وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عبد الحميد إبن باديس - مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

تخصص : قانون خاص معمق

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق

أحكام الحضانة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

من إعـــداد:

- طويل فاطمة

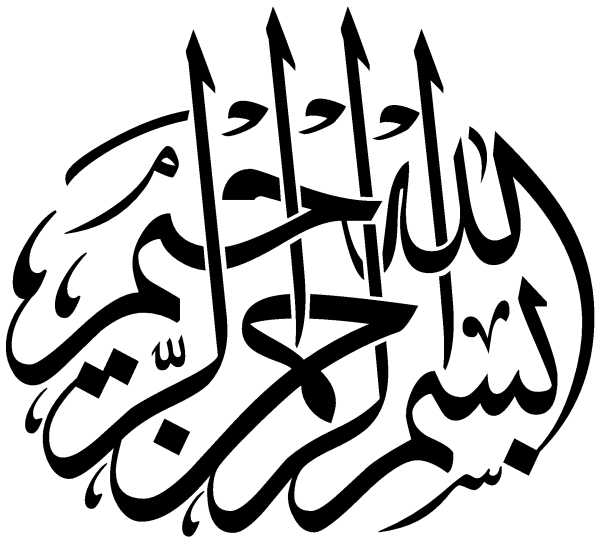
تحت إشراف:

الأستاذ زيغام بلقاسم

لجنة المناقشة :

- 1
- 2
- 3

السنة الجامعية: 2015 – 2016


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

الحمد لله حمد الشاكرين، و أستغفر الله العظيم. و لا حول و لا قوة إلا بالله العظيم.

فإنى أتوجه بالشكر و التقدير إلى الصرح العلمى الشامخ كلية الحقوق و العلوم السياسية، منارة العلم و المعرفة.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى فضيلة الأستاذ زيغام بلقاسم على ما زودنى به من نصائح و إرشادات و توجيهات قيمة طيلة فترة إنجاز هذا البحث، داعيا الله عز وجل أن يجازيه عنى خير الجزاء، و أن يجعل ذلك فى ميزان حسناته.

كما أوجه شكرى الخالص إلى كل أساتذتى الأفاضل طوال مشوارى الجامعى، و إلى كل طاقم إدارة كلية الحقوق و العلوم السياسية.

و أخيرا اشكر كل من ساعدنى من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل المتواضع.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى :

الإنسانة التي شقت لتسعدني و حزنت لتفرحني، و من كافحت من أجل أن أصل إلى ما أنا عليه الآن والدتي الغالية .

الرجل الذي وضع عمره حقلا لأحلا مي و رسم طريق نجاحي و رأيت فيه آيات الرشد و الصلاح وزرع في قلبي بدور الصبر، والتحدي، إلى أعظم رجل في الدنيا والدي الغالي.

إلى من لا أستطيع الاستغناء عنهم إخوتي و أخواتي.

إلى كل أصدقائي ومن ساعدني، وخاصة بلحاجي جميلة ،و قوال محمد.

إلى كل باحث وطالب علم.

قائمة المختصرات

د.ب.ن : دون بلد النشر

ص: صفحة .

ط : الطبعة .

غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية .

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج :قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري.

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

م،ع : المحكمة العليا .

م.ق : مجلة قضائية .

الحمد لله رب العالمين ، نحمده و نستعينه و نستغفره و نعوذ بالله من شرور أنفسنا و من سيئات أعمالنا ، من يهديه الله فلا مضل له ، و من يضلل فلا هادي له، و أشهد أن لا إله إلا الله و أن محمد عبده و رسوله المبعوث رحمة للعالمين صلى الله علية و على آله و صحبه أجمعين و على كل من اهتدى بهدية إلى يوم الدين و بعد :

التعريف بالموضوع :

لم يشأ الله سبحانه و تعالى أن يخلق الإنسان كغيره من مخلوقاته ،تقوده غريزته و شهوته دون ضابط،بل احكم له نظاما مناسبا،بان شرع له سنة الزواج ،يهذب طبعه و يصون عرضه و نسله،و يعزز كرامته و شرفه.

و هو النظام الذي ارتضاه الله عزوجل،و أولى له الإسلام عناية خاصة،واعتبره ميثاقا غليظا، قال الله تعالى: "و كيف تأخذونه و قد أفضى بعضكم إلى بعض و أخذن منكم ميثاقا غليظا ."[1]

لقد جعل الله تبارك و تعالى نعم كثيرة على الزواج ، فأعتبره آية و رحمة و مودة و سكينة، و أعتبره محطة تعارف بين الشعوب و الأمم و العائلات، بل جعله وسيلة لتحقيق مقاصد نبيلة و غايات سامية لبناء مجتمع منظم و متكافل ،خال من الفساد و اختلاط في الأنساب .

لقوله تعالى:"و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذالك لا آيات لقوم يتفكرون ".[2]

فقوام الحياة الزوجية هو التماسك و المودة و الرحمة و التسامح والتفاهم واحترام الزوجين لبعضهما،هذه العوامل لها اثر فعال في سلوك الأولاد ، حيث تساعدهم على التوافق النفسي و العقلي و الشعور بالاستقرار و الأمان في ظل الأسرة يشعرون بأنها متماسكة. و ما يظهر بشكل جلي أن الوالدين هما المسؤولين الأولين عن نوع التربية المقدمة للأولاد لقوله صلى الله عليه و سلم :"- كلكم راع و كلكم مسؤول عن راعيته"[3]

---

[1]- سورة النساء،الآية 21 .

[2]- سورة الروم الآية 21.

[3]- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن مغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح و هو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ، المجلد الأول ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى دار طوق النجاة ، لبنان ، 1422 ه ،ص05 .

فالبيت هو الركيزة الأساسية للتربية و المؤثر الأول في الطفل باعتباره ينشا و ينمو في ظله في أولى مراحل عمره،و يكون محل تأثر تام بما يحيط به في أجواء الأسرة أو خارجها ، فهو يولد صفحة بيضاء و المجتمع يكتب عليها ما يشاء و قد نبه -الرسول صلى الله عليه و سلم – إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة فقال: (كل مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودان ، أو ينصرانه أو يمجسانه).[1]

حيث أن ما يحدث للطفل في هذه الفترة يرسم الملامح الأساسية لشخصيته المقبلة التي يصبح من الصعب إزاحة بعضها في المستقبل ، سواء كانت سوية أو غير سوية .

