الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص : شؤون الأسرة

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر اكاديمي

تحت عنوان:

# مسقطات الحضانة بين التشريع و الفقه الاسلامي


إعداد الطالب:

–جريدي فيصل

– رحماني فريد

تحت إشراف:

–د/ ميمون جمال الدين


لجنة المناقشة

| الاسم واللقب | الرتبة العلمية | المؤسسة | الصفة |
|---|---|---|---|
| | | | رئيسا |
| –د/ ميمون جمال الدين | أستاذمحاضر – أ– | جامعة محمد بوضياف المسيلة | مشرفا ومقررا |
| | | | مناقشا |

السنة الجامعية : 2020–2021

# شكروتقدير

اللهم لك الحمد كله ولك الشكر كله على أن وفّقتنا إلى هذه المحطات

التي ما كنا لنصل لها لولا توفيق منك وعزم وصبر على إنجاز هذا العمل

فلك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضى

ومن باب من لا يشكر الناس لا يشكر الله نتقدم بجزيل الشكر و التقدير لأستاذنا

## الدكتورميمون جمال الدين

على إشرافه المتميز ودعمه المتواصل و نصائحه القيّمة، تقديرا لجهده المبذول ولما أولانا به من حسن المعاملة و التوجيه والعون، فله جميل الشكر نعجز عن الوفاء به.

كما لا ننسى أن نتقدم بالشكر والعرفان إلى كل من أمدنا بيد العون لإنجاز هذا العمل ولو بالكلمة الطيبة والدّعاء.

شكرا جزيلا

# إهداء

**بسم الله الرحمان الرحيم**

و الصلاة و السلام على نبينا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين أما بعد

ها قد وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها بعد تعب و مشقة و ها أنا أختم مذكرة تخرجي بكل همة و نشاط و أمتن لكل من كان له الفضل في مسيرتي و ساعدني و لو باليسير

إلى من وضع المولى سبحانه و تعالى الجنة تحت قدميها و وقرها في كتابه العزيز إلى نبع الحنان أمي الغالية و الحبيبة حفظها الله و رعاها

إلى صاحب الوجه الطيب الذي علمني أن الدنيا كفاح و سلاحها العلم و المعرفة

إلى الذي سعى من أجل راحتي و نجاحي

إلى أعظم رجل أبي العزيز

دون أن أنسى الأسرة الصغيرة وعلى رأسها الزوجة الكريمة فقد كانت نعم السند فلها كل الشكر والتقدير والإحترام كما لاأنسى المشاغب الصغير إبني يزن وكل الإخوة والأخوات

و لا أنسى أساتذتي الكرام ممن كان لهم الدور الأكبر في مساندتي و تزويد بالمعلومات القيمة و إلى كل الأصدقاء و الرفقاء

إلى كل هؤلاء شكرا

فيصل

# إهداء

**بسم الله الرحمان الرحيم**

الهي لا يطيب الليل الا بشكرك ولا يطيب النهار الا بطاعتك ولا تطيب اللحظات الا بذكرك ولا تطيب الاخرة الا بعفوك ولا تطيب الجنة الا برؤيتك الله جل جلاله

الى النهر الذي لا يجف من الحنان والسلام على طول الايام والأعوام التي أعجز لو استعملت كل ابجديات اللغة الى التي حملتني رضيعا وجعلت ايامي ربيعا وجعلت مني انسانا وديعا وأبحث دوما ان اكون رفيعا

إلى أمي أطال الله في عمرها أهدي ثمرة جهدي هذا.

الى من كلله الله بالهيبة والوقار الى من عملني العطاء دون انتظار من احمل اسمه بكل افتخار والدي أطال الله في عمره

الى من قاسموني ايامي وشاركوني أفراحي واحزاني واشتد بهم ساعدي وكياني، الى من حبهم يجزي في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي الى إخواتي.

ولا أنسى سر سعادة المنزل زوجتي العزيزة أولادي وكل أصدقائي

الى من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي...الى كل من يعرفني أهدي عملي هذا

فريد

# مقدمة

## مقدمة:

**الحمد لله و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين و بعد..**

حرص الإسلام دوما على تأسيس الأسرة بأسس المودة و الرحمة وفقاً لقوله تعالى: **( و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً ولتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون)**، و أرسى الإسلام قواعد لاختيار الزوج و قواعد لاختيار الزوجة ، كما حدد حقوق و واجبات كلا الزوجين، فالأسرة تستحق هذه العناية و الاهتمام حيث أنها اللبنة الأولى للمجتمع الإسلامي فالمحافظة على الأسرة تعد من مقومات المحافظة على المجتمع الإسلامي، و من مظاهر اهتمام الإسلام بالأسرة اهتمامه بالطفل حتى بعد افتراق الزوجين بالطلاق ، فقد حافظت الشريعة الإسلامية على حقوق الطفل و فصلتها مراجع الفقه الإسلامي، و من حقوق الطفل حقه في الرعاية و الحضانة ،و لقد ذكر الفقهاء حول مسائل الحضانة آراء متباينة، و المشرع الجزائري أصدر بموجب القانون 84-11 الصادر في 09 جوان 1984 قانون الأسرة الجزائري .

وقد عالج هذا القانون مختلف المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية بما فيها الحضانة، التي تعتبر من أهم الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية لتعلقها بمصير الأولاد الناجمين عنها من حيث تربيتهم، رعايتهم وحفظهم

وقد اخترنا عنوان **مسقطات الحضانة بين التشريع و القانون** للمذكرة .

**إشكالية البحث :**

يسعى قانون الأسرة الجزائري إلى إيجاد قواعد فقهية تسهم في بناء كيان الأسرة و تكون مقوماتها و هذا من شأنه أن لا يتأتى إلا إذا كانت نصوص مواده تحقق هذه الغاية، ومن هنا تبرز اشكالية موضوع البحث : **ما هي مسقطات الحضانة في القانون الجزائري ؟ و ما هي مسقطاتها في الفقه الإسلامي ؟**

**أهداف البحث**

يمكن تحديد أهداف البحث كالآتى:

1. تحرير مسائل الحضانة تحريراً فقهياً مقارناً.
2. دراسة المسائل المستجدة في الحضانة و بيان حكمها الشرعي.
3. بيان مدى توافق القانون الجزائري مع الشريعة و مراعاته للمصلحة و الواقع.

**أسباب اختيار الموضوع**

تتبين أهمية البحث الحالى فى التالى:

– ابراز تمايز الشريعة الاسلامية عن غيرها من القوانين الوضعية، و أنها السبيل الأصلح لسعادة الطفل و خاصة المحضون .

– لمعالجة مسببات سقوط الحضانة، من الجانب الفقهي و كذا بالموازاة مع القانون الجزائري .

**منهج البحث**

يعتمد البحث على **المنهج الاستقرائي**.

حيث يتم تتبع الآراء الفقهية و القانونية حول أحكام الحضانة من واقع المصادر العلمية التى انصبت على هذه المسائل و تناولتها بالعرض و التحليل.

كما يعتمد البحث على **المنهج المقارن**، حيث يتم ابراز أوجه الالتقاء و الاختلاف بين التشريع الاسلامى و نظيره فى قانون الجزائري حول مسقطات الحضانة، و ذلك وصولا الى ابراز تمايز التشريع الاسلامى فى هذا الخصوص. و يعتمد البحث أيضا على **المنهج التحليلى** حيث الأسس التى استندت اليها الآراء الفقهية و القانونية الواردة بشأن مسألة البحث، و مناقشة هذه الأسس.

و تتمثل الاجراءات المنهجية التى يتبعها البحث فى الخطوات الآتية:

أولا: فيما يتعلق بجمع المادة العلمية للبحث:

جمع المادة العلمية المتعلقة بموضوع البحث من مظانها من كتب التفسير، و الحديث، و الفقه و أصوله، و الكتب القانونية، بجانب كتب الأعلام، و التراجم، و القواميس اللغوية، و المتخصصة.

ثانيا: فيما يتعلق بعرض المسائل الفقهية الواردة بالبحث:

يتم استعراض المسائل الفقهية الواردة وفقا للخطوات التالية:

1– تحديد المسألة الفقهية، و توضيح موقف الفقهاء منها.

2- عرض أقوال الفقهاء فى المسألة، مقتصرا على الأقوال الواردة فيها فى المذاهب الأربعة المعتمدة عند أهل السنة، وفقا للترتيب الزمنى لهذه المذاهب، مبتدئا بأقدم هذه المذاهب و هو المذهب الحنفي، ثم المالكي، ثم الشافعي، ثم الحنبلي.

3- بيان سبب الخلاف فى المسألة، إذا كانت المسألة محل خلاف.

4- استعراض أدلة كل قول مرتبة حسب الأولوية، ابتداءا بالكتاب، ثم السنة، ثم أقوال الصحابة، و آثار السلف من التابعين، و تابعى التابعين، ثم المعقول.

5- مناقشة الأدلة، و ما يرد عليها من ردود.

6- الترجيح بين الأقوال، و بيان سبب الترجيح وفقا لما تقتضيه الأدلة.

ثالثا: ما يتعلق بالمقارنة بين وجهتى النظر الفقهية و القانونية حول الموضوع

**موضوع البحث:**

1- تحديد المسألة، و تحديد مفهومها اللغوي، و الاصطلاحي.

2- بيان وجهة النظر الفقهية بشأنها.

3- بيان وجهة نظر القانون.

4- بيان أوجه الاتفاق بين وجهتي النظر الفقهية و القانونية.

5- بيان اوجه الاختلاف بين وجهتى النظر الفقهية و القانونية

6- بيان تمايز وجهات النظر الفقهية فيما يتعلق بالمسألة موضوع البحث.

رابعا: ما يتعلق بالعزو، و التخريج، و التوثيق:

1- عزو الآيات القرآنية الواردة الى السور التى وردت فيها، مبينا رقم الآية، و اسم السورة. و إن لم تذكر الآية كاملة، يتم الاشارة الى ذلك.

2- تخريج الأحاديث النبوية، و الآثار الواردة فى البحث من مصادرها الأصلية، مقتصرا على تخريج المروي منها فى كتب الصحيحين، أو أحدهما، بذكر الجزء، و الصفحة، و اسم الكتاب، و رقم الحديث ان وجد. أما ما روى منها فى غير الصحيحين، فيتم تخريجه أيضا على نحو ما سبق ذكره، بجانب بيان من قام بتخريجه، و درجة الحديث من حيث الصحة و الضعف من الكتب المعتمدة فى الحديث.

3- توثيق النقول من أقوال العلماء من مصادرها الأصلية، و إلا فعزوها إلى المصادر الثانوية، إن تعذر ذلك. و توثيق هذه النقول فى الحواشي مبتدئاً باسم المؤلف، ثم اسم الكتاب، و رقم الصفحة ، على أن يتم توثيقه بصورة وافية في فهرس المراجع.

خامسا: ما يتعلق بالمصطلحات، و غريب الألفاظ :

يتم تعريف المصطلحات الواردة التى تحتاج الى بيان، بذكر مفهومها فى اللغة، و الاصطلاح، كما يتم توضيح الألفاظ المبهمة

سادسا: ما يتعلق بالتراجم:

التعريف بالأعلام – من غير المشاهير – الذين يرد ذكرهم فى ثنايا البحث من خلال ترجمة مختصرة يذكر فيها اسم العلم كاملا، و تاريخ ميلاده، و وفاته، و أهم مؤلفاته، و أشهر من روى عنهم و روا عنه.

أخيرا: ما يتعلق بالفهارس:

يتم إلحاق مجموعة من الفهارس في نهاية البحث على النحو الآتى:

- فهرس الآيات القرآنية:

على أن يتم ترتيب الآيات الواردة وفقا لترتيب السور فى المصحف، مبتدئا بذكر الآية، ثم اسم السورة، ثم رقم الآية فى السورة التى وردت بها، ثم رقم الصفحة التى وردت فيها الآية بالبحث.

- فهرس الأحاديث النبوية:

حيث يتم ترتيب الأحاديث الواردة وفقا للترتيب الأبجدي، و رقم الصفحة التى ورد فيها الحديث بالبحث.

– فهرس الأعلام إن تطلب الأمر ذلك، على أن يتم ترتيب الأعلام ترتيبا أبجديا وفقا للاسم الأول للعلم، ثم رقم الصفحة التى ورد بها اسم العلم بالبحث.

– فهرس المراجع:

و يتم وفقا للترتيب التالى:

أولا: المراجع المتعلقة القرآن الكريم، و تفسيره،

ثانيا: المراجع المتعلقة بالحديث الشريف، و شرحه،

ثالثا: المراجع المتعلقة بالفقه، و تتضمن:

– المراجع المتعلقة بالفقه الحنفي،

– المراجع المتعلقة بالفقه المالكي،

– المراجع المتعلقة بالفقه الشافعي،

– المراجع المتعلقة بالفقه الحنبلي.

رابعا: المراجع القانونية

خامسا: المراجع المتعلقة بالمقارنة بين الفقه و القانون.

سادسا: كتب التراجم، و السير، و الأعلام.

أخيرا: القواميس اللغوية، و المعاجم المتخصصة.

و يتم إيراد المرجع وفقاً للترتيب الأبجدي لأسماء المؤلفين، يليه اسم الكتاب، ثم دار النشر، ثم مكان الناشر، و رقم الطبعة ان وجد، يليه تاريخ النشر

**حدود الدراسة**

تناول مسقطات الحضانة من منظور المذاهب الأربعة المعتمدة عند أهل السنة، و مقارنتها بالنصوص الواردة بشأن هذه المسائل فى التشريع الجزائري.

**الدراسات السابقة**

-الدكتور مروك نصر الدين ، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق ، دار الهلال للخدمات الإجتماعية

-حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر سنة 2000م

**خطة البحث :**

يتكون البحث من مقدمة و فصول و خاتمة، بجانب قائمة المراجع و الفهارس كالتالى:

بدأنا فيها بفصل تمهيدي لبيان المصطلحات المتعلقة بالبحث و حدودها .

فعرفنا الحضانة لغة و اصطلاحا، ثم عرفنا معنى المسقطات لنتوصل في النهاية إلى تعريف مناسب لمصطلح (مسقطات الحضانة). ثم قسمنا البحث بعد التمهيد إلى فصلين كالآتي : الفصل الأول : الحضانة، و قسمناه إلى مبحثين، فجعلنا الفصل الأول متعلقا بشروط الحضانة ثم حكمها. ثم انتقلنا إلى الفصل الثاني، و هو متعلق بلب البحث، ألا و هو مسقطات الحضانة. و مهدنا للباب الثاني بتمهيد بسيط ذكرنا فيه مجمل ما تم التوصل إليه في الأسباب المسقطة لحق الحاضن في الحضانة، و هي خمسة أسباب رئيسية كلية، يتفرع عن كل سبب منها مسقطات مندرجة تحتها.

**أولاً: تعريف الحضانة في اللغة:**

الحضانة– بفتح الحاءو كسرها مصدر سماعي للفعل حضن ، يقال حضن الطائر بيضه حضناً، أي ضمه تحت جناحه، و الحضانة اسم منه.[1]

فالحضانة مشتقة من الحضن، و هو ما دون الإبط إلى الكشح[2]، و قيل هو الصدر و العضدان و ما بينهما، و منه الاحتضان : احتمالك بالشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها[3].

و الحاضن : اسم فاعل ، و الحاضنة: الموكلة بالصبي تحفظه و تربيه.

**تعريف الحضانة في الشرع:**

اختلف الفقهاء في تعريفها، و نأخذ تعريفاً واحداً من كل مذهب:

1– الحنفية: ضم الأم ولدها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل لثيابه[4].

2– المالكية: حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه [5]

3– الشافعية: (حفظ من لا يستقل) بأموره ككبير مجنون (وتربيته) بما يصلحه ويقيه عما يضره.[6]

4– الحنابلة: حفظ صغير و مجنون و معتوه و تربيتهم بعمل مصالهم[7].

5– الظاهرية: النظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياها، فإذا بلغا من السن و الاستغناء و مبلغ الفهم فلا حضانة..[8]

---

[1] الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري: **المصباح المنير**، بيروت – لبنان، مكتبة لبنان ، 1987م.ص 140

[2] الرازي، الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: **مختار الصحاح**، ط: المطبعة الأميرية ببولاق ،مصر ص 270مادة (كشح)

[3] تاج العروس 445/34

[4] الكاساني، أبو بكر بن سعود أحمد: **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع**، طبعة دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 1402هـ، 1982م. ص40

[5] الخرشي، محمد بن عبدالله بن علي: **شرح الخرشي على مختصر خليل مع حاشية العدوي** ، بيروت – لبنان، المكتبة العصرية، ط 1، 1427هـ – 2006م. ص 207

[6] الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، بيروت– لبنان، دار الكتب العلمية، 1414هـ – 1993م ص225

[7] البهوتي، منصور بن يونس الحنبلى: **كشف القناع عن متن الاقناع**، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1402هـ، 1982م ص 495

[8] ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد: **المحلى** ، تحقيق: عبد الغفار البنداري، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية(بلا تاريخ). ص323

التعريف المختار: هو تعريف الشافعية لأنه يشمل الصغير و المجنون و المعتوه، و تعريف الحنابلة قريب منه كذلك.

**ثانيا : تعريف الحضانة في القانون الجزائري**

خلافا لبعض القوانين العربية ، عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة إنطلاقا من أهدافها في نص المادة 62 من هذا القانون " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك "

وحسب الأستاذ سعد عبد العزيز [1]فإن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية .

فمن خلال التعريف المعطى في المادة 62 من قانون الأسرة للحضانة يمكن إستخراج أهدافها والتي تتمثل في تعليم الولد والمقصود بذلك أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانيته الذهنية وقدرته العقلية واستعداده الفطري والنفسي مادام التعليم مجانيا ، أما المقصود بتربية الولد على دين أبيه هو أن يربي الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائز فإن القاضي يمنح الحق الحضانة للأم غير المسلمة ولا ينكره عليها أبدا فهي كالمسلمة [2]

ونجد كذلك أنه من واجبات الحاضنة السهر على حماية المحضون فلابد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها وكذا حفظ الطفل من الناحية الخلقية أي تهذيبه إعداده لأن يكون فردا صالحا وكذا الحفاظ على صحته .
والجدير بالملاحظة أن كلمة " حضانة " لاتقبل كلمة Garde بالفرنسية رغم أنها متداولة كثيرا ، فقد درج قانون الأسرة في النص الفرنسي على استعمال كلمة Garde مكان HADANA في كل المواد المتعلقة بالحضانة ماعدا في المادة 62 حيث وضعت كلمة HADANA بين مزدوجين بعد كلمة Garde فالحراسة « Garde » في القانون الفرنسي هي تكفل مادي بالطفل وهي عنصر من عناصر السلطة الأبوية التي تنتقل مع إنتقال الطفل للطرف المتحصل على الحراسة [3]

**تعريف المسقط.**

سقط سُقوطاً وسقطا:وقع.وأسقطت الحامل الجنين ألقته سقطاً فهي مُسقط.والشيء أوقعه وأنزله.

---

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة ، دار هومة ، ص 293 .

[2] المحكمة العليا ، ملف رقم 11029 ، قرار بتاريخ 1974/05/29 .

[3] Dictionnaire Petit Larousse illustré 1984 . P 447

والإسقاط:-في الطب-إلقاء المرأة جنينها بين الشهر الرابع والسابع.

والمِسقَاط:المرأة من عادتها سقوط حملها.

والسُّقوطُ:سقوط الذراع.وسقوط الخصومة في القانون:انتهاء الخصومة قبل الفصل فيها،بعد انقضاء سنة على الأقل من عدم السير فيها.

وهذا الفعل مَسْقَطَةٌ للإنسان من أعين الناس بوزن المتربة والمَسْقِطُ بوزن المجلس الموضع يقال هذا مسقط رأسه أي حيث وُلِد قال الخليل يقال سَقَطَ الولد من بطن أمه ولا يقال وقع.[1]

ونخلص من هذا إلى أن المسقط : الشيء الذي يسقط الحكم بعد ثبوته.مثاله موت الجاني.

[1]-معجم مقاييس اللغة ص463-464،المعجم الوسيط ج 1ص 435، 436،مختار الصحاح ج1ص128.

# الفصل الأول

## شروط وأحكام الحضانة

**تمهيد**

أما هذا الفصل فتكلمنا فيه عن الأمور المتعلقة بشروط المحضون و الحاضن و ترتيب الحق بالحضانة و ذلك في مبحثين أساسيين .

**المبحث الأول : شروط استحقاق الحضانة**

**المبحث الثاني : أحكام الحضانة**

**المبحث الأول : شروط ممارسة الحضانة**

سنتطرق هنا إلى الشروط الوارد ذكرها في قانون الأسرة الجزائري في (المطلب الأول)، ثم إلى الشروط المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية في (المطلب الثاني ) .

**المطلب الأول : الشروط الوارد ذكرها في قانون الأسرة الجزائري**

بالرجوع إلى المواد الواردة في قانون الأسرة الجزائري والمنظمة لموضوع الحضانة يمكن إستخلاص شرطين أوردهما المشرع الجزائري بصفة ضمنية وذلك في المادتين 66 و69 من نفس القانون واللذان حسب رأينا يمكن إعتبارهما قيدان على حق الحاضنة في إستحقاق الحضانة .

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع ذكر في نص المادة 62 قانون الأسرة " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " بمعنى انه ترك الأمر لتقدير القاضي فيما يخص بقية الشروط ، وعلى هذا الأساس سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق في المطلب الأول إلى الشروط الوارد ذكرها في قانون الأسرة وفي المطلب الثاني إلى الشروط التي لم ينص عليها المشرع الجزائري والتي نرى أنه من الواجب توفره في الشخص التي ستسند إليه الحضانة وذلك باللجوء إلى نص المادة 222 قانون الأسرة التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية وفق مايلي :

من خلال دراستنا للمواد المتضمنة موضوع الحضانة نلاحظ أن المشرع وضع شرطين أساسيين وجب توفرهما في الشخص الذي قد تسند إليه الحضانة وهذه الشروط الواردة في قانون الأسرة حتى وإن لم يحددها المشرع صراحة إلا أننا نعتقد أنها مهمة ووجب الأخذ بها كشرط من الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن وإلا سقطت الحضانة عنه رغم توفره على بقية الشروط الأخرى وهذا ماسنوضحه وفق مايلي :

**الفرع الأول : عدم زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون**

إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون فلا حضانة لها وهذا ماجاء في نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيها " يسقط حق الحاضنة بتزوج بغير قريب محرم ... " ، هذا يعني أن المشرع الجزائري قد أورد شرطا لإستحقاق أم الطفل للحضانة .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة بالذات بين من يرى أن الحضانة لاتسقط مطلقا عن الحاضنة بسبب زواجها بأجنبي أو بقريب للمحضون كالإمامان الحسن البصري وأبي أحمد بن حزم .

وذلك على عكس الإمام الشافعي الذي يرى أن زواج الحاضنة مسقط لحضانتها مطلقا سواء كان الزوج قريب للطفل أو غريب عنه .

أما المالكية والحنفية فيرون أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا تزوجت ، إلا إذا كان زوجها قريبا محرما للولد كأن تتزوج بعم الولد مثلا وهذا هو موقف المشرع الجزائري في نص المادة المذكورة أعلاه .

والجدير بالذكر أن المشرع قد خص هذه المادة بأم الطفل دون سواه أي أن هذا الشرط متعلق بها فقط .

**الفرع الثاني : عدم الإستيطان بالمحضون في بلد أجنبي**

ورد في نص المادة 69 قانون الأسرة الجزائري " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ... " فالمشرع لم يجعل الحضانة تسقط بمجرد سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي بل إشترط نية الإستيطان به في بلد أجنبي وهذا مايعني الإقامة الدائمة أو لمدة غير محددة .

فإن كان الإمام مالك يرى أنه ليس للحاضنة أن تنتقل بالمحضون سواء كانت أمه أو غيرهما إلا إذا توفرت شروط وهي أن لاتكون المسافة الفاصلة بين مكان الإنتقال وإقامة الأب أو الولي تفوق مائة وعشرون كيلومتر وأن يكون سفرها للتجارة وليس للإقامة ، في حين أن اغلب الفقهاء يرون أن التنقل بالمحضون لمسافة تزيد عن ستة (6) برد أي مايعادل 120 كلم مسقط للحضانة [1]

والسبب في إسقاط الحضانة عن الشخص الموكلة له بموجب حكم قضائي لاتكمن في الإستيطان به في بلد أجنبي بل في إبعاد المحضون عن وليه الشرعي ، فإن كان أبويه يقيمان في نفس البلد الأجنبي فإن ذلك لن يضر بمصلحته ولن يسقط حق الحاضن وذلك لوجود أم وأب المحضون في نفس المكان مما يسهل حتما التكفل به على أحسن وجه ومراعاة حقوقه ، وقد جاء في إجتهاد المحكمة العليا أنه متى كان من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا فإن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة [2]

**المطلب الثاني : الشروط المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية .**

إن المشرع الجزائري لم يفرد فصلا محددا أو مادة معينة للحديث بشكل واضح عن كل الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي تسند إليه حضانة الطفل عند الحكم بالطلاق مما يؤدي بنا مباشرة إلى الإستنجاد بالإجتهادات التي جاء بها الأئمة والفقهاء المسلمين وذلك عملا بأحكام المادة 222 قانون أسرة التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية في كل مالم يرد عليه نص ، وبالتالي فإنه يمكننا أن نقول أنه يشترط في الشخص الذي تسند إليه الحضانة ذكرا كان أو أنثى إضافة إلى الشروط السالفة الذكر ماسيأتي ذكره فيما يلي :

---

[1] قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 43594 بتاريخ 1986/09/22 ، نشرة القضاء ، العدد 44

[2] المحكمة العليا، قرار رقم 56597 بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية عدد 3 سنة 1991.

**الفرع الأول : البلوغ والعقل**

فلا حضانة لمعتوه أو مجنون فكلاهما لايستطيع القيام بتدبير شؤونه ، فلا نفوض له أمر تدبير شؤون غيره لأن " فاقد الشئ لايعطيه " والجنون المتقطع يقوم مقام الجنون المتصل مخافة إيقاع الضرر بالمحضون ، فلا يمكن شرعا ولا قانونا إسناد الحضانة إلى مجنون أو معتوه ولو كان ممن يستحقونها ويطلبونها بالإضافة إلى التمتع بالقوى العقلية والبدنية ، يجب أن تكون الحاضنة بالغة أي راشدة وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة[1] لأن الصغير ولو كان مميزا في حاجة إلى من يتولى أمره ويحفظه فلا يتولى هو أمر غيره .

**الفرع الثاني : القدرة والأمانة**

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

فمن المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير حق ممارسة الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي

أما الأمانة فنعني بذلك أن يكون الحاضن أمينا على خلق المحضون ، أي أمينا في خلقه وفي سلوكه مع المحضون وأمينا في الإهتمام به ورعاية مصالحه لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون طول النهار وطرفا من الليل ، أو لا يهتم به و لا يرعاه ويتركه يخالط أصحاب السوء لا يكون أمينا و لا قادرا على الحضانة .

وكذا الحاضنة الفاسقة أو العاهرة أو شاربة خمر لا تعتبر أمينة على المحضون وقد تشدد المشرع والقضاء في ذلك لأن الأمر يتعلق بمصلحة الطفل و الإحتفاظ به صحيا وعقليا .

**الفرع الثالث : إتحاد الدين**

جاء في المادة 62 قانون أسرة أن الطفل يربى على دين أبيه ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة ، حيث يرى الإمام مالك أن الإسلام ليس شرطا في الحضانة وغير المسلمة كالمسلمة في ولدها وهي أحق به .

---

[1] المادة 40 من الأمر رقم 75 –58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني الجزائري .

[2] المحكمة العليا ، قرار رقم 33921 ، بتاريخ 1984/07/09 ، المجلة القضائية ، سنة 1989 ، العدد 04 ص 76 .

أما الإمام أحمد فيرى أن لا حضانة للكافرة وذلك لأن الله لم يجعل ولاية للكافر على المؤمن ، قال الله تعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " [1] ولأنه يخشى على دينه من الحاضنة لحرصها أن تنشئه على دينها وتربيته على هذا الدين ويصعب عليه بعد ذلك أن يتحول عنه وهذا أعظم ضرر يلحق بالطفل فعن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم قال " كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو ينجسانه " وعلى كل فإن القضاء الجزائري تمسك بموقف الإمام مالك وسوى بين الأم المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة [2]

وقد يسقط القضاء حضانة الأم الغير مسلمة إذا رأى أن تصرفاتها قد تؤدي إلى الأضرار بالطفل المحضون .

**المبحث الثاني : أحكام الحضانة**

بعد تطرقنا في المبحث الأول للشروط الواجب توفرها في الشخص الذي ستسند إليه مهمة رعاية الطفل المحضون سنتناول في هذا المبحث وكنتيجة حتمية لدراستنا إلى الأشخاص التي نص القانون على استحقاقهم لحق الحضانة ومدتها و إنتهائها و تمديدها مع محاولة تحديد مفهوم " مصلحة الطفل المحضون " .

**المطلب الأول : أصحاب الحق في الحضانة**

لقد جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن أصحاب الحق في الحضانة وفقا للقانون عديدو ن ولهم مراتب ودرجات محددة في الشريعة والقانون أيضا ، غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة فدرجة ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاتهم ، ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون ، ولهذا سنحاول من خلال هذا المبحث وإستنادا إلى القانون وقواعد الشريعة الإسلامية أن نعطي توضيح شاملا لمستحقي الحضانة وذلك مع إحترام الترتيب الوارد في نص المادة 64 قانون أسرة بدءا بالأم ومن يليها ثم الإنتقال إلى جهة الأب ومن يليه ثم الأقربون درجة وأخيرا من يراه القاضي أصلح وذلك وفق ما يلي :

**الفرع الأول : الأم ومن يليها من أقاربها**

لقد نص المشرع الجزائري على أن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة في المادة 64من قانون الأسرة بقوله " الأم أولى بحضانة ولدها ........ " وهو النص الذي يستند إلى الحديث النبوي الشريف ، لما رواه عبد الله بن عمروا حيث جاءت إمرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشتكي فعل زوجها الذي حرمها من

حضانة إبنها فقالت " يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء وحجري هواء وثدي له سقاء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به مالم تنكحي " [1]

وكذلك ماروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه حين فصل في النزاع الذي رفع إليه بين سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومطلقته ، إذ كان عاص في حضانتها ولكن عمر أراد حرمانها منه فذهب إليها ومسك الغلام وأخذ يجذبه بين يدي أمه التي راحت تلتصق به هي الأخرى فتجاذباه حتى بكى فرفعا أمرهما إلى أبى بكر الذي قال في جمع من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم يخاطب عمر بن الخطاب " ريحها ومسها ومسحها خير له من الشهد والعسل عندك يا عمر "

فالأم لا يسقط حقها إلا لأحد الأسباب القانونية فهي حقيقة أحب الناس إلى الطفل وأرحم من غيرها ولولا ذلك ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله " الجنة تحت أقدام الأمهات " .

وروى في حديث أخر : " سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : من أحق الناس بحسن صحابتي ؟ فقال " أمك " قال ثم من " أمك " قال ثم من قال " أمك " فقال ثم من ؟ فقال " أبوك " وعليه فلا حق في حرمان المحضون من أقر بالناس إليه إلا بعد أن يتعذر ضمان ذلك الحق .

وقد توقفنا كثيرا عند الأم نظرا للأهمية ذلك من جهة ومن جهة أخرى فإن أغلب النزاعات المطروحة على العدالة تكون الأم فيها خصما في طلب الحضانة .

ثم تأتي النسوة التي هي قريبات الأم من بعدها لأنهن أرحم إلى المحضون ، فإذا سقطت الحضانة عن الأم لزواجها بأجنبي أو لأي سبب من الأسباب السقوط أو حتى لوفاتها ، تلتها في المرتبة من تدلي إليها بقرابة مباشرة ، وهي أمها لأنها أقرب وأكثر شفقة على المحضون من غيرها [2] وإذا كان المشرع في المادة 64 قد توقف عند أم الأم فحسب فإن فقهاء الشريعة الإسلامية ومنه بعض القوانين العربية [3] لم تتوقف عندها بل تتعداه إلى جدة الأم وجدة أمها تطبيقا للقاعدة " أم الأم وإن علت " .

والملاحظ هو أن نفس الشروط الواجب توفرها في الأم هي نفس الشروط الواجب توفرها في أم الأم بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، وانتقال حضانة الطفل إلى جدته يكون بقرار من القاضي [4] ، بعد الجدة تأتي أخت الأم الشقيقة أما أم الأب تأتي مرتبتها في إستحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأم مباشرة وقد أخذ بذلك في نص المادة 64 من قانون الأسرة ، لأنه من المفروض أن تكون شفقة الخالة على

[1] أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم صححه

[2] أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ، الإسكندرية ، منشأة المعارف 1997 ، ص 224 .

[3] المادة 139 من القانون الكويتي .

[4] قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 31997 بتاريخ 1984/01/09.

الصبي من شفقة أمه وفي ذلك روى البراء بن عازب " أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في إبنة حمزة لخالتها وقال " الخالة أم " وقد كان ذلك عندما إختصم علي وجعفر وزيد بن حارثة – رضي الله عنهم – في أيهم يحضن إبنة حمزة – رضي الله عنه – فأسلمها رسول الله لخالتها وهي زوجة جعفر .

وماتجدر الإشارة إليه هو أن الخالة الشقيقة تقدم على التي الأم والتي الأم على التي لأب فجانب الأمومة مفضل دائما على أن تتوفر في الخالة الشروط المحددة أنفا .

**الفرع الثاني : الأب ومن يليه من أقاربه**

لقد رتبت المادة 64 دائما أب المحضون بعد الخالة مباشرة وأن كانت أم الأب أسبق من الأب في إستحقاق الحضانة عند الإمامين مالك وأبو حنيفة ، وإن كانت الحضانة من حق الأب بعد الأم وقريبتها فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي إمرأة تكون أمينة عليه وتتولى رعايته خاصة إن كان الولد فطيما . [1]

ثم تأتي مرتبة الجدة لأب بعد الأب حسب ترتيب قانون الأسرة ويبدوا أن المشرع تأثر بالمذهبين الحنبلي والشافعي اللذان يقدمان أم الأب على الأب خلافا للمذهبين المالكي والحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب نفسه .

وكما تكون الحضانة لأم الأب ، تكون لأمها وجدتها عملا بقاعدة " الأم وإن علت " إذا توافرت فيهن الشروط ورغم المادة 64 توقفت عند الأم فحسب .

**الفرع الثالث : الأقربون درجة**

ما نلاحظه هو أن المادة 64 من قانون الأسرة جاءت بفئة ثالثة من مستحقي الحضانة وذلك بقولها " ... ثم الأقربون درجة..." دون ذكرهم أو تحديدهم ومن ثم نلجأ إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية وذلك في حالة غموض أو غياب نص ما في أمر محدد وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص ، لكنهم متفقون على التصنيف التالي :

أولا : القريبات من المحارم

لقد إختلف المذاهب الأربعة في ترتيب هذه القريبات فالمذهب المالكي يرتب القريبات من المحارم إبتداء من الأخت وتقدم الشقيقة التي لأم وهذه الأخيرة على التي لأب ثم عمته أخت أبيه ثم عمه أبيه أخت جده ثم

---

[1] قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20 .

خالة أبيه ثم بنت الأخ الشقيق ثم الذي لأم وبعدها الذي لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم التي لأم وتليها التي لأب [1] وإذا إجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح للحضانة وبعضهم رجح بنات الأخ على بنات الأخت [2]

أما المذهب الحنفي ، فيرتب القريبات الحاضنات بداية بأخوات المحضون ثم بنات الأخوات ثم الخالات على خلاف المذهب المالكي الذي يرتب الخالة بعد الأم ، ثم بنات الإخوة ، ثم عمات المحضون فخالات الأم ، ثم خالات الأب ثم عمات الأم فعمات الأب وتقدم دوما الشقيقة على التي لأم والتي لأم على الأخت لأب . [3]

أما المذهب الحنبلي فقد قدم الأم وأمهاتها والأب وأمهاته فالجد وأمهاتها ثم الأخوات بدءا بالشقيقة فالخالة فالعمة ثم خالات أمه ثم خالات أبيه ثم عمات أبيه ثم بنات أخواته ثم بنات إخوته ثم بنات أعمامه ثم بنات عماته ثم بنات أخواته ثم بنات أعمامه ثم بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه [4] وأخيرا المذهب الشافعي الذي وكما هو متعارف عليه الأم أولى بحضانة إبنها ثم أم الأم وإن علت بشرط أن تكون وارثة ، أما عن القريبات من المحارم فهن الأخت ثم بنت العمة ثم بنت العم ثم بنت العم ثم بنت الخال وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب على التي لأم . [5]

**ثانيا : العصبات من المحارم من الرجال .**

العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده أو مابقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم ، والعاصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه وهذا حسب المادة 152 من قانون الأسرة التي نصت " ... كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر " وقياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة إستغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم ، وقد حددت المادة 153 من قانون الأسرة هذا الصنف حسب أربع جهات أولها جهة البنوة ثم جهة الأبوة ثم جهة الأخوة وأخيرا جهة العمومة .

وبناء على ما تقدم فإن ترتيب هذه الفئة يكون بناء على ماجاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح [6]

[1] عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون أحوال الشخصية السوري ، الجزء الثاني ، المطبعة الجديدة دمشق، ص 218 .
[2] الإمام محمد أبو زهرة ، نفس المرجع السابق ، ص 406 .
[3] الإمام أبو زهرة ، نفس المرجع السابق ، ص 474 .
[4] الصابوني ، نفس المرجع السابق ، ص ص 218 و219 .
[5] صابوني ، المرجع نفسه ، ص 220 .
[6] أحمد فراج حسين ، نفس المرجع السابق ، ص 219 .

**ثالثا : المحارم من الرجال غير العصبة**

إذا لم يوجد من يقوم بحضانة المحضون من محارم أو العصبات من المحارم من الرجال أو لم يكن أهلا للقيام بممارسة الحضانة إنتقل هذا الحق إلى محارم المحضون من غير العصبة وهم على النحو الأتي الجد لأم ثم الأخ لأم ثم إبن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم [1]

**الفرع الرابع : من يراه القاضي أصلح للمحضون**

إذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من الفئات التي سبق ذكرها ، وذلك لوجود مانع مادي كعدم قدرتهم على التكفل بالطفل المحضون أو لم يكونوا أهلا لذلك ، نص المشرع في المادة 64 من القانون الأسرة على أن للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ولو كان من الأقارب الذين ليست لهم حق الحضانة مثل إبن العم[2] فعلى القاضي في غموض نص المادة السالفة الذكر التي إكتفت بالنص على أن القاضي يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون دون تحديدهم ولا ذكر مراتب إستحقاقهم أن يرجع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية و أن يبحث في الكتب الفقهية وعلى إختلاف أنواعها في ترتيب الأشخاص المستحقين للحضانة من غير المذكورين في قانون الأسرة ، وذلك على إختلافهم ، وهذا ما سيؤدي حتما إلى تضارب الأحكام في هذا الشأن لعدم وجود ترتيب لهؤلاء المستحقين ولكن ذلك لن يكون له تأثير لأن القاضي سيراعي في كل الأحوال مصلحة الطفل العليا .

**المطلب الثاني : مراتب الحضانة في الفقه**

الأصل في حضانة الصغار –ذكوراً و إناثاً–أنها للنساء، فإن لم توجد النساء فالحضانة للرجال.

و الحكمة من ذلك أن النساء أشفق و أرفق و أهدى إلى تربية الصغار و أصبر على القيام بأمورهم[3].وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة، و لكنهم قد اختلفوا فيمن يستحق الحضانة بعد الأم ، و ترتيبهم على النحو التالي:

**الأحق بالحضانة عند الحنفية[4]:**

القاعدة في المذهب الحنفي أن الحضانة يقدم فيها النساء المحارم، ثم العصبة من الرجال، ثم الرجال المحارم من غير العصبات.

**الأحق بالحضانة عند المالكية:**

[1] السيد سابق ، نفس المرجع السابق ، ص 353 .

[2] الصابوني ، نفس المرجع السابق ، ص 223 .

[3] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 41/4

[4] يراجع للحنفية :البحر الرائق شرح كنز الدقائق 182/4، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع41/4 –44

القاعدة في المذهب المالكي أن الأم و قرابتها من أصول الإناث يقدّمن على الأب و قراباته، ثم الأب و قراباته فإذا انعدمت القرابات انتقلت إلى الولي ثم إلى العصبات[1].

**الأحق بالحضانة عند الشافعية:**

يرى الشافعية أن ترتيب الحق في الحضانة إنما يكون على حسب الحال ، و الحال لا يخلو من ثلاث: فإما أن ينفرد النساء، أو ينفرد الرجال، أو يجتمع الرجال و النساء[2].

ب- مراتب الرجال في الحضانة في حال عدم وجود النساء:

إذا اجتمع الرجال وحدهم دون النساء، فتثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث.

جـ- مراتب الحضانة عند اجتماع الرجال و النساء:

إذا اجتمع الرجال و النساء، فالأحق بالحضانة الأم ، ثم أمهاتها المدليات بإناث و إن علون، ثم الأب ، على الصحيح في المذهب.

**الأحق بالحضانة عند الحنابلة[3]:**

الحضانة عند الحنابلة تثبت للأم وأمهاتها القربى فالقربى بالاتفاق في المذهب.

---

[1] المقدمات الممهدات 565/1 -568

[2] إعانة الطالبين 115/4، مغني المحتاج 191/5-195

[3] المغني لابن قدامة 195/8-197

**خلاصة الفصل**

بالرجوع إلى المواد الواردة في قانون الأسرة الجزائري والمنظمة لموضوع الحضانة يمكن إستخلاص شرطين أوردهما المشرع الجزائري بصفة ضمنية وذلك في المادتين 66 و69 من نفس القانون واللذان حسب رأينا يمكن إعتبارهما قيدان على حق الحاضنة في إستحقاق الحضانة .

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع ذكر في نص المادة 62 قانون الأسرة " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " بمعنى انه ترك الأمر لتقدير القاضي فيما يخص بقية الشروط

# الفصل الثاني

## سقوط الحق في الحضانة

**تمهيد**

اختلف الفقهاء في حالات سقوط الحضانة ، و اتخذ القانون الجزائري من المذهب المالكي مرجعا لمواده في تفسير مسقطات هذا الحق ، لذا انطلاقا من كل هذا نقسم الفصل الى مبحثين :

**المبحث الأول : سقوط الحق في الحضانة في القانون الجزائري**

**المبحث الثاني : مسقطات الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي**

**المبحث الأول : سقوط الحق في الحضانة في القانون الجزائري**

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أسباب سقوط الحضانة ونظمها في خمس مواد من المادة 66 إلى غاية المادة 70 منه ، ونص في المادة 71 عن عودة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها ولهذا إرتأينا أن نتطرق لهذا الموضوع وفق ثلاث مطالب أساسية ففي المطلب الأول نتطرق إلى أسباب سقوط الحضانة ثم ننتقل في المطلب الثاني إلى عودة الحضانة وذلك في حالة زوال سبب سقوطها وفي المطلب الثالث إلى كيفية ممارسة دعوة إسقاط الحق في الحضانة وفق مايلي :

**المطلب الأول : أسباب سقوط الحق في الحضانة**

حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء أو جبه القانون ، فإن قام به الحاضن كما نص عليه المشرع وإلتزم بشروطه بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني المنصوص عليه في المادة 65من قانون الأسرة وإن أخل بالإلتزام من الإلتزامات المرمية على عاتقه أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها منه فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ماهي أسباب سقوط الحق في الحضانة ؟

وإنطلاقا من ذلك فإن حق الحضانة يسقط بسبب من الأسباب التالية :

**الفرع الأول : سقوط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم**

لقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري " يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم. ويعني هذا أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي وأسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة وذلك بقوة القانون وهذا بمجرد زواجها أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون ، فإذا قام الأب ، أو غيره ممن لهم حق الحضانة المحضون من الأشخاص الذين ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الأسرة ، برفع دعوى أمام المحكمة لطلب إسقاط حق حضانة الأم فإن المحكمة ستستجيب حتما لطلبهم هذا وتقضي بإسقاط حقها في الحضانة وتمنحها إلى غيرها سواء الأب أو غيره ممن لهم الحق في ذلك وقام بطلبها .

**الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة بالتنازل**

نصت المادة 66 من قانون الأسرة السالفة الذكر عن سبب أخر من أسباب سقوط الحق في الحضانة وذلك بنصها على أنه " .... بالتنازل مالم يضر بذلك بمصلحة المحضون " فقد أقر المشرع في نص هذه المادة على أن للحاضنة الحق في التنازل عن الحضانة لكن قيد هذا الحق بشرط أساسي وهو أن لا يضر ذلك التنازل بمصلحة المحضون فإذا كان ذلك التنازل في غير صالح المحضون رفض القاضي طلبها هذا مادامت تتوفر فيها الشروط القانونية والشرعية للحضانة ومادامت مصلحة المحضون متعلقة بها [1] وقد جاء في هذا الصدد

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 298 .

عن المحكمة العليا " أن تنازل الأم عن الحضانة لايعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها إعتبارا لمصلحة المحضون ... " [1]

ففي حالة إسناد الحضانة إلي الأم أو الخالة أو الأب أو غيرهم ممن لهم الحق فيها ، وأثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة أمام القاضي وطلب إسقاط حقه في تلك الحضانة فإن القاضي عند إصدار حكمه في القضية وجب أن يضع صوب عينيه دائما وأبدا مصلحة المحضون وان كان ذلك التنازل سيضر بمصلحته أم لا .

**الفرع الثالث : سقوط حق الحضانة بانتفاء أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن**

لقد أورد المشرع في نص المادة 67 من قانون الأسرة على أنه " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62أعلاه ، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه ".

يستشف من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أضاف حالة أخرى إذا توفرت سقط حق الحاضن أو الحاضنة في ممارسة حقها في رعاية المحضون ، وهذه الحالة المذكورة في نص المادة 67 السابقة الذكر تتعلق بتخلف أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن ليكون أهلا لممارسة حقه ، ومعنى هذا أن هذه الشروط كانت متوفرة فيه إذ أسندت له حضانة الطفل بموجب حكم قضائي، وبالتالي فالقاضي عند إسناد الحضانة لذلك الشخص قد رعى توفر كل الشروط الواجبة وأنه في نفس الوقت أخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون ، ولكن ثبت فيما بعد أن هذا الشخص قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون بحيث يكون قد تركه دون رعاية ولا حماية ولا تعليم ولا تربية ، وفي هذا الصدد أقرت المحكمة العليا على وجوب توفر كل شروط الحضانة وتخلف أحدها يؤدي إلى إسقاط هذا الحق كتخلف شرط القدرة [2]

والجدير بالذكر أن طلب إسقاط حق الحاضن في الحضانة وجب أن يرد من طرف أحد مستحقيها من أصحاب الدرجات الأخرى ، فإذا قضت المحكمة بإسقاط حق الحضانة وجب أن تسندها إلي الشخص الذي رفع دعوى إسقاط الحضانة ، ولكن وجب في كل الأحوال على القاضي عند النطق بالحكم أن يراعي في كل الأحوال مصلحة المحضون .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو حالة ما إذا أسندت الحضانة لأم المحضون وكانت هذه الأخيرة عاملة أو موظفة، فما هو موقف القانون في هذه المسألة ؟ أي كيف يمكن لها أن تقوم بعملها وبرعاية المحضون في نفس الوقت ؟ إن قانون الأسرة قد أغفل أن يتحدث على هذه الحالة لكن هناك من تطرق إلى هذه المسألة ومن بينهم الأستاذ عبد العزيز سعد الذي يرى " أن الحاضنة العاملة أو الموظفة يجب أن تكون قادرة على أن توفر للمحضون كل عناصر الرعاية والتربية والحماية المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة سواء بعملها المباشر أو بواسطة الغير ، و إذا عجزت عن ذلك فسوف تفقد حقها في الحضانة حتى ولو كانت لا تمارس أي وظيفة أو أي عمل مأجور " .

[1] المحكمة العليا ، ملف رقم 235456 ، قرار بتاريخ 2000/02/22 .

[2] المحكمة العليا ، ملف رقم 33921 ، قرار بتاريخ 1984/07/09 .

و ما جاء به الأستاذ عبد العزيز سعد هو الأقرب إلي الصواب ، فصعوبة الحياة اليومية والظروف الإجتماعية القاسية قد تؤدي بالحاضنة إلى الخروج للعمل للحصول على مكسب رزق يمكنها من توفير ظروف معيشية أفضل للمحضون ، وقد تلجأ إلى تركه في دور من دور الحضانة لقضاء يوم كامل ولكن وجب عليها أن تحرس على أن يتم التكفل به على أحسن وجه وتوفير له الرعاية اللازمة إضافة إلى حراسته والتأكد من سلامته

**الفرع الرابع : سقوط حق الحضانة بالتقادم**

جاء في نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري أنه " إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " ، ما يعاب على نص هذه المادة أنه لم يبين صفة مستحق الحضانة إذ وكما سبق ذكره والتطرق إليه في الميحث الأول من هذا الفصل فإن أصحاب الحق في الحضانة رتبهم المشرع الجزائري حسب درجة إستحقاقهم وذلك لتعددهم وهذا ما يضفي نوع من الغموض على هذا النص ، وحسب الأستاذ عبد العزيز سعد [1] فإنه في حالة ما إذا تخلى مستحق الحضانة بالأسبقية عنها ضمنيا ولم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة كاملة فإن حقه فيها سيسقط بقوة القانون ولا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى إلى القضاء إلا أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة "

معنى ذلك إذا وقع طلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند والدهم دون أن تطلب أمهم أو من يليها كالخالة مثلا حضانتهم في مدة تزيد عن السنة فإنه لم يعد من حق الأم ولا من حق من يليها أن يطالبوا بحقهم في الحضانة أمام المحكمة ، وهذا ما ورد في الشريعة الإسلامية أي أنه من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها ، ويبقى الطفل المحضون عند أبيه وذلك حتى بلوغه السن القانوني لإنقضاء الحضانة ، أو سقوط الحضانة من الأب بسبب الوفاة مثلا أو سبب شرعي أخر .

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 إنتهت السنة الحادية عشر سقط حق الحاضن في الإحتفاظ بالمحضون وذلك لعدم مطالبته بتمديد مدة الحضانة كما سبق وأن تطرقنا إليه في المبحث الثاني .

**الفرع الخامس : سقوط حق الحضانة بالمساكنة**

جاء في نص المادة 70 من قانون الأسرة : " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم " .

من خلال تحليلنا لنص المادة 70 المذكورة أعلاه ، نستنتج أن هناك عدة عناصر وجب توفرها لتطبيق هذه المادة وللتقرير بسقوط حق الحضانة ، فأول هذه العناصر يتمثل في الأشخاص الموكل لهم بموجب حكم قضائي حضانة الطفل المحضون ويتعلق الأمر بكل من الجدة الأم والخالة أخت أم المحضون فإذا تخلف هذا العنصر أي صفة الحاضن لايمكن تطبيق هذه المادة أما العنصر الثاني فيتمثل في أن تأتي هذه الخالة أو

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 301 .

الجدة إلى منزل الأم ومعها المحضون فتقيم معها في نفس المسكن إقامة مستمرة ودائمة ، لأنه لو جاءت زائرة أو لتقيم إقامة مؤقتة كقضاء عطلة الصيف مثلا " أو كانت تسكن بجوار أم المحضون لما أمكن الإدعاء بسقوط حضانتها ، أما العنصر الثالث فمفاده أن تكون أم المحضون متزوجة وأن يكون زوجها شخص أجنبي عن المحضون أي لاعلاقة له به ولاتربطه به أي قرابة محرمية .فإذا توفرت كل هذه العناصر المذكورة أعلاه في نفس الوقت أي أن تكون الحاضنة الجدة أو الخالة وأن تنتقل للعيش مع أم المحضون وأن تكون هذه الأخيرة متزوجة بغير قريب محرم للمحضون فإن حق الخالة أو الجدة يسقط بقوة القانون، ويحق لمن تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية من غيرهما أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه وحسب الأستاذ عبد العزيز سعد فإن المشرع الجزائري لم يبين قصده من حصر سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة أو الجدة لأم دون غيرهما ، ثم أنه سكت عن جعل هذا السبب نفسه كسبب من أسباب السقوط في الحالة العكسية وهي الحالة التي تكون فيها أم المحضون مطلقة من زوج ثاني أو متوفي عنها زوجها وتنتقل لسبب من الأسباب الإقتصادية أو الإجتماعية فتسكن مع أختها أو أمها التي تقوم بحضانة إبنها هي ، كما أن المشرع سكت عن الحالة التي يقضي فيها بالحضانة إلى أم الأب وتكون تسكن في مسكن الأب نفسه سكنا دائما قبل الحكم بالحضانة وبعده [1]

ونحن نشاطر الأستاذ عبد العزيز سعد في هذا الطرح لأن المشرع بسكوته هذا أضحى نوع من الغموض على الأسباب والدوافع التي أخذ بها الحصر هذه المادة على الجدة والخالة لأم .

**المطلب الثاني : زوال سقوط الحضانة**

لقد نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أن " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري " ومع ذلك فإنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق أو يسقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه أو غير قادر على رعايته وضمان حمايته ، والعناية بصحته وخلقه وتعليمه ، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه والذي سلب منه حق الحضانة من أجله [2] .

من ذلك وجب علينا أن نميز بين حالتين ، الأولى تتمثل في سقوط حق الحضانة بسبب تطبيق قاعدة قانونية وليس لطالب الحضانة أي دور في سقوطها أي أن هذا السقوط سببه غير إختياري وهي الحالة التي إذا زال فيها سبب سقوط الحضانة تمكن الحاضن من إسترجاع حقه في الحضانة أما الحالة الثانية للسقوط هي الحالة التي تسبب فيها مستحق الحضانة بتصرفه في ذلك ويعتبر تصرف إختياري ، وسنوضح هاتين الحالتين وفق ما يلي :

---

[1] عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص 302 و303 .

[2] عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص 302 و303 .

**الفرع الأول : سقوط حق الحضانة غير إختياري .**

والمقصود في هذه الحالة بالسقوط الغير الإختياري هو توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66 و ما يليها من قانون أسرة جزائري والتي أدت إلى إسقاط حق الحضانة ممن كانت موكلة له بموجب حكم قضائي ، وعليه فإذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون فإن هذا الحق سيعود إليها حتما إذا هي طلقت أو توفي زوجها ولم تتزوج من شخص عن المحضون ، أو حالة ما إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة الأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون وكانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه فإنها تكون بذلك قد خالفت قاعدة قانونية منصوص عليها في نص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري ، وتسقط منها الحضانة بموجب حكم قضائي ولن تعود إليها أي إما الجدة لأم أو الخالة إلا إذا إنتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون وبعيدا عنها نوع ما ، منه يمكن القول أنه إذا كان السقوط غير إختياري فإنه يحق للحاضن إسترجاع حقه إذا زال سبب السقوط ، وفي هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا أنه " أن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الود على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون أسرة مخالفة للقانون وقصور في التسبيب [1] ، وكذلك في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/02/05 جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري ومن ثم فإن القضاة بما يخالف المبدأ يعد المخالفة للقانون " [2]

**الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة**

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة كما سبق ذكره ناتج عن تصرف مستحق الحضانة وبناء على رغبته واختياره ، فإن حق الحضانة لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه إذا كان مثل هذا السقوط مترتبا عن تنازله الصريح أو إهماله وذلك بعدم مطالبته بحقه في الحضانة ، ويعتبر ذلك تنازلا وفق المادة 68 من قانون الأسرة ، وعليه فإن الأم أو الخالة أو الأب أو غيرهم من مستحقي حق الحضانة لا يمكن لأحدهم أن يستفيد من أحكام المادة 71 من قانون الأسرة أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط إذا كان حقهم هذا قد سقط بسبب تنازلهم أو بسبب عدم المطالبة بذلك خلال المهلة القانونية المحددة بسنة ، باستثناء حالة إذا كان عدم المطالبة بحق الحضانة له مبرر شرعي ، وبالتالي فإنه لا يجوز لأحد بأي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا كان قد قرر التراجع عن التنازل أو قرر أن يطلبها بعد منحها لغيره ، وفي هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/06/25 أنه " عدم الرد على الدفوع قصور في الأسباب متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها وكان من المقرر قانونا كذلك أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة من قدم من أدلة وأبدى من

---

[1] المحكمة العليا ، قرار رقم 252308 بتاريخ 2000/11/21 .

[2] المحكمة العليا ، قرار رقم 58812 بتاريخ 1990/02/05 .

طلبات و دفوع في الدعوى فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ومخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية في مقتضياته إذا كان الثابت في قضية الحال أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع إبنتها أم البنت المحضونة فإن قضاة الموضوع بعدم ردهم على الدفوع التي تمسك بها الطاعن وخاصة فيما يتعلق بتاريخ القيام القضائي جرى على أنه لايقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة وبعد ردهم أيضا على دفع الأب الطاعن المتعلق بسكن الجدة مع إبنتها أم البنت المحضونة يشكل قصورا واضحا في التعليل ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار في الطعن في هذا الشأن " [1]

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

**الفرع الثالث : دعوى سقوط حق الحضانة**

لقد تطرق المشرع الجزائري قي المادة 62 من قانون الأسرة إلى تعريف الحضانة وذلك عن طريق ذكر أهدافها ثم أضاف واشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك ، أي أن يكون الحاضن سواء رجل أو إمرأة عاقلا ، راشدا و أمينا على خلق المحضون وسلوكه وتربيته على دين أبيه وأن يكون الحاضن قادرا على تأمين حاجيات المحضون المادية والمعنوية خاصة منها المتعلقة برعايته والحفاظ على سلامته والوقوف على مصالحه ثم إنتقل المشرع في نص المادة 66 من قانون أسرة وما يليها إلى التطرق إلى أسباب سقوط الحق الشخص الموكل له الحق في الحضانة بموجب حكم قضائي

وهذا ما يؤدي بنا إلى القول أن دعوى سقوط حق الحضانة عمن كانت قد أسندت إليه بموجب حكم قضائي يمكن رفعها من طرف أي شخص تتوفر فيه الشروط القانونية والشرعية لرفع هذه الدعوى، وترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان ممارسة الحضانة ويكفي للشخص الذي يطالب بإسقاط حق الحضانة أن يستند إلى أحد الأسباب المذكورة في المادة 66 وما يليها من قانون الأسرة كزواج الحاضنة بأجنبي غير محرم للمحضون أو الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي أو كانت الحاضنة جدة أو خالة وسكنت مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي إلى غير ذلك من الأسباب المحددة بموجب القانون ، أو يسند إلى انتفاء أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن كانحراف الحاضن أو فقد أهليته أو عدم القدرة على تكفل الحاضن بالمحضون وقد جاء في هذا الصدد في قرار المحكمة العليا على أنه " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي ، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ومن ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لهما وهي على هذا الحالة حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية " [2] .

[1]قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 33636 ، بتاريخ 1984/06/25 ، المجلة القضائية سنة1989، العدد 3

المحكمة العليا ، ملف رقم 33921 ، قرار بتاريخ 1984/07/09 .[2]

ويشترط في طالب إسقاط حق الحضانة أن يطالب في نفس الوقت إسنادها إليه هو نفسه بعد أن يكون قد قدم للمحكمة أسباب سقوط الحضانة على غيره وشروط إسنادها إليه شخصيا حيث لا يجوز لأحد أن يطلب للمحكمة إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير [1] وذلك لأنه لا يحق له أن يعبر عن إرادة غيره أو يجبر غيره على ممارسة حق شخصي خالص ، ويجب على القاضي في كل الأحوال أن يراعى المصلحة الفضلى للطفل .

**المبحث الثاني : مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي**

انتقلنا هنا للفقه الاسلامي من خلال تبيان موقف الفقه من مسقطات الحضانة في المطلب الأول، ثم عودة الحضانة لمستحقيها في المطلب الثاني .

**المطلب الأول : موقف الفقه من مسقطات الحضانة**

اختلف الفقهاء في السفر و الانتقال بالمحضون على قولين:

القول الأول:إنه إذا أراد أحد الأبوين السفر بالولد ثم العودة به –كالسفر للتجارة و الزيارة– و الآخر مقيم، فالمقيم أحق بحضانته، لأن في السفر إضراراً بالولد.

و إن كان السفر للإقامة و الطريق آمن و البلد الذي يريد الانتقال إليه آمن، فالأب أحق به سواء كان هو المسافر أو المقيم، لأن الأب هو من يتولى رعايته و تأديبه و حفظ نسبه، فإن لم يكن الولد في بلد الأب ضاع.

و هذا قول الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة [2].

و اشترط الحنابلة في ذلك عدم مضارة الأم و انتزاع الولد منها.

القول الثاني: و هو قول الحنفية[3] ، أنه إذا أراد الأب الانتقال بالمحضون فالأم أحق، و إن أرادت الأم الانتقال به و كان بعد انتهاء عدتها منه، فإن كان الانتقال إلى البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق به، و إن كان إلى بلد آخر فالأب أحق به، مادام البلد بعيداً، أما إذا كان البلد قريباً بحيث يمكن للأب رؤية الولد و يمكنه الرجوع قبل الليل، فإنه لا تسقط حضانتها، متى كانت البلد الذي انتقلت إليها ليست أقل حالاً من البلد التي كانت تقيم فيه، حتى لا تتأثر أخلاق الصبي.

لقد حرص الفقهاء في كلا القولين على مصلحة الصغير، لذا فإن القاضي يقرر ما هو مناسب حسب مصلحة الصغير.

يقول ابن القيم:( و هذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر و الاحتياط للطفل في الأصلح له و الأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع لهو أصون و أحفظ روعي، و لا تأثير

---

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع سابق ، ص 370 .

[2] الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ص 531 ، مغني المحتاج ص 210 ، كشاف القناع ص 500

[3] بدائع الصنائع ص 44

لإقامة و لا نقلة، و هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر، و انتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يجب إليه) [1].

3- إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة ستة أشهر من غير عذر.

نصت المادة 152/ 3 من القانون، و التي اعتبرت أن من ضمن المسقطات للحضانة:( إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة ستة أشهر من غير عذر)، فيجب على مستحق الحضانة المبادرة إلى طلبها قبل مضي ستة أشهر من تاريخ علمه بأحقيته في الحضانة، و إلا سقط حقه ، وذلك حفظاً على مصلحة الصغير.

و يشترط لسقوط الحق في الحضانة بسبب سكوت صاحب الحق أو الولي في طلبها ما يلي:

1. علم مستحق الحضانة بحقه في الحضانة أو علم بالسبب المسقط لحضانة الحاضن السابق و مع ذلك سكت عن المطالبة به.
2. الاستمرار في السكوت مدة ستة أشهر قمرية تحسب من تاريخ علمه بأحقيته.
3. انتفاء وجود عذر لسكوته عن المطالبة بحقه في هذه المدة
4. ألا يعود الحق في الحضانة لمن سقطت عنها قبل طلبه، حتى لو كان ذلك خلال الستة أشهر
5. كون المحضون لا يزال في سن حضانة النساء

- موقف الفقه الإسلامي من السكوت عن طلب الحضانة كسبب مسقط لها:

لقد ذكرت كتب المالكية هذا السبب لسقوط الحضانة حيث يقول الدردير: (و شرطها للأنثى الحاضنة و لو أماً الخلو عن زوج دخل بها، فإن دخل بها سقطت لاشتغالها بأمر الزوج، فليس الدعاء للدخول كالدخول،...إلا أن يعلم من له الحضانة بعدها بتزوجها و دخولها، مع علمه بأنه مسقط، و يسكت بعد ذلك العام بلا عذر ، فلا تسقط حضانة المتزوجة، فإن لم يعلم بالدخول، أو علم و جهل الحكم أو سكت دون عام، أو عاماً لعذر انتقلت إليه، و سقط حق الدخول بها ما لم تتأيم قبل قيامه عليها) [2].

4- إذا سكنت الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها لسبب غير العجز البدني.

لقد اشترط المالكية عدم سكنى الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها،يقول الخرشي في سياق كلامه عن ترتيب الحاضنات:(..(ص) ( ثم أمها ثم جدة الأم إن انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها) (ش) الضمير في انفردت يعود على جدة الطفل و جدة أمه، و المعني أن كلاً منهما لا تستحق الحضانة إلا بشرط انفرادها بالسكنى بالطفل عن أم سقطت حضانتها بالتزويج أو غيره، و لك أن تقول لا خصوصية لهما بذلك، بل كل من استحق الحضانة يشترط فيه أن ينفرد بالسكنى عن التي سقطت حضانتها) [3].

وقد أخذ القانون الجزائري بالمذهب المالكي في هذا الخصوص، حيث اشترط عدم سكنى الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها ،و قد فرق بين حالتين:

---

[1] زاد المعاد ص 414

[2] الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي ص ص 529،530

[3] الشرح الكبير و حاشية الدسوقي ص 527

الحالة الأولى: إذا كان سقوط حق الحاضنة لسبب غير العجز البدني، كفقدان الأمانة، أو عدم اتحاد الدين ،أو لزواجها من أجنبي عن المحضون و دخل به، ففي هذه الحالات يعد سكن الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها مسقطاً لحضانة الجديد أيضاً.

الحالة الثانية: إذا كان سقوط حق الحاضنة لسبب العجز البدني، فإنه لا مانع من سكنى الحاضنة الجديدة معها، مادامت أنها ستقوم على أمر العناية به و رعايته [1].

**المطلب الثاني :عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه**

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:إن الحق في الحضانة يعود لمن سقط عنها متى زال سبب سقوطه

و هذا قول الجمهور من الحنفية [2]و الشافعية[3] و الحنابلة [4]و بعض المالكية[5].

أدلة أصحاب القول الأول:

1- قول النبي –صلى الله عليه و سلم- :(أنت أحق به ما لم تنكحي).

حيث إن عبارة ما لم تنكحي للتعليل ، فعلة سقوط الحضانة هي التزوج، فمتى حصل الطلاق فقد زالت العلة، و بزوالها يعود الحق، لأن الحكم يدور مع العلة وجوداً و عدماً [6].

و إذا كان هذا في مانع الزواج من الأجنبي فإنه يسري في كل مانع، فلو تابت المرتدة مثلاً و أسلمت، عاد حقها في الحضانة لزوال المانع[7].

2- إن المقتضي للحق في الحضانة هو قرابتها الخاصة، و إنما عارضها مانع كالنكاح لما يوجبه من إضاعة الطفل و اشتغالها بحقوق الزوج الأجنبي منه عن مصالحه، فإذا انقطع النكاح بموت أو فرقة زال المانع، و المقتضى قائم، فترتب عليه أثره، و هكذا كل من قام به من أهل الحضانة مانع منها، ككفر أو فسق أو انتقال، فإنه لا حضانة له، فإذا زالت الموانع عاد حقهم في الحضانة، و ذلك عملاً بالقاعدة الفقهية:( إذا زال المانع عاد الممنوع) [8].

3- إن الحضانة فيها حق للحاضنة و حق للصغير، و أن أقوى الحقين هو حق الصغير، فإذا سقط حق الأم فلا تقدر على اسقاط حق الصغير أبداً، فيظل قائماً، فمتى عاد حقها، عادت لها الحضانة، و ذلك لأن العائد

[1] المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي ص 263

[2] بدائع الصنائع ص 42

[3] روضة الطالبين ص 101

[4] كشاف القناع ص 500، المغني لابن قدامة ص 310

[5] الشرح الكبير و حاشية الدسوقي ص 532

[6] زاد المعاد ص 404

[7] بدائع الصنائع ص 42

[8] زاد المعاد ص 404

هنا غير الساقط، لأن حقها يثبت في الحضانة شيئاً فشيئاً، فيسقط الكئنفقط و لا يسقط المستقبل، قياساً على إسقاط إحدى الزوجتين حقها في القسم لضرتها[1].

القول الثاني:إنه يجب التفرقة بين أسباب السقوط ، فإذا كان سبب السقوط اضطرارياً كالمرض و السفر و نحوهما، فإنه يعود الحق في الحضانة متى زال العذر، أما إذا كان سبب السقوط اختيارياً كزواج الحاضنة، أو تنازلها عن الحضانة بإرادتها، فإن الحضانة لا تعود إليها إذا زال السبب.

وهذا ماذهب إليه المالكية في المشهور عندهم[2].

أدلة أصحاب القول الثاني:

قول النبي –صلى الله عليه و سلم– :(أنت أحق به ما لم تنكحي).

حيث إن قوله ما لم تنكحي للتوقيت، أي أن حقك من الحضانة مؤقت إلى حين نكاحك، فإذا نكحت، انقضى وقت الحضانة، فلا تعود بعد انقضاء وقتها، كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل و استغنائه عنها[3].

أما إذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري كالمرض مثلاً ، فيمكن إن يعود لها الحق كما كان عند زوال العذر الاضطراري لأنه ضرورة.

القول الراجح: هو القول الأول ، و ذلك لقوة أدلتهم، و لأن فيه مصلحة للصبي.

[1] حاشية ابن عابدين ص 559

[2] حاشية الدسوقي ص 532

[3] زاد المعاد ص 405

**خلاصة الفصل**

مسقطات الحضانة متعددة اسبابها و قد فسرها الفقه حسب ظروف الحاضن و نظر لمصلحة المحضون كأولوية مهما اختلفت مذاهبه ، و هذا ما أخذت به غالبية التشريعات العربية و خاصة القانون الجزائري .

# الخاتمة

نستخلص مما سبق بيانه عن (مسقطات الحضانة )النتائج التالية:

–المشرع الجزائري لم يضبط تعريف للحضانة واكتفى بذكر أهدافها وهذا ما أدى بنا إلى اللجوء إلى التعاريف الواردة في الكتب الفقهية

– المشرع لم ينص على خصائص الحضانة و لا على الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي ستسند إليه حضانة الأولاد مكتفيا بالنص في المادة 62 فقرة 02 من قانون الأسرة على " .... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك " .

– قيد المشرع تطبيق تقريبا كل المواد المتعلقة بالحضانة بمبدأ مصلحة الطفل ولكنه لم يعطي مفهوما لهذا المبدأ وترك ذلك لتقدير القاضي الفاصل في النزاع.

**التوصيات :**

– عدم كفاية سن إنقضاء الحضانة بالنسبة للذكر والمحدد بـ 10 سنوات ، فالسن غير كاف و هو مقيد بأم المحضون فقط .

فحسب رأينا على المشرع الرفع من السن الإنقضاء أو أن لا يقيد حق التمديد بأم المحضون فقط وذلك لتفادي الأضرار بالطفل الذي يكون قد تعود على العيش مع الحاضن .

– يجب ضبط قواعد مسألة تمديد سن الحضانة للذكر إلى حين بلوغه سن 19 سنة أي سن الرشد المدني .

–فيما يتعلق بمسألة مسكن الطفل المحضون أي المكان الذي تمارس فيه الحضانة إذا كان الأمر يتعلق بأم المحضون نرى أن ما جاءت به المادة 52 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية حين نصت على أنه " ..... وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج " مجحف في حق الأم الحاضنة وذلك لأنه يستشف من نص هذه المادة أنه لو تعلق الأمر بمحضون واحد سقط حق الحاضنة في الإستفادة من مسكن ، فمن جهة المشرع يقيد المواد المتعلقة بالحضانة بمبدأ مصلحة المحضون ومن جهة أخرى يعرض هذا الطفل المحضون إذا كان وحيدا إلى التشرد وذلك بالنص على لفظ " محضونيها " مما يدل على " أكثر من واحد " وهذا ما ذهبت إليه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أي إستحقاق الأم الحاضنة لسكن الزوجية أو أجرة مسكن لممارسة الحضانة إلا إذا كان لديها أكثر من محضون ،

هذا ما يؤدي بنا إلى إقتراح تغيير المصطلح الوارد في نص المادة 52 فقرة 02من قانون الأسرة " محضونيها " والدال على التعدد إلى مصطلح " محضونها " وذلك لتفادي تعرض صبي صغير مع أمه إلى التشرد وذلك تطبيقا لمبدأ مصلحة المحضون ومراعاة لها .

– إعادة النظر في المواد المنظمة للحضانة وتدارك الثغرات الموجودة فيه و ذلك بتخصيص مواد إضافية لضبط النقائص المتواجدة في هذا الباب وتحديد التزامات الحاضنة وأب المحضون بدقة وهذا ما يعني إعطاء أكبر أهمية وعناية لهذه المسألة الحساسة .

**قائمة المراجع**

**أولا: المراجع المتعلقة بالقرآن الكريم**

1- القرآن الكريم

**ثانيا: المراجع المتعلقة بالحديث الشريف**

1- البخاري، محمد بن اسماعيل:**صحيح البخاري**، مطبوع مع فتح الباري، اعتنى بها عبد العزيز بن باز، دار السلام – الرياض،ط1

**ثالثا: المراجع المتعلقة بالفقه،**

- **المراجع المتعلقة بالفقه الحنفي:**

1- الكاساني، أبو بكر بن سعود أحمد: **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع**، طبعة دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 1402هـ، 1982م.

2- ابن نجيم ،زين الدين: **البحر الرائق شرح كنز الدقائق فى فروع الحنفية**، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1997.

3- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر: **رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين**، طبعة دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2003م.

- **المراجع المتعلقة بالفقه المالكي:**

1-ابن رشد الجد، محمد بن أحمد القرطبي: **المقدمات الممهدات**، تحقيق: محمد حجي، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي. ط1، 1408هـ -1988م.

2-الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير** ، تحقيق: محمد عبد الله، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1 ، 1417هـ – 1996م.

3- الخرشي، محمد بن عبدالله بن علي: **شرح الخرشي على مختصر خليل مع حاشية العدوي** ، بيروت – لبنان، المكتبة العصرية، ط 1، 1427هـ – 2006م.

- **المراجع المتعلقة بالفقه الشافعي:**

1- النووي،يحيى بن شرف: **روضة الطالبين**، طبعة دار بن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2002م.

- **المراجع المتعلقة بالفقه الحنبلي:**

1- البهوتي، منصور بن يونس الحنبلى: **كشف القناع عن متن الاقناع**، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1402هـ، 1982م

2- **ابن القيم،محمد بن أبي بكر: زاد المعاد في هدي خير العباد،بيروت، لبنان، الرسالة، 3، 1419هـ - 1998م.**

3-ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم: **الفتاوى الكبرى،** ط: مكتبة ابن تيمية، مصر

4- ابن قدامة، عبدالله بن أحمد المقدسي:**المغني،** تحقيق: التركي و الحلو، الرياض، السعودية. دار علم الكتب،ط5، 1426هـ - 2005م.

**- المراجع المتعلقة بفقه المذاهب الأخرى:**

1-ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد: **المحلى** ، تحقيق: عبد الغفار البنداري، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية(بلا تاريخ).

**رابعا: المراجع القانونية**

1- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة ، دار هومة.
2- أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ، الإسكندرية ، منشأة المعارف 1997

3- عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون أحوال الشخصية السوري ، الجزء الثاني ، المطبعة الجديدة دمشق

**أخيرا: القواميس اللغوية، و المعاجم المتخصصة.**

1- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري: **المصباح المنير،** بيروت – لبنان، مكتبة لبنان ، 1987م.

-الرازي، الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: **مختار الصحاح،** ط: المطبعة الأميرية ببولاق ،مصر2

**النصوص القانونية :**

- الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني الجزائري .
- المحكمة العليا ، ملف رقم 235456 ، قرار بتاريخ 2000/02/22 .
- المحكمة العليا ، ملف رقم 33921 ، قرار بتاريخ 1984/07/09 .
- المحكمة العليا ، قرار رقم 252308 بتاريخ 2000/11/21 .
- المحكمة العليا ، قرار رقم 58812 بتاريخ 1990/02/05 .
- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 33636 ، بتاريخ 1984/06/25 ، المجلة القضائية سنة1989، العدد 3
- **المحكمة العليا ، ملف رقم 33921 ، قرار بتاريخ 1984/07/09 .**
- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 31997 بتاريخ 1984/01/09.
- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 50011 بتاريخ 1988/06/20 .
- المحكمة العليا ، ملف رقم 11029 ، قرار بتاريخ 1974/05/29 .
- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 43594 بتاريخ 1986/09/22 ، نشرة القضاء ، العدد 44
-المحكمة العليا، قرار رقم 56597 بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية عدد 3 سنة 1991
- المحكمة العليا ، قرار رقم 33921 ، بتاريخ 1984/07/09 ، المجلة القضائية ، سنة 1989 ، العدد 04 .

**الكتب بالفرنسية :**

- Dictionnaire Petit Larousse illustré 1984

# الملاحق:

**نموذج عريضة اسقاط الحضانة في القانون الجزائري**

لإستيطان صاحب الحق في الحضانة ببلد اجنبي مادة 69 قانون الاسرة

الجزائر يوم... مجلس قضاء الجزائر

مكتب الاستاذ محكمة الرويبة

الكائن مكتبه بـ... فرع شؤون الأسرة

جلسة ليوم .....

## عريضة إفتتاحية للدعوى

لإسقاط و طلب الحضانة المادة 69 قانون الاسرة

**لفائدة: ن س موظف الساكن بحي..... الجزائر**

**القائم في حقه الأستاذ ح ع..... محامي لدى المجلس..... مدعي**

**ضد: و ي عاملة الساكنة بـ ...الجزائر..... مدعى عليها**

**بحضور: السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة الرويبة**

************* ليطب للمحكمة الموقرة *************

يتشرف العارض على لسان وكيله بعرض ما يلي

حيث أن الطرفان كانا متزوجان بموجب عقد رسمي مسجل بمصالح الحالة

المدنية لبلدية .....

حيث أنه نتج عن هذا الزواج ميلاد الطفل "نوح".

حيث أنه تم فك الرابطة الزوجية بين الطرفين و ذلك بموجب حكم صادرعن محكمة الحال بتاريخ ..2020.

حيث أن حضانة الطفل "نوح" أسندت إلى أمه طبقا للقانون.

حيث أنه من المقرر قانونا و شرعا أن حق الحضانة يسقط بإسيتطان صاحب الحق في الحضانة ببلد اجنبي المادة 69 قانون الاسرة.

حيث أن المدعى عليها إنتقلت للعيش و إستقرت في بلد اجنبي ( إسبانيا ) بتاريخ ..2010.

حيث ان المدعي عليها تمهد بعد إنتقالها للعيش في اسبانيا لزواج من شخص أجنبي كانت تتعامل معه في اطار عملها قبل استقرارها بالخارج .

حيث أن العارض و بعد علمه بذلك، يلتمس من هيئة المحكمة الموقرة إسناده حضانة الطفل "نوح" و ذلك تطبيقا لنص المادة 69 من قانون الأسرة.

حيث أن العارض متمسك في حضانة إبنه "نوح" خاصة و أنه متعلق به جدا و أن جميع الشروط المحددة قانونا و شرعا متوفرة في قضية الحال.

**<u>لهذه الأسباب ومن أجلها</u>**

يلتمس العارض من عدالة المحكمة الموقرة ما يلي :

**<u>في الشكل :</u>**

-التصريح بقبول الدعوى الحالية شكلا لتوفر شروط نشرها.

**<u>في الموضوع</u>** :

إثبات الطلاق بين الطرفين.

إثبات نص المادة 69 من قانون الأسرة.

إثبات ان مصلحة المحضون الطفل ( نوح ) مع الاب و في المجتمع الذي ولد

فيه خاصة وان جميع الظروف متوفرة للقيام بذلك .

إثبات صحة إستطان الام بالخارج تمهيدا لزواجها بأجنبي

**و عليه**

القول و الحكم بإسناد حضانة الطفل "نوح " إلى والده و منح حق الزيارة

للأم طبقا للقانون.

تحت جميع التحفظات

عن العارض / وكيله

**المرفقات**

1. نسخة من عقد الزواج
2. نسخة من الشهادة العائلية
3. نسخة من حكم الطلاق

الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا

الغرفة غرفة الأحوال الشخصية والمواريث

رقم القرار257693

تاريخ القرار2001/02/12

قضية(س-ع) ضد (ق- ق)

موضوع القرار حضانة- إسقاطها- التهرب من الإنفاق- مخالفة القانون.

المبدأ: إن قضاة المجلس بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الطاعنة قد سهوا أن المطعون ضده كان هدفه التهرب من الإنفاق دون مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة

للنفقة يكونون قد خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة.

**القرار إن المحكمة العليا**

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 ببن عكنون الأبيار الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القانون الآتي نصه:

و بناء على المواد : 231، 233، 239، 244، 257 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ: 19 جويلية 2000 و على مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعون ضده.

بعد الإستماع إلى السيد: محمد بن سالم المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد: خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن المدعوة (س–ع) تطلب نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء سعيدة بتاريخ 26 ديسمبر 1999 و القاضي بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط الحضانة (ق – ن) ، (ق – ك)، (ق–ع) عن الأم الحكم المستأنف قضى بتاريخ

16جوان 1999 برفض دعوى المطعون ضده لعدم التأسيس.

حيث استندت الطاعنة على وجه وحيد.

حيث أن المطعون ضده طلب رفض الطعن.

حيث التمست النيابة العامة رفض الطعن.

عن الوجه الوحيد بفرعيه : المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.

بدعوى أن القرار المطعون فيه إكتفى بذكر أنه استمع إلى النائب العام دون أن يذكر الإجراءات التي يجب أن تتم وفق المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية و لا سيما إرسال الملف إلى النائب العام 10 أيام على الأقل قبل الجلسة بواسطة كاتب الضبط.

حيث أن من المعروف قانونا أن النيابة العامة لها الحق في الإطلاع على جميع الملفات المتداولة قضاء ليتسنى له إبداء الرأي فيها و ذلك ما نصت المادة 141من قانون الإجراءات المدنية و غيرها في قوانين أخرى.

و حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه بينوا قضاة الموضوع على أن النائب العام قدم ملتمسات في قضية الموضوع و إنه تم الإستماع إليه عليه فالوجه غير مؤسس مما يتعين رفضه.

عن الوجه التلقائي : المأخوذ من المخالفة في تطبيق القانون.

حيث أنه بالرجوع إلى مستندات الملف و القرار المطعون فيه القاضي بإلغاء الحكم المستأنف و بعد الإطلاع على هذا الأخير تبين أن قضاة المجلس في قضائهم بإسقاط الحضانة قد سهوا على أن المطعون ضده لما أقام دعوى إسقاط الحضانة ضد الطاعنة كان هدفه التهرب من الإنفاق على محضونين أحدهما أثبت قاضي أول درجة بأنه لا زال قاصرا و الآخر معوقا إعاقة كاملة و الهدف الثاني إخلاء المسكن الذي تمارس فيه الحضانة بالإضافة إلى أن البنات البالغين سن الزواج حسب المادة 7 من قانون الأسرة ملزم بإنفاقهم حتى الدخول بهن و ذلك طبقا للمادة 75 من قانون الأسرة التي تنص على أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حال ما إذا الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة بالإستفتاء عنها بالكسب.

و حيث أنه في قضية الحال يوجد إرتباط بين الحضانة و النفقة بالنسبة للقاصرين و النفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بها الأمر الولي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة و نفقة محضونها بالسكن المحضون لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا و ما دام الأمر كذلك يتعين القول بأن قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون و كان صائبا في حكمه مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه و بذلك إحالة و القول أن قضاة المجلس خالفوا نقض المادة 75 من قانون الأسرة لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط بذلك المادة 65 من قانون الأسرة.

**لهـذه الأسبـاب**

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث

قبول الطعن شكلا و موضوعا و نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سعيدة بتاريخ 20 ديسمبر 1999 و بدون إحالة مع إلزام المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث عشر من شهر فبفري من سنة ألفين و أثنين ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة :

لعوامري علاوة رئيس القسم

محمد بن سالم المستشار المقرر

عبد القادر بلقاسم المستشار

و بمساعدة السيد

ماجد نويوات أمين ضبط رئيسي

و بحضور السيد

خروبي عبد الرحيم المحامي العام

رئيس القسم المستشار المقرر أمين ضبط رئيسي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

**المرجع:** القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد لقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

# تصريح شرفي

## خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) حمالي نزيه

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 202913553

الصادرة بتاريخ 2018/05/07 عن مفوضية/ بلدية عين الخضراء

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث ( مذكرة ماستر ، مذكرة ماجستير ، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

مستوطنات في فلسطين بين التشريع الجزائي والفقه الإسلامي

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 21/06/23

إمضاء المعني

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

**المرجع:** القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد لقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

# تصريح شرفي

## خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) جريدي فيصل

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 203409082

الصادرة بتاريخ 2018/09/19 عن دائرة/ بلدية عين الحجل

المسجل(ة) بكلية العلوم القانونية والإدارية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث ( مذكرة ماستر ، مذكرة ماجيستير ، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

مسقطات الحضانة بين التشريع الجزائري والفقه الاسلامي

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 23 جوان 2021

امضاء المعني

# الفهرس

## فهرس المحتويات


شكر ..... أ

إهداء ..... ب-ج

مقدمة ..... 1

فصل تمهيدي ..... 7


## الفصل الأول : شروط و أحكام الحضانة


**المبحث الأول : شروط ممارسة الحضانة** ..... 12

المطلب الأول : الشروط الوارد ذكرها في قانون الأسرة الجزائري ..... 12

الفرع الأول : عدم زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون ..... 12

الفرع الثاني : عدم الإستيطان بالمحضون في بلد أجنبي ..... 13

المطلب الثاني : الشروط المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية . ..... 13

الفرع الأول : البلوغ والعقل ..... 14

الفرع الثاني : القدرة والأمانة ..... 14

الفرع الثالث : إتحاد الدين ..... 14

**المبحث الثاني : أحكام الحضانة** ..... 15

المطلب الأول : أصحاب الحق في الحضانة ..... 15

الفرع الأول : الأم ومن يليها من أقاربها ..... 15

الفرع الثاني : الأب ومن يليه من أقاربه ..... 17

الفرع الثالث : الأقربون درجة ..... 17

الفرع الرابع : من يراه القاضي أصلح للمحضون ..... 19

المطلب الثاني : مراتب الحضانة في الفقه ..... 19

**خلاصة الفصل** ..... 21

## الفصل الثاني: سقوط الحق في الحضانة

**المبحث الأول : سقوط الحق في الحضانة في القانون الجزائري**..... 24
المطلب الأول : أسباب سقوط الحق في الحضانة ..... 24
الفرع الأول : سقوط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم..... 24
الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة بالتنازل ..... 25
الفرع الرابع : سقوط حق الحضانة بالتقادم ..... 26
الفرع الخامس : سقوط حق الحضانة بالمساكنة..... 26
المطلب الثاني : زوال سقوط الحضانة ..... 27
الفرع الأول : سقوط حق الحضانة الغير إختياري..... 28
الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة..... 28
الفرع الثالث : دعوى سقوط حق الحضانة ..... 29
**المبحث الثاني : مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي** ..... 30
المطلب الأول : موقف الفقه من مسقطات الحضانة..... 30
المطلب الثاني : عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه..... 32
**خلاصة الفصل** ..... 34
**الخاتمة** ..... 36
**قائمة المراجع** ..... 38
**ملاحق** ..... 40
الفهرس .....