للقانون[1].

كما نلاحظ انه لم تحدد المادة مكان الزيارة ، بل تركه يخضع للقاضي ، غير أنه لا يجوز أن يكون هذا المكان ، هو مكان إقامة الزوجة ، وهذا ما إستنتجناه من قرار المحكمة العليا ، حيث قضت بأن تحديد مكان حق الزيارة ببيت الزوجة بعد طلاقها أمر مخالف للقانون لأنها أصبحت أجنبية عنه[2].

المبحث الثاني : نطاق الحضانة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

إن حق الحضانة كما نعلم ليس بالحق المطلق الذي يناله الشخص ، دون أي تقييد بضوابط تحدد أسباب نيله وأسباب فقدانه ، لذلك فانه يسقط بتخلف احد الضوابط التي يمكن أن تكون إجبارية يكون خلالها صاحب الحق مجبرا على تركه ، وأما أن يكون مخيرا في ترك هذا الحق لا سباب تتعلق به ، كما هناك مدة معينة حث عليها الشرع والقانون تنتهي بمدة الحضانة بمدة معينة .

ولهذا تم تخصيص المطلب الأول لإنتهاء مدة الحضانة وحالات سقوطها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، وفي المطلب الثاني تناولنا عودة الحضانة إلى مستحقيها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول : إنتهاء مدة الحضانة وحالات سقوطها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

كلنا نعلم أن للحضانة مدة تنتهي فيها ، وتختلف إذا كان المحضون ذكرا أو أنثى

1- غ أ ش، قرار رقم 189181، صادر بتاريخ 1998/04/21 ، (قضية ش أ ضد م س) ، إجتهاد قضائي ، عدد خاص 2001، ص194.

2- غ أ ش ، قرار رقم : 214290، صادر بتاريخ 12/15/ 1998، (قضية م ن د ضد ج ب) إجتهاد قضائي، عدد خاص ، 2001 ، ص 194.

وقد تصيب صاحب الحق في الحضانة مانع من موانع سقوط الحضانة ، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب .

الفرع الأول : إنتهاء مدة الحضانة وحالات سقوطها وفقا للشريعة الإسلامية

الملاحظ أن : إنتهاء مدة الحضانة وسقوطها موضع خلاف الفقهاء وغاية كل رأي تقديم ما فيه الأفضل والأكمل لرعاية الصغير ، ودفع الضرر عنه لمصلحة المجتمع[1].

أولا : إنتهاء مدة الحضانة وتمديدها في الفقه الإسلامي

إن مدة الحضانة تقدر بقدر حاجة المحضون إليها وتنتهي بانتهاء حاجته إليها وذلك عند استغناءه عن الحضانة ، وذلك ببلوغه سنا معينة مع اختلاف في السن بين الذكر والأنثى وقد اتفق الفقهاء على أن الحضانة تبدأ من الولادة إلى سن التمييز .

1- انتهاء مدة الحضانة في الفقه الإسلامي : إن الطفل منذ ولادته إلى أن يبلغ أشده يمر بمرحلتين ، الأولى وهي زمن الحضانة والثانية يكون فيها تحت رعاية وليه من الرجال[2] ، وأن : إنتهاء مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه السن التي يستطيع فيها الاستغناء عن النساء بحيث يقوم بحاجياته بنفسه ، والأنثى ببلوغها السن الطبيعي وعلامات البلوغ الطبيعي الحيض ، ولكن نلاحظ اختلافا بين المذاهب[3] .

1- أ/ فقهاء الحنفية: عرضوا هذه المسالة فحددها بعضهم بصفات معينة تظهر في المحضون لتكون دليلا لإنهاء مدة الحضانة ، وحددها آخرون بسن معينة تقديرا على الحال والظرف وطبيعة الأجواء والزمن ، فقال السرخسي :" فإن كان غلاما فحتى يأكل وحده ويشرب وحده ، ويلبس وحده، وفي توادر بن رشيد ويستنجي وحده ، وإن كانت جارية فهي أحق بها حتى تحين." ، وينقل قول محمد في نوادر بن هشام " إذا بلغت حد الشهوة فالأب أحق بها "، وابن عابدين في حاشيته يوضح معنى الاستنجاء بعلم الطهارة

1- محمد عليوي ناصر، المرجع السابق ، ص126.

2- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 742.

3- محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص81.

الشاملة للوضوء ، وقد نقل ابن همام عن محمد وعن أبي يوسف أن الجارية تدفع الأب إذا بلغت حد الشهوة .

أما من حدد انتهاء الحضانة ومدتها بالسنين ، فقد نقل ذلك عن الخصاف رحمه الله في البدائع بقوله : " وذكر الخصاف سبع سنين أو ثماني سنين أو نحو ذلك" ، وابن الهمام ينقل قول الخصاف وينقل عن الكافي أن عليه الفتوى نصه"والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لا ما قبل انه يقدر بتسع" وابن عابدين يحدد عمر المكلف بالطهارة بسبع سنين فيقول : " وقدر بسبع وهو قريب من الأول بل عينه ، لأنه حينئذ يستنجي وحده ، ألا ترى مايروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال :" مروا صبيانكم إذا بلغوا سبعا – والأمر بها لا يكون إلا بالقدرة على الطهارة وبه يفتي لأنه الغالب ، وقيل بتسع سنين"،كما قدر بلوغ الجارية يعرف أما بالحيض أو الإنزال أو السن[1].

والذي افهمه مما سبق ، أن تحديد سن البلوغ بسبع سنوات للولد ، وتسع سنوات للبنت هو المفتى به ، فإذا تعذر تحديد السن ، رجع إلى الصفات التي تحدد الاستغناء أو البلوغ فتكون عنصرا مساعدا في الكشف عن الحقيقة ، ومعرفة سن الولد أو البنت لانتهاء مدة الحضانة[2].

2-ب/فقهاء المالكية : قالوا أن حد انتهاء الحضانة للذكور هو الاحتلام ، وحد انتهاء الحضانة للأنثى حتى تتزوج، فالإمام مالك رضي الله عنه قال :"حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء." ، وقال في انتهاء حضانة الجارية : "حتى تبلغ مبلغ النكاح وخيف عليها نظر فان كانت أمها في حرز وتحصين كانت أحق بها أبدا حتى تنكح، وإن بلغت ابنتها ثلاثين سنة أو أربعين سنة مادامت بكرا ، فأمها أحق بهام الم تنكح.."

1- محمد عليوي ناصر ، المرجع السابق ، ص126،127.

2- المرجع نفسه ، ص128.

ويذكر الدسوقي في شرحه قول الدردير :" وحضانة الذكر من ولادته للبلوغ ، فإن بلغ ولو زمنا أو مجنونا سقطت عن الأم واستمرت نفقته على الأب كما مر ، وعليه القيام بحقه ولا تسقط حضانته عن المشكل ، مادام مشكلا ،وحضانة الأنثى كالنفقة يعني حتى يدخل بها الزوج " ، وبهذا القول قال العدوي إلا انه فسر الاحتلام بالإنزال في النوم لرؤية الجماع أو غيره وهو قول الرهوني كذلك.