و لأن المولود يعد رجل المستقبل الذي يحمل الرسالة في الغد لذا فإن الطفولة تذكرنا بضخامة العبء و فداحة المسؤولية و ما ينبغي أن نقوم به من توجيه و نصح و تربية و إرشاد و تعبئة روحية و خلقية حتى نقود هذه الجموع الزاحفة لهذا الجيل الصاعد من براعم الأمة إلى مايبوئها سنام المجد،ويوصلها بر السلام و فهم أمانة وضعها الله في أعناق الآباء، و هذا دون أن نهمل دور المدرسة و الشارع في التربية باعتبارهما كل متكامل،إلا أن البيت يعتبرهوالأهم لأن الطفل يقضي معظم أوقاته فيه،لذلك كان على الزوجين أن يتعاونا من أجل تنشئة هذا الطفل على أسس دينية وأخلاقية سليمة.

لكن هذا البيت في الكثير من أحيان لا يخلو من المشاكل و النزاعات بين الزوجين هذه الأخيرة يمكن تفادي بعضها أو حل البعض منها .إلا أنه هناك نزاعات و مشاكل قد تستمر و تدوم ولا يجد لها الزوجين حلا، فتتحول الحياة الزوجية من نعمة إلى نقمة ،

و هذا ما يؤدي إلى استحالة استمرار حياة الزوجين مع بعضهما في ظل هذه الظروف.

وبالرغم من الاهتمام الكبير الذي يحضى به الزواج في الإسلام،و اعتباره ميثاق غليظ إلا أن الله عز وجل لم يجعله نظاما أبديا لا يزول ، لأنه قد يحدث بين الزوجين نزاع و تتسع دائرة الخلاف بينهما مما يؤدي إلى فشل استمرار الزواج و العجز عن تحقيق الغاية المرجوة من الزواج.

و حتى لا تصبح الحياة مستحيلة ولا يهضم حق طرف على حساب طرف آخر ،أباح الإسلام الطلاق رغم أنه أبغض الحلال إلى الله ،وذلك لضرورة قاهرة وإلى ظروف استثنائية

[1]- أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشباني الذهلي،مسند أحمد،المتوفى 142ه ،الجزء الخامس،ص،233.

ملحة و التي تجعله دواء و علاجا للتخلص من شقاء محتم ،قد يمتد الى أفراد الأسرة جميعا إذا لم تجد جميع وسائل الإصلاح للتوفيق يذهب كل منهما لحياة جديدة.

و إذا كان الطفل يستمد شعوره بالأمان و الاستقرار و التوافق النفسي من تفاهم و الارتباط و تماسك والديه ن فإن هذا الشعور يزعزع بمجرد الانفصال أو الطلاق، و هذا لضرورة ابتعاد أحد الزوجين عن الآخر، فيجد الطفل نفسه أمام غياب الدعائم الأساسية لحياته النفسية والمادية، مما يؤدي إلى نقص المتابعة الدائمة من قبل أحدهما كما كانت من قبل،فالطفل يعتبر اكبر متضرر من الطلاق لأنه في مرحلة الطفولة يكون في حاجة ماسة إلى والديه مجتمعين، ليعيش طفولة سوية ويجد من يقوم برعايته و تربيته.

لذلك فإن من أهم أثار الطلاق بالنسبة للطفل هي حقه في الحضانة،أي جعله في ناحية و جانب الحاضن ليحضنه برعايته و حمايته، و الحاضنة التي تربي الطفل،و سميت كذلك لأنها تضم الطفل إلى حصنها و هو ما دون الإبط إلى الكشح [1] و الكشح هو ما بين الخاسرة و السرة وسط الظهر من الجسم .

فالحضانة هي تربية حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه ،و ذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه و ملبسه ونومه وغسل ثيابه في سن معينة. [2]

ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها،فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم و هذا ما أقرته الشريعة الإسلامية و أحاطته بمجموعة من الضمانات حماية للصغير من الضياع ،كما أن المشرع الجزائري خصص المواد من 52إلى72 من قانون الأسرة الجزائري[3] مقرا فيها حق الطفل في الحضانة.

وهذا ما سأقوم ببحثه إن شاء الله من خلال هذا البحث المتواضع ،راجيا من المولى عز وجل التوفيق و السداد .

---

[1] - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن المنظور الإفريقي المصري،لسان العرب،المجلد الثالث،كتاب الحاء ،الطبعة الرابعة ،دار الصادر،لبنان ،2005،ص152.

[2]- رمضان على السيد الشرنباصي ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية . القسم الأول ، عقد الزواج في الإسلام ، مكونات العقد ، حقوق و واجبات الزوجين ,دار الجامعية ، د.ب.ن،2001،ص،392.

[3]- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان1404 ه الموافق ل: 09 يونيو 1984م يتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالمر رقم 05-02 المؤرخ في 26/فبراير 2005،الصادر بالجريدة الرسمية العدد 15،الصادر بتاريخ 2005/02/27.

أهمية الموضوع :

تكمن أهمية البحث في موضوع الحضانة أنها من أهم الأولويات التي يجب أخذها بالحرص و الجدية اللازمة، و أهم حقوق المحضونين لارتباطها بمرحلة الطفولة باعتبارها أهم مرحلة من مراحل عمر الإنسان و الأساس الذي يقوم عليه بناء شخصية المحضون و أكثر الفترات حساسية في حياته لما ترتبه الحضانة من نتائج لاحقة على حياة المحضون ، إبتداءا من مرحلة الطفولة فالمراهقة و الشباب و انتهائها بالشيخوخة ،و من هذا المنطلق فقد حضيت الحضانة باهتمام كبير في الفقه الإسلامي ليشمل الفقه القانوني ، و قد ترجم هذا الاهتمام بنصوص تشريعية خاصة بمسائل الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية و منها القانون الجزائري الذي عني بالمسائل التي تتعلق بمصلحة المحضون و حمايته .

أسباب اختيار الموضوع:

من بين الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع تعود إلى كون هذا الموضوع من بين المواضيع الحساسة ،و نظرا للممارسات اليومية لها ، كأثر من أثار الطلاق الذي أضحى حقيقة اجتماعية و شرعية في ظل غياب الوازع الديني و الأخلاقي و ما ينجم عن ذلك من أثار وخيمة و توابع التي أصبحت تثير العديد من إشكاليات أمام القضاء ، لا سيما الحضانة، و كذلك الاختلاف بين النص التشريعي و الشريعة الإسلامية.

أهداف البحث :

إن الغرض من هذه الدراسة أن نبين :

أهمية الحضانة بالنسبة للطفل، سواء فيما يتعلق بضمان تعليمه أو السهر على حمايته و حفظه صحيا و خلقيا ودينيا، و تربويا، القيام بكل شؤونه و حاجياته عن طريق الحضانة، و إظهار الأصلح للطفل فيما يختص بالحضانة ،وأحكام القانونية و الشرعية المتعلقة بموضوع الحضانة.

الدراسات السابقة :

لا يعتبر هذا البحث هو الأول الذي تطرق إلى هذا الموضوع،بل يوجد الكثير من الرسائل العلمية ، من أهم ما كتب في موضوع الحضانة :

- حسيني عزيزة الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، جامعة الجزائر بن عكنون، سنة2001.
- زكية حميدو،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد 2005.
- صالح بوغرارة ،حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة،الجزائر200.

صعوبات الدراسة :

نظرا لكون موضوع إنحلال الزواج و أثاره منتشر الدراسة فلم تواجهون صعوبات من خلال توفر المراجع العامة، إلا أن موضوع الحضانة على وجه الخصوص لم نجد فيه من المراجع المتخصصة إلا القليل ،كما أنه و لضيق الوقت الممنوح لنا في إطار إعداد هذه المذكرة لم يتم التعمق و التفصيل في الموضوع .

المنهج المتبع :

لمعالجة موضوعنا اختارنا أن يكون المنهج الإستقرائي التحليلي ، حيث يتم تتبع الأراء الفقهية و القانونية حول أحكام الحضانة ، كما يعتمد البحث أيضا على المنهج المقارن مع أحكام الشريعة الإسلامية،حتى ندرك النقائص التي أغفلها المشرع الجزائري في مسألة الحضانة .

إشكالية البحث :

بناءا على ما سبق إرتئينا البحث في هذا الموضوع انطلاقا من الإشكالية الرئيسية المطروحة فيه :

كيف عالج الفقه الإسلامي الأحكام المتعلقة بالحضانة ؟ و إلى أي مدى يتوافق قانون الأسرة الجزائري مع الفقه الإسلامي في ذلك ؟

و ينبثق عن هذا الإشكال تساؤلات فرعية :

من يكفل الأطفال بعد الطلاق؟ وماهي الشروط الواجب توافرها في الحاضن فقها و قانونا؟ كيف يتم ترتيب من تسند لهم الحضانة لدى مختلف المذاهب الفقهية ؟ و ما موقف

قانون الأسرة الجزائرية من هذا الترتيب ؟ ما مصير الصغير بعد إنتهاء مدة الحضانة في رأي القانون و الفقه الإسلامي ؟

ماهي المعايير المسقطة للحضانة فقها و قانونا ؟

هيكلة الدراسة:

للإحاطة بمختلف جوانب الموضوع قسمت الدراسة إلى أربعة مباحث موزعة على فصلين وتتضمن المذكرة خاتمة وملاحق.

يتضمن الفصل الأول:ماهية الحضانة حيث قسمت هذا الفصل إلى مبحثين تطرقت في المبحث الأول إلى مفهوم الحضانة.

ثم تناولت في المبحث الثاني:شروط ممارسة الحضانة.

أما الفصل الثاني:فخصصته لدراسة أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

حيث قسمت هذا الفصل إلى مبحثين:تطرقت في المبحث الأول إلى أصحاب الحق في الحضانة و مدتها.

أما في المبحث الثاني فتعرضت إلى أثار الحضانة وأسباب سقوطها.

أما الخاتمة فكانت الخلاصة العامة للدراسة ،وفي الختام خرجت بمجموعة من التوصيات والاقتراحات.

وهذا كله وفق الخطة التفصيلية التالية:

الفصل الأول : ماهية الحضانة .

- المبحث الأول : مفهوم الحضانة .

❖ المطلب الأول :تعريف الحضانة

- الفرع الأول : التعريف الاصطلاحي و الشرعي .
- الفرع الثاني : التعريف القانوني .

❖ المطلب الثاني : حكم الحضانة و دليل مشروعيتها .

- الفرع الأول : حكم الحضانة .
- الفرع الثاني : دليل الحضانة

- المبحث الثاني : شروط ممارسة الحضانة

❖ المطلب الأول : الشروط العامة في النساء و الرجال .

- الفرع الأول : البلوغ ،العقل والقدرة.
- الفرع الثاني : الأمانة على الأخلاق و الإسلام .

❖ المطلب الثاني : شروط الحواضن الخاصة .

- الفرع الأول : الشروط الخاصة بالنساء .
- الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالرجال .

الفصل الثاني : أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري .

- المبحث الأول : أصحاب الحق في الحضانة و مدتها .

❖ المطلب الأول : ترتيب الحواضن .

- الفرع الأول : ترتيبهم في الشريعة الإسلامية .
- الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري .

❖ المطلب الثاني : مدة الحضانة

- الفرع الأول : انتهاء مدة الحضانة .
- الفرع الثاني : مصير الصغير بعد إنتهاء مدة الحضانة .

- المبحث الثاني : أثار الحضانة و أسباب سقوطها .

❖ المطلب الأول :أثار الحضانة

- الفرع الأول : نفقة المحضون وأجرة الحضانة.
- الفرع الثاني : سكن الحضانة و حق الزيارة .

❖ المطلب الثاني : سقوط حق الحضانة و عودتها .

- الفرع الأول :أسباب سقوط الحضانة .
- الفرع الثاني :عودة الحضانة إلى مستحقيها .

الخـــــــــــــــاتمــة .

الفصل الأول

ماهية الحضانة

الفصل الأول:ماهية الحضانة

تعد الحضانة من أبرز الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية أو الطلاق ، و مؤداها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عن من هو أقدر على الاهتمام و الرعاية به و بشؤونه.[1]

و من هنا عدت الحضانة من أهم الأمور التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لأنها تختص بالطفل باعتباره اللبنة الأولى التي تكون الأسرة ثم المجتمعات.

وهو الشيء الذي تأثرت به جل التشريعات الوضعية العربية خاصة منها المشرع الجزائري الذي استمد أغلب أحكام الحضانة من الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها.

و بالنظر إلى أهمية هذا الموضوع سنتناول في هذا الفصل ماهية الحضانة على أن نخصص المبحث الأول للتعريف أما في المبحث الثاني فسنتناول الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن .

[1]- العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون ، الجزائر سنة ،1999 ص379 .

المبحث الأول : مفهوم الحضانة

تصنف الحضانة على أنها نوع من أنواع الولاية غير الذاتية و يبدأ الشقاق حول حضانة الأطفال عندما يحدث الطلاق،وهو الأمر الذي يقتضي و ضعه بين أيد آمنة و مؤهلة مثل هذه المسؤولية العظيمة و الجليلة ،و على هذا الأساس تولت الشريعة الإسلامية إعطاء العديد من التعريفات الفقهية للحضانة ،الأمر الذي جعلها محل خلاف حول المفاهيم ، كما أن المشرع الجزائري و على خلاف عادته تولى تعريف الحضانة ، و لهذا وجب علينا دراسة حكم الحضانة و دليل مشروعيتها .

و هي المسائل التي سنتطرق إليها في المطلبين التاليين :

المطلب الأول :تحت عنوان تعريف الحضانة أما المطلب الثاني سيتضمن شروط ممارسة الحضانة .

المطلب الأول : تعريف الحضانة :

لقد عرف علماء اللغة وفقهاء الشريعة والقانون الحضانة بتعريفات متباينة و سأحاول توضيحها في الفروع المتضمنة لهذا المطلب و أبين أولا التعريف الإصطلاحي و الشرعي للحضانة ثم في الفرع الثاني أتناول التعريف القانوني .

الفرع الأول : التعريف الاصطلاحي و الشرعي للحضانة

إختلف الفقهاء في إعطاء تعريف موحد للحضانة فتباينت اصطلاحاتهم ،و رغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة إلا أن جلها تصب في قالب واحد و هو حفظ الصغير و رعاية شؤونه و التكفل به صحيا خلقيا اجتماعيا و تربويا .

قبل التطرق إلى التعاريف الفقهية فيجدر بنا التوقف عن تعريف الحضانة لغة ثم إصطلاحا ثم فقها .

أولا :التعريف اللغوي للحضانة .

الحضانة بفتح الحاء هي ضم الشيء إلى الحضن و هو جانب الشيء، فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا :" تعيش الذئاب في حضن الجبل "أي عمقه.[1]

[1] - فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر، سنة،1986 ،ص،396.

و نقول : "حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه ،، و كذا المرأة حينما تضم و لدها و تحضنه ،و الحاضن و الحاضنة : الموكلان بالصبي يحفظانه و يربيانه".
كذلك الحضانة بفتح الحاء و كسرها مأخوذة من الحضن و هو الجنب فالحضانة ترد على المحضون و تنتهي في الصغير بالتميز، و من الاحتضان و احتمال الشيء و جعله في حضنك كما تحتضن المرأة و لدها فتحصله في أحد شقيها ، و الحضانة أيضا ترتيب الطفل،والحضانة جعل الشيء في ناحية ،فيقال حضن الرجل الشيء إذا أعتزله فجعله في ناحية منه، و تطلق الحضانة على المنع فيقال حضن الرجل عن الأمر أي منعه منه ، و حضن الصبي حصنا و حضانة أي جعله في حضنه و رباه .[1]

ثانيا : التعريف الاصطلاحي للحضانة.

الحضانة هي التعهد بتربية الصغير حتى التميز, أما بعد البلوغ فتسمى الكفالة , أيضا هي حفظ من لايستقل بأمور نفسه و تربيته حتى يستقل بنفسه (يتعهده في طعامه و شرابه و هي على من تلزمه نفقته).
كما عرفت بأنها ضم الصغير إلى من يعتني بتربيته، فيقوم بتدبير طعامه، و شرابه، و ملبسه، أو تأديبه و تثقيفه .[2]

ثالثا : التعريف الشرعي للحضانة .

لقد أكد القرآن الكريم على حماية الطفل و رعايته ماديا و معنويا قوله عز وجل ".....لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك..."[3]
و لقد وردت عدة تعاريف فقهية للحضانة، و لكنها متقاربة تدور كلها حول حفظ الصغير و رعاية شؤونه، و يمكن إجمالها بالتعريف : " هي حفظ من لا يستقل بأمره و لا يستطيع تدبير شؤونه، و تربيته و القيام بمصالحه من قبل من له الحق في ذلك "[4]
كما جاء في حاشية إبن العابدين " أن الحضانة هي تربية الطفل و رعايته و قيام بجميع أموره في سن معين ممن له الحق في الحضانة "[1]

---

[1]- باديس ديابي ،صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ن دار الهدى، الجزائر ،2012 ص123.
[2] - المصري مبروك،الطلاق و أثارهفي قانون الأسرة الجزائري،دار هومة،الجزائر،2010،ص506.
[3]- سورة البقرة الأية 233 .
[4]- محمد سمارة أحكام وأ ثار الزوجية ، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1429-2008 ،ص383.

و يرى السيد سابق أن : " الحضانة هي القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أوالمعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأموره، و تعده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه و يضره، و تربيته جسميا و عقليا و نفسيا كي يقوم على النهوض بتبعات الحياة والإضلاع بمسؤولياتها[2]

كما عرفها السر خسي: "للجارية و إن استغنت عن التربية فقد احتاجت إلى تعلم الغزل و الطبخ و غسل الثياب و الأم على ذلك أقدر"

و عرفها أيضا فقهاء المعرفية فقال الكساني " حضانة الأم و لدها ، و ضعها إياه في جنبيها و اعتزالها إياه عن أبيه ليكون عندها ، تقوم بحفظه , و إمساكه ، و غسل ثيابه".

و هو نفسه ما جاء على لسان إبن عابدين بقولين الأول " تربية الولد : و الحاضنة المرأة توكل بالصبي "

و الثاني: "تربية الولد لمن له حق الحضانة "

و يلاحظ على تعريف السر خسي والكساني النص على الأمر باعتبار أن الحضانة للأم غالبا،ولكن تعريف ابن عابدين أكثر شمولية بقوله (المرأة) لمن له حق الحضانة فتشمل الأم و غيرها من النساء أو العصبات[3]

ويرى الشيخ أبو زهرة أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات :

الأولى : ولاية التربية

الثانية : ولاية على النفس

الثالثة : ولاية على ماله إذا كان له مال.

و بذلك يكون الدور الأول في ولاية التربية بإعتبارها الولاية الأولى للنساء و هي ما يسمى بالحضانة ، و هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ، ففي هذه المدة الحرجة في حياته لا يمكنه الإستغناء عن وجود النساء إلى جانبه[4]

و يرى الأستاذ صالح جمعة أن الولاية على النفس هي القيام و الإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه و تزويجه و يدخل في نطاقها ثلاث ولايات :

---

[1] - أحمد شامي،قانون الأسرة الجزائري،طبقا لأحدث التعديلات،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،سنة2010،ص،301.

[2]- السيد سابق , فقه السنة مجلد ثاني , دار الفكر ,1977 ،الطبعة الأولى ،ص ،288 .

[3]- محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة و القانون ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن سنة 2010 ،ص25.

[4]- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية دار الفكر العربي ، مطبعة السعادة ،طبعة 1950 ،ص ،404.

أولها : ولاية الحفظ و الرعاية ، و تبدأ منذ ولادة المولى عليه حتى بلوغه سن التمييز و هي ما تسمى بالحضانة .

ثانيا: ولاية التربية و التهذيب، و تبدأ بعد بلوغه سن التمييز و استغناءه عن النساء حتى البلوغ الطبيعية عن العقل و هي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم و الصيانة.

ثالثا : ولاية التزويج و هي تثبت بالولي بناءا على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في تزويج من في ولايته.[1]

كما عرف فقهاء المذاهب الأربعة الحضانة متفقين على نفس المعنى و المدلول و إن اختلفوا في التعابير، فجاء في قولهم :

1- فقهاء المالكية : أن الحضانة " هي تربية الولد، و حفظه و صيانته حني يحتلم ثم يذهب الغلام حيث ما يشاء"

2-الشافعية :" أنها حفظ من لا يستقل بأمره ، و تربيته بما يصلحه و يقيه مما يضره" [2]

3- الحنابلة:فتعددت تعريفاتهم للحضانة إذ جاء على لسان ابن قدامه أنها "كفالة الطفل و حفظه من الهلاك ، و إنفاق عليه و إنحاؤه من المهالك ".

بينما عرفها البهوتي فقال أنها " حفظ صغير ، و معتوه ، و مختل العقل، و مجنون عما يضرهم و تربيتهم بعمل مصالحهم ، من غسل بدنهم ، و ثيابهم ، و دهنهم ، و تكحيلهم ،و ربط الطفل بالمهد وتحريكه لينام و نحوه "

4-الحنفية :"أنها تربية الولد ممن له حق الحضانة "

و عرفها فقهاء الإمامية- الجعفرية- فقال العاملي :هي " الولاية على الطفل و المجنون لفائدة ،وما يتعلق بها من مصلحته من حفظه وجعله في سريره ورفعه و كحله ودهنه،وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه و نحوه ".[3]

- يتبين لنا من خلال هذه التعاريف الفقهية أن الحديث يدور عن الصغير و الصغيرة اللذين لم يبلغا بعد ، و ذلك مقصود في حد ذاته بوجوب الحضانة للصغير أو المعتوه ، إذ البالغ الرشيد لا حضانة له .

---

[1]- صالح جمعة حسن الجبوري ، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون ، مؤسسة الرسالة ،الطبعة الأولى ، سنة 1976، ص،33-34.

[2]- باديس ديابي، المرجع نفسه، ص123.

[3]- محمد عليوي ناصر، المرجع نفسه ص26-27.

و عموما فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أن الحضانة هي تربية الطفل و حفظه في كل ما يحيط بحياته و القيام بمصالحه، و إضافة للطفل الصغير نجد كل شخص لا يستقل بأموره حتى و إن كان كبيرا كالمجنون والمعتوه و فئة المتخلفين عقليا حتى و إن كانوا متقدمين في السن.[1]

الفرع الثاني : التعريف القانوني للحضانة :

لقد تطرق المشرع الجزائري من خلال نص المادة 62[2] من قانون الأسرة الجزائري إلى إعطاء تعريف للحضانة و لم يخرج عن التعريف الفقهي ، و لقد تضمن التعريف جملة من الأسباب و الأهداف المتوخاة من وراء إسناد المحضون إلى الحاضن و هذا ما سنتناوله بنوع من التفصيل .

أولا : المدلول القانوني للحضانة :

خلافا لبعض القوانين العربية عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 62 انطلاقا من أهدافها و أسبابها " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون آهلا لذلك."

و عرفتها الماد ة 97 من المدونة المغربية و الأحوال الشخصية " الحضانة هي حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع، و القيام بتربيته و مصالحه.

و كذا عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية " بأنها حفظ الولد في بيته و القيام بتربيته ".

من خلال المواد السابقة المتعلقة بالبلدان المختلفة التي أبرزت أن الحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده، ممن له الحق بالحضانة في المدة التي لا يستغني الطفل فيها عن النساء،

[1]- محمد عليوي ناصر، المرجع نفسه ص26

[2] - تنص المادة 62 ق.أ.ج:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا."
ويشترط في الحاضن أن يكون آهلا لذلك."

و أساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب و ضعه عند من هو أقدر على الاهتمام بشؤونه.

يلاحظ من خلال تعريف المشرع الجزائري للحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري أنه عرفها من الجانب الروحي و العقائدي للطفل و محاولة تقوية الجانب العقلي على الجانب الجسدي ،واعتبارها حق من حقوق الأولاد .

و هذا ما أخذت به المحكمة العليا برفضها حكما كان قد أسند الحضانة لأم تدين بالمسيحية و ثبت أنها تربي الولد على دينها.[1]

لذلك يجب على المحكمة أن تراعي جميع تلك العناصر عند الفصل في هذا الموضوع ، فإذا أغفل القاضي مصلحة الطفل يمكن أن يكون معيبا بنقص أو عدم كفاية التسبيب يتعرض للإلغاء .

و حسب الأستاذ عبد العزيز سعد فإن تعريف المشرع الجزائري للحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر أحسن تعريف بالرغم من احتواءه على أهداف الحضانة و أسبابها .

و ذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية ، حيث أنه تعريف جمع عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية والتربوية و المادية.[2]

ثانيا : أهداف الحضانة

من خلال تعريف المشرع للحضانة المعطى في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يتضح جليا أن أهداف الحضانة تظهر من خلال القيام بما يلي:

1- تعليم الولد المحضون :

و المقصود بذلك أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته و إمكانياته الذهنية و قدرته العقلية و إستعداده الفطري و النفسي .

[1]- قرار رقم 19287 ، بتاريخ 1979/04/16، المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، نشرة القضاة ، سنة 1981 ، ص108.

[2]- عبد العزيز سع د، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة،الجزائر،سنة2005،ص293.

و ما دام التعليم يعتبر حقا دستوريا كفله المشرع الجزائري بموجب أسمى قانون في البلاد لكل من بلغ من العمر ستة سنوات دون أي فوارق بين الذكر و الأنثى ،و دون أي تمييز بين مختلف طبقات الشعب ، و جعله مجانيا حتى يتمكن جميع المواطنين من التمدرس ، و مادام القانون كفل له هذا الحق فعلى من يتولى حضانته ، أن لا يمنعه من التمدرس لأي سبب كان مادام التعليم مجانا ، و متى منع من ولى له القاضي الحضانة عن تعليم المحضون يجب إسقاطها عن ، و ذلك مراعاه لمصلحة المحضون .

2- تربية الولد على دين أبيه :

و المراد بها أن يربى الولد على مبادىء و قيم الدين الإسلامي ، و لما كان زواج المسلم بغير مسلمة جائز فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة ، و لا ينكره عليها أبدا فهي كالمسلمة.[1]

لقد ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج بغير المسلمة والمنصوص عليه بمفهوم المخالفة في المادة 30ق.أ.ج المعدل بالأمر 02/05المؤرخ27 فبراير2005عندما نص على التحريم المؤقت و نوه على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم و العكس جائز شرعا و قانونا.[2]

و لقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها حق المرأة ولو كانت كافر ة في حضانة ولدها.

ومنها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/13تحت رقم الملف 52221 والذي جاء في منطوقة مايلي:"من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر بالبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج،ومن ثم فإن القضاة بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية ".[3]

[1] - قرار رقم :11029، بتاريخ 1974/05/29 ،المحكمة العليا.
[2] - باديس ديابي،المرجع نفسه،ص،125.
[3] - قرار رقم:52221،بتاريخ 1989/03/13 ،المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،2001،عدد خاص،ص170.

3- السهر على حماية المحضون:

وتتضمن حماية الطفل المحضون في كل الجوانب المعنوية والمادية،وذلك حتى لا يكون هذا الأخير عرضة لأي اعتداء مادي أو معنوي وحتى يوفر له المحيط الملائم لنموه الجسمي و النفساني.

كما أنه لابد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها،وذلك لحفظ الطفل و تأديبه و نشأته لأن يكون فردا صالحا وكذا الحفاظ على صحته.

4- حماية المحضون خلقيا:

وذلك عن طريق تأديبه وتهذيبه،والمحافظة عليه لكي لا يكون عرضة للأخطار الخارجية، و إعداده ليكون فردا صالحا و سويا في المستقبل و عدم تركه فريسة لأصحاب السوء.

إذن الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعلمه و حسن تأديبه.

وهذا ما ثبت من خلال عديد قرارات المحكمة العليا منها القرار الصادر في: 09 1984/01/

والذي جاء فيه ما يلي: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها،فإنه يسقط حق أمها في الحضانة وذلك لفقد الثقة فيهما معا،و الحكم بخلاف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما للأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغيم زوجها على طلاقها ".[1]

وعليه لا الأم تستحق الحضانة، و لا أمها من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا.

5- حماية المحضون صحيا:

تعتبر الرعاية الصحية من بين أقدس المسؤوليات الملقاة على عاتق الحاضن،ذلك أن عافية البدن الضامن الأساسي لنشأة الطفل،وخاصة في السنوات الأولى من عمره حيث

[1] - قرار رقم :31997بتاريخ: 1984/01/09، المحكمة العليا ,المجلة القضائية ،سنة 1989 ، العدد الأول ،ص73.

يتعين تلقيحه و تعريضه للفحوصات الطبية الدورية عند طبيب الأطفال،وذلك لتحصينه من الأمراض الفتاكة.

من خلال التطرق لتعريف الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري إتضح أن تعريف المشرع لا يختلف كثيرا عما ورد في كتب الفقه الإسلامي، حيث أن المفهوم واحد،ذلك لأن الحضانة مما يتفق في مفهومها غالبا،لكونها من الضروريات في رعاية الأولاد و الحفاظ عليهم.

المشرع الجزائري لم يخرج عن التعريف الفقهي للحضانة،وأكثر من هذا فقد تضمن التعريف مجموعة الأهداف و الأسباب المرجوة من الحضانة.

كما أنه إستعمل في تعريفه للحضانة لفظ الولد بدلا من الصغير الذي اعتمدته جل التعاريف الفقهية.

ويبدو أن اختيار لفظ الولد، هو خروج عن دائرة الصغير و الصغيرة اللذين لم يبلغا بعد،ذلك أن المشرع في المادة 65 من قانون الأسرة أجاز للقاضي أن يحدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16سنة،والأنثى ببلوغها سن الزواج،المحدد قانونا 19سنةطبقا للمادة07 من ق.أ،والمعقول أن الولد في سن 16سنة والبنت في سن 19 سنة يكونا بالغين من الناحية الشرعية.[1]

المطلب الثاني : حكم الحضانة ودليل مشروعيتها .

لقد نظم قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27فبراير2005 أحكام الحضانة وفصل فيه ،و قد إستمد القانون الجزائري أحكامها من الشريعة الإسلامية و عليه فإنه لابد من البحث في حكمها الشرعي ، ودليلها ومدي إعتبارها حقا أم واجبا ، و عليه سندرس في هذا المطلب حكم الحضانة و دليل مشروعيتها .

الفرع الأول : حكم الحضانة .

بعد تناولنا للتعاريف الفقهية و التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للحضانة في نص المادة 62 ق.أ نجد أنهم اختلفوا حول حكم الحضانة ،فمنهم من يرى أن حق للحاضن

[1]- باديس ديابي ، المرجع نفسه ،ص124.

و منهم من يرى أنها حق للمحضون ، و عليه وجب علينا التطرق إلى هذا الخلاف و ذلك بالجواب على التساؤل التالي : هل الحضانة حق للحاضن أو المحضون ، أو لهما معا ؟ و هل للأم الحق بالتنازل عنها أم هي ملزمة بذلك.

أولا : الحضانة حق للحاضنة :

يرى فقهاء الشافعية و الحنفية والمالكية أن الحضانة حق للحاضنة ولها أن تتنازل عنها في أي وقت شاءت،وذلك إستنادا لقوله صلى الله عليه و سلم " أنت أحق به ما لم تنكحي".

دليل على أن الحضانة حق للأم فلها أن تتنازل عنها متى شاءت ذلك.[1]

و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في المادة 66[2] من قانون الأسرة ،حيث أجاز للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها لكنه قيد هذا الحق بمراعاة مصلحة المحضون، أي أنه إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا يحق لها التنازل عنها،أي أن الأم ولوتنا زلت عن هذا الحق وتضرر المحضون بتنازلها ألتزمت بالحضانة فعدت واجبا عليها .

وهذا التنازل يكون باللفظ الصريح ، بمعنى أن يعلن الطرف الذي له الحق في الحضانة صراحة عن عدم رغبته في ممارسة هذا الحق ، و قد يكون التنازل ضمنيا ، و ذلك بعدم المطالبة بحق الحضانة مدة سنة كاملة بعد تحقق سبب السقوط أو موت الحاضنة،و من قبيل التنازل أيضا إهمال الطفل عند باب المحكمة بعد صدور الحكم بالطلاق أو ترك الطفل في المستشفى بعد ولادته ، و اعتداد بالسقوط لا يكون إلا إذا حل دور الحاضن في الحضانة.[3]

كما استدل الفقهاء بأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية فيما نقلوه عن النبي صلى الله عليه و سلم وذلك كما يلي:

قال الشافعية، و أحمد و الثوري، و في رواية عن مالك إلى أن الحضانة حق للحاضنة، و لها أن تتنازل عنها في أي وقت، ولا تجبر إذا امتنعت.

---

[1]- محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ،ص408.

[2]- تنص المادة 66 ق.أ.ج:"يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم،وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

[3]- قرار رقم 26545 ، المحكمة العليا ، نشرة القضاة ، عدد خاص ، سنة1982، 243.

و يقول ابن قدامه " كفالة الطفل و حضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه و إنحاؤه من المهالك ".[1]

ثانيا :الحضانة حق للمحضون :

ذهب بعض الفقهاء إلى أنها حق للمحضون ،فتجبر الحاضنة عليه ، و لا تسقط الحضانة بإسقاط الحاضن إلا لعذر.

و هو ما ذهب إليه بعض الحنفية ،وهو قول عند المالكية ، و بعض الشافعية .

كما يقول أبو زهرة " إنما يثبت وجوب الحضانة على النساء أولا ، لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتين ".

ثالثا : الحضانة حق مشترك :

يعني أنها حق للصغير و الأم معا ، فلو وجد من يقوم بها غير الأم فلها إسقاطها و التنازل عنها ، أما إذا تعينت لها فلا حق لها في إسقاطها و التنازل عنها ، لأن حق الصغير أقوى من حقها ، و هو المشهور عند المالكية ، الحنفية ،و الحنابلة أي أنها في نفس الوقت حق للصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه و يحفظه ، و يقوم على شؤونه و يتولى تربيته ، و كذا لأمه حق الاحتفاظ به و احتضانه ، لقوله صلى الله عليه و سلم " أنت أحق به مالم تنكحي "

دليل أن للأم الحق كذلك في التخلي عن حضانة طفلها إذا لم يضر ذلك بمصلحته. و هكذا إذا تخلت الأم عن حضانة طفلها،فإن ذلك لا يسقط إلا حقها ، و حق الطفل يبقى قائما , و منه فإنها تجبر عن حضانته إن كانت أصلح للطفل و لم يكن من يحضنه .

من خلال هذه النصوص يتبين لنا أن الحضانة يراعي فيها أولا جانب المحضون و ثانيا حق الحاضن ، و أن سقوط هذا الحق بتزويج الحاضنة دل أنه ليس حق مطلق للحاضن ، و إنما إعتبار مصلحة المحضون أرجح من حق الحاضن ،و بهذا يتبين لنا أن الرأي الراجح هو الرأي القائل : "بأن الحضانة حق للحاضن و المحضون معا".[2]

كما أنه يطرح سؤال بشان ماذا لو امتنعت الحاضنة عن دورها هذا و هل تجبر عليها؟

[1]- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة و القانون ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، سنة 2010 ،ص50.
[2]- المصري مبروك ،الطلاق و أثاره في قانون الأسرة الجزائري ،دارهوما ، الجزائر ، السنة 2010 ،ص 507/506.

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية على إختلاف مذاهبهم أنها لا تجبر، كما أنها لا تجبر على الرضاع ، إلا إذا تعينت لهما ، أو لم يأخذ ثدي غيرها أو لم يكن للأب و لا للصغير مال، أو لم يوجد غيرها من الحاضنات، و قيل أنها تجبر على الحضانة مطلقا.[1]

كما أنه لا يجوز للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها ،فإذا إتفقت الأم مع والد الطفل عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب ،فإن الحضانة لا تسقط عنها ما دامت قد إستوفت كل الشروط و كانت آهلا لممارستها ،وقد تجبر على حضانتها إذا تنازلت عنها حتى إن لم تتوفر فيها الشروط الكاملة ، ما عدا تلك التي لها علاقة بأخلاقها.[2]

و قد يكون تنازل الأم على حضانة طفلها مقابل خلع نفسها ،و الخلع تكون الزوجة فيه هي البادئة بالعرض ،فإذا خالعت المرأة نفسها مقابل تنازلها عن حضانة طفلها، فإن الخلع يضل صحيحا و تبقى حضانتها مستمرة ،لأنها ليست حقا خالصا للأم بل هي حق للطفل ، فيبطل الشرط و يبقى الاتفاق قائما ، و حتى وإن كان مقابل التنازل عن الحضانة صلح وله خلعا ،كأن تتصالح مع زوجها على أن تترك له الطفل ،فإن هذا لا يصح لأن الصلح يكون على ما تمنحه و الحضانة حق غيرها،أي هو حق خالص للطفل.[3]

و بما أن الحضانة إحدى المسؤوليات الشرعية التي يترتب عليها نفع عام أو ضرر عام، باعتبار أن صلاح المجتمع بصلاح أفراده و الأطفال هم أفراد الجيل و المجتمع مستقبلا، فيقضي أن تكون الحضانة واجبا.

وعليه فحكم الحضانة أنها واجبة شرعا،لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه و إنحاؤه من المهالك، و تكون واجبة وجوبا عينيا . إذا لم يوجد للطفل حاضن واحد ، و لو كان أجنبيا عن المحضون ، تكون واجبة وجوبا كفائيا عند تعدد الحواضن.[4]

و هذا موافق عليه في القانون الجزائري، فإنه لا يوجد اختلاف بينهما، لأن الأصل أن القانون مستمد شرعيته من الشريعة الإسلامية.

---

[1] - رمضان علي السيد الشرنباصي ، و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، احكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة2006 ، ص190.

[2] - عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص293.

[3] - قرار رقم: 26709 ، بتاريخ 1979/04/16.المحكمة العليا، نشرة القضاة ، عدد خاص ، سنة 1982 ،ص260.

[4] - رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق،ص170.

الفرع الثاني : دليل مشروعية الحضانة.

إتفق علماء الشريعة على مشروعية الحضانة ،و أنه تعطى الأولوية لحضانة الصغير الى الأم ، و ثبتت مشروعيتها في الكتاب و السنة و الإجماع .

أولا : مشروعية الحضانة من الكتاب :

هناك آيات كثيرة دلت على مشروعية الحضانة نذكر منها: قوله تعالى عن مريم عليها السلام : (فتقبلها ربها بقبول حسن و أنبتها نباتا حسنا و كفلها زكريا)[1]

و قوله تعالى أيضا:(و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة)[2]

ووجه الدلالة أن الله سبحانه و تعالى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن ،و الحضانة من لوازم الرضاع فدلت الآية على مشروعية الحضانة.

ثانيا : مشروعية الحضانة من السنة :

يروى عن عمر بن شعيب ،عن أبيه ،عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن امرأة قالت :" يا رسول الله ، إن إبني هذا كان بطني له وعاء, و ثديي له سقاء، و حجري له حواء ،و إن أباه طلقني ، و أراد أن ينزعه مني.. فقال لها رسول الله صلى الله عليه و سلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي"[3]

و قوله صلى الله عليه و سلم " بحسب المرء من الإثم أن يضيع ما يعول "

ثالثا:مشروعية الحضانة من الإجماع:

لقد إنعقد الإجماع على مشروعية الحضانة لمصلحة الولد ، و لذلك وجب إنجاء الطفل من الهلاك.

و هذا ما يروى أن عن عمرإ بن خطاب كان قد طلق إمرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم ، فرآه في الطريق و أخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه و تنازع بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاها إياه، وقال لعمر الفاروق :" ريحها و مسحها و ريقها خير له من الشهد عندك ".

---

[1]- سورة آل عمران - الأية 37.

[2] - سورة البقرة - الأية 233.

[3] - ابن القيم الجوزية ،أعلام الموقعين عن رب العالمين ، راجعه و قدمه و قدم عليه ، طه عبد الرؤوف ، مكتبة الكلبات ، الأزهرية الجزء الرابع ، بيروت ، لبنان ، 361/360.

فهذا الحكم الصادر عن الخليفة الأول لرسول الله صلى الله عليه وسلم حضره عدد من الصحابة و لم ينكر عليه احد منهم فكان ذلك إجماعا على ان الم أولى برعاية ولده من غيرها و لو كان الأب.[1]

و الأم حقيقة أحب الناس للطفل و أرحم من غيرها و لولا ذلك ما ورد عن الرسول الله صلى الله عليه و سلم " الجنة تحت أقدام الأمهات "

و قيل انه سئل عن أقرب الناس إليه فقال "أمي ، ثم من ؟ فقال أمي ؟ ثم من فقال :أمي ،قيل ثم من فقال أبي "

فلا حق من حرمان المحضون من أقرب الناس إليه إلا بعد أن يتعذر ضمان ذلك الحق، لأن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب و العطف، و الحنان والطمأنينة،وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة،ويؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته، سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية.[2]

والأصل في حضانة الصغار- ذكورا أو إناثا- أنها للنساء فإن لم توجد النساء فالحضانة للرجال،والحكمة من ذلك أ ن النساء أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار أصبