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

كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق
رقم: .....

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: القانون العام
تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبة: بختي زينب

تحت عنوان:

شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

اسم ولقب الأستاذ(ة)	الجامعة	الصفة
الأستاذ: والي عبد اللطيف	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيساً
الأستاذة: شرفة سامية	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا و مقرراً
الأستاذ: عمارة عمارة	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشاً

السنة الجامعية: 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

{ وقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ } صدق الله العظيم، سورة التوبة/105

إلاهي لا يطيب الليل إلا بشكرك، ولا يطيب النهار إلا بطاعتك، ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك، ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك، ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك. **الله جل جلاله**

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة، ونصح الأمة، إلى نبي الرحمة، ونور العالمين، وشفعينا يوم القيامة. **سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم**

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار، إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل اسمه بكل افتخار، أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار، وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد. **أبي العزيز**

إلى ملاكي في الحياة، إلى معنى الحب و إلى معنى الحنان والتفاني، إلى بسمة الحياة وسر الوجود، إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب. **أمي الحبيبة**

أسأل الله سبحانه و تعالى أن يطيل في عمرهما على الطاعة، و أن يمنحهما الصحة و العافية، وأن يجعل عاقبتهما جنة عرضها السموات و الأرض.

إلى القلوب التي أحاطتني بالجد و الرعاية، ورافقتني في دروب الحياة **إخوتي الأعزاء**، إلى مصدر سعادتي وفرحي ومصدر قوتي **أختي الغالية** و إلى كل الأهل و الأقارب كبيرا وصغيرا.

إلى كل من التقيت بهم، و سرت معهم على درب العلم و التعلم، إلى الزملاء والزميلات، رموز الوفاء والعطاء، و كل طلبة الماستر في الحقوق، فرع: قانون الأسرة، دفعة : 2019-2020.

إلى هؤلاء، و أولئك، أهدي ثمرة جهدي ... و أهدي هذا العمل المتواضع

الطالبة: بختي زينب

شكر وتقدير

اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك و عظيم سلطانك على ما يسرت لي في هذا العمل المتواضع حتى خرج إلى النور فسبحانك لا إله إلا أنت أستغفرك و أتوب إليك.

ثم لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة **شرفة سامية** لقبولها الإشراف على هذه الرسالة أولا، و للتسهيلات و التوجيهات التي منحتها لي ثانيا، و لجميل صبرها وحسن معاملتها معي ثالثا، كما أنها لم تبخلني بوقتها الثمين في تتبع بنيات هذا العمل من بدايته إلى نهايته فجزاها الله عني ألف خير.

كما يجدر أن أتقدم أيضا بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأجلاء الذين نهلنا من معينهم طيلة مرحلة دراسة الليسانس و الماستر، إذ أضاءوا لنا الطريق و شرحوا ما غمض و التبس معناه في أذهاننا.

كما أتقدم بالشكر و العرفان إلى كل من ساعدني و مد لي يد العون من قريب أو بعيد.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر و التقدير إلى السادة أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة وصرفهم جزء من وقتهم الثمين لأجل قراءتها.

فنسأل الله أن يزيدنا علما و ينفعنا بما علمنا إنه ولي ذلك و القادر عليه و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة المختصرات:

تحق: تحقيق

ج: الجزء

د. ط: دون طبعة

د.ت: دون تاريخ النشر

ص: الصفحة

ط: الطبعة

ع : العدد

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري

م: ميلادي

م. ج: المجلد

م. ع: المحكمة العليا

م. ق: المجلة القضائية

هـ: هجري

مقدمة

بسم الله والصلاة والسلام على خير خلق الله أجمعين وعلى آله وصحبه ومن والاه ليوم الدين، أما بعد:

أولا: التعريف بموضوع البحث وأهميته

مهد الله عز وجل للزواج كمنهج مستقيم بأن هيأ كلا من الجنسين على نحو ما يجعله موافقا للآخر ملبيا لحاجاته الفطرية نفسية كانت أو عقلية أو جسدية وشرع سبحانه وتعالى الزواج لبناء علاقة وثيقة تربط بين الزوجين وجعل ذروة سنام التكامل بين الرجل والمرأة فيه.

فالزواج هو مصدر السعادة والاستقرار للإنسان فقد خلق الله سبحانه وتعالى النساء ليكونوا شقائق الرجال فلا يمكن للرجل أن يعيش بدون المرأة، ولا يمكن للمرأة ان تعيش بدون الرجل، مصداقا لقوله جل وعلا: ﴿و وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ سورة الروم/21

وقال: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاثًا وَمَتَاعًا إِلَىٰ حِينٍ﴾ سورة النحل/80

والزواج من سنن الأنبياء والمرسلين، وآية من آيات الله في الكون .

يقول عز وجل: ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ ﴾ سورة الرعد/38

وقوام الحياة الزوجية هو تكوين أسرة أساسها التماسك والمودة والرحمة والتفاهم، وشرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء، ولكن قد تعترض الحياة الزوجية وتواجهها مشاكل عديدة يكون حلها بوسائل منها الموعظة الحسنة، التحكيم العائلي، لكن إذا استعصت وأصبحت مصدر الشقاق والخصام وإذا استحكم الخلاف بين الزوجين بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع وحصل بينهما التباغض والكراهية كان الانفصال آخر الحلول وبهذا تنفك وتنحل الرابطة الزوجية التي لا خير في بقائها بالطلاق وهو مشروع في الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب لقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا

جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ سورة البقرة /229.

ومن بين الاحاديث التي وردت في السنة قوله صلى الله عليه وسلم: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) - اخرجه ابو داوود وابن ماجة -

وقد أجمع العلماء على مشروعية الطلاق خاصة في حالة استحالة العشرة بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة وضررا فالطلاق أنجع وانجح علاج لإخماد نار الفتنة بين الزوجين.

ومن أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج وتعتبر من القضايا المهمة والأساسية التي تؤدي إلى عدم استقرار الأطفال خاصة عندما تزداد حدة الصراع بين الوالدين لأن أطفال اليوم هم شباب الغد لذا وجب على ذويهم أن يحرصوا على تربيتهم ورعايتهم وتعليمهم لكي ينشأووا نشأة سوية مستقيمة مستقرة ولكي يكونوا فعالين في المجتمع، وأسمى لون من ألوان التربية هو تربية الطفل في أحضان والديه لينال من رعايتهما وحسن قيامهما عليه ما يبني جسمه وينمي عقلة ويزكي نفسه ويهيئه للحياة.

والطفل يحتاج إلى من يرعاه ويقوم بشؤون حياته، وقد جعل الشارع الحكيم رعاية مصالحه لوالديه، ولما كانت الأم أقدر واليق واصبر عليه في مراحله الاولى من حياته في تربيته والحفاظ عليه فقد فوض الأمر لها، وجعل للأب ولاية التصرف بنفسه وماله لأنه أصلح لهذه الولاية المخولة له لأنه الأقدر عليها من الأم.

وإذا كان الطفل يستمد الشعور بالأمان والاستقرار من تفاهم وارتباط وتماسك والديه، فإن الشعور في حالة انفصالهما يزعزعه بمجرد ابتعاد أحد الزوجين عن الآخر ويجد نفسه أمام غياب أحدهما مما قد يؤدي إلى نقص المتابعة.

ومن هنا فقد نظم الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري شروط استحقاق الحضانة خدمة للمحضون ورعاية لمصلحته، وهذا المبدأ ذاته تخضع له كل الحالات المتعلقة بمسقطات الحضانة أو التنازل عنها والعودة فيها.

ثانيا: إشكالية البحث

انطلاقا مما سبق ذكره ولدراسة الموضوع أكثر ارتأيت طرح الإشكالية التالية:

ماهي المعايير الفقهية والقانونية لاستحقاق الحضانة؟ وماهي مسقطاتها؟ وهل يمكن استعادتها بعد سقوطها في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

إن دراسة هذا الموضوع يدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر، كما أنه يندرج في إطار التخصص المتعلق بدراسة قانون الأسرة.

و ترجع أسباب اختياري لدراسة موضوعي هذا إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية وهي:

أ- الأسباب الذاتية:

وتتمثل في ميلي الشخصي نحو دراسة هذا النوع الموضوع المتعلقة بالأطفال، وذلك لعدة اعتبارات من أبرزها التأثير المباشر على الأسرة خاصة والمجتمع عموما، والتأثير السلبي على الأطفال الصغار.

ب- الأسباب الموضوعية:

قلة الدراسات الفقهية والقانونية التي تناولت بعمق، موضوع شروط و مسقطات الحضانة، والتي تعنى بالطفل ومصلحته، وأخذها يعين الاعتبار.

دراسة مقارنة ما بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري تبرز معرفة أوجه التشابه وأوجه الاختلاف حول موضوع البحث.

إن موضوع الدراسة واحد من أهم المواضيع المطروحة على الساحة الاجتماعية حاليا.

تعتبر أيضا مسألة الحضانة عند فك الرابطة الزوجية من القضايا المهمة والأساسية التي تؤدي إلى عدم استقرار الأطفال خاصة عندما تزداد حدة الصراع بين الأبوين.

محاولة لفت انتباه الباحثين في الدراسات المستقبلية، من أجل صيانة وحفظ حق الطفل.

رابعا: أهداف البحث

الهدف من دراستي هو محاولة إظهار أحكام حضانة الأولاد، ودراسة دراسة مقارنة وتحليلية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

محاولة إبراز مكانة الحضانة بالنسبة للطفل المحضون وموقف كل من المشرع في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية.

موضوع الحضانة له هدف بالغ لاعتبار الأطفال الصغار هم شعلة المستقبل وثروة المجتمع، لذا وجب على ذويهم أن يحرصوا على تربيتهم وتعليمهم لكي يكونوا فعالين في المجتمع، ويعتبر أيضا من المواضيع الأسرية التي تطرح أمام القضاء في حالة الطلاق أو الموت ويصبح الأطفال هم ضحايا لذلك، لذاك نجد أن المشرع الجزائري ترك أمر تقدير مصلحة المحضون كلها بيد القاضي.

إن هذا البحث هو محاولة للإحاطة بشروط ومسقطات الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري كلها لرعاية وحماية المحضون.

وتكمن الغاية من دراسة الموضوع هو اعتباره من أهم المظاهر التي تحمي الطفل وترعاه إذ يعتبر من أهم الآثار المترتبة عن الطلاق ومن أهم حقوق الطفل.

خامسا: الدراسات السابقة

من خلال بحثي لموضوع شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها وشروط استعادتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وقفت على بعض الدراسات السابقة المهمة والتي كانت مرجعا مهما وسندا لي أذكر منها:

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

وكذا مذكرة كمال صماطة، تحت عنوان مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة ماجستير، والتي تم طرحها في جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم لحقوق، سنة 2014- 2015.

سادسا: صعوبات البحث

تشتت المادة العلمية المتعلقة بموضوع البحث خاصة في مصادر الفقه الإسلامي وتميزها بصعوبة الأسلوب وغموض العبارات نظرا لعدم تخصصي في علوم الشريعة الإسلامية وعدم تعاملي المسبق مع هذه المصادر، وهذا تطلب جهدا كبيرا في استقراءها والبحث عنها.

قلة المراجع في شرح لقانون الأسرة الجزائري خاصة التي تناولت موضوع البحث حيث كان عبارة عن جزئيات صغيرة يشار إليها.

سابعا: منهج البحث

لقد اعتمدت على مجموعة من مناهج البحث العلمي في إعدادي لهذه المذكرة وهي كالآتي:

المنهج الوصفي: وهو الذي يناسب الدراسات الفقهية والقانونية التي تعرف موقف الشريعة الإسلامية من ذلك وكذا المشرع في بعض المسائل القانونية.

المنهج المقارن: هو الذي يبين الأحكام الفقهية والقانونية التي لها علاقة مع موضوع الحضانة.

المنهج التحليلي: هو المنهج المعتمد غالبا عند تحليل النصوص القانونية.

المنهج التفسيري: و اعتمدته في تفسير بعض الآيات القرآنية.

ثامنا: خطة البحث

اعتمدت في دراستي هذا الموضوع على خطة مكونة من فصلين بحيث يتمحور الفصل الأول حول مفهوم الحضانة و أصحاب الحق فيها وبدوره قسمته إلى مبحثين، الأول تحت عنوان مفهوم الحضانة وأهميتها والثاني حول أصحاب الحق في الحضانة.

ثم انتقت إلى الفصل الثاني والذي وسمته بعنوان شروط استحقاق الحضانة والأسباب المسقطة لها وشروط استعادتها وقسمته أيضا إلى مبحثين الأول شروط استحقاق الحضانة ومشتملاتها والثاني الأسباب المسقطة للحضانة وشروط استعادتها.

وختمت البحث بخاتمة احتوت مجموعة من النتائج والاقتراحات التي من أجلها قدمت هذا البحث.

الفصل الأول:

مفهوم الحضانة وأصحاب الحق فيها

تعتبر الحضانة من أهم و أبرز الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية أو ما يعرف بالطلاق لتعلقها بمصير الأولاد الناجمين عنها من حيث تربيتهم ورعايتهم والحفاظ عليهم، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، وقد أولت الشريعة الإسلامية عناية و اهتماما خاصا بها فهي حق للصغير وواجب على والديه، فالفطرة السوية تقتضي تلبية احتياجاته البيولوجية والنفسية والتربوية والعاطفية، وحماية له قام المشرع الجزائري بسن نصوص قانونية تكفل له هذه الحقوق وتقوم بحمايتها عن طريق قانون الأسرة .

من خلال هذا الفصل سوف أتطرق في المبحث الأول إلى **مفهوم الحضانة و أهميتها** وفي المبحث الثاني عن **أصحاب الحق في الحضانة** في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة وأهميتها

تعد الحضانة من بين المسائل التي أقرها الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري إذ هي الرعاية التي يتلقاها الولد في المرحلة الأولى من حياته، كما تعتبر أمر واجب على الوالدين نحو الطفل، إذ بدونها يهلك الطفل فيجب الحفاظ عليه ويقوم بهذا الدور أهله و أقاربه حسب درجة القرب كما ورد في الحديث النبوي الشريف: **حدثنا مسدد حدثنا يحي عن عبيد الله قال: حدثني نافع عن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:((كلُّكُمْ رَاعٍ و مَسؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ: فَالْأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ فهو رَاعٍ عليهم، وَهُوَ مَسْؤولٌ عَنْهم، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ وَهُوَ مَسْؤولٌ عَنْهُمْ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ وَهِيَ مَسْؤولَةٌ عَنْهُمْ، وَالْعَبْدُ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَسْؤولٌ عَنْهُ، أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ))**[1].

ولضرورة دراسة مفهوم الحضانة وأهميتها يحيلني إلى دراسة كل من **تعريف الحضانة وحكمها وأدلة مشروعيتها** في المطلب الأول **وأهمية الحضانة** في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الحضانة وحكمها وأدلة مشروعيتها

الطفل كائن صغير ضعيف لا يمكنه القيام بحاجياته بمفرده كما لا يملك إدراكا واسعا يحميه من الوقوع في ما يضره لذا دعى هذا المبحث أن أتعرض للحديث عن **تعريف الحضانة وحكمها و أدلة مشروعيتها**.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

لفهم تعريف الحضانة يجب التطرق إلى **التعريف اللغوي** أولا ثم **الاصطلاحي** في كل من **الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري و القوانين المقارنة** ثانيا.

أولا: التعريف اللغوي للحضانة: ورد في التعريفات اللغوية ما يلي: **1-** "الحِضْنُ، بالكسر: ما دون الإبط إلى الكشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته جمع أحْضان، وحَضَنَ

[1] - أخرجه البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب العتق، باب كراهية التطاول على الرقيق، دار ابن كثير، دمشق، ط 1، 1423هـ-2002م، رقم 2054، ص 618.

الصبي حَضْنًا و حِضانَةً بالكسر: جعله في حِضْنِه، أو رباه كاحْتَضَنَهُ، وحضن الطائر بيضه حَضْنًا و حِضانًا وحِضانة بكسرهما، وحضُونًا: رحم عليه للتفريخ"[1].

2- "الحضانة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحضن وهو الجنب أو الصدر، والعضدان وما بينهما، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته"[2].

3- "رجل حاضن وامرأة حاضنة لأنه وصف مشترك والحضانة بالفتح والكسر اسم منه والحضن ما دون الإبط إلى الكشح و احتضنت الشيء جعلته في حضني والجمع أحضان مثل حمل وأحمال"[3].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للحضانة

1-التعريف الاصطلاحي للحضانة في الفقه الإسلامي

عرفها الفقهاء تعريفات تكاد تتفق في ألفاظها ومدلولها وفيما يلي عرض لبعض هذه التعريفات:

1-1 المذهب الحنفي:

يعرف **الحنفية** الحضانة بأنها: "تربية الطفل والقيام بشؤونه في سن معينة ممن له حق في تربيته من محارمه"[4].

1-2 المذهب المالكي:

الحضانة في **المذهب المالكي** هي : "حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[5].

---

[1] - الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ط 8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1426 هـ- 2005م ،ص 1190.

[2] - ابن منظور ، **لسان العرب**، مج10، د. ط ،دار صادر، بيروت، د. س. ن، ص 661.

[3] - أحمد الفيومي، **المقرئ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، د. ط، مكتبة لبنان، لبنان، 1987، ص140.

[4] - عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط 2، دار القلم، الكويت، سنة 1410هـ - 1990م، ص194.

[5] - الحبيب بن طاهر، **الفقه المالكي و أدلته**، ج4،(الخلع، الطلاق، الرجعة، الإيلاء، الظهار، العدة، الرضاع، النفقة، الحضانة، المواريث)، د. ط، مؤسسة المعارف، لبنان، 2005، ص288.

1-3- المذهب الشافعي:

عرفوا الحضانة بأنها: "هي حفظ من لا يستقل وتربيته".

حفظ من لا يستقل: بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون .
تربيته: أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك[1].

1-4- المذهب الحنبلي:

الحضانة هي "حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته حتى يستقل بنفسه"[2].

وكل هذه التعريفات التي سبق ذكرها توضح المقصود من الحضانة ألا وهو تربية المحضون وتنشئته تنشئة سليمة صالحة، على العقيدة الإسلامية والأخلاق الفاضلة، وتربية جسمه وعقله ووجدانه وإصلاح سائر شؤونه وتلبية حاجياته من تنظيف ولباس ومأكل ومشرب وغير ذلك.

2: التعريف الاصطلاحي للحضانة في قانون الأسرة الجزائري والقوانين المقارنة

نصت المادة **62** من قانون الأسرة الجزائري على تعريف الحضانة بقولها: << الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا >>[3].

يبدو من خلال هذا التعريف مدى حرص القانون الجزائري على إبراز مهمة الحاضن، حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون.

وما يلاحظ على هذا التعريف أيضا أن المشرع الجزائري أظهر إرادة عازمة تجاه هذا العمل الخطير وأحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي

[1] - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المناهج**، ج 3، ط1، دار المعرفة ،لبنان، 1419هـ -1997م، ص292.

[2] - عبد الله بن عبد المحسن التركي، **المقنع- الشرح الكبير- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج 24 ،ط1 ،1416هـ-1996م ص455.

[3] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

لطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى ما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون[1].

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

كما عرفته المادة **54** من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: << الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيه >>[3].

علق **عبد العزيز سعد** على التعريف: بأن تعريف قانون الأسرة الجزائري على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف من حيث شمول حاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية[4].

وأوافق رأيه حيث أن تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري تعريف شامل جامع لأنه يحتوي على كل ما يحتاجه الطفل على عكس القوانين الأخرى.

أستخلص من خلال تعاريف الحضانة المتعلقة في كل من القانون الجزائري والقانون المغربي والتونسي أنها هي تربية الولد حتى يبلغ أشده و أساسها هو مصلحة الطفل في كل من ذلك من اهتمام وعناية لشؤونه .

من خلال التعريف السابق للمشرع الجزائري في قانون الأسرة ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وهي تعليم الولد، تربيتة على دين أبيه، السهر على حمايته، حمايته صحيا، حمايته خلقيا.

وأستشف من تعريف الحضانة في كل من الفقه الإسلامي والقانون عدة مقاييس منها:

- تربية الطفل.
- العناية بالجانب الروحي له.
- الاهتمام بشؤونه ورعايته.

---

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

[2] - مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط 2، المطبعة الأمنية، الرباط، 1962،ص 30.

[3] - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ط 2 ، المطبعة الرسمية، تونس،1982،ص16.

[4] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، ط3، دار هومه، الجزائر، 2011، ص139.

الفرع الثاني: حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها

سأتطرق أولا إلى **حكم الحضانة** وثانيا إلى **أدلة مشروعية الحضانة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع و كذا المعقول**.

أولا: حكم الحضانة

الحضانة واجبة ومشروعة بأدلة من الكتاب والسنة وكذا الإجماع والمعقول على الحاضن اتجاه المحضون لأنها تعتبر من حقه ولا يجب أن يتخلى عنها الحاضن لأنها تسبب له ضرر فوجب الحفاظ عليه من كل ما يضره أو يلحق ضررا به.

قال **ابن قدامة** " كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك "[1].

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة و الانتباه والصبر والخلق الجم، حتى أنه يكره للإنسان أن يدعو على ولد أثناء تربيته، كما يكره أن يدعو على نفسه وخادمه وماله[2].

ثانيا: أدلة مشروعية الحضانة

لقد ثبتت مشروعية الحضانة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع و المعقول بما يلي:

1- القرآن الكريم:

قال تعالى: {**وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا**} سورة الإسراء/ 24، وجاء في تفسير هذه الآية أي في كبرهما وعند وفاتهما[3].

وقوله تعالى: {**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**} سورة البقرة/ 233، وتفسير هذه الآية هو: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ: أي ليرضعن، أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ: عامين، كَامِلَيْنِ: صفة مؤكدة ذلك، لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ: ولا زيادة عليه[4].

---

[1] - عبد الله بن عبد المحسن التركي، مرجع سابق، ص455.

[2] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الأحوال الشخصية، ج 7، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص718.

[3] - محمد علي الصابوني، **مختصر تفسير ابن كثير**، ج 2، د. ط، قصر الكتاب، الجزائر ، 1410هـ-1990م، ص373.

[4] - جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، **تفسير الجلالين** ،د. ط ، دار الفجر للتراث، مصر، د. ت، ص37.

ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الوالد للصغير، وهذه التربية هي حضانة والقيام بشؤونه.

2- السنة النبوية:

روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي"[1].

ووجه الدلالة في هذا الحديث تؤكد المرأة للنبي عليه الصلاة والسلام، أن بطنها كان وعاء لولدها وقت أن كان جنينا وأن حجرها وهو حضنها كان يحوجه ويضمه وهو صغير وهذه صفات اختصت بها الأم وهذه الحيثيات التي قدمتها الأم جعلت نبينا العادل صلى الله عليه وسلم يحكم لها بأحقيتها في حضانة ولدها إذا وقع الطلاق وتنازع الأبوين على حضانة الولد وهو دليل على مشروعية الحضانة من السنة النبوية واستحقاق الأم لحضانة ولدها[2].

3- الإجماع:

روى أن عمر بن الخطاب فارق امرأته جميلة، بعد أن أنجب منها عاصما ثم شجر خلاف بين عمر ومطلقته بشأن حضانة عاصم ابنهما كل يود أن يضمه إليه ومن ثم رفع هذا النزاع إلى أبو بكر رضي الله عنه فقضى بمنح عمر من ضم ابنه إليه وقال لعمر: ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك وكان الصحابة حين قال ذلك حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك فكان ذلك إجماعا[3].

أجمعت الأمة على مشروعية الحضانة وكفالة الأطفال الصغار كسبيل لحفظ النفس البشرية من الضياع فلا شك أن الطفل الذي يستقل بأمور نفسه ضعيف محتاج إلى الرعاية

---

[1]- أبي داود، سنن أبي داوود، **كتاب الزكاة**، باب من أحق بالولد، ج 3، تحق شعيب الأرنؤوط وأخرون، ط خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، 1430ه -2009م، رقم20276، ص 588.

[2] - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانيين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1426ه 2006م، ص180-181.

[3] - رمضان علي الشرنباصي، **الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 180-181.

والعون فوجب على الأمة أفرادا وجماعات حفظ النفس التي كرمها الله تعالى وذلك أحد الضرورات الخمس[1].

4- من المعقول:

فقد خلق الله تعالى الطفل ضعيفا، وأمر الأبوين بوجوب رعايته والعناية به في كل ما يحتاجه من رضاع ونفقة وحسن تربية وتعليم وغير ذلك حتى يكون أهلا لحمل الدعوة وحمل رسالة الإسلام[2].

الحضانة حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته، وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر، وجعل كل واحد منهما إلى من هو أقوم به وأبصر، فالولاية في المال جعلت إلى الأب والجد، لأنهم أبصر وأقوم في التجارة من النساء وحق الحضانة جعل إلى النساء، لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت[3].

المطلب الثاني: أهمية الحضانة

للحضانة أهمية كبرى في رعاية الطفل وحماية الأسرة وتنمية روح المودة والرحمة التي يجب أن تؤسس عليها البيوت ليكون المجتمع أكثر تماسكا وتضامنا، وسأحاول من خلال هذا المطلب إبراز **أهمية الحضانة وفق الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**.

الفرع الأول: أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي

تعتبر الحضانة مشروعة على الحاضن وهي واجب للصغير لأنه يحتاج إلى من يرعى شؤونه، لعدم قدرته على الاستقلال بحاجات نفسه من أكل وشرب ونظافة وملبس، فقد أوجب الشرع الحنيف حضانة الطفل على أوليائه، كما أوجب الإنفاق عليه، لأنه يهلك بترك ذلك، وحفظه من الهلاك واجب.

---

[1] - فاطمة حداد، مرجع سابق، ص91-92.

[2] - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، عمان، الأردن، سنة 1431هـ -2010م ، ص362.

3 - محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 17، 2014، ص185.

وأما الإجماع فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه، ويستغنى بذاته، فهو من فروض الكفاية، لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية حتى يهلك ويضيع، وإذا قام به قائم سقط عن الناس ولا يتعين ذلك على أحد سوى الأب وحده، ويتعين على الأم في حولي رضاعه إذا لم يكن له أب ولا مال تستأجر له منه أو كان لا يقبل ثدي سواها فتجبر على رضاعه[1].

وقد أخذت الحضانة أهميتها من مجموعة من الأسس والقواعد الشرعية وذلك مما ورد من نصوص قرآنية أو أحاديث شريفة، نصت على بعض أحكامها، أو أفيد مفهوم الحضانة من تأويل النص، وقد دلنا على ذلك ما عمل به الصحابة الكرام والتابعون، وبموجبها ضيعت مواد القوانين وأحكام القضاء الإسلامي.

ومن النصوص القرآنية التي احتج بها في موضوع الحضانة والرعاية، ومن يتولى أمر أهل الإيمان أدرج ما تيسر منها[2]:

قال تعالى: {**لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ**}. سورة البقرة/ 231.

تفسير الآية: لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا: أي بسببه بأن تكره على إرضاعه إذا امتنعت، وَلَا: يضار مَوْلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ: أي بسببه بأن يكلف فوق طاقته وإضافة الولد إلى كل منهما في الموضعين للإستعطاف[3].

وقال سبحانه: {**وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۗ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمُۢ**} سورة الأنفال/ 76.

تفسير الآية: وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ: ذو القرابات، بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ: في الإرث من التوارث في الإيمان والهجرة المذكورة في الأية السابقة، فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۗ: اللوم المحفوظ، إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمُۢ: ومنه حكمة الميراث[4].

---

[1] - أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، **المقدمات الممهدات**، ج 1، ط 1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1408هـ-1988م، ص564.

[2] - محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2010، الصفحة2-3.

[3] - جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، مرجع سابق، ص 37.

[4] - المرجع نفسه، ص186.

وغيرها من النصوص القرآنية التي تبحث في الأسرة والرعاية والإنفاق، التي أفاد منها الفقهاء أحكامهم، أو حملوا أحكامهم على ما أفادته من معان مقايسة.

أما ما ورد عنه صلى الله عليه و آله وسلم، وعمل به الصحابة والتابعون، من الأقوال والأفعال: قوله صلى الله عليه وسلم: **(ما من مولود إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جدعاء ثم يقول أبو هريرة رضي الله عن فطرة الله التي فطر الناس عليها)**[1].

فهذا غيض من فيض من الثوابت الشرعية التي اعتمدت في موضوع الحضانة واستمدوا منها الفقهاء أقوالهم، التي تعد الأساس الأول لأهمية الحضانة[2].

ومن خلال كل هذا ندرك أن للحضانة أهمية عظيمة في حياة الطفل والمجتمع، لأن الطفل هو اللبنة الأولى في بناء المجتمع، فإذا وضعناه بشكل سليم كان البناء العام قويا مستقيما متماسكا مهما ارتفع وتعاظم، كما أن الطفل هو نواة الجيل الصاعد، التي تتفرع منها أغصانه وفروعه، ولهذا اهتم الإسلام أيما اهتمام بسلامة جسم الطفل وبسلامة مشاعره[3].

الفرع الثاني: أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

تعتبر الحضانة من بين المسائل التي يستفسر حولها الناس كثيرا نظرا لأهميتها البالغة باعتبارها مرتبطة بالأطفال.

واستنادا إلى تعريف المشرع الجزائري لها في المادة **62** الفقرة الأولى بأنها : <<الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا >>[4].

إذ يتضح من خلال هذا التعريف مدى حرص القانون الجزائري على إبراز مهمة الحاضن، حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون وما يلاحظ على هذا التعريف: إرادة عازمة أظهرها المشرع الجزائري تجاه هذا العمل الخطير وأحاطه بقيود يكاد بذهب بها معنى الحضانة عن كل

[1] - أخرجه البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه؟ وهل يعرض على الصبي الإسلام؟، رقم 1358، ص 327.

[2] - محمد عليوي ناصر، مرجع السابق،ص3-4.

[3] - عبد الله بن إدريس أبو بكر ميغا، **حق القريب الحاضن في المحضون و وسائل تنفيذه**، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436 ، ص3 .

[4] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى ما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون[1].

فالحضانة تكفل حق الولد بقدر كبير من حفاظ وتربية وتعليم، بما لا يتعارض مع مصلحته، فالولد من ولادته يحتاج إلى من يقوم برعايته وحفظه والقيام بشؤونه من طعام ومشرب وملبس لاحتياجه من يقف بجنبه ويحميه، وهي واجبة على والديه.

تقوم أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري على أساس مبادئ الشريعة الإسلامية والأخلاقية والعرفية التي أخذت شكل الإلزام، ومن هذه القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية والتي أخذ بها المشرع الجزائري.

نظرا لكون الحضانة تحظى بأهمية بالغة في قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع قد خصها بأهداف محددة وهذا ما نستشفه من خلال تعريفه للحضانة حيث نجده أنه اعتمد على الأهداف التالية: تعليم الولد- تربيته على دين أبيه- السهر على حمايته- حمايته صحيا -حمايته خلقيا.

1- تعليم الولد: ويقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا إلى غاية استنفاذ طاقته واستطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته[2].

2- تربيته على دين أبيه: ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة **30** من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، وأن العكس جائز شرعا وقانونا، وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة **62** بقوله أن <<الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ... >>، أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي وهو دين الأب في تنشئته الطفل[3].

---

[1] - فاطمة حداد، مرجع سابق، ص 88-98.

[2] - باديس ذيابي، **صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة**، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 125.

[3] - عادل شباب، **حضانة الطفل**(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة تخرج لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، الجامعة الإفريقية، أدرار، 2010-2011، ص16.

3- السهر على حمايته: تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب والاستغلال برمته أو عنف لفظي كتهريبه أو تخويفه أو سبه بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا أو عقليا، كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية وعليه أن يؤدي في حدود ما يسمح به الشرع ويخيره تأنيبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها اتجاه الغير[1].

4- حمايته صحيا: التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤولية الملقاة على عاتق الحاضن، ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا والاعتناء به ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها وعرضة الطبيب كل ما استدعت الحاجة إلى ذلك، وتدعيما لحقوق المحضون وصونا لها من أي تهديد أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن ومدى تحمله للمسؤولية والشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه لاسيما الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية[2].

5- حمايته خلقيا: الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق لمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء[3].

[1] - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 126.

[2] - عادل شباب، مرجع سابق، ص17.

[3] - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 126.

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

جعل الإسلام حق الحضانة للطفل بعد الولادة لأبويه حماية و رعاية له، وحثهما على التعاون وتهيئة البيئة الملائمة له، وجعلت الأولوية في الحضانة للنساء لأنهن الأقدر على متطلباته، وإذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب استنادا **لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به مالم تنكحي)** كما سبق تخريج الحديث، فيقتضي هذا تقديم النساء على الرجال وهذه قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى للطفل، في حين نجد أن المشرع الجزائري وضع ترتيبا خاصا في نص المادة **64** لقانون الأسرة رقم 11/84 والتي عدلت بموجب الأمر رقم 02/05.

وبهذا سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول في الأول **أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي** و أتطرق في المطلب الثاني إلى **أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**.

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي

تعتبر مسألة مراتب الحضانة من المسائل التي فصل فيها الفقهاء ولكنهم اختلفوا فيمن يقوم برعاية المحضون، ومن خلال هذا المطلب سأحاول توضيح **آراء بعض الصحابة في أصحاب الحق في الحضانة** كفرع أول، كما سأبين **ترتيب أصحاب الحق في الحضانة حسب المذاهب الفقهية** في الفرع الثاني.

الفرع الأول: آراء بعض الصحابة في أصحاب الحق في الحضانة

إن الإسلام جاء لرعاية شؤون الناس، حيث رعى الإنسان جنينا ووليدا أو صغيرا وشابا وكهلا وشيخا، ولما كان الصغار يعجزون على القيام بشؤون أنفسهم وقضاء حاجاتهم، جعل الشرع ولاية حفظهم للوالدين لأنهم أشفق عليهم، و وزع المهام بين الوالدين فأعطى كل واحد ما يناسبه، فجعل حق التصرف في شؤونهم من حيث التعليم والرعاية والتأديب للأب لقوة رأيه و وفور شفقته، وجعل حق رعاية الولد وحفظه في مبيته ومنامه وطعامه ولباسه، وتنظيف جسده وكل ما يلزمه في ذلك للأم لوفرة شفقتها وقدرتها على ذلك، نظرا للزومها البيت، فهي تتحمل مالا يتحمله الأب من المشقة في حفظ ورعاية شؤون الصغار[1]. وفي حالة الخلاف بين الزوجين فالقاعدة في الشريعة

[1] - محمد سمارة، **أحكام وأثار الزوجية** (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 384.

الإسلامية تقول أن الحق يعود للحاضنة (الأم)، فهو جزء منها شاركها حياتها مدة حمله، وتغذى من غذائها، فكان حملها له وهنا على وهن، وكان وضعها له كرها ولذلك فهي أحق أن تحضن هذا الوليد، وتتعهده، وتتفاهم معه في صغره بغريزة الأمومة، وتسهر على مصلحته فتؤدي بذلك دور الأمومة الحقة بالنسبة لصغيرها، ونرى في حياتنا العامة الكثيرات من النساء يفخرن بأداء هذا الدور في حياة أبنائهن[1].

فعن **يحي بن سعيد** قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إن عمر فارقها، فجاء عمر قُباء-فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته حدة الغلام، فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر: ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر: خل بينها وبينه. فما راجعه عمر الكلام. رواه مالك في الموطأ.

وقال **ابن عبد البر**: هذا الحديث مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة، تلقاه أهل العلم بالقبول.

وفي بعض **الروايات** أنه قال له: "الأم أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأخير وأرأف، وهي أحق بولدها مالم تتزوج".

وهذا الذي قاله أبو بكر رضي الله عنه من كون الأم أعطف وألطف هو العلة في أحقية الأم بولدها الصغير[2].

قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون[3] فجعل الإناث أليق بالحضانة لأنهن أشفق وأصبر على القيام بها ثم الرجال العصبات المحارم واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة، علما بأن مستحقي الحضانة إما إناث فقط وإما ذكور فقط

[1] - أحمد نصر الجندي، **الحضانة والنفقات في الشرع و القانون**، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 13.

[2] - السيد سابق، **فقه السنة**، المجلد الثاني، ط7، دار الكتاب العربي، لبنان، 1985 ، ص 340.

[3] - مصلحة المحضون: هي حضانة الطفل بكاملها سائدة بمبدأ مصلحة المحضون ومن ثم فهذه المصلحة هي التي تفسر طرق إسناد الحضانة ومن يمارسها وهي التي تجعل منها وظيفة ملزمة ومؤقتة.

وإما الفريقان وذلك في سن معينة فإذا انتهت تلك السن كان الرجال أقدر على تربية الطفل من النساء[1].

وخلاصة القول أن آراء بعض الصحابة في أصحاب الحق في الحضانة مؤسس على القرابة والأقرب هو الأشفق والأصلح وهو أساس مصلحة المحضون.

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة حسب المذاهب الفقهية

تعتبر مسألة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة من بين المسائل التي فصل فيها الفقهاء تفصيلا شاملا كاد يشمل جميع الحالات و الاحتمالات ويجدر بنا الإشارة إلى أن تحديد أصحاب الحق فيها وترتيبهم فيما عدا الأم لم يرد النص عليه لا في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية الشريفة وإنما هو اجتهاد فقهي إذ أن المذاهب الفقهية اتفقت على أن الأم في المرتبة الأولى وتليها أمها (الجدة لأم) واختلفوا في الترتيب الذي يليهما كما يلي:

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند الحنفية

قدم الحنفية في الحضانة النساء على الرجال. والعصبة على ذوي الأرحام فكان الترتيب على الوجه التالي: أحق النساء المحارم بحضانة الصغير أمه، ثم أم أمه وإن علت ثم أم أبيه وإن علت ثم أخواته بتقديم الشقيقة فالأخت لأم فالأخت لأب ثم بنت أخته الشقيقة ثم بنت أخته لأم ثم خالاته بتقديم الشقيقة فالخالة لأم فالخالة لأب ثم بنت الأخت لأب ثم بنات الأخوة بتقديم بنت الأخ الشقيق فبنت الأخ لأم فبنت الأخ لأب ثم عماته بتقديم العمة الشقيقة فالعمة لأم فالعمة لأب ثم خالات أمه ثم خالات أبيه ثم عمات أمه ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة في كل منهن فالتي لأم فالتي لأب فإن لم توجد من هاته المحارم واحدة أو وجدت وليست أهلا للحضانة انتقل الحق في حضانة الصغير إلى العصبة المحارم من الرجال على حسب ترتيبهم في الإرث.

فالأحق بحضانة الصغير من عصبته المحارم أبوه ثم أبو أبيه وإن علا ثم أخوة الشقيق ثم أخوه لأب ثم ابن أخيه الشقيق ثم ابن أخيه لأب ثم عمه الشقيق ثم عمه لأب ثم عم أبيه الشقيق ثم عم أبيه لأب، فإن لم يوجد من عصبته الرجال المحارم أحد أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقل حق حاضنته إلى محارمه من الرجال غير العصبة على هذا الترتيب.

[1] - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص182.

ثم للجد لأم ثم للأخ لأم ثم لابن الأخ لأم ثم للعم ثم للأخوال بتقديم الشقيق فالخال لأب فالخال لأم، فمن هذا يتبين أن الحق في حضانة الطفل لأقربائه المحارم من النساء والرجال بتقديم محارمه النساء فمحارمه الرجال العصبة فمحارمه الرجال غير العصبة على أن يراعى في الترتيب بين أفراد كل فريق ما قدمناه[1]. وإذا فقريباته وأقاربه غير المحارم لا حق لهم في حضانته فلا حق لبنى العم والعمة والخال والخالة في حضانة الصبية لعدم المحرمية ولهم الحق في حضانة الصبى ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة في حضانة الصبى ولهن الحق في حضانة الصبية والمحارم غير القريبات كالأم رضاعا والأخت رضاعا لا حق لهن في الحضانة[2].

ثانيا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند المالكية

حق الحضانة بعد الأم: إذا لم توجد الأم بأن ماتت أو قام بها مانع أو أسقطت حقها، فالمستحق للحضانة يكون حسب الترتيب الموالي، فكل واحد أحق بالحضانة من الذي بعده، ولا تنتقل للذي بعده إلا عند عدم وجود أو سقوطها عمن قبله، وحكمة هذا الترتيب هو ما علم بمستقر العادة أن المقدم أشفق على المحضون، و أرأف به وأقوم بمنافعه، ولا يراعى في ذلك قوة ولاية النكاح ولا الصلاة على الجنائز ولا الميراث، فقد يحضن من لا يرث مثل الوصي والعمة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت، وقد يرث من لا يحضن مثل: زوج المحضونة و زوجة المحضون.

والحاضنون والحاضنات كما يلي : أمَّ أمَّ الولد (جدته) - جدة الأم - خالة الولد - خالة أم الولد - عمة الأم - جدة الولد من قبل أبيه وهي أم الأب- أب المحضون- أخت المحضون - عمة المحضون - عمة أبيه - خالة أبيه - بنت أخي المحضون، شقيقة، أم لأم، أو لأب - بنت أخته - الوصي.- الأخ، شقيقا، أو لأم أو لأب. - الجد للأب، أي من جهة الأب، الأقرب فالأقرب. - ابن الأخ للمحضون - العم. - ابن العم.

ولا يجوز لمن له الحضانة أن يمنع المحضون من أن يزور عمه أو عمته أو خاله أو خالته، لأن منعه من ذلك قطع لما أمر الله به من صلة الرحم[3].

[1] - عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص194-195.

[2] - المرجع نفسه، ص195.

[3] - الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 292-294.

ثالثا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند الشافعية

مستحقي الحضانة ثلاث أحوال : **الحالة الأولى:** أن يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث.

الحالة الثانية: أن يجتمع الإناث فقط.

الحالة الثالثة: أن يجتمع الذكور فقط.

فأما **الحالة الأولى:** فتقدم الأم على الأب، ثم أم الأم، وإن علت، بشرط أن تكون وارثة، فلا حضانة لأم أب أم، لأنها غير وارثة، ثم بعدهن الأب، ثم أمه، ثم أم أمه، وإن علت، إذا كانت وارثة، فلا حضانة لأم أب أم أب، لأنها لا ترث، فإذا عدمت هذه الأربعة وهي الأم وأمهاتها ولأب وأمهاته، وإذا اجتمع ذكور وإناث، قدم الأقرب فالأقرب من الإناث ثم الأقرب من الذكور، مثلا إذا اجتمع إخوة وأخوات، وخالة وعمة، قدمت الأخوات الإناث، لأنهن أقرب وأولى بالتقديم من الذكور، ثم الإخوة الذكور لأنهن أقرب من الخالة والعمة، ثم العمة، وعند الاستواء في القرابة والذكورة والأنوثة كأخوات بنات وإخوة ذكور، فإنه يقرع بين البنات فمن خرجت القرعة عليه قدم على غيره.

وأما **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، ثم بنت الخالة، ثم بنت العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غير الشقيقات، وتقدم من كانت لأب على من كانت لأم.

أما **الحالة الثالثة:** وهي ما إذا اجتمع الذكور فقط، فيقدم الأب، ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ الشقيق أو لأب ،ثم العم لأبوين، ثم العم لأب ثم ابن العم كذلك ولكن لا تسلم له مشتهاة لأنه غير محرم، وإنما تسلم لثقة يعينها هو، كبنته فإن كانت مجنونة كبيرة، ولها بنت فإنها تقدم بعد الأم على الجدات، وإن كانت صغيرة لها زوج، فإنه يقدم في الحضانة على كل هؤلاء، بشرط أن تكون مطيقة للوطء[1].

[1] - عبد الرحمن الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، قسم الأحوال الشخصية، مج 4، د. ط، دار الفكر ودار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ص 595-596.

رابعا : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عند الحنابلة

تجب الحضانة لحفظ صغير ومعتوه، أي مختل العقل ومجنون، والأحق بها أم، ثم أمهاتها القربى فالقربى، ثم أب، ثم أمهاته كذلك، أي القربى فالقربى، ثم جد كذلك الأقرب فالأقرب، ثم أمهاته كذلك القربى فالقربى، ثم أخت لأبوين، ثم أخت لأم، ثم أخت لأب، ثم خالة لأبوين، ثم خالة لأم، ثم خالة لأب، ثم عمات كذلك، أي تقدم العمة لأبوين، ثم الأب، ثم الأم، ثم خالات أمه كذلك، ثم خالات أبيه كذلك، ثم عمات أبيه كذلك، ثم بنات إخوته، تقدم بنت أخ شقيق، ثم بنت أخ لأم، ثم بنت أخ لأب، ومثلهن بنات أخواته، ثم بنات أعمامه لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، وبنات عماته كذلك، ثم بنات أعمام أبيه، وبنات عمات أبيه كذلك على التفصيل المتقدم، تقدم من لأبوين، ثم من لأم، ثم من لأب. ثم تنتقل لباقي العصبة الأقرب فالأقرب، فيقدم الإخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، ثم بنوهم، ثم أعمام الأب، ثم بنوهم، وهكذا فإن كانت المحضونة أنثى، فيعتبر أن يكون العصبة من محارمها، ولو رضاع أو مصاهرة، أن تم لها سبع سنين، فإن لم يكن لها إلا عصبة غير محرم سلمها لثقة يختارها أو إلى محرمة.

وفي المغنى وغيره كالشرح والنظم: إذا بلغت سبعا لم تسلم إلى ابن العم غير المحرم، وقبل السبع لابن العم الحضانة عليها، لأنها ليست محلا للشهوة، وهو قوي، وقطع به في المنتهى، فإن لم يكن لبنت سبع سوى ابن عمها ونحوه ممن ليس محرما لها، سلمها إلى ثقة يختارها أو إلى محرمة كما بينا، ثم تنتقل الحضانة لذوي أرحامه من الذكور والإناث وأولاهم، أبو أم، ثم أمهاته، فأخ لأم، فخال، ثم تنتقل للحاكم، وإن امتنع من له الحضانة، أو كان غير أهل للحضانة انتقلت إلى من بعده، فإن زال المانع رجع إلى حقه، ومن أسقط حقه في الحضانة سقط وله العود في حقه متى شاء، لأنه يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة[1].

ومن هنا يتضح أن جميع الفقهاء قد راعوا في ترتيب مستحقي الحضانة مصلحة المحضون أي ما يحقق له المنفعة وحسن التربية وكان جميعهم حسب اجتهاده يبتغي تحقيق مقاصد الحضانة.

[1] - أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص19.

المطلب الثاني : أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وفق قانون 11/84 (قبل التعديل) ، وقانون 02/05 (بعد التعديل)

جاء المشرع الجزائري بترتيب لمستحقي الحضانة بالاعتماد على آراء بعض الصحابة في الشريعة الإسلامية لأن قانون الأسرة الجزائري التهم من أحكام الشريعة الإسلامية.

وهنا أحاول التطرق إلى **أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وفق قانون 11/84 قبل التعدبل** (الفرع الأول) و **أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وفق قانون 05 /02 بعد التعديل** (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وفق قانون 11/84 (قبل التعديل)

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

نص المشرع الجزائري في المادة **64** من قانون الأسرة على أنه: <<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>>[2].

يتبين من خلال هذه المادة أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلا، لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به، كما يتضح لنا بأن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم رتب المستحقين لها مبتدئا بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب.

والأصل في حضانة الأم، فضلا عن مصلحة الطفل بحضانة أمه في هذه الفترة (سواء أكانت زوجة لأبيه، أم معتدة من الطلاق الرجعي أو بائن، أو معتدة بعد وفاته) أنها أعطف الناس على

[1] - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 140.

[2] - القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريد الرسمية ،العدد 24، بتاريخ 12يونيو1984.

صغيرها وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته، **لقوله عليه الصلاة و السلام: (من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة).** صحيح الترمذي.

وقد ورد في هذا الشأن أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله أن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به مالم تتزوجي" كما سبق تخريج الحديث سابقا.

إن ثبوت الحضانة للنساء في القانون الجزائري أمر طبيعي، فهن أقدر من الرجال على تعهد الصغير والعناية به في تلك المرحلة أعرف وأصبر، فالأم أعطف وأرحم، وهي أحق بولدها مالم تتزوج[1].

وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة بل و اعتبر حتى تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح مادام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية، وأن إسناد حضانته لشخص أخر يجعل من القرار مجانبا للصواب[2].

حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في 21 أفريل 1998: <<من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن قضاة لما قضوا بإسناد حضانة الوالدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون فإنهم طبقوا صحيح القانون >>[3].

و انطلاقا من نص المادة **64** من قانون الأسرة فإن حق الحضانة في القانون الجزائري يكون على الشكل الاتي: - الأم.- أم الأم مهما علت. - الخالة.- الأب.- أم الأب مهما علت. - ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

وهذا الترتيب يقوم على أساس سليم، وهو أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، عند اتحاد درجة القرابة، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب. فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق. كما أن الجدة مقدمة على الأخت مطلقا، لأن اتصال الصغيرة بالجدة عن طريق

---

[1] - بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** (مقدمة - الخطبة - الزواج - الطلاق - الميراث - الوصية)، ج1، (الزواج الطلاق)، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص380-381 .

[2] - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص141.

[3] - قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ.ش، ملف رقم 189234، بتاريخ 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص 175 .

الولادة، فهو جزء منها، فكانت أولى بحضانته[1]، وكذلك لأن الجدة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها، كما وضع الخالة بعد الجدة لأنها تحظى بمكان الأم لأن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه.

هذا ما اتفق عليه في الأثر، حيث روى **البراء بن عازب** أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في ابنه حمزة لخالتها وقال: "الخالة أم"، وخالة المحضون بعموم اللفظ سواء كانت أختا شقيقة للأم أو أخت لأب أو أخت لأم، جاء ترتيبها ثالثا بعد الأم وأم الأم، وهذا ما اتفق جمهور الفقهاء أيضا وصادقته المادة **64** من قانون الأسرة قبل تعديلها[2].

ويميل المشرع الجزائري في ترتيبه للحواضن إلى جهة الأنوثة أكثر من الرجال، ويعتبر هذا الأمر أمرا طبيعيا لكونهن يتمتعن بالرحمة والشفقة على رعاية المحضون، كما أنه أعطى أولوية الحضانة للأم وأقاربها أكثر من الأب و أقاربه.

غير أنه لم يوضح المقصود بالأقربين درجة في الفقرة الرابعة من المادة **64** في الترتيب، هنا نكون أمام غموض لهذه الفقرة ونطرح التساؤل كالآتي: **من هم الأقربون درجة؟**

للإجابة على التساؤل المطروح لابد من رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة **222** من قانون الأسرة وعلى القاضي مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

وحسب ما ورد في المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري 11/84 لا يمكن للقاضي مخالفة الترتيب إذا كان لا يتعارض مع مصلحة المحضون وهو ما قضى به قضاء المحكمة العليا في القرار الصادر في 17 مارس 1998 والذي جاء فيه: <<من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب الوارد في المادة **64** من قانون الأسرة، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة ... >>[3].

[1] - بلحاج العربي، مرجع سابق ، ص382.

[2] - باديس ذيابي، مرجع سابق ،ص144.

[3] - قرار صادر عن م.ع ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 179471، بتاريخ 1998/03/17، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص 172.

فالترتيب الوارد ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ما أثبت أن مصلحة المحضون تكون في تواجد مع شخص قد لا يحظى بأي مركز من المرتبتين لممارسة الحضانة لتبقى مسألة إثبات الأجدر و الأكفء للحضانة أمر موضوعي يخضع لسلطة القاضي التقديرية[1].

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 أعطى الأولوية في حضانة الصغير لجهة الأم وأقاربها، أكثر من جهة الأب وأقاربه مع مراعاة مصلحة المحضون في كل هذا.

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وفق قانون 02/05 (بعدالتعديل)

رتبت المادة **64** من قانون الأسرة الجزائري مستحقي الحضانة كما يلي: <<الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة >>[2]، حيث أعطى المشرع الجزائري حق الحضانة للأم لأن في ذلك مصلحة الطفل، وقدمتها على غيرها من الأقارب، مادامت أهلا لها ثم بقية قريبات الولد جاء منسجما مع طبيعة النساء لأنهن أقدر من الرجال على تربية الطفل والعناية به.

والملاحظ أن هذه المادة المعدلة جعلت الأب في الرتبة الثانية بعد الأم في استحقاق الحضانة، بعد أن كان يحتل المرتبة التي تلي مرتبة الجدة ثم الخالة. وقد يكون قد روعي في تغيير الترتيب مصلحة الطفل المحضون أولا وأخيرا [3]، وإن إبقاء المشرع الجزائري على حق الحضانة للأم ثم الأب يدل على أخذه بالرواية المرجوحة عند الحنابلة في هذه المسألة، إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال[4].

إن تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال، و المهم أن يبحث القاضي عن الشخص والمكان الملائم

[1] - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 149.

[2] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير2005 .

[3] - العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 139.

[4] - محفوظ بن صغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02/05**، د. ط، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص 304.

لإسناد الحضانة وأن لا يتقيد بالترتيب الوارد في النص، كما أنه لا يسند الحضانة للقريب البعيد ويترك الأقرب منه درجة للصغير مع توخي مصلحة المحضون دائما لأنها هي الأساس في الموضوع[1].

وفي ذلك جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10 مارس 2011: <<تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في نص المادة **64** من قانون الأسرة، ويخضع تقدير مصلحة المحضون، للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع>>[2].

فتعديل 27 / 02/ 2005 وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسألة ترتيب الحاضنين، فإنه حاول أن يسوي بين جهة الأم والأب وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر بمبدأ التداول وفي اعتقادنا أنه حسنا ما توجه اليه[3].

وهذا لا يثير أي إشكاليات أو صعوبات في رأي **عبد العزيز سعد** باعتبار أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار من شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين. بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون: صحيا، وأخلاقيا، وتربويا ودينيا وعاطفيا [4]، و لقد جعل المشرع الجزائري مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي في حكمه لمستحق الحضانة.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13 ماي 2009 بأنه: << مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة **64** من قانون الأسرة >>[5].

---

[1] - بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 255-257.

[2] - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 613469، بتاريخ 10 مارس 2011، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 285.

[3] - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 149.

[4] - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص140.

[5] - قرار صادر عن المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 497457 ، بتاريخ 2009/05/13 ،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،2009 ،ص 297.

ملخص الفصل الأول:

من خلال ما تقدمت له في هذا الفصل يمكنني استخلاص ما يلي:

الحضانة هي تربية الولد ورعايته والحفاظ عليه، والإشراف عليه والقيام بجميع اموره، وهي واجبة ومشروعة بأدلة من الكتاب والسنة وكذا الإجماع والمعقول على الحاضن اتجاه المحضون لأنها تعتبر من حقه ولا يجب أن يتخلى عنها الحاضن لأنها تسبب له ضرر فوجب الحفاظ عليه من كل ما يضره أو يلحق ضررا به.

و للحضانة أهمية كبرى في رعاية الطفل وحماية الأسرة وتنمية روح المودة والرحمة التي يجب أن تؤسس عليها البيوت ليكون المجتمع أكثر تماسكا وتضامنا وتعتبر حق للصغير وواجبة على والديه.

ونجد أن المشرع الجزائري جعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله عن غيره، وهذا لا يمثل خروجا عن أحكام الفقه الإسلامي، ولكن لما للأب من دور فعال في تربية الصغير لأن جميع الفقهاء قد راعوا في ترتيب مستحقي الحضانة مصلحة المحضون أي ما يحقق له المنفعة وحسن التربية وكان جميعهم حسب اجتهاده يبتغي تحقيق مقاصد الحضانة.

الفصل الثاني :

شروط استحقاق الحضانة والأسباب المسقطة لها وشروط استعادتها

تثبت ولاية الحضانة على الولد لحفظه وتربيته والاعتناء به، وولاية الحضانة تثبت للحاضن بعد توفره على الشروط التي اشترطها الشارع الحكيم والشروط التي اشترطها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، حيث إذا توفرت هذه الشروط كان الحق فيها لصاحبها وإن تخلفت سقط هذا الحق ثم إذا توفر الشرط عاد الحق فيها له.

ولأجل ذلك قسمت الدراسة إلى المبحثيين التاليين: حيث أن المبحث الأول يتمحور حول **شروط استحقاق الحضانة ومشتملاتها**، والمبحث الثاني حول **مسقطات الحضانة و شروط استعادتها " في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.**

المبحث الأول: شروط استحقاق الحضانة ومشتملاتها

لقد كان الإسلام حريصا كل الحرص على نشأة وبناء جيل صالح يسلك النهج السليم ولهذا فقد احتاط في أمور الحضانة بوضع جملة من الشروط التي تتوفر في الحاضن لما لهما من دور كبير في حياة الطفل، فالحاضن يعتبر قدوة وأسوة للمحضون لأن الطفل لبنة طرية يستطيع من يشرف عليها تكييفها وقولبتها حسب ما يريد، كما نجد أيضا شروطا اشترطها المشرع الجزائري في قانون الأسرة لما لها من أهمية بالغة لمصلحة المحضون، كما نجد أن له أيضا مصلحة مادية لم يغفلها الفقه الإسلامي و لا قانون الأسرة الجزائري وتتمثل في النفقة والأجرة ...الخ.

وهذا ما سأتطرق له في هذا المبحث حيث أتعرض في الحديث على **الحق في الحضانة ومشتملاتها** في المطلب الأول، وإلى **شروط استحقاق الحضانة** في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الحق في الحضانة ومشتملاتها

إن انحلال الرابطة الزوجية من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الوالدين أو لغيرهما ممن هو أحق بها شرعا وقانونا وينتج عن ذلك من آثار تتطلب ممارسة الحضانة ومراعاة لمصلحة المحضون وهذا ما سأتطرق له في هذا المطلب الحق في الحضانة ومشتملاتها في الفقه الإسلامي كفرع أول ومشتملات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري الفرع الثاني

الفرع الأول: الحق في الحضانة ومشتملاتها في الفقه الإسلامي :

أولا: الحق في الحضانة

إن المقصود بمن له الحق في الحضانة، هو معرفة من له هذا الحق هل هو الصغير أو الحاضن، فإن كان حقا للصغير وجب على الحاضن القيام بالحضانة قضاء ويجبر عليها إذا امتنع[1].

والحضانة ولاية من جعل الشارع وهي منوطة بمصلحة الصغير في الحدود التي رسمها الفقه الإسلامي[2] .

[1] - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، (الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد، نفقة)، وفقا لأحداث التشريعات القانونية ،د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص275..

[2] - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص11.

و يثبت حق الحضانة للنساء في الأصل لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل، وهن أشفق عليه ولكن النساء لسن في مرتبة واحدة في استحقاق الحضانة بل بعضهن أحق بها من بعض بسبب تفاوتهن في الشفقة والرفق بالصغير ، فأولاهن لحضانة الطفل أمه النسبية[1] .

والحضانة ثلاث حقوق:

1- حق الصغير: أي حقه أن يتولاه من يقوم على تربيته، بسبب البراءة التي ولد عليها، ونموه البطيء، وتدرجه في معرفة ما يدور حوله، وكذلك عجزه عن القيام بشؤونه وتعهده حتى يتدبر هو وحده أمر نفسه دون حاجة إلى مساعدة من غيره[2] .

2- حق الحاضنة: أسمى لون من ألوان التربية هو تربية الطفل في أحضان والديه، إذ ينال من رعايتهما وحسن قيامهما عليه ما يبني جسمه وينمي عقله، ويزكي نفسه، ويعده للحياة، فإذا حدث أن افترق الوالدان وبينهما طفل، فالأم أحق به من الأب ما لم يقم بالأم مانع يمنع تقديمها، أو بالولد وصف يقتضي تخييره، وبسبب تقديم الأم أن لها ولاية الحضانة والرضاع، لأنها أعرف بالتربية وأقدر عليها، ولها من الصبر في هذه الناحية ما ليس للرجل، وعندها من الوقت ما ليس عنده، ولهذا قدمت الأم رعاية لمصلحة الطفل.

فعن **عبد الله بن عمر** أن امرأة قالت : " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له وعاء، وثديي له سقاء، وزعم أبواه أن ينزعه مني، فقال: " أنت أحق به ما لم تنكحي " أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي والحاكم وصححه[3] .

3- حق الأب: وهو حقه في تعهد صغيره، فهو جزؤه لا يشاركه فيه أحد، وهو نسب إليه ويحمل اسمه، ولذلك يرعى الأب ابنه وهو في يد حاضنته والأب أيضا يقوم بالإنفاق على صغيره عنده فقره ويلزمه الشرع بالإنفاق ويجبره عليه إذا امتنع[4] .

---

[1]- بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السني المذهب الجعفري والقانون،ج1 ،(الزواج والطلاق)، دار النهضة العربية، لبنان، 1967، ص 324.

[2] - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص12.

[3] - السيد سابق، مرجع سابق، ص 339-340.

[4] - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص13.

كل هذه الحقوق مجتمعة في صالح المحضون وإذا تعارضت فتكون أولى للصغير لأنه نفع مدار الحضانة من الأم والأب (الحاضنة والحاضن)، لأن الحضانة حق للصغير لحاجته لمن يرعاه ويقوم على شؤونة ويقوم على كافة حاجياته.

ثانيا: مشتملات الحضانة

1-الأجرة: وهي عبارة عن مبلغ محدد يدفعه الشخص الذي يلتزم بدفع النفقة للحاضنة التي ستقوم على رعاية وخدمة ابنه المحضون، و الأجرة بحسب المذاهب الفقهية الأربعة هي:

الحنفية: أجرة الحاضنة ثابتة للحاضنة سواء أما أو غيرها وهي غير أجرة الرضاع وغير نفقة الولد فيجب على الأب أو من تجب عليه النفقة ثلاثة: أجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونفقة الولد[1] .

المالكية: ليس للحاضنة أجرة في نظير الحضانة وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها وهذا هو قول مالك الذي رجع إليه و أخد به ابن القاسم بعد أن كان يقول: ينفق عليها من مال الغلام نعم إن كانت الحاضنة أما له معسرة فلها النفقة على نفسها من ماله لعسرها لا للحضانة وهذا بناء على أن الحضانة حق للحاضن و وجه ذلك أن الحاضنة قد وصلت إلى حقها بضم المحضون إليها ولا يستقيم أن تأخذ مع ذلك أجرة لأن ذلك زيادة على حقها وهوا باطل.

وعلى القول بأن الحضانة حق للمحضون، فيجب للحاضنة أجرة ويكون الحق له عليها إنما هو أن تحضنه بأجرة[2].

الشافعية: تستحق الحاضنة أجرة الحضانة ولو كانت أما وهي غير أجرة الرضاع فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة اجيبت ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة في ماله وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته ويقدر لها كفايتها بحسب حالها[3] .

---

[1] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 602.

[2] - الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص 299.

[3] - إسماعيل أبا بكر على البامرني، **أحكام الزواج (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون**، ط1، دار الحامد، الأردن، 1429هـ- 2009م، ص446.

الحنابلة: للحاضنة طلب أجرة الحضانة والأم أحق بحضانته ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا ولكن لا تجبر الأم على حضانة طفلها و إذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزماها بالعقد وإن ذكر في العقد الرضاع لزمتها الحضانة تبعا وإن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع وإذا امتنعت الأم سقط حقها وانتقل إلى غيرها[1] -في الترتيب للحواضن عندهم-

2-مدة الحضانة: و هي الفترة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها، وهي تبدأ منذ حاجة الطفل إليها، أي من وقت ولادته حيا، ولا خلاف في أن المحضون ذكرا كان أو أنثى يبقى في يد حاضنته إلى سن التمييز، وهي السن التي يستطيع فيها، أن يأكل ويشرب ويقضي حاجته بنفسه، مستغنيا عن الحضانة، و الاستغناء بهذه الصورة يكون ما بين سن السابعة والتاسعة، ولكن قد يتأخر أو يتقدم، فالحكم مداره على التمييز والاستغناء عن الحاضنة لا على السن[2] .

و سبب بقاء الصغير مع الحاضنة قبل سن التمييز، لأنها أقدر على خدمته حيث في هذه المرحلة يحتاج الطفل إلى من يتفرغ لخدمته، على أن يكون متحليا بالصبر والحنان، والمرأة لاشك أنها أقدر على ذلك و أعرف به أما إذا بلغ الصغير سن التمييز، أي حد الاستغناء عن خدمات حاضنته فبقاؤه في الحضانة يختلف بين كون المحضون ذكرا أو أنثى[3] .

الحنفية: قالوا: مدة الحضانة للغلام قدرها بعضهم بسبع سنين، وبعضهم بتسع سنين، وقالوا: والأول هو المفتى به، ومدتها في الجارية (البنت)، فيها رأيان: أحدهما: حتى تحيض ،وثانيهما: حتى تبلغ حد الشهوة، وقدر بتسع سنين، قالوا: وهذا هوا المفتى به فإذا كان الولد في حضانة أمه فلأبيه أن يأخذه بعد هذا السن فإذا بلغ الولد عاقلا رشيدا كان له أن ينفرد ولا يبقى في حضانة أبيه إلا أن يكون فاسد الأخلاق، فلأبيه ضمه وتأديبه وإذا لم يكن له أب فلأحد أقاربه أن يضمه إليه ويؤدبه متى كان مؤتمنا، ولا نفقة للبالغ إلا أن يتبرع والده بها وإلا أن يكون طالب علم.

أما الأنثى فإن كانت بكرا ضمها الأب الى نفسه ومثل الأب الجد فإن لم يكن لها أب ولا جد فإن كان لها أخ ضمها إليه بشرط أن لا يكون مفسدا و إلا فإن كان لها عم غير مفسد ضمها إليه وإلا فإن كان لها عصبية ذي رحم محرم ضمها إليه و إن لم يكن وضعها القاضي عند امرأة ثقة إلا إذا كانت مسنة عجوز ولها رأي فإنها تكون حرة فتسكن حيث أحبت أما إذا كانت ثيبا فليس له

[1] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، 603.

[2] - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مرجع سابق، 456

[3] - محمد سمارة، مرجع سابق، ص 395.

ضمها إلا إذا لم تكن مأمونة على نفسها وفي هذه الحالة يكون للأب والجد ضمها جبرا فإن لم يكن لها أب ولا جد ولها أخ أو عم فله ضمها مالم يكن مفسدا فإن كان مفسدا ضمها القاضي عند امرأة ثقة.

المالكية: قالوا مدة حضانة الغلام من حين ولادته إلى أن يبلغ، فإن كان له أم حضنته حتى يبلغ ثم تسقط حضانتها ولو بلغ مجنونا ولكن تستمر نفقته على الأب إذا بلغ مجنونا ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج بالفعل[1] .

الشافعية: على قولهم: بالتخيير بعد سن التمييز للأنثى أيضا كما هو للذكر لأن الأدلة التي وردت بالتخيير جاءت عامة لم تفرق بين الذكر والأنثى ولذا فإذا بلغت الأنثى سن التمييز تخير بين أبويها فمن اختارته كانت معه[2] .

الحنابلة: مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند احدهما فإنه يصح وإن تنازعا خير الصبي فكان مع من إختار منهما أما الأنثى فإنها متى بلغت سبع سنين فأكثر كانت من حق أبيها بلا كلام إلى البلوغ ثم إلى الزفاف ولو تبرعت الأم بحضانتها لأن الغرض من الحضانة الحفظ و الأب أحفظ لعرضه و إذا كان عند الأب كانت عنده دائما ليلا ونهارا ولا تمنع أمها من زيارتها وكذا إذا كانت عند الأم فإنها تكون عندها ليلا ونهارا ولا يمنع الأب من زيارتها وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب بشرط أن لا يخلو الأب بها[3] .

3- رؤية المحضون: لكل من أبوي المحضون اذا افترقا حق رؤية "زيارة" المحضون هذا امر متفق عليه بين الفقهاء لكنهم يختلفون في بعض التفاصيل وبيان ذلك فيما يلي:

الحنفية: تكون زيارة المحضون عند الحنفية كل أسبوع مرة للأم ومرة في كل شهر بالنسبة لغير الأم ويشترط أن تتم الزيارة نهارا لا ليلا[4].

المالكية: للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة و أولادها الكبار كل أسبوع مرة و الأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم و أما بعد بلوغ سن التربية والتعليم فله مطالعة الرؤية اكثر وضوح لازم ولده في آن اخر أي الإطلاع عليه[5].

---

[1] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، 598 -599.

[2] - محمد سمارة، مرجع سابق، ص 398.

[3] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 599- 600.

[4] - محمد سمارة، مرجع سابق، ص400.

[5] - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 740.

الشافعية والحنابلة: فالمطلوب عدم تكرار الزيارة يوميا لأنه لا ضرورة لذلك وإنما تكون كل يومين أو ثلاثة أيام[1] .

الفرع الثاني: مشتملات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

أولا: مدة الحضانة وحق الزيارة

1-مدة الحضانة: نصت المادة **65** من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : << تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10)سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون>>[2] .

جاءت المادة **65** من ق- أ- ج على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ومنه أن مدة الحضانة في القانون تبدأ ببلوغ الذكر لـ 10 سنوات والأنثى بسن زواجها أي 19 سنة طبقا لما هو منصوص في المادة **7** من نفس القانون.

أجاز القانون للقاضي أن يمدد حضانة الصغير الذكر إلى ستة عشر سنة بشرط أن تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية هذا مع ملاحظ أن اشتراط النص " أما لم تتزوج ثانية " مؤداه أن مجرد زواج الأم ثانية ولو لم يكن هذا الزواج قائما شرط كاف لعدم تمديد حضانتها بالنسبة لولدها إلى سن السادسة عشر.

حكم القاضي بانتهاء مدة الحضانة مقيد بمصلحة المحضون عملا بالفقرة الثانية من المادة **65** التي تنص على " أن يراعى في الحكم بانتهاء الحضانة مصلحة المحضون "[3] .

2- حق الزيارة: نجد أن المشرع الجزائري في المادة **2/65** ق أ نص بأنه يجب أن يراعي في الحكم بانتهاء الحضانة مصلحة المحضون في الرعاية والتربية والحماية كما أن المادة **63** ق أ تقضي بأنه يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة.

---

[1] - محمد سمارة ، مرجع سابق، ص400.

[2] - قانون 84/ 11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] - أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب العلمية، مصر، 2009، ص 154.

وإن المحكوم له بالحضانة سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما سيكون مسؤولا عن تربية الولد وحمايته وصيانته ومسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر يلحقه هذا المحضون بالغير مدة الحضانة(أي مدة وجودة لديه)أما إذا كان المحضون عند المحكوم له بحق الزيارة Droit De Visit فإنه يكون تحت سلطة ورقابة هذا الأخير[1] .

ثانيا: سكن ونفقة المحضون

1-سكن المحضون: يعتبر مسكن الحضانة للصغير على أبيه وأيضا أوجبه القانون على الأب لحضانة ولده، حيث نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري أن " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"[2].

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

• أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها، بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر.

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

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

[1] - بلحاج العربي،مرجع سابق، ص 385-386.

[2] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 145-146.

2- نفقة المحضون: إن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج، وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة وهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده و أقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج[1].

حيث جاء في نص المادة **78** من قانون الأسرة الجزائري على: " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[2].

حيث توسعت هذه المادة في شرح مضمون النفقة الغذائية من أكل ولباس وعلاج وسكن لأنه يعتبر من ضروريات العادة حيث نجد أن المشرع الجزائري ساير متطلبات وضروريات عصرنا الحالي.

هذا النص في الحقيقة لم يتكلم عن النفقة في حالة عدم وجود مال خاص به، وهنا في حقيقة الأمر النفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسؤول عن الأطفال مع أمهم[3].

إن من الحقوق التي يقررها القانون للطفل والمحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه مدام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على كسب لصغر أو عجز أو لسبب التعليم وتطبيقا لذلك ذكرها المشرع الجزائري في المادة **78** من قانون الأسرة على اعتبار الغذاء والكسوة مشتملاتها و أولها إلحاحا فالحاجة إلى القوت لا تحتاج إلى عناء إثبات إذ لا يمكن للمرء أن يعيش بمعزل عن الطعام والشراب وهو ضروري لإقامة البنية و إما اللباس فهو معافاة للبدن يقي الجسد من برد الشتاء وحرارة الصيف وهو أيضا ستر للعورة[3].

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " المبدأ يحق للمرأة طبقا لنص المادة **78** من قانون الأسرة المطالبة بمصاريف النفاس باعتبارها من عناصر النفقة " .

المطلب الثاني: شروط استحقاق الحضانة

تثبت ولاية الحضانة على الولد لحفظه ورعايته وتربيته وتنشئته تنشئة سليمة، وولاية الحضانة تثبت للحاضن أو الحاضنة بعد توفر أحد منهما على الشروط التي اشترطتها الشريعة

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

[2] - عبد الرشيد شويخ، مرجع سابق، ص259.

[3] - تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص 140

الإسلامية والشروط التي اشترطها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، لما لهذه الولاية من أهمية بالغة لم تعهد في غيرها من سائر الولايات.

لذلك سأتطرق إلى **شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي** في الفرع الأول، ثم إلى **شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري** في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي

اشترط الفقهاء عدة شروط وجب توفرها في الحاضن أو الحاضنة لكي يكونوا أهلا للقيام بحضانة الصغير.

أولا: شروط استحقاق الحضانة حسب المذاهب الفقهية:

انصبت شروط الحضانة لحماية مصلحة المحضون وباختلاف المذاهب الفقهية الأربعة نجد أن كل مذهب اشترط شروطا خاصة به وهي:

1: الشروط التي اشترطها الحنفية: يشترط في الحاضنة أمور وهي: أن لا ترتد، أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه، أن لا تتزوج غير أبيه، أن لا تترك الصبي بدون مراقبة[1]، ألا تمنع الحاضنة عن تربية المحضون مجانا، إذا أعسر أبوه، و وجدت حاضنة متبرعة بالحضانة، بمعنى أن الأب إذا أعسر عن أداء أجر الحضانة، وجاءت حاضنة متبرعة بالحضانة، ورفضت الحاضنة التي في يدها المحضون القيام بالحضانة مجانا[2]، أن لا تكون أمة أو أم ولد فإنه لا حضانة لها، ولا يشترط الإسلام فإن كان متزوجا بذمية فإن لها أن تحضن ابنها منه، بشرط أن يأمن عليه الكفر والفساد، فإذا لم يأمن، كأن رآها تذهب به إلى الكنيسة، أو رآها تطعمه لحم الخنزير، أو تسقيه الخمر، فإن للأب أن ينزعه منها، فإذا ماتت الأم الحاضنة، أو لم يتوفر فيها شرط من هذه الشروط انتقلت الحضانة إلى من يليها، حسب الترتيب المقدم أما العقل فهو شرط مجمع عليه[3]، سواء للحاضن أو للحاضنة.

[1] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص596- 597.

[2] - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص22.

[3] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص597.

2: الشروط التي اشترطها المالكية: يشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى شروط وهي:

1- العقل: فلا حضانة لمجنون ولو كان يفيق في بعض الأحيان، ولا لمن به طيش والطيش خفة في العقل.

2- الكفاءة: فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون، وذلك كالمسنة.

3- الأمانة في الدين: فلا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام.

4- أمن المكان: فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق أو بجوارهم.

5- الرشد: فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق[1] .

6- عدم مرض مضرّ: أن لا يكون الحاضن مصابا بمرض معد يخشى على الطفل منه، كجذام وبرص[2] .

7- عدم سفر الولي عن المحضون سفر نقله، ستة برد[3] فأكثر: فإن أراد الولي السفر المذكور كان له أخذ المحضون من حاضنته، ويقال لها: اتبعي محضونك إن شئت، وسواء كان الولي ولي مال كالأب والوصي أو ولي عصبة كالعم ووجه ذلك أنه أحوط للمحضون وأحفظ له وأثبت لنسبه، ولأن وجود المحضون مع أمه مصلحة مؤقتة تزول عن قريب، ووجوده مع أبيه مصلحة مؤبدة ومراعاة المصلحة المؤبدة أولى، والوصى بمنزلة الأب في ذلك، لأنه الناظر للمحضون دون أعمامه وحدوده ودون الحاضنة، وماله عنده فكان كالأب، وكذلك الولي بمنزلة الأب في ذلك لأنهم عصبة كالأب، ويأخذ الولي المحضون معه ولوكان رضيعا على المشهور، وقيل: لا يأخذ الرضيع وإنما يأخذ الولد إذا أثغر، وقيل: يأخذه بعد انقطاع الرضاع.

8- عدم سفر الحاضنة سفر نقلة و انقطاع من بلد إلى بلد: ووجه ذلك ما ذكر من التعليل في الشرط السابق[4].

---

[1] - الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص294.

[2] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص598.

[3] - برد: البرد جمع بريد وهو مسيرة نصف يوم تقريبا.

[4] - الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص295.

9- الخلو من زوج دخل بها، إلا اذا تزوجت بمحرم، أو علم من له حق الحضانة بعدها يتزوجها وسكت مدة عام بلا عذر فإن حضانته تسقط بذلك[1].

10- أن يكون عنده من يحضن من الإناث، متبرعة أو بأجرة، كأم و زوجة وخالة وعمة، لأن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كما للنساء.

11- أن يكون محرما إذا كان حاضنا لأنثى مطيقة، كأب أو أخ أو عم وإلا فلا، ولو كان مأمونا ذا أهل.

12- عدم السكن مع من سقطت حضانتها، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع إبنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكن عنها[2].

ولا يشترط في الحاضن أن يكون مسلما، ذكرا كان أو أنثى فإن خيف على الولد من أن تسقيه خمرا أو تغذيه بلحم خنزير ضمت حاضنته إلى مسلمين ليراقبوها ولا ينزع منها الولد ولا فرق في ذلك بين الذمية والمجوسية[3].

3: الشروط التي اشترطها الشافعية: يشترط في الحاضن والحاضنة سبع شروط وهي:

1- العقل: الحضانة ولاية عن النفس، وغير العاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره[4].

2- الحرية: أفاض الفقهاء في هذا الشرط وملخصه أن لا حضانة لرقيق، وعللوا ذلك بعدم القدرة على القيام بحق المضمون مع خدمة المولى[5].

3- الإسلام: فلا تثبت الحضانة للحاضنة الكافرة للصغير المسلم، لأن الحضانة ولاية، ولم يجعل الله ولاية للكافر على المؤمن[6]

---

[1] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص598.

[2] - الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص296.

[3] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص598.

[4] - محمد كمال الدين إمام، **أحكام الأسرة(الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء)**، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر ،مصر، 2007، ص151.

[5] - نافع حميد صالح، **حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي**، كلية القانون، جامعة الأنبار، العراق، 2008- 2009، ص 134.

[6] - السيد سابق، مرجع سابق، ص 343.

كما في قوله تعالى: { وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } سورة النساء /141، تفسير الآية: طريق بالاستئصال[1].

فهي كولاية الزواج والمال، ولأنه يخشى على دينه من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها، وتربيته على هذا الدين، ويصعب عليه بعد ذلك أن يتحول عنه، وهذا أعظم ضرر يلحق بالطفل[2] ففي الحديث: **(كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه)** كما سبق تخريج الحديث.

4- العفة: فلا حضانة لفاسق، ولو تارك صلاة، أو تاركة صلاة.

5- الأمانة: فلا حضانة لخائن في أمر من الأمور.

6- الإقامة من بلد المحضون إذا كان مميزا.

7- أن لا تكون أم الصغير متزوجة بغير محرم[3].

4: الشروط التي اشترطها الحنابلة: اشترط الحنابلة فيمن تحق الحضانة مايلي:

1- العقل: فلا حضانة للمجنون والمعتوه، لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤنهما، فلا يحسن الواحد منهما القيام بمصالحه، فضلا عن غيره[4].

2- الحرية: أن لا يكون رقيقا.

3- أن لا يكون عاجزا: كأعمى لعدم حصول المقصود به ومثل الأعمى ضعيف البصر.

4- أن لا يكون أبرص أو أجذم[5].

5- ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم منه لأنها تكون قد أمسكته عند أجنبي عنه، ربما لا يعطف عليه، فيتعرض الطفل لنظرات القسوة والبغض او الأذى[6].

---

[1] - جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، مرجع سابق،ص101.

[2] - السيد سابق، مرجع سابق، ص 343.

[3] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص597.

[4] - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص726.

[5] - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص597.

[6] - محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، د. ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص408.

اختلاف المذاهب هو تحديد الشروط لم يكن إلا لدافع واحد وهو حماية الطفل ورعايته وتوفير السبل التي من شأنها أن تنشا نشأة صحيحة.

ثانيا: شروط استحقاق الحضانة المتفق والمختلف فيها عند الفقهاء

ذكر الفقهاء جملة من الشروط للحضانة يقتضي أن تتوافر في الحاضن، فأجمعوا على شروط منها، و اختلفوا فيما تبقى.

1: الشروط المتفق عليها إجماعا عند فقهاء الشريعة

وهي ستة شروط: البلوغ، العقل، الحرية، الأمانة، القدرة، الخلو من زوج أجنبي عن المحضون وسأفصل لدراسة كل شرط على حدى.

1- البلوغ: أجمع الفقهاء على أن الإنسان قبل البلوغ لا يؤخذ بتصرفاته لما روى عنه صلى الله عليه وآله وسلم: **(رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم)** رواه الإمام أحمد في مسنده.

وجعل المشرع البالغ محلا للتكليف بالواجبات الشرعية، وأهلا لاكتساب الحقوق، وكل ذلك محكوم بنصوص القرآن الكريم[1] ومنها:

قوله تعالى: { **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ** } سورة النساء/6 وجاء في تفسر الجلالين لهذه الآية كما يلي: وَابْتَلُوا: اختبروا، الْيَتَامَىٰ: قبل البلوغ في دينهم وتصرفهم في أحوالهم، حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ: أي صاروا أهلا له بالاحتلام أو السن وهو استكمال خمس عشرة سنة عند الشافعي[2].

وقوله: { **وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا** } سورة النور/ 59 وتفسير الأية هو : وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ: أيها الأحرار، الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا: أي في جميع الأوقات[3].

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، وبعضهم حدد، سنين معينة، فعمن قال بالعلامات جعلها:

[1] - محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص81.

[2] - جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، مرجع سابق، ص77.

[3] - المرجع نفسه، ص358.

- خروج المني إذ يكون منه الولد.
- ظهور الشعر الخشن على العانة، وبعضهم لم يعتبر بالزغب.
- علامته في البنت الحيض.

والبلوغ يتحدد بخمسة أشياء، إثنان تختصان بها النساء وهي الحيض والحبل والإنبات والسن مشترك بينهما، وخروج المني يختص به الذكر[1].

2- **العقل:** ورد العقل في شروط الحضانة عند الفقهاء بالنص عليه، والجميع يعدونه من الشروط اللازمة للحضانة بل من أقوى مقوماتها فإن الحضانة تقديم ما فيه النفع للصغير، وفاقد العقل لا يقدر على تمييز النفع من الضرر، وبهذا يكون شرط العقل قد أجمع عليه فقهاء الأمة لأنه من ملازمات التمييز في تحقيق خير المحضون[2].

3- **الحرية:** إذ أن المملوك مشغول بحق سيده فلا يتفرغ لحضانة الطفل[3].

4- **الأمانة:** المقصود بالأمانة حسن الخلق، فلا حضانة لفاسق ولا لفاجر لأنه غير مأمون على تربية المحضون، ويخشى منه على الصغير تعلم الفسق، فالفاسق كشارب الخمر أو راقص أو غيره غير أمين في الشرع على حضانة وتربية الصغير.

5- **القدرة:** يجب أن يكون الحاضن قادرا للحضانة، أي بمعنى الكفاءة، والمقصود منها القدرة على الحضانة جسميا، فمن كان عاجزا عن الحضانة لشيخوخة أو هرم فلا حضانة له.

6- **الخلو من زوج أجنبي عن المحضون:** إذا كانت الحاضنة امرأة، فسواء أكانت أما للمحضون أو غيرها، يشترط أن لا تتزوج بأجنبي عن المحضون، أما إن تزوجت بأحد أقارب المحضون من ذوي محارمه فلها ذلك ولها حق الحضانة، وزاد الفقهاء في هذا الصدد أنه لوكان الحاضن رجلا وكان أعزبا فليس له حضانة المحضون إلا إذا جاءت أنثى في منزله كزوجة أو خادمة تقوم بخدمة المحضون[4].

---

[1] - محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص82.

[2] - المرجع نفسه، ص85- 86.

[3] - السيد سابق، مرجع سابق، ص 344.

[4] - غناي زكية، **حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة**، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010- 2011، ص 212.

2: الشروط المختلف فيها عند فقهاء الشريعة

اختلف الفقهاء في خمسة شروط، منهم من أخذ بها، ومنهم من أخذ ببعضها، والبعض لم يأخذ بها مطلقا. وهذه الشروط هي:

1- أن يكون الحاضن رحما محرما.
2- الاتحاد في الدين بين الحاضن و المحضون.
3- أن يكون الحاضن غير مرتد.
4- أن لا يمسك المحضون في بيت المبغضين له.
5- أن لا يمتنع الحاضن (الأم) من التربية بالمجان والأب معسر.

قال **الأحناف** بأربعة منها ولم يعدوا اتحاد الدين شرطا لازما في الأم الحاضنة وإنما اعتمدوه في حضانة العصبة[1].

يقول **ابن الهمام**: " غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة و ابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع إلى الخال تحرزا من الفتنة ".

ويقول: " و الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخافا أن يألف الكفر"[2].

ويقتضي التنويه إلى أن الرحم المحرم لا يقوم شرطا عند الحنفية، وإنما يعد قيدا للتحرز من الفتنة، فلو آمن على المحضون، جاز أن يدفع لغير المحرم[3].

والمالكية لهم رأيان في الرحم و المحرم، الرأي الراجح وهو لا حضانة لغير الرحم المحرم، والرأي الثاني أن له حضانة، أما بقية الشروط ومنها اتحاد الدين والارتداد فلم يوجدوا شروطا عندهم وهم أقروا باتحاد الدين وأن الرحم المحرم عندهم في الأصح مقيد بالأنثى التي بلغت مبلغ النكاح والشهوة[4].

أما **الشافعية** فقد أخذوا بالرحم المحرم وقيدوه بالمحضونة الأنثى وبعد أن تبلغ حدا تشتهي به، كما أخذو بعدم كفر الحاضن للمحضون المسلم، ويجوز عندهم أن يكون الحاضن مسلما،

[1] - محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص109.
[2] - كمال بن همام الحنفي، **شرح فتح القدير**، الجزء الرابع، د. ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 1971، ص 333.
[3] - محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص109.
[4] - المرجع نفسه، ص109

والمحضون كافرا، أما العكس فلا يجوز، أما الارتداد فلم ينص عليه عندهم، والظاهر أنهم يعدونه شرطا لازما لأنهم اشترطوا الإسلام، و الارتداد خروج عن الإسلام[1].

قال **الباجوري**: " فيشرط إسلام الحاضن لكن فيما إذا كان المحضون مسلما أخذا من كلام الشارح "[2]، أما الامتناع عن التربية مجانا، وعدم الإمساك في بيت المبغضين فقد تطرقت إليهم فيما سبق.

والحنابلة أخذو بشرط الرحم المحرم وباتحاد الدين، ولم يوردوا الشروط الثلاثة الأخرى المتبقية[3].

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

اقتضب المشرع الجزائري في موضوع شروط استحقاق الحضانة سواء قبل التعديل أو بعده في الشروط الواجب توفرها في الحاضن بشكل عام، حيث ركز على شرط واحد وهو أهلية الحاضن للقيام برعاية الصغير دون أن يفصل في باقي شروط الحضانة.

لذلك سأعالج أولا **شرط الأهلية طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري**، وثانيا إلى **الشروط الضمنية** .

أولا: شرط الأهلية طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري

تنص الفقرة الثانية من نص المادة **62** من قانون الأسرة على ما يلي: << ... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك>> [4] . أي نصت على شرط **الأهلية** لكن المشرع لم يبين ما المقصود بأهلية الحضانة .

والمقصود **بالأهلية لغة:** هي الصلاحية للأمر، أو صلاحية الشخص لصدور الأمر عنه وطلبه منه.

[1] - محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص110-109-

[2] - محمد عبد السلام شاهين، **حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري**، ج2، د. ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 1971، ص368.

[3] - محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص110.

[4] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أما **اصطلاحا:** فقد عرفها الأستاذ **لعشب محفوظ** بأنها: " صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات والقيام بالأعمال والتصرفات القانونية التي يترتب عليها كسب هذه الحقوق أو التحمل بهذه الالتزامات "[1].

ولتحديد الشروط الواجب توافرها سواء في الحاضن أو الحاضنة ليكون أهلا للقيام بالحضانة يجب بنا العودة إلى الشريعة الإسلامية كما تطرقنا له في الفرع السابق إلى شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي لها وذلك استنادا لما ورد في نص المادة **222** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على:<< كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية >>[2].

ثانيا: الشروط الضمنية

من خلال أراء فقهاء الشريعة الإسلامية، نجد أنهم اشترطوا في الحاضن أو الحاضنة شروطا عديدة الواجب توفرها فيهم لكي يكونوا أكفاء على القيام بحضانة الولد الصغير المحضون.

بالإضافة إلى شرط الأهلية المنصوص عليه في المادة **62** في الفقرة الثانية منها، ومن الشروط الأخرى نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة **81** في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة على مايلي:

<< من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون >>[3]، أي أكد المشرع الجزائري على **شرط العقل**، فالحضانة حسب المادة هي ولاية عن النفس لمن أسندت له الحضانة، وأن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه طبقا لما أكدت عليه المادة **85** من قانون الأسرة [4] التي تنص على: << تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير

[1] - تشوار حميدو زكية، **مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية**، (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2008، ص245.

[2] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[4] - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص128.

نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه >>[1] معنى ذلك أن المشرع الجزائري أقر أن لا حضانة لغير العاقل أو المعتوه أو السفيه، كون من تعطى له الحضانة لا ينبغي أن تكون تصرفاته غير نافذة [2] حتى وإن كان الحاضن بالغا سن الرشد القانوني المنصوص عليه في نص المادة **40** من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: << كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) كاملة >>[3].

بمعنى أن المادة **40** حددت أهلية الأداء المدنية ببلوغ الشخص تسعة عشر عاما كاملة بشرط أن يكون الشخص متمتع بقواه العقلية وغير المحجور عليه أيضا وهذا ما نجده مؤكد عليه في المادة **86** من قانون الأسرة الجزائري بقولها: << من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة **40** من القانون المدني >>[4] وبمعنى أنه ايضا اشترط **شرط البلوغ** للحاضن المحدد ب 19 سنة في القانون الجزائري حسب المادة **40** من القانون المدني.

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر يوم 09 جويلية 1984 بأنه من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها **القدرة على حفظ المحضون**، ومن ثم، فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكام الفقه الإسلامي أي شرط القدرة وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته **والقدرة** هي الإستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته، أي بمعنى أن تكون الحاضنة صحيحة الجسم، قادرة على القيام بمتاعب الحضانة[5]. من خلال ما تم ذكره في هذا المبحث " شروط استحقاق الحضانة " يتضح لنا أن نجمل القول في أن تربية الطفل ورعايته تتطلب عناية خاصة ومقدرة معينة لتجنب أي ضرر يلحق به كما أنه باجتماع جميع الشروط المذكورة يحقق التربية المنشودة ويوصل إلى المصلحة المسطرة من الحضانة.

---

[1] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص129.

[3] - الأمر رقم 75/ 58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن ق.م،ج، المعدل والمتمم.

[4] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[5] - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص383-384.

المبحث الثاني: مسقطات الحضانة وشروط استعادتها

إذا وقعت الحضانة مستوفية كامل مقوماتها وشروطها كانت صحيحة يجوز لمستحقها أن يتولاها بمجرد الحكم بها فله أن يمارسها، وقد يحدث ما يعرقل نفاذها فيسقطها ويسمي مسقطا للحق في الحضانة ثم إذا توفر الشرط عاد الحق فيها.

ولدراسة مسقطات الحضانة وشروط استعادتها في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، يتعين دراسة **مسقطات الحضانة وشروط استعادتها في الفقه الإسلامي** في المطلب الأول ثم **مسقطات الحضانة وشروط استعادتها في قانون الأسرة الجزائري** في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مسقطات الحضانة وشروط استعادتها في الفقه الإسلامي

يسقط حق الحاضن في الحضانة عندما يتخلف فيه شرط من شروطها، ثم إذا توفر الشرط يعود حقه فيها وأيضا في حالة ما إذا زال السبب الذي سقطت من أجله بشرط أن يكون سبب السقوط إجباري أما إذا كان اختياريا فلا يعود حقه في الحضانة أبدا.

ومن هنا سوف أتطرق إلى **مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي** في الفرع الأول ثم إلى **شروط استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه في الفقه الإسلامي** في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن للحضانة مسقطات عامة لأن الجمهور أوردها جميعا، وهناك مسقطات مضافة أضافها بعضهم وهذا ما سأتطرق إليه في هذا الفرع.

أولا: مسقطات الحضانة العامة

اتفق الفقهاء على الأسباب المسقطة للحضانة وهي: الزواج بغير قريب محرم، سكن الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، الفسق أو قلة الدين والصون، ضرر في بدن الحاضن، سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد.

1- الزواج بغير قريب محرم: يذهب عموم الفقه الإسلامي إلى القول بأن زواج المرأة من أجنبي يسقط حقها في الحضانة، إذ أن زواجها بغير قريب محرم بعد استحقاق الحضانة يترتب عليه سقوط للحضانة باختيارها، ذلك سواء دخل بها أم لا، و المشهور عند **الحنفية** الذين يرون أن

الحضانة تعود بالفرقة البائنة لزوال المانع، على عكس **الإمام مالك** أنه لا تعود لها الحضانة حتى ولو زالت هذه الزوجية، ويرى البعض من **المالكية** أيضا أنه إذا تزوجت الأم فلا ينزع منها ولدها حتى يدخل بها زوجها، أما إذا تزوجت الأم بقريب محرم من الطفل، مثل عمه، فإن حضانتها لا تسقط بحكم أن هذه القرابة للطفل توفر الجو الرحيم والظروف التي تساعد على رعايته، فيتم التعاون على كفالته، مما يحقق له الحماية اللازمة وتوفر له الاستقرار النفسي والعاطفي، وزواجها من أجنبي يلحق ضرر للصبي بوجوده مع زوج أمه، ولأن الأم تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعهده طلبا لمرضاة زوجها الثاني، وحال هذا الزوج مظنة لبغضه لربيبه المحضون وتضجره به، ولأن والد المحضون يلحقه ضرر بوجوده ولده مع رجل أخر وكل هذا مضر بالصبي، فيسقط حق الأم من الحضانة بزواجها، أما **الشافعية والحنابلة** فيرون عودة الحضانة ولو بالطلاق الرجعي[1].

2- سكن الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي: إذا تزوجت أم المحضون من أجنبي وسقطت حضانتها وانتقلت إلى أم الأم أي أمها، فإن سكن هذه الأخيرة بالمحضون مع ابنتها سقطت حضانتها، وهذا رأي غالبية الفقه، وقد برروا رأيهم هذا بأن بقاء الولد مع أمه المتزوجة مع أجنبي في بيت واحد بمثابة بقاءه في حضانتها، وقد تبين أنه مضر بالمحضون، غير أن هناك من يرى أن الحضانة لا تسقط بهذا السبب وهذا رأي أقلية الفقه، وقد برروا رأيهم هذا بأن: الحضانة مختصة بالجدة وهي المنفردة بهم في المبيت والأكل ولا يضر الأولاد كونهم مع أمهم في مسكن، بل ربما نالهم رفقها بهم مع استغنائهم بالجدة عنها[2].

3- الفسق أو قلة الدين والصون: اتفق جمهور الفقهاء على أن الفسق من مسقطات الحضانة، بأن كان غير مأمون على الولد، لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة[3].

و الفسق يعتبر مسقط للحق لأن مصلحة المحضون تقتضي إبعاده عن كل مظاهر الفسق للحفاظ على أخلاقه.

---

[1]- لمين لعريض، **حماية الطفل المحضون كأحد أهم مكونات الأسرة** (بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري)، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة 15 و16 صفر 1440 هـ/ 24 و25 أكتوبر 2018م، جامعة الوادي، معهد العلوم الإسلامية، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، ص 151.

[2]- غناي زكية، مرجع سابق، ص 232.

[3]- وهبة الزحيلي، **الوجيز في الفقه الإسلامي**، الجزء الثالث، ط1 ، دار الفكر، دمشق، 2005، ص227.

4- ضرر في بدن الحاضن، كالجنون والجذام والبرص: متفق عليه بين **المالكية والحنابلة وغيرهم**[1] فهو مسقط للحضانة إذ تنتقل لمن بعده لكونه غير قادر وعاجز عنها، كما أنه يخشى منه من انتقال المرض للمحضون مراعاة لمصلحته في كل ذلك.

5- سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد: قال **الحنفية** يسقط الحق في الحضانة إذا سافرت الأم المطلقة إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته ويبيت فيه، وأما غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال. وقال **المالكية** أنه مقدار ستة برد فأكثر، كما بينا، فلو سافر ولي المحضون أو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر لا أقل منها، فللولي أخذ المحضون، وتسقط حضانة الحاضنة إلا أن تسافر معه، وقال **الشافعية** يسقط الحق بالحضانة بالسفر لمكان مخوف أو بقصد النقلة، سواء أكان طويلا أم قصيرا، وقال **الحنابلة** يسقط الحق بالحضانة بالسفر لبلد يبعد بمقدار مسافة القصر فأكثر[2].

ثانيا: الأسباب المسقطة المختلف فيها عند الفقهاء

أضاف **المالكية** أن يكون للحاضن **حرز**، وأن يكون **راشد.** و أضاف **الشافعية والحنابلة** سببا آخر لسقوط الحضانة ألا وهو **الكفر.**

1- الحرز: أي منزل جدير بحفظ المحضون معلوم لوليه لائق لإقامة مثله فيه حضر أو بادية، فإن كان ولي المحضون أبا وغيره من أهل الحاضرة وكان الحاضن من أهل البادية فلا حق له في الحضانة إلا اذا قام معهم بالحضر لكفالة المحضون وإلا فلا يسقط حقه[3].

2- الرشد: هو المبذر الذي لا يحسن التصرفات المالية لا حضانة له من حيث النفقة[4]، خشية على الطفل المحضون لضياع حقه في النفقة وفي ماله أيضا في حال ما إذا وجد عنده.

فالمالكية قالو أنه يسقط الحق في الحضانة لغير الراشد وهذا الشرط معتمد عندهم دون غيرهم من الفقهاء.

---

[1] - وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص227.

[2] - المرجع نفسه، ص730- 731.

[3] - عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، **سراج السالك سرح أسهل المسالك**، ج1، ط1 ، دار صادر، لبنان، 1994، ص378.

[4] - المرجع نفسه، ص378.

3- الكفر: اشترط **الشافعية والحنابلة** شرط الدين لأن الحضانة ولاية، وهي لا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح، ثم إن الحضانة منفية عن الفاسق، فالكافر من باب اولى، لأن ضرره أكبر وأكثر فقد يعلم الحاضن المحضون الكفر، والحضانة إنما تثبت لحماية الولد، فلا تكون على شكل قد يكون فيها هلاكه وهلاك دينه[1] ، كما جاء في الحديث: **(كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه)** سبق تخريج الحديث.

وذهب **الأحناف و ابن القاسم من المالكية و أبو ثور** إلى أن الحضانة تثبت للحاضنة مع كفرها وإسلام للولد لأن الحضانة لا تتجاوز رضاع الطفل وخدمته، وكلاهما يجوز من الكافرة.

روى **أبو داود و النسائي**: أن رافع بن سنان أسلم، وأبت امراته أن تسلم، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: ابني- وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع: إبني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم **(اللهم أهدها)** فمالت إلى أبيها فأخذها[2]. ومن هنا نقول أن الحق في الحضانة يسقط بالكفر عند **الشافعية والحنابلة.**

الفرع الثاني: شروط استعادة الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي

إذا تحقق الشرط الذي سقطت الحضانة بسببه وذلك بأن أسلمت الكافرة أو افاقت المجنونة أو رشدت الفاسقة أو برأت من مرض أعجزها عن الحضانة رجع حقها في الحضانة، اما إذا سقط حقها في الحضانة بسبب الزواج من غير قريب محرم للصغير ثم طلقت فقد اختلف الفقهاء في رجوع حقها في الحضانة على النحو التالي:

ذهب **الامام أبو حنيفة** إلى أنه إن كان الطلاق رجعيا لم يعد حقها في الحضانة حتى تنتهي عدتها لأن الزوجية قائمة بينهما، وإن كان الطلاق بائنا عاد حقها في الحضانة لانقطاع حق الزوج في الاستمتاع بالزوجة.

وذهب **الإمام مالك** إلى أن حقها في الحضانة لا يعود بحال، لأن زواجها يعتبر رضا منهم بتسليم الولد إلى الذي يحضنه بعدها.

[1] - محمد سمارة، مرجع سابق، ص391.

[2] - السيد سابق، مرجع سابق، ص 343.

وذهب **الإمام الشافعي** و **الإمام احمد** إلى أن حقها في الحضانة يعود سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا قياسيا على ما لو كان الطلاق رجعيا، لأن المطلقة رجعيا كالبائنة في عدم جواز الاستمتاع بها قبل الرجعة[1].

إذا سقطت الحضانة لمانع، ثم زال المانع، عادت الحضانة إلى صاحبها، كالمرض والزواج والسفر والفسق، لزوال المانع، وإذا زال المانع عاد الممنوع[2].

المطلب الثاني: مسقطات الحضانة وشروط استعادتها في قانون الأسرة الجزائري

إذا وقعت الحضانة مستوفية مقوماتها وشروطها كانت صحيحة يجوز لمستحقها أن يتولاها بمجرد الحكم بها، ولكن بمجرد الحصول عليها يمكن أن تتغير ظروف الحاضن ولا يستطيع مواصلة ممارسة الحضانة فتسقط عنه، ثم إذا توفر الشرط ثانية عاد الحق فيها.

وهذا ما سأتعرض له في هذا المطلب حيث يتمحور الفرع الأول حول **مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، **وشروط استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه في قانون الأسرة الجزائري** في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على مجموعة من الأسباب المسقطة للحضانة وهي كالآتي:

1- سقوط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم: لقد نصت المادة **66** من قانون الأسرة الجزائري على: << يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم ... >>[3]، ويعني هذا أن بمجرد زواج الزوجة مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون يسقط حقها بقوة القانون وتمنح إلى غيرها سواء الأب أو غيره وممن لهم الحق في الحضانة حسب الترتيب أو الذي يقوم بطلب حق الحضانة. ويمكن اعتبار حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب لسقوط الحضانة تندرج

[1] - محمود على السرطاوي، مرجع سابق، ص374.

[2] - وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص227.

[3] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ضمن اختلال شرط القدرة، إذ أنها إن فعلت فسيؤدي ذلك إلى انشغالها بزوجها الأجنبي على حساب الصغير وبالتالي ضياعه[1].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13/ 07/ 2005: << اذا كان القاضي قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق بزواجها بقريب محرم >>[2].

2- سقوط حق الحضانة بالتنازل: نصت المادة **66** من قانون الأسرة السالفة الذكر عن سبب آخر لسقوط الحضانة وذلك بنصها على أنه: << ... وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون >>[3]، فقد أقر المشرع الجزائري في نص هذه المادة على أن للحاضنة الحق في التنازل عن الحضانة، ولكن قيدها بشرط أساسي وهو أن لا يضر ذلك بمصلحة الولد المحضون، وإذا كان العكس أي في غير صالح المحضون رفض القاضي طلبها في التنازل عن حقها في الحضانة مادامت متوفرة فيها الشروط القانونية للحضانة ومادامت مصلحة المحضون متعلقة بها.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا: << من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد، ولما تبين أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فان قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون فيها أن الأولاد عند تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون >>[4].

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

---

[1] - براهيمي حنان، **أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا**، مجلة المنتدى القانوني، دورية تتصدر عن قسم الكفاءة المهنية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007، ص 56.

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

[3] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[4] - قرار الحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53340، بتاريخ 27/ 03/ 1989، م ق، العدد الثالث، 1990، ص 85.

ونشير إلى أن التنازل الذي سمحت به المادة **66** من قانون الأسرة، يجب أن يكون بإعلان من الحاضن أمام القضاء لا مجرد ان يقرر الحاضن تنازله عن الحضانة، وذلك حتى لا يبقى المحضون سائبا لا حامي له، وحتى يتسنى للقاضي معرفة ما إذا كان مثل هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون، و إذا حصل ذلك لا يحكم بسقوط حق الحضانة حتى ولو طلبها غيرها ما دامت مصلحة المحضون مازالت متعلقة بها[1].

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: << إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي، لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص، التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون، وفقا لأحكام المادة **66** قانون الأسرة >>[2].

3- سقوط حق الحضانة بانتفاء أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن: نص المشرع الجزائري في المادة **67** في قانون الأسرة على أنه: << تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة **62** أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون >>[3]، أي تسقط بالإخلال بواجبات الحضانة في المادة **62** قانون الأسرة، سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية، ولكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون[4].

كما نجد أن المشرع الجزائري لا يعد سبب عمل المرأة سبب من أسباب سقوط الحضانة، فالمرأة العاملة لها حق حضانة أولادها إذا كانت من حقها وأن أساس الحضانة مصلحة المحضون في كل ذلك. وهذا يعني أنه حتى ولوكان عمل الحاضنة لا يشكل سبب من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة اذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون[5].

---

[1] - فاطمة حداد، مرجع سابق، ص191.

[2] - بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966- 2010**، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 371.

[3] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[4] - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص388.

[5] - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 142.

وهذا ما نجده مكرس عليه في الاجتهاد القضائي: << عمل الأم الحاضنة لا يوجب اسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية >>[1].

4- سقوط حق الحضانة بالتقادم: جاء في نص المادة **68** من قانون الأسرة الجزائري أنه:

<< إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها >>[2]، أي يسقط حق استحقاق الحضانة بالسكوت عن طلبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر، مؤدى هذا أن الحضانة اذا استحقت وسكت صاحب الحق عن طلبها فإن حقه في الحضانة يسقط[3] بقوة القانون.

معنى ذلك إذا انحلت الرابطة الزوجية وبقى الأولاد عند أمهم، دون أن يطلب والدهم حضانتهم في مدة تزيد عن السنة، فإنه لم يعد من حق الأب أن يطالب بحقه في الحضانة أمام المحكمة.

وهذا ما هو مؤكد عليه من طرف المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05 فيفري 1990:

<< من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من طرف الأم وهي لازالت متمسكة بها فإن قضاء المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأب يكونون قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه >>[4].

5- السفر بالمحضون: جاء في نص المادة **69**: << إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه، مع مراعاة

---

[1] - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274207، بتاريخ 03/ 07/ 2002، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص270.

[2] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] - عماري سناء، **التطبيقات القضائية للحضانة و اشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014/ 2015، ص74.

[4] - يعقوبي عبد الرزاق، **قضاء المحكمة العليا في شؤون الأسرة**، دار هومة، الجزائر، 2018، ص132.

مصلحة المحضون >>[1]. أي عالج المشرع الجزائري في هذه المادة أن موضوع انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي بعد ثبوت الحضانة للحاضن يعتبر سبب من أسباب سقوط حقه في الحضانة نظرا للضرر الذي قد يلحق بالمحضون بسبب السفر الطويل مع مراعاة مصلحة المحضون في كل هذا.

حيث إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في اثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه مع مرعاة مصلحة المحضون ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[2].

وقضت الحكمة العليا بتاريخ 12 مارس 2008 بأنه: << يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج علم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم >>[3].

وبالرجوع إلى المادة **62** من قانون الأسرة أعلاه التي تؤكد في تعريف الحضانة على تربية الولد على دين أبيه، وهنا تكمل مصلحة الولد الذي ينبغي على القاضي أن يأخذها بعين الاعتبار وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19 فيفري 1990 بقولها: << من المقرر شرعا وقانونا، أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، وثم فان القضاة بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أ أجنبي بعيد عن رعاية الأب، كما هو في قضية الحال، يعد قضاء مخالف للشرع والقانون، يستوجب نقض القرار المطعون فيه >>[4].

و السفر المقصود في المادة **69** هو السفر خارج الوطن بشكل دائم أي الإقامة هناك بشكل مستمر.

أستنتج أن المشرع الجزائري من خلال نصه في المادة **69** من قانون الأسرة بأنه يقصد بالبلد الأجنبي هو ما كان خارج التراب الوطني الجزائري.

---

[1]- قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص389.

[3] - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 426431، بتاريخ 12/ 03/ 2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص21.

[4] - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59013، بتاريخ 19/ 02/ 1990، المجلة القضائية، العدد الرابع، 2008، ص116.

6- سقوط حق الحاضنة بمساكنة المحضون مع من سقطت حضانته: تسقط الحضانة بالمساكنة، حسب نص المادة **70** من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على ما يلي: << تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم >>[1]، **والمقصود بالمساكنة المسقطة للحضانة**، هي أن تتخذ الحضانة سكن أم المحضون موطنا لها، وهو أن تكون إقامتها فيه مستمرة.

وبمفهوم المخالفة، فإنه إذا قامت الحاضنة بمحضونها عند أمه بصفة مؤقتة، كما في حالة الزيارة أو في العطل المدرسية، فلا يسقط حقها في الحضانة[2].

وتطبيقا للمبدأ الذي جاءت به المادة **70** من قانون الأسرة الجزائري، فقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 20/ 06/ 1988 بقولها: << من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم لأم) أن تكون غير متزوجة، وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب، يكونوا قد راعو شروط الحضانة، وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن >>[3].

وقد شرعت المادة 70 من قانون الأسرة، حتى لا يتضرر المحضون في مساكنته لمن يبغضه[4]. وللقاضي الجزائري له كامل السلطة التقديرية في مسألة المساكنة.

الفرع الثاني: شروط استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة **71** من قانون الأسرة الجزائري على: << يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري >>[5]

---

[1] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] - كمال صماطة، **مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية**، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم لحقوق، 2014- 2015، ص128.

[3] - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 20/ 06/ 1988، ملف رقم 50011، م.ع، 1991، ع2 ، ص57.

[4] - كمال صماطة، مرجع سابق، ص128 .

[5] - قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 /02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ومن هنا وجب علينا أن نميز بين حالتين:

- أولا: استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه الإجباري.
- ثانيا: استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه الاختياري

أولا: استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه الإجباري: والمقصود به هو توفر أحد أسباب سقوط الحضانة القانونية المنصوص عليها في نص المادة **66** وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري والتي بموجبها أدت إلى سقوط حق الحضانة ممن كانت من نصيبه بحكم قضائي من المحكمة ومثال ذلك زواج الأم بشخص أجنبي عن المحضون فإن حقها في الحضانة يسقط بسبب زواجها وإذا توفي زوجها أو تطلقت منه ولم تتزوج من شخص أجنبي عن الولد فحقها في الحضانة يعود وغيرها من الأسباب فقد تكون هنا قد خالفت القاعدة القانونية المنصوص عليها في نص المادة **66** من قانون الأسرة أو تسقط منها الحضانة بموجب حكم قضائي.

والقانون في المادة **71** ينص عن عودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري بمعنى أن القانون يقصد عودة الحضانة إذا زال المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضنة فيه، أما الذي لإرادتها دخل فيه إذا زال المانع لا تعود الحضانة بزواله[1].

وفي هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 21 جويلية 1998: << من المقرر قانونا أنه 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 فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا للمادة **71** من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن >>[2].

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

---

[1] - أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق، ص158.

[2] - يعقوبي عبد الرزاق، مرجع سابق، ص134.

[3] - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 159 .

ثانيا: استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه الاختياري

والمقصود هنا في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة هو رغبة مستحق الحضانة واختياره فإن حقه في الحضانة لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه بقوة القانون في مثل المادة **68** من قانون الأسرة في حال ما إذا لم يطلب الحق في الحضانة من طرف أحد مستحقيها والمطالبة بحقه في فترة تزيد عن سنة يسقط حقه في الحضانة ولا يمكن لأحدهم أن يستفيد من أحكام المادة **71** من قانون الأسرة في إرجاع حقه في الحضانة.

نستنتج أن المشرع الجزائري قد اعتمد على المذهب المالكي في هذه المسألة حين فرق بين العذر الاضطراري والعذر الاختياري في سقوط الحضانة[1].

[1] - محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة دكتوراه، (بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله)، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2008- 2009، ص 675.

ملخص الفصل الثاني:

من خلال ما تقدم في هذا الفصل يمكنني أن أقول بأن انحلال الرابطة الزوجية من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الوالدين أو لغيرهما ممن هو أحق بها شرعا وقانونا وما ينتج عن ذلك من آثار تتطلب ممارسة الحضانة ومراعاة لمصلحة المحضون .

والحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حق للصغير وحقه فيه غالب، من أجرة ونفقة وغيرها من المشتملات فنجدهم نصوا أيضا على عدة شروط للحضانة الواجب توفرها في الحاضن وفي حال ما إذا تخلفت إحدى هذه الشروط يسقط الحق في الحضانة وتنتقل إلى من يليه في الترتيب المذكور في أصحاب الحق في الحضانة في الفصل الأول و إذا توفر الشرط عاد الحق فيها.

الخاتمة

يعد موضوع شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها وشروط استعادتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من الدراسات المهمة والحساسة، لارتباطه بالمحضون الذي يحتاج إلى من يرعاه ويسهر على حمايته وحفظ صحته لضعفه، وعدم قدرته على توليه شؤونه وتميزه بين ما يضره وما ينفعه.

ومن خلال ما سبق عرضة وتحليلة بخصوص موضوع البحث تم التوصل إلى النتائج والاقتراحات التالية:

أولا: النتائج

الحضانة حق ثابت للطفل شرعا وقانونا، ويقصد بها القيام برعاية الولد، وتربيته، وتعليمه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ودينا وهي واجبة على الحاضن حيث إذا قام بها كان له الحق فيها ويسقط الحق عن الباقين، وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وكذا المعقول، كون الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يرعاه ويربيه.

حيث تمتد الحضانة من الولادة إلى غاية بلوغ الولد وزواج البنت ودخولها، وتسقط ببلوغ الولد (10) سنوات وللقاضي أن يمددها إلى (16) سنة، وبلوغ البنت سن الزواج والمحدد ب (19) سنة في قانون الأسرة الجزائري.

تبقى الحضانة للأم في حالة الطلاق، ولها الأولوية في ذلك باتفاق الفقه والقانون ما لم تفقد أحد الشروط أو تتزوج، وبعدها لأمها، وغيرهم.

لا تسند الحضانة إلا بالتحقق من توفر مجموعة من الشروط في الحاضن، منها ماهي عامة يشترك فيها النساء والرجال، ومنها ما تختص بها النساء، وأخرى يختص بها الرجال فقط، ذكرها الفقهاء على وجه التفصيل، واستمدها المشرع الجزائري منهم، بهدف توفير الحماية والرعاية التامة للمحضون، حيث يؤدي فقدانها إلى إسقاطها عنه وإسنادها لغيره.

تسقط الحضانة عن الأم إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون، لانشغالها بالزوج عن ولدها مما يؤدي إلى تقصيرها في رعايته وللحاضنة حق التنازل عن الحضانة إذا كان هناك حاضن آخر، في حين تجبر عليها إذا لم يوجد للطفل حاضن غيرها، أو لم يقبل غيرها.

فقدان أحد الشروط يؤدي لا محالة إلى سقوط الحضانة، كأن يكون في الحاضن مرض يخشى منه الانتقال إلى المحضون، أو عجز ومرض يفقده القدرة على الرعاية، أو يثبت عنه فسق وسوء خلق.

ثانيا: الاقتراحات

ارتأيت إلى إدراج بعض الاقتراحات منها:

ضرورة أن يتدخل المشرع لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها بدقة وتفصيل أكثر، وتدارك النقائص ومنح الحضانة مزيدا من الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة المحضون.

وضع نص قانوني ينظم الشروط اللازمة إلى الحاضن ليكون أهلا لإسناد الحضانة له على سبيل المثال لا على سبيل الحصر كما هو عليه في المادة 62 وما فيها من لبس وغموض.

على المشرع تحديد أصحاب الحق في الحضانة بتحديد الأقربون درجة أو تحديد المذهب الذي يرجع فيه.

وفيما يتعلق الأمر بتقرير حق الزيارة المنصوص عليه في نص المادة 62 ق أ ج لأحد الأبوين، دون تقرير حق الزيارة للأجداد أو باقي أفراد العائلة فإن سلطة القاضي واسعة في تقرير ذلك من عدمه، كذلك لم يحدد مكان وزمان الزيارة الذي تجري فيه حضانة الولد الصغير، مما قد يتسبب في نزاعات بين الحاضن والمحضون له، وكذا زيادة من حدة الصراع بين الأبويين وعلى المشرع الجزائري أن يوضح مسألة السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي ويحدد المقصود من البلد الأجنبي على أساس أنه البلد غير المسلم .

وفي الختام اللهم اجعل خير عملي خاتمته، وفي الأخير وعلى أمل أن أكون قد وفقت في عملي هذا وأكون قد اعطيته حقه علميا ومنهجيا.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

القرآن الكريم

كتب التفسير:

1. جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، تفسير الجلالين ،د. ط، دار الفجر للتراث، مصر، د. ت.
2. محمد علي الصابوني، مختصر تفسير ابن كثير، ج 2، د. ط، قصر الكتاب، الجزائر، 1410هـ-1990م.

كتب الحديث النبوي الشريف:

1. أبي داود، سنن أبي داوود، كتاب الزكاة، باب من أحق بالولد، ج 3، تحق شعيب الأرنؤوط وأخرون، ط خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، 1430هـ -2009م، رقم20276.
2. ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه؟ وهل يعرض على الصبي الإسلام؟، رقم 1358.
3. ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب العتق، باب كراهية التطاول على الرقيق، دار ابن كثير، دمشق، ط 1، 1423هـ-2002م، رقم 2054.

المعاجم والقواميس اللغوية

1. ابن منظور ، لسان العرب، مج 10، د. ط، دار صادر، بيروت، د. س. ن.
2. أحمد الفيومي، المقرئ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، د. ط، مكتبة لبنان، لبنان، 1987.
3. الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط 8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1426 هـ- 2005م .

ثانيا: المراجع

كتب الفقه الإسلامي:

1. أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، ج1، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1408هـ-1988م.
2. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، ج4،(الخلع، الطلاق، الرجعة، الإيلاء، الظهار، العدة، الرضاع، النفقة، الحضانة، المواريث)، د. ط، مؤسسة المعارف، لبنان، 2005.
3. الشرنباصي رمضان علي ، الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
4. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط7، دار الكتاب العربي، لبنان، 1985.
5. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المناهج، ج 3، ط1، دار المعرفة ،لبنان، 1419هـ -1997م.
6. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، مج 4، د. ط، دار الفكر ودار الكتب العلمية، لبنان، 1986.
7. عبد الله بن عبد المحسن التركي، المقنع- الشرح الكبير- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 24 ،ط1 ،1416هـ-1996م.
8. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، سنة 1410هـ - 1990م.
9. عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، سراج السالك سرح أسهل المسالك، ج1، ط1، دار صادر، لبنان، 1994.
10. كمال بن همام الحنفي، شرح فتح القدير، الجزء الرابع، د. ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 1971.
11. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د. ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
12. محمد عبد السلام شاهين، حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري، ج2، د. ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 1971.
13. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985.
14. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، ط1 ، دار الفكر، دمشق، 2005.

كتب القانون

15. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب العلمية، مصر، 2009.
16. باديس ذيابي، صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012.
17. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة - الخطبة - الزواج - الطلاق - الميراث - الوصية)، ج1، (الزواج الطلاق)، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
18. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966- 2010، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
19. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
20. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومه، الجزائر، 2011.
21. فاطمة حداد، حق المطلقة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.
22. يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2018.

كتب فقهية و قانونية متفرقة

23. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، (الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد، نفقة)، وفقا لأحداث التشريعات القانونية ،د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
24. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع و القانون، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
25. إسماعيل أبا بكر على البامرني، أحكام الزواج (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار الحامد، الأردن، 1429هـ- 2009م.
26. بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

27. بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السني المذهب الجعفري والقانون،ج1 ،(الزواج والطلاق)، دار النهضة العربية، لبنان، 1967.
28. تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2008.
29. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1426ه 2006م.
30. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02/05، د. ط، دار الوعي، الجزائر، 2012.
31. محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008.
32. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2010.
33. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة(الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء)، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر ،مصر، 2007.
34. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر ، عمان، الأردن، سنة 1431ه -2010م.

المذكرات والأطروحات الجامعية

1. عادل شباب، حضانة الطفل(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة تخرج لنيل الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، الجامعة الإفريقية، أدرار، 2010-2011.
2. عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة و اشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014/ 2015.
3. غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010- 2011.
4. كمال صماطة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم لحقوق، 2014-2015.
5. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة دكتوراه، (بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله)، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2008- 2009.

المجلات العلمية والقضائية

1. براهيمي حنان، أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا، مجلة المنتدى القانوني، دورية تتصدر عن قسم الكفاءة المهنية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007.
2. عبد الله بن إدريس أبو بكر ميغا، حق القريب الحاضن في المحضون و وسائل تنفيذه، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436.
3. لمين لعريض، حماية الطفل المحضون كأحد أهم مكونات الأسرة (بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري)، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة 15 و16 صفر 1440 هـ/ 24 و25 أكتوبر 2018م، جامعة الوادي، معهد العلوم الإسلامية، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية.

4. محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 17، 2014.
5. نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، كلية القانون، جامعة الأنبار، العراق، 2008- 2009.
6. نسيمة امال حيفري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة وهران2 ، العدد 27، جوان2017.

النصوص القانونية والأوامر

1. القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريد الرسمية، العدد 24، بتاريخ 12يونيو1984.
2. قانون 84/ 11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
3. الأمر رقم 75/ 58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
4. مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط2، المطبعة الأمنية، الرباط، 1962.
5. مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ط2، المطبعة الرسمية، تونس، 1982.

القرارات القضائية

1. قرار الحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53340، بتاريخ 27/ 03/ 1989، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990.
2. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 20/ 06/ 1988، ملف رقم 50011، المجلة العليا، 1991، العدد الثاني.
3. قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 179471، بتاريخ 1998/03/17، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001
4. قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189234، بتاريخ 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001.

5. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274207، بتاريخ 03/ 07/ 2002، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004.
6. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 341320، بتاريخ 13/ 07/ 2005، نشرة القضاة، العدد 62، 2008.
7. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59013، بتاريخ 19/ 02/ 1990، المجلة القضائية، العدد الرابع، 2008.
8. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 426431، بتاريخ 12/ 03/ 2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008.
9. قرار صادر عن المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 497457 ، بتاريخ 2009/05/13 ،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،2009.
10. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 613469، بتاريخ 10 مارس2011، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	الصفحة
الإهداء	
شكر وتقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ– هـ
الفصل الأول: مفهوم الحضانة و أصحاب الحق فيها	
المبحث الأول: مفهوم الحضانة وأهميتها	08
المطلب الأول: تعريف الحضانة وحكمها وأدلة مشروعيتها	08
الفرع الأول : تعريف الحضانة	08
الفرع الثاني : حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها	12
المطلب الثاني: أهمية الحضانة	14
الفرع الأول : أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي	14
الفرع الثاني : أهمية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	16
المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة	19
المطلب الأول : أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي	19
الفرع الأول : أراء بعض الصحابة في أصحاب الحق في الحضانة	19
الفرع الثاني : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة حسب المذاهب الفقهية	21
المطلب الثاني : أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وفق قانون 11/84 (قبل التعديل) وقانون 02/05 (بعد التعديل)	25
الفرع الأول : أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وفق قانون11/84 (قبل التعديل)	25
الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وفق قانون 02/05 (بعد التعديل)	28
ملخص الفصل الأول	30

الفصل الثاني: شروط استحقاق الحضانة و الأسباب المسقطة لها وشروط استعادتها	
المبحث الأول: شروط استحقاق الحضانة ومشتملاتها	33
المطلب الأول: الحق في الحضانة ومشتملاتها	33
الفرع الأول: الحق في الحضانة ومشتملاتها في الفقه الإسلامي	33
الفرع الثاني: مشتملات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	38
المطلب الثاني: شروط استحقاق الحضانة	40
الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي	41
الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	48
المبحث الثاني: مسقطات الحضانة وشروط استعادتها	51
المطلب الأول: مسقطات الحضانة وشروط استعادتها في الفقه الإسلامي	51
الفرع الأول: مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي	51
الفرع الثاني: شروط استعادة الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي	54
المطلب الثاني: مسقطات الحضانة وشروط استعادتها في قانون الأسرة الجزائري	55
الفرع الأول: مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	55
الفرع الثاني: شروط استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه في قانون الأسرة الجزائري	60
ملخص الفصل الثاني	63
الخاتمة	65
قائمة المصادر والمراجع	68
فهرس المحتويات	76
ملخص الدراسة	78

ملخص:

الحضانة هي تربية الولد ورعايته والحفاظ عليه، وهي واجبة ومشروعة على الحاضن اتجاه المحضون لأنها حق من حقوقه وواجب على والديه والتخلي عنها يلحق الضرر به.

وللحضانة أهمية بالغة في رعاية المحضون خاصة وحماية الأسرة عامة إذ تساهم في تنمية روح المودة والرحمة التي تعتبر ركيزة البيوت لتحقيق مجتمع متماسكا، وجعل المشرع الجزائري الوالد في الدرجة الثانية بعد الوالدة وفضله على غيره لما له من دور فعال في تربية الصغير كما أنه لن يخرج عن أحكام الفقه الإسلامي، وبانحلال الرابطة الزوجية تسند حضانة الأولاد لأحد الوالدين أو لغيرهما ممن هو أحق بها شرعا وقانونا مع مراعاة مصلحة المحضون، كما تعتبر في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حق للمحضون من جميع احتياجاته إذ نصوا على مجموعة من الشروط ينبغي توفرها في الحاضن وبتخلفها يسقط الحق فيها وتنتقل إلى من بعده حسب ترتيب أصحاب الحق فيها، ثم إذا عاد الشرط عاد الحق لمستحقيها.

الكلمات المفتاحية:

الحضانة، الفقه الإسلامي، قانون الأسرة الجزائري، شروط الحضانة، مسقطات الحضانة.

Résumé:

Pépinière est la formation, les soins et garde d'un enfant. Elle est obligatoire et légitime pour le gardien envers l'enfant, car c'est l'un de ses droits et une obligation pour ses parents, et les abandonner lui nuira.

La Pépinière est d'une grande importance pour s'occuper de l'enfant en particulier. Et la protection de la famille en général. Il contribue au développement de l'esprit d'affection et de compassion. Cette famille est une partie essentielle pour parvenir à une société cohésive Et le législateur algérien a placé le père au deuxième degré après la mère Et il l'a préféré aux autres en raison de son rôle efficace dans la formation des enfants Il ne s'écartera pas non plus des dispositions de la jurisprudence islamique Et avec la dissolution de la relation conjugale, la garde des enfants est confiée à l'un des parents ou à d'autres qui y ont plus droit Légitimement et légalement Prise en compte de l'intérêt de l'enfant Pépinière. Il considère également la jurisprudence islamique et la Droit de la famille algérien comme un droit pour l'enfant en garde de tous ses besoins, car ils stipulent un ensemble de conditions qui doivent être remplies par l'incubateur et en cas de défaut, le droit à celles-ci est perdu. Il se déplace après lui selon l'ordre des ayants droit, Alors si la condition rend le droit à ceux qui le méritent.

Les mots clés:

Pépinière, Jurisprudence Islamique, Droit de la famille algérien, Conditions de Pépinière, Perte de pépinière.