وكل ما قاله المالكية في بقاء البنت عند أمها حتى تتزوج ، شرطه توفر الحرز والتحصين، فلو كانت الأم في غير تحصين ولا حرز ، فيكون للأب والأولياء أخذها منها[1].

3- ج/ فقهاء الحنابلة: قالوا مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين ، واتفق أبواه أن يكون عند احدهما فانه يصح، وإن تنازعا خيّر الصبي فكان من اختار منهما [2]، واشترط الحنابلة لتخيير الغلام شرطين : أن يكون الأبوان وغيرهما أهلا للحضانة ، وأن لا يكون الغلام معتوها ، فإن كان معتوها ، كان عند الأم ولم يخيَّر، لأنها أحق بكفالة ولدها المعتوه[3] ، أما الأنثى فترغم على حضانة أبيها حتى تتزوج[4].

4- د/ فقهاء الشافعية: خالفوا كل الآراء السابقة وقالوا "ليس للحضانة مدة معينة"[5] وإن الأم أحق بالغلام إلى سن التمييز ، فإذا ميَّز خيّر بين الأبوين والذكر والأنثى

1- محمد عليوي ناصر، المرجع السابق ، ص129،130.

2- عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1990 ، ص599.

3- البهوتي، شرح منتهى الإيرادات تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ناشرون ، بيروت ، لبنان ط1 ، 2000 ، ص5 .

4- 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، 2008 ، ص148.

5- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق ، ص598،599.

في ذلك سواء[1]، وهذا ماروي عن أبي هريرة رضي الله عنه ، في مسالة وجود التخيير في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، وذلك عندما قضى بها في شان نزاع بين المرأة ومطلقها الذي أراد اخذ ابنها منها ، ففي هذا الصدد ، أمر الرسول صلى الله عليه وسلم إن يخيّر بين أبيه وأمه ، فاختار أمه فانطلقت به .

5-هـ/فقهاء الظاهرية : تنتهي الحضانة عندهم بالبلوغ في الأنثى والذكر حين يكون الحاضن مسلما صالحا ، إلا إذا كانت الأم كافرة فمدة الحضانة فقط مدة الرضاع ، ثم إذا ميّز الصغير فلا حضانة للكافرة والفاسقة[2].

6- و/فقهاء الامامية: تنقسم مدة الحضانة عند الامامية إلى مدتين ، الأولى مدة الرضاع وهي حق مطلق للام دون نزاع سواء كان الرضيع ذكرا أو أنثى، والثانية ما بعد الرضاع (بعد سنتين) فالولد تصير حضانته إلى الأب ، والبنت تبقى في حضانة الأم إلى السبع وقول إلى التسع[3].

2 - تمديد مدة الحضانة في الفقه الإسلامي : إن تقدير الفقهاء لمدة الحضانة لا يمنع من تمديدها وفي هذا المجال سنتعرض إلى الاختلافات الموجودة بين المذاهب :

2-أ /الحنابلـة: إذا بلغ الغلام الغير معتوه سبع سنين خيّر بين أبويه إذا تنازعا فيه.

2-ب/الشافعية : إذا افترق الزوجان ولهما ولد مميز ،ذكر أو أنثى، سبع سنين أو ثمانية وصلح الزوجان للحضانة وتنازعا فيه خيّر بينهما، وكان عند من اختير بينهما كما وسبق وان فعل الرسول صلى الله عليه وسلم ، والمميز اعرف بمصلحته، فإذا اختار

1- عبد المطلب عبد الرزاق دحمان ، الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الإزاريطة ، 2008 ، ص45.

2- محمدعليوي ناصر، المرجع السابق، ص133.

3- المرجع نفسه ، ص131،132.

أحدهما إمتنع الآخر عن كفالته وإذا امتنع الأبوان وبعدهما مستحقي الحضانة فيجب بالحضانة من تلزمه نفقته.

3-جـ/الحنفية: الحاضنة أُم ، أَم غيرها أحق بالغلام حتى يستغني عن خدمة النساء، وهنا لا ضار في تخييره بين والديه ،وقد يختار من لا يحقق مصلحته لقصور عقله، كما يقول الكساني رحمه الله : " ولان تخيير الصبي ليس بحكمته لأنه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ، ومعالم الدين فيختار شر الأبوين ، وهو الذي يفهمه ولا يُؤذيه."

4- د/المالكية: عدم تخيير المحضون بين أبويه وإنما يضم ذكر كان أو أنثى إلى وليه[1].

ثانيا : حالات سقوط الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية

إن الحضانة لا تثبت للأبد ، وإنما هي مجرد آداء أوجبه الشرع ولقد أوردت الشريعة أسباب مسقطة لهذا :

1- تزوج وتنازل و سكوت الحاضن

أ-تزوج الحاضنة بغير قريب محرم : لقد اشترط الفقهاء وجوب خلو الأم الحاضنة من الزوج غير المحرم بالنسبة لمحضونها خوفا عليه ، وإن وجد ذلك كان حقها معرضا للسقوط وحول هذا كانت آراء الفقهاء في هذه المسالة :

فيرى المالكية : إن الحضانة تسقط بزواج الحاضنة ودخول الزوج بها ، واستدلوا بذلك بحديثه صلى الله عليه وسلم : "أنت أحق بهم الم تنكحي" [2].

1- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط3، مؤسسة الرسالة، ج10، بيروت، لبنان، ص33.

2- بن جريبع فضيلة، مسقطات الحضانة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي ، مذكرة ماستر ، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2013-2014، ص17،18.

والحنفية : يرون أن الحضانة لا تسقط بالتزويج ، فنقل مُهنّا عن احمد إذا تزوجت الأم وابنها الصغير أُخذ منها ، قيل له فالجارية مثل الصبي ؟ قال لا الجارية تكون معها إلى سبع سنين فظاهر هذا انه لم يُزل الحضانة عن الجارية لتزوج أمها ، وأزالها عن الغلام ، ووجه ذلك ماروي أن عليا وجعفر وزيد بن حارثة ، تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي: ابنة عمي وأنا أخذتها ، وقال زيد: ابنة أخي ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر : ابنة عمي وعندي خالتها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "الخالة أم"وسلمها إلى جعفر[1].

ويرى الشافعية : أن زواج المطلقة يسقط حقها في الحضانة ، فإذا تزوجت المرأة سقط حقها في الحضانة ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الحسن البصري : لا يسقط حقها **لقوله تعالى:" وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ "**[2]، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها .

أما الحنابلة : فيرون انه لا حضانة لامرأة متزوجة لأجنبي من الطفل ،وإذا تزوجت الأم سقطت حضانتها ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه أهل العلم ، قضى بهش ريحُ وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي[3].

ب- تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة : إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة ، فإنها تسقط بإسقاطها ، لأنها خالص حقها كالطلاق .

ولا تجبر عليها إذا امتنعت أو تنازلت عنها ، بعوض أو بغير عوض ، إلا إذا تعين لها بان لم توجد غيرها لامتناع الغير ، من المستحقين أو المحضون أو إعسار الأب ولا وجود لمال للمحضون ، فان حقها لا يسقط بإسقاطها ،وتجبر على الحضانة لأن

1- بن جريبع فضيلة، المرجع السابق ، ص18.

2- سورة النساء ، الآية 23.

3- جريبع فضيلة ، المرجع السابق ، ص 19،20.

حق المحضون أقوى من حقها ، لقوله تعالى " **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** .... "[1].

ج- سكوت الحاضن في المطالبة في حقه في الحضانة : وذلك في حالتين :

الحالة الاولى: عدم مطالبة صاحب الحق في الحضانة بالمطالبة بها مع علمه بها ، أما إذا كان لا يعلم وسكت عنها فلا يسقط حقه مهما طالت مدة السكوت.

الحالة الثانية : إن كان يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة ، وإن كان يجهل ذلك لا يبطل حقه فيها بالسكوت لان الأمر يعذر بجهله[2].

2- السفر واختلال احد الشروط وسكن الحاضنة:

أ/السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي : إذا كانت الحاضنة أم وانتقلت به إلى مكان آخر أجنبي يسقط حقها في الحضانة ، أما إذا كان الأب فلا يسقط حقها في الحضانة[3].

إلا أن هذا الرأي انتقد من قبل حزم الظاهري على أساس انه لا القران ولا السنة جاء ينص في هذا المجال ، فاعتبره مشرع باطل ممن قال به .

فقال الحنفية : إذا كانت الزوجية قائمة بين الزوجين ، أو كانت الزوجة في العدة من الطلاق الرجعي فليس لها الخروج بولدها من مكان إقامتها إلى بلد آخر ، إلا بإذن زوجها وإذا كانت الزوجية قد انتهت بالفرقة وانقضاء العدة ، وكان بين الزوجين محضون فان للزوجة الخروج بالمحضون إلى بلد قريب ، لأن البعد يقطع الأب عن ابنه ، فإذا كان

1- سورة البقرة ، الآية 233.

2- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 734.

3-عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص529.

بإمكان الأب زيارة الولد ، والرجوع قبل الليل فيجوز للحاضنة الانتقال به لان هذه المسافة تعتبر بين البلدين كبيرة ففي ذلك تفصيل[1].

وقال المالكية : قالوا بأنه ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلدة أخرى ليس فيها أب المحضون أو وليه إلا بشروط :

– أن تكون المسافة اقل من ستة برود، فان كانت اقل فانه يصح لها أن تستوطن فيها ولا يسقط حقها في الحضانة

– أن يكون السفر للإقامة والاستيطان ، أما إذا كان للتجارة أو لقضاء حاجة فان لها أن تسافر به ولا يسقط حقها في الحضانة .

أما الشافعية فقالوا : أنه إذا أراد الحاضن أو الولي سفر الحاجة أو التجارة بقي الولد بيد المقيم حتى يرجع من سفره ، ثم إن كان مميزا يُخيّر في البقاء مع أيهما يشاء أما إذا أراد سفر نقله والاستيطان فان الولد يتبع العاصب من الأب أو غيره سواء كان مسافرا أو مقيما بشرط أن يكون ببلدة الحاضن عاصب غيره مقيم ، وإلا خيّر الولد المميز في الإقامة مع أيهما يشاء ولا حق للعاصب المسافر، في أخذه معه .

ويرى الحنابلة : انه إذا أراد احد الأبوين السفر إلى بلدة أخرى فان الولد يبقى مع الأب سواء كان هو المسافر أو المقيم بشروط:

– أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر.

– أن تكون الطريق مأمونة وتكون البلدة المنتقل إليها كذلك[2].

– أن يكون السفر سفر نقلة واستيطان، فإن كان لتجارة أو حج كان الولد من حق المقيم.

– أن لا يريد بالسفر مضارة للآخر وانتزاع الولد من يده.

1– بن جريبع فضيلة ، المرجع السابق ، ص45.

3– بن جريبع فضيلة ، المرجع نفسه، ص44–47.

ب/ إختلال احد الشروط: والتي بدونها يسقط حق الحضانة ونذكر منها:

- **تربية المحضون على دين أبيه** : إذا كان الحاضن كافر تسقط الحضانة والردة أيضاً تسقط الحضانة على رأي المذهب الشافعي والحنبلي [1].

- **القدرة على حماية المحضون وحفظ صحته ورعايته** : فالعجز والعاهة وكبر السن تسقط الحضانة لأنها تمنع من رعاية المحضون رعاية سليمة [2].

-**عدم فُسق الحاضن** : فُسوق الحاضن ، يؤدي إلى فسوق المحضون، فقد اتفق كل المذاهب الأربعة على انه لا حضانة لفاسق لأنه غير موثوق به في آداء الواجب من الحضانة ، ولا حظ للولد في حضانته لأنه ينشا على طريقته [3].

ج/ سكن الحاضنة: إذا كانت الحاضنة متزوجة بغير قريب محرم ووجد المحضون ببيته يسقط الحضانة عنها ، وهذا ماجاء به الفقه المالكي ، والسقوط يمس الجدة والخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم[4].

الفرع الثاني : إنتهاء مدة الحضانة وحالات سقوطها وفقا لقانون الأسرة الجزائري

أولا : إنتهاء مدة الحضانة وتمديدها في قانون الأسرة الجزائري

1- إنتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 65 من (ق أ ج) :"تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه سن 10 سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج .."[5]

1- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق ، ص596،597.

2- المرجع نفسه، ص597.

3- المغني بن قدامة ، المجلد التاسع، دار الكتاب العربي، مصر، (بدون سنة النشر)، ص305.

4- مصطفى البغا، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ، المجلد2، دار القلم، دمشق، سوريا (بدون سنة النشر)، ص188،189.

5- قانون 84-11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 10.

واضح انه من خلال هذه المادة أن مدة الحضانة تنقضي ببلوغ الذكر 10 سنوات أما الأنثى حددها سن الزواج والتي أقرتها المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري (19سنة) "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19سنة ..."[1].

كما أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1986/05/05 يقضي :" من المقرر قانونا أن تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى سن الزواج ،ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم للأساس القانوني لما كان ثابت في – قضية الحال– أن المجلس القضائي ، كما لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

1– تمديد مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

جاءت بها المادة 65 من (ق أج):"...وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[3].

من خلال هذه المادة يتضح انه يمكن تمديد الحضانة للذكر من عشر سنوات إلى ستة عشر سنة ، إذا انتهت المدة القانونية ، وطلبت الحاضنة من المحكمة تمديدها شرط أن يكون الحاضن طالبا التمديد هو الأم ، وأن لا تكون متزوجة برجل آخر ليس ذا محرم للمحضون ، فإن حكمت الأم بحق الحضانة وعمرة خمس سنوات ثم بلغ العاشرة من عمره وانتهت المدة القانونية له ، فإن من حقها أن تطلب من المحكمة تمديد مدة الحضانة وإبقائه عندها، إلى أن يبلغ ستة عشر سنة ، أما بشان الحاضنتين من غير الأم فلا يجوز لا لام ولا لغيرها طلب تمديد اجل انتهاء حضانة الفتاة المطلق [4]، وهذا ماتقرر في القرار

1– قانون 84–11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 02.

2– بلحاج العربي سعد، المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 41473، ص122.

3– قانون 84–11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 10.

4– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1996، ص298،299.

الصادر عن المحكمة العليا في 1990/12/10 مفاده : "من المقرر قانونا انه لا يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون ، وحتى تبين من القرار المطعون فيه إن الحضانة للطفل ليست أمه التي تزوجت شخص غير محرم فان الشروط المطلوبة غير متوافرة ويتعين بذلك القول أن الدفع المثار غير مؤسس ويرفض "[1].

ثانيا : حالات سقوط الحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري

تسقط الحضانة إذا وجد مانع يمنع استحقاقها ، أو زال شرط من شروط استحقاقها [2] ومن هنا فان حالات سقوط الحضانة كالآتي :

1- تزوج الحاضنة بغير قريب محرم : من شروط استحقاق الحضانة أن لا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي ، وهذا مانصت عليه المادة **66 (ق أ ج)** :" **يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون**"[3] .

وعليه فان كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو كانت متزوجة بغير ذي رحم محرم له فلا حق لها في الحضانة ، أما إذا كانت متزوجة بقريب محرم للصغير كعمه فلا يسقط حقها فيها[4] ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/13 "إذا كان القاضي قد أعطى الترتيب الأول للام في حضانة أولادها ، إلا انه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم"[5].

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1990/12/10، ملف رقم 66552، المجلس القضائي 1990 العدد 02، ص89.

2- عبد المطلب عبد الرزاق دحمان، المرجع السابق، ص82.

3- قانون 84-11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 10.

4-عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وإحكام الفقه الإسلامي،مطبعة تالة (بدون بلد النشر)،1999-2000.

5-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2005/07/13، الملف رقم341320، نشرة القضاة ،2008 العدد 62، ص385.

وعندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها تقرر المحكمة منح الحضانة إلى غيرها كالأب أو من اسند إليهم القانون هذا الحق وهذا تطبيقا للشريعة الإسلامية[1].

والملاحظ أن المشرع الجزائري اخذ برأي الجمهور ، حيث اسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها يغير ذي رحم للمحضون ، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في مراعاة مصلحة المحضون دائما ، فإن سقوط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها:

-**عدم وجود من يحضن الطفل غير إلام :** فبدل من وضع المحضون في دار من دور الحضانة ، فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها وكذلك الأمر إذا كان يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته[2].

- **أن لا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها احد ممن لهم الحق في الحضانة:** ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة وفقا لما نصت عليه المادة **68 (ق أ ج) :** " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها."[3]

- **أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لامه عن تراض:** وتجدر الإشارة إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة ، إذ لا بد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط .

والملاحظ أن علة إسقاط الحضانة بالتزويج هو انشغالها عن المحضون ، حيث تكون في خدمة زوجها ورعاية أمور بيته ، وهذا يمنعها من القيام بواجب الحضانة[4].

1- فضيل سعد، المرجع السابق ، ص378.

2- بن جريبع فضيلة، المرجع السابق ، ص 24.

3- قانون 84-11 ، يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 11.

4-خالد عبد العظيم احمد أبو غاية، حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2013 ، ص174.

غير انه يحق لها المطالبة باستعادة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها الغير اختياري أي بعد طلاقها من الأجنبي غير المحرم ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/07/21 انه : " من المقرر قانونا انه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومتى تبين – في قضية الحال – أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فان قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لإحكام المادة 71 من قانون الأسرة[1] قد طبقوا صحيح القانون"[2].

فالواضح أن المشرع جاء بمبدأ عام وهو اعتبار الزواج سببا مسقطا للحضانة ولم يرد عليه استثناءات التي ذكرناها سابقا ، وإنما جعلها قاعدة صارمة كلما تحقق الزواج توجب على القاضي إسقاط الحضانة عن صاحبتها متى اثبت المدعي ذلك .

ولهذا ينبغي على المشرع تدارك الثغرات ، وإدخال التعديل على المادة 66 من قانون الأسرة ، وجعل إسقاط الحضانة بالزواج كمبدأ عام ولكن ترد عليه استثناءات تحقيقا لما هو أصلح وانفع للمحضون ، بالإضافة إلى تحديد الوقت الذي تسقط فيه الحضانة وهو التاريخ الذي يمكن للمدعي أن يرفع دعواه أمام القضاء ، والمطالبة بإسقاط الحضانة فهل تبدى من تاريخ الدخول ؟ أو من تاريخ إبرام عقد الزواج ؟ والهدف هو معرفة المتقاضي لبداية الإجراء القانوني للجوء إلى القضاء واستصدار حكم بإسقاط الحضانة .

2- تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة: استقر جمهور الفقهاء على أن للحضانة حقوق ثلاثة حق المحضون ، وحق الحاضنة، وحق الأب ، وأن هذه الحقوق الثلاثة ، إذا تعارضت قدم حق الصغير المحضون لمصلحته ، ومؤدى هذا أجازوا للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة ، مالم تعين هي وحدها للحضانة ، بأن لا يوجد

1- تنص المادة 71 ق أ ج :"يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، انظر قانون 84-11 يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 11.

2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1998/07/21،الملف رقم 201336 اجتهاد قضائي، 2001 ، عدد خاص ، ص 178.

حاضنة غيرها أو وجدت الحاضنة التالية لها ورفضت الحضانة ، أو كان الأب فقيرا لا يمكنه أن يدفع اجر الحاضنة غير الأم الحاضنة ، في هذه الحالات راعى الفقهاء مصلحة الصغير حتى لا يضار بعد الحضانة والى هذا ذهب القانون[1] ، حيث نصت المادة **66 (ق أ ج)** على حق الحاضن في التنازل عن حقه في الحضانة بقولها : "**يسقط ....وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون.**"[2]

يعني إذا قضت المحكمة بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها، وجاءت بعد ذلك الحاضنة أو المحضون إلى القاضي أو إلى شخص آخر من أصحاب الحضانة وأعلن تنازله فان حقه يسقط بقوة القانون .

والحكم الذي يصدر من المحكمة بناءا على طلب صاحب الحق في الحضانة يعتبر مقرر للسقوط وليس منشأ له ، وإذا كان التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا سقوط لحق الحضانة حتى ولو طلبها غيرها ، لأن الحضانة تخدم مصلحة المحضون[3].

إن تنازل الأم عن حقها في الحضانة يقتضي وجود حاضن آخر يقبل الحضانة عند تنازلها عنها ، فإن لم يوجد فان تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة النقيض[4].

فالمشرع الجزائري اقر للحضانة حق التنازل عن الحضانة إذا لم يكن مضرا بمصلحة المحضون ، بشرط وجود حاضن آخر تسند له الحضانة ويكون أهلا لذلك وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1989/03/27 بأنه : " من المقرر شرعا وقانونا إن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها ، وله القدرة على حضانتهم ، فإن لم يوجد فان تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لإحكام الحضانة .

1- احمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص155.

2- قانون 84-11 يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص10.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص300.

4- المرجع نفسه ، ص 302 .

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضدها حكم لها القاضي بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد فان قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناءا على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء (زوجته الثانية) التي ليست أكثر حنانا من أمهم فأنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."[1]

3- سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها: جاء في نص المادة 68 (ق أج) ، إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ، وعليه فانه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ، ومعنى ذلك إذا وقع طلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند والدهم دون أن تطلب أمهم مثلا حضانتهم في مدة تزيد عن السنة ، فانه لم يعد من حق الأم أن تطالب بالحضانة إمام المحكمة ، وهذا ما ورد في الشريعة الإسلامية ، أي انه إذا زادت المدة عن عام دون عذر سقط حقها فيها ، وبقي الطفل المحضون عند أبيه ، وذلك حتى بلوغه السن القانونية لانقضاء الحضانة أو سقوط الحضانة من الأب بوفاة الأب مثلا أو سبب شرعي آخر ، كذلك إذا بلغ المحضون سن العاشرة يعتبر قد وصل إلى مرحلة تسمح للأب أو لغيره طلب إسقاط الحضانة مالم تتمسك بها الأم خلال سنة من تاريخ نهاية العشر سنوات فإذا انتهت السنة الحادية عشر سقط حق الحاضن في الاحتفاظ بالمحضون ، وذلك لعدم المطالبة بتمديد مدة الحضانة والأستاذ عبد العزيز يرى أن حق الحاضن في هذه الحالة – عدم المطالبة لمدة سنة – يسقط بقوة القانون ولا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى إلى القضاء إلا أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة[2].

1- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 1989/03/27، الملف رقم 53340، المجلة القضائية 1990 ، العدد3، ص 85.

2- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص301.

وقد كرست المحكمة العليا مبدأ سقوط الحضانة بعد مرور مدة السنة في قراراتها :

"من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط من مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ، ومن ثم فان القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"[1]

وفي باب الانتقادات هو عدم تحديد المشرع تاريخ بدا سريان مدة السنة ، وإزاء هذا الإغفال نتعجب كيف أن المشرع الجزائري لم يتبع المذهب المالكي في تحديد بداية سريان مدة السنة مع انه كان مرجع إستيحائه في هذه المادة .

وتطبيقا للمادة 222 (ق أ ج) لنا أن نعرف حكم هذا المبدأ في هذا الصدد ،فيرى أنصار هذا الاتجاه الفقهي ، أن السنة يبدأ سريانها من تاريخ علم صاحب الحق في الحضانة باستحقاقه لها، فلو مضى على علمه اقل من سنة وهو ساكت ثم طلبها قبل انقضاء المدة قضي له باستحقاقها[2].

4-الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي: لم ينص القانون على مسافة معينة ينتهي عندها حق الحاضنة باصطحاب المحضون ، وإنما جعل الاستيطان في بلد أجنبي خاضع للسلطة التقديرية للقاضي ، حيث انه يمكن للقاضي إسقاط حق الحاضنة أو عدم إسقاطه إذا رأى مصلحة المحضون، فيسلمه للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي وهذا ما جاء في نص المادة **69 (ق أ ج):"إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"**[3].

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 32829 ، المجلة القضائية العدد 01 ، ص60.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص733،734.

3- قانون 84-11 يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 11.

فالمسالة جوازية للقاضي والأمر راجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، ومن هنا فان تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[1].

فلا تستند حضانة الأولاد لام تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب[2] ، هذا ماقضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/10/12 بقولها : من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تستند على أساس مصلحة المحضون ، وأن إسنادها لأم أثبتت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي[3].

5- سقوط الحضانة عند إختلال أحد شروطها: تنص المادة **67 (ق أ ج)** "تسقط الحضانة باختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ..." غير انه يجب مراعاة مصلحة المحضون بالحكم المتعلق بالفقرة أعلاه ، وقد تكفلت هذه المادة المحال عليها نوع الرعايا والتربية والحماية والحفظ ... وجاء فيها : " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"[4] ، فإذا ترك الحاضن المحضون دون رعاية وحفظ فانه لم يعد أهلا للحضانة ، وعلى القضاة في هذه الحالة مراعاة مصلحة المحضون في كل حكم تحكمه[5] .

وقد ذهب المجلس الأعلى في هذا الخصوص بتاريخ 1984/07/09 بأنه :"من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 38.

2- صقر نبيل ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة 2006، ص226.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/10/12، ملف رقم 334543، نشرة القضاة 2008، العدد 62، ص 381. نقلا عن سايس جمال ،الاجتهاد القضائي ،في مادة الأحوال الشخصية(قرارات المحكمة العليا-مسرد الفبائي للكلمات الدالة) ، ط1، ج2، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر،2013 ، ص860.

4- قانون 84-11 يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 10.

5- عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص301.

المحضون ومن ثم فان القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي ، لما كان ثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ، ومن ثم فان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"[1] .

6- سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم: تنص المادة 70 (ق أ ج) :" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"[2].

وهنا تسقط الحضانة بتوفر عنصرين:

الأول : السكن مع أم المحضون

الثاني: إقامة هذه الخالة أو الجدة مع أم المحضون إي قرابة من القرابة المحرمية[3].

وبتوافر هذين العنصرين يجوز لمن تنتقل إليه الحضانة أن يطالب المحكمة بسقوطها مع مراعاة دوما مصلحة المحضون.

المطلب الثاني : عودة الحضانة إلى مستحقيها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال المانع فهل تعود الحضانة لمستحقيها ؟ هذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب من الناحية الفقهية في الفرع الأول وكذا من الناحية القانونية في الفرع الثاني.

1- المجلس الأعلى للقضاء ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، نقلا عن نبيل صقر، عز الدين قمراوي، قانون الأسرة نصا وتطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر،2008، ص149.

2- قانون 84-11 يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 11.

3-بلحاج العربي،المرجع السابق ،ص 389.

الفرع الأول : عودة الحضانة إلى مستحقيها وفقا للشريعة الإسلامية

1- قول الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) : يرون إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال المانع ، عادت الحضانة إلى صاحبها ، سواء كان المانع اضطرارا كالمرض أو اختيار كالزواج والسفر والفسق لزوال المانع لكن عند :

الحنفية: في حال بالنسبة للبائن ولو قبل انقضاء العدة ، أما الرجعية فلابد من انقضاء العدة فيها.

والشافعية : يرون أن المطلقة تستحق الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب ، بشرط رضا الزوج بدخول المحضون ببيته إذا كان له فان لم يرض لم تستحق.

أما الحنابلة : قرروا استحقاق المطلقة للحضانة ، ولو كان الطلاق رجعيا ، ولو لم تنقضي العدة[1].

2- قول المالكية : يرى المالكية إذا سقطت الحضانة لعذر كمرض وخوف مكانة وسفر الولي بالمحضون سفر نقله ، وسفرها لآداء فريضة الحج ، ثم زال العذر كشفائها من المانع للحضانة هو العذر الاضطراري وقد زال ، فإذا زال المانع عاد الممنوع .

أما إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي غير محرم دخل بها ، أو سافرت باختيارها لعذر ثم تأمت بان فارقها الزوج بطلاق أو فسخ أو نكاح أو وفاة ، أو عاد من السفر الاختياري لا تعود الحضانة بعد زوال المانع ، لأن سقوط الحضانة كان باختيارها فلا عذر[2].

الفرع الثاني : عودة الحضانة إلى مستحقيها وفقا لقانون الأسرة الجزائري

نصت المادة **71 (ق أ ج)** على أن :" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"[1] ، ويتضح من هذه المادة انه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة

1- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 742.

2-هبة ميوت، الأساس الفقهي والقانوني لإسناد الحضانة للأب بعد إسقاطها عن الأم، مذكرة ماستر، كلية الحقوق جامعة الجيلاني بونعامة خميس مليانة ، 2018-2019، ص39.

للحاضن ليست من الأسباب القانونية ، كان يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا وخلقيا ، فإنَّ حق الحضانة سيعود إليه إذا توافر لديه السبب الذي كان ينقصه ، وأثبت ذلك للمحكمة ، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجاً عن تصرف الحاضن بناءا على رغبته واختياره ، فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة (71) من قانون الأسرة سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه[2].

بمعنى أن القانون يقصد عودة الحضانة إذا زال المانع الإجباري الذي لا دخل له لإرادة الحاضن فيه، أما الذي لإرادتها دخل فيه إذا زال المانع لا تعود الحضانة بزواله[3].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراها بتاريخ 2000/02/22 :" إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لان حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة."[4]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 قضت :" حيث جاء في القرار المنتقد بان زواج الطاعنة قد اسقط حقها في الحضانة دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي إثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1998 حيث أن المادة (71) من قانون الأسرة تقضي بعودة الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري لأن سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريا ، بل كان بسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة"[5].

1- قانون 84-11 يتضمن قانون الأسرة ، معدل ومتمم ، المرجع السابق، ص 11.

2- العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص390.

3- احمد نصر الجندي ، المرجع السابق، ص158.

4- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/02/22، الملف رقم235456 المجلة القضائية ، العدد 1 ،2001، ص280.

5- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2000/11/21 ، الملف رقم 252308 ، نقلا عن سناء عماري ، المرجع السابق، ص77.

الخاتمـــة :

بعد استعراضنا لحقيقة الحضانة وأحكامها بأهم تفاصيلها التي أوردناها ، وما عرضنا له في أقوال الفقهاء وما وسعنا مناقشته ، ومعارضنا له في نصوص قانون الأسرة الجزائري يمكن أن نخرج بالنتائج الآتية كخلاصة لتلك الدراسة وهي:

– أنَّ الشريعة الإسلامية الغراء راعت جانب الحاجة والعجز لدى الطفل وكفلت رعايته ، وتولت حفظه.

– من خلال تحليلنا للنصوص التي جاء بتا قانون الأسرة الجزائري فيما يخص الحضانة يتضح لنا أن المشرع الجزائري هو الذي أعطى لنا أحسن التعاريف للحضانة ولاسيما من ناحية شموليته للأفكار التي لم يشملها غيره من التشريعات الأخرى حيث انه جمع كل ما في صالح الطفل من الناحية الدينية والصحية والخلقية والتربية.

–كما يتضح لنا أن المشرع الجزائري والفقه قد حرصوا على توافر الشروط الضرورية في الحاضن وحقوق كل من الحاضن والحاضنة بالتدقيق الشامل والوافي ، وذلك كله رعاية لمصلحة المحضون.

– التعديلات المدرجة على قانون الأسرة والتي مست أحكام الحضانة ، كانت بعيدة عن الفقه الإسلامي وان كانت ترمي أساسا على المساواة المطلقة بين الرجال والنساء في الحقوق والواجبات ، فيما يتعلق بترتيب الحواضن فهو غير مستمد من الفقه الإسلامي.

– إن المشرع الجزائري لم يرتب درجات أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية وقد أصاب في التعديل الأخير في قانون الأسرة ،حيث جعل الأب في المرتبة الثانية لأنه أولى برعاية طفله من غيره غير أن الترتيب الذي وصفه المشرع الجزائري ، ليس إلزاميا للقاضي وليس من النظام العام بل يجوز للقاضي أن لا يسند في حكمه ، بإسناد حق الحضانة للطفل إلى طالبه حتى ولو كان في الترتيب المذكور في القانون وهذا مراعاة لمصلحة المحضون.

– وقد أورد لنا كل من الفقه والقانون الحالات التي تسقط فيها الحضانة من مستحقيها وذلك لتجنيب الضرر للمحضون وأجازوا تمديدها سواء للذكر والأنثى في حالات معينة.

– ويمكن لحق الحضانة أن يعود لمستحقيه بعد سقوطه عنه، وذلك بعد زوال المانع أو السبب الذي أسقطه عنه وفق إجراءات محددة.

– كما يلاحظ عند قراءة المادة 62 من ق ا ج عبارة " وان يكون أهلا لذلك فهي أهملت تحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها ،كما أن المشرع لم يوضح سبب سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت مع الحض ون المتزوجة بغير محرم دون غيرها

– كما أن المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة لم يعالج بعض النقاط المهمة واكتفى في تعديله إلى الإشارة بتغيير ترتيب الأب فيما يخص أصحاب الحق في الحضانة.

– من خلال النتائج المتوصل إليها نشير إلى حرص الشريعة الإسلامية على ما هو الأصلح للطفل إذا ما تقرر انفصال الزوجين ، بمراعاتها لحق الحاضنة والذي لا يخلو حكم فيها إلا ونجد فيها ما يصب بالأساس في وعاء المصلحة الكاملة للمحضون، لأن الشريعة الإسلامية لها نظرة إستشرافية للمستقبل ، فهي الأقدر على تغطية تلك النقائص بإعطاء أحكام تناسب وتصلح لأي زمان ومكان.

وبعد دراستنا لموضوع الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، إرتاينا إدراج بعض التوصيات والاقتراحات التي تتمثل في :

– إعادة صياغة المادة 62 (ق أ ج) ، ورفع اللبس فيها ، بتحديد الشروط اللازم توافرها لمن يكون أهلا للحضانة .

– بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 72 (ق أ ج) ، تطرح هنا مسألة مهمة ألا وهي مسألة الجمع بين أجنبيين ، وهذا أمر غير معقول وجب تداركه .

– وضع نص قانوني ، ينظم حق الزيارة والمسائل المتعلقة بها من حيث مكان الزيارة ومدتها ، باعتبارها حق من حقوق المحضون.

– وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون ، وتحديد معايير تقديرها باعتبارها القاعدة الوحيدة ، التي على ضوئها يفصل القاضي المعروض عليه النزاع في مسألة الحضانة حسب سلطته التقديرية .

– إقامة برامج وجلسات ، يشرف عليها أخصائيين نفسانيين لمعالجة الأطفال الناجمين عن فك الرابطة الزوجية .

ولهذا على المشرع إيجاد وتوفير ، وتفعيل الضمانات اللازمة لحماية المحضون ومراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة ، وتعديلها وتوضيحها ، وتدارك النقائص الموجودة ، ومنحها الأهمية التي تستحق باعتبارها تمس المحضون وتحقق مصلحته .

القران الكريم

المراجع باللغة العربية :

الكتب :

1- محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط 1، الأردن ،2010.

2 – الإمام مالك ابن انس ، المدونة الكبرى ،ج2،ط1، دار الكتب العلمية ، لبنان 1994.

3 – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1، الزواج والطلاق طبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر .

4 – رشدي شحاتة ابوزيد ، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة مكتبة الوفاء القانونية ط1،2011، مصر.

5 –عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط دار البعث،قسنطينة.

6- عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،ط1 ، دار الخلدونية،2007.

7 – محمد الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،دار الفكر، ج 3.

8- وهبة الزحلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ،أحوال شخصية،دار الفكر،سوريا،ط،2.ج7،1985.

9 – احمد الدر دير ،الشرح الصغير على مختصر اقرب المسالك ،مؤسسة العصر الجزائر،1992 ،ج2.

10- فضيل سعد ،شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1،الزواج والطلاق .

11- احمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الكتب القانونية مصر،2009،ص 152.

12 – باديس ديابي ،صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،دار الهدى ،ميلة الجزائر ،2012.

13 – إمام محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،ط3،دار الفكر العربي ،القاهرة،1957.

14 – التواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ،ج4،كتاب الأحوال الشخصية،ط2،دار الوعي،الجزائر،2010.

15 – عبد القادر بن حرز الله،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ط1،دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2007.

16 – وفاء معتوق حمزة،الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي ،ط1،دار القاهرة،مصر،2000.

17 – التكروري عثمان ،شرح قانون الأحوال الشخصية ،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،2004.

18 – خلاف عبد الوهاب ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،ط2،دار القلم للنشر والتوزيع ،الكويت ،1990.

19 –عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري،الفقه على المذاهب الأربعة،الدار العالمية للنشر والتوزيع،ط2016،2.

20– عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ط3،مؤسسة الرسالة،ج10،بيروت .

21– سعد عبد العزيز ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،ط3،دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،1996.

22–وهبة الزحيلي ،الفقه المالكي الميسر،دار الكلم الطيب ،بيروت،ج2003،3،ص 765.

23–المومني احمد محمد ،نواهضة إسماعيل أمين ،الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)،ط1،دار المسيرة،عمان،2009.

24– شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي،دار مكتبة الحياة ،بيروت .(بدون سنة النشر)

25 –حاشية الدسوقي على الشرح الكبير في باب الحضانة،ج2. .(بدون سنة النشر)

26–حاشية الحمل على شرح المنهج للشيخ سليمان ،الحمل على شرح المنهج لشيخ زكريا الأنصاري ،ج4.

27 – الإمام سيد سابق، فقه السنة، نظام الأسرة (الحدود والجنايات)، المجلد الثاني.

28 –حمدان عبد المطلب عبد الرزاق ،الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر،القاهرة،2008.

29- سراج محمد احمد، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

30- فراج احمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.

31- العمروسي أنور ،موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع (دراسة تاصيلية مقارنة في ضوء المذاهب الأربعة والقوانين الوضعية)،ج3،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2003.

32 -بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،ط1،دار الثقافة،الجزائر،2012.

33- سعد عبد العزيز،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)،ط4،دارهومة،الجزائر،2010.

34 - السرطاوي محمود علي،فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق) ،ط1،دار الفكر،الأردن،2008.

35-عبد الرحمان الجزري،الفقه على المذاهب الأربعة،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،1990.

36 - البهوتي،شرح منتهى الإيرادات تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ،مؤسسة الرسالة،ناشرون،بيروت،لبنان،ط2000،1

37- 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،2008.

38-عبد المطلب عبد الرزاق دحمان،الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي ،دار الجامعة الجديدة،الازاريطة،2008.

39- عبد الفتاح تقية،مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي،مطبعة تالة،بدون بلد النشر،1999-2000.

40 -خالد عبد العظيم احمد أبو غاية، حقوق المحضون دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

41- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2006.

42- المغني بن قدامه، المجلد التاسع، دار الكتاب العربي، مصر.

43 – مصطفى البغا،الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ،المجلد2،دار القلم،دمشق،سوريا.

المقالات :

1- غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 09، ديسمبر 2017.

2- د ،هلتالي احمد ،استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018.

الرسائل الجامعية:

1 – كمال الدين ميمون ،حق الطفل في الحضانة ،مذكرة الماستر ، كلية الحقوق ،جامعة محمد بوضياف ،المسيلة 2016/2015.

2 –ايت عكوش وزنة،الحضانة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية ،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق،جامعة بجاية،2013

3 –بوقرة الربيع ، سكن المحضون في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي ،مذكرة الماستر ،تخصص أحوال شخصية ،كلية الحقوق ،جامعة محمد بوضياف المسيلة 2017/2016.

4 – قدقاد بلخير،أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مع بعض تطبيقاتها ،مذكرة ماستر ،تخصص أحوال شخصية،كلية الحقوق،جامعة زيان عاشور بالجلفة ،2013-2014.

5 – سليمة مدان ،الأساس الفقهي والقانوني لإسناد الحضانة لأب بعد إسقاطها عن الأم ،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق،جامعة الجيلاني بونعامةخميس مليانة،2019.

6 – ساري النوري ، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق،جامعة زيان عاشور ،الجلفة ،2013–2014 .

7 –خويلد خديجة ،أحكام الحضانة وجزاء مخالفتها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ،مذكرة ماستر ،تخصص أحوال شخصية ،كلية الحقوق ،جامعة زيان عاشور بالجلفة 2015–2016.

8 –كربال سهام ،الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماستر ،تخصص عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق ،جامعة أكلي محند اولحاج ،البويرة ،2012–2013.

9 – بوحوية سهيلة ،الحضانة في التشريع الجزائري ،مذكرة ماستر ،تخصص أحوال شخصية ،كلية الحقوق ،جامعة الجيلاني بونعامة ،خميس مليانة ،2014–2015 .

10 – بركات الربيع ،رعاية مصلحة المحضون بين النص والتطبيق ،مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية ،كلية الحقوق ،جامعة محمد بوضياف بالمسيلة،2017–2018

11 – صالح بوغرارة ،حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات في قانون الأسرة ،مذكرة ماجستير،فرع القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة يوسف بن خدة ،الجزائر،2007،

12– نعيمة تبودشت،الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،رسالة لنيل شهادة الماجستير ،معهد الحقوق،بن عكنون،جامعة الجزائر،2000، .

13– بن جريبع فضيلة، مسقطات الحضانة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي ،مذكرة ماست، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2014

14–هبة ميوت،الأساس الفقهي والقانوني لإسناد الحضانة للأب بعد إسقاطها عن الأم،مذكرة ماستر،كلية الحقوق،جامعة الجيلاني بونعامة خميس مليانة،2019،ص39.

القوانين :

1 – قانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 رمضان 1404هجري الموافق لـ :09يونيو م يتضمن قانون الأسرة ،المعدل والمتمم بالأمر رقم05–02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 صادر بجريدة رسمية عدد 15 ،بتاريخ 2005/2/27.

قرارات المحاكم العليا والمجالس :

1- قرار المحكمة العليا ،غ أ ش ،ملف رقم 426431المؤرخ في 12 مارس 2008 مجلة المحكمة العليا ،العدد 1 لسنة 2008

2- غ أ ش ،قرار رقم 59013،صادر بتاريخ 1990/02/19،(قضية :ن إ ضد ف ب) ،مجلة قضائية ،عدد 4 ،1991.

3- غ أش،قرار رقم 59784،صادر بتاريخ 1990/04/06 ،مجلة قضائية،عدد1991،4.

4- غ أ ش،قرار رقم 189181،صادر بتاريخ 1998/04/21 ،(قضية ش أ ضد م س)،اجتهاد قضائي ،عدد خاص 2001.

5 - غ أ ش ،قرار رقم :214290،صادر بتاريخ 1998/12/15،(قضية م ن د ضد ج ب) ،اجتهاد قضائي،عدد خاص 2001.

6- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية،1990/12/10،ملف رقم 66552 المجلس القضائي 1990،العدد 02.

7- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ2005/07/13،الملف رقم341320،نشرة القضاة 2008،العدد 62.

8- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 1998/07/21،الملف رقم 201336،اجتهاد قضائي،2001،عدد خاص

9- المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 1989/03/27،الملف رقم 53340،المجلة القضائية،1990،العدد3.

10- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 1984/07/09،ملف رقم 32829 ،المجلة القضائية،العدد 01.

11- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 2005/10/12،ملف رقم 334543،نشرة القضاة،2008،العدد 62،ص 381. نقلا عن سايس جمال ،الاجتهاد القضائي ،في مادة الأحوال الشخصية(قرارات المحكمة العليا-مسرد الفبائي للكلمات الدالة) ط1،ج2،منشورات كليك،المحمدية،الجزائر،2013.

12- المجلس الأعلى للقضاء ،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 1984/07/09،ملف رقم 33921،نقلا عن نبيل صقر،
عز الدين قمراوي،قانون الأسرة نصا وتطبيقا ،دار الهدى ،الجزائر،2008.
13- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 2000/02/22،الملف رقم 235456،المجلة القضائية،العدد،1،2001.
14- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 2000/11/21 ،الملف رقم 252308، نقلا عن سناء عماري.

الفهرس

الإهداء

شكر وتقدير

قائمة المختصرات

مقدمة .... أ- ث

الفصل الأول : الإطار العام للحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري 05

المبحث الأول : ماهية الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .. 06

المطلب الأول : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري 06

الفرع الأول : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي 06

أولا: تعريف الحضانة لغة 06

ثانيا : تعريف الحضانة إصطلاحا 07

ثالثا : تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي 07

1 – في المذهب المالكي : .....07...

2 – في المذهب الشافعي : 08

3 – في المذهب الحنبلي : 08

4- في المذهب الحنفي:..... 09

الفرع الثاني : تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 10

المطلب الثاني : أهمية وحكم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسر الجزائري 11

الفرع الأول : أهمية وحكم الحضانة في الفقه الإسلامي 11

أولا : أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي 11

ثانيا : حكم الحضانة في الفقه الإسلامي..... 12

الفرع الثاني : أهمية وحكم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 14
أولا : أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 14
ثانيا : حكم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري..... 15
المبحث الثاني : شروط إستحقاق الحضانة وترتيب مستحقيها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري 16
المطلب الاول : شروط إستحقاق الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون اللأسرة الجزائري 16
الفرع الأول : شروط استحقاق الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية 17
1 – الشروط العامة في النساء والرجال :..... 17
2– الشروط الخاصة في النساء والرجال :..... 22
الفرع الثاني : شروط الحضانة وفقا لقانون الاسرة الجزائري 23
1– الشروط العامة في النساء والرجال :..... 24
2 – الشروط الخاصة بالنساء : 26
3– الشروط الخاصة بالرجال : 28
المطلب الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري 29
الفرع الأول : ترتيب مستحقي الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية..... 29
1– فقهاء الحنفية 30
2– فقهاء الشافعية 31
3– فقهاء المالكية 32
4– فقهاء الحنابلة 33
5– فقهاء الظاهرية 33

الفرع الثاني : ترتيب مستحقي الحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري 34
موقف المشرع الجزائري قبل التعديل: 35
موقف المشرع الجزائري بعد التعديل 37
الفصل الثاني : أحكام الحضانة ونطاقها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.....39
المبحث الأول : الأحكام المتعلقة بالحضانة وفقا للشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري..... 39
المطلب الأول : الأحكام المتعلقة بالحضانة وفقا للشريعة الإسلامية..... 40
أولا – النفقة على المحضون: 40
ثانيا : أجرة الحاضنة:..... 41
ثالثا: سكن الحضانة: 43
رابعا : حق الزيارة للمحضون:..... 45
المطلب الثاني : الأحكام المتعلقة بالحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري 47
أولا : النفقة على المحضون:..... 47
ثانيا : أجرة الحاضنة..... 49
ثالثا: سكن الحضانة 50
رابعا : حق الزيارة للمحضون..... 53
المبحث الثاني : نطاق الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري..... 55
المطلب الاول : إنتهاء مدة الحضانة وحالات سقوطها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري..... 55
الفرع الأول : إنتهاء مدة الحضانة وحالات سقوطها وفقا للشريعة الإسلامية 56
أولا : إنتهاء مدة الحضانة وتمديدها في الفقه الإسلامي 56

1- إنتهاء مدة الحضانة في الفقه الإسلامي 56

2- تمديد مدة الحضانة في الفقه الاسلامي 59

ثانيا : حالات سقوط الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية..... 60

الفرع الثاني : إنتهاء مدة الحضانة وحالات سقوطها وفقا لقانون الأسرة الجزائري... 64

أولا : إنتهاء مدة الحضانة وتمديدها في قانون الأسرة الجزائري..... 64

1 - إنتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 64

2 – تمديد مدة الحضانة في قانون الاسرة الجزائري 65

ثانيا : حالات سقوط الحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري 66

المطلب الثاني : عودة الحضانة الى مستحقيها وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري..... 73

الفرع الأول : عودة الحضانة الى مستحقيها وفقا للشريعة الإسلامية..... 74

الفرع الثاني : عودة الحضانة الى مستحقيها وفقا لقانون الأسرة الجزائري 74

الخاتمة..... 76

قائمة المصادر والمراجع 79

الفهرس..... 86 – 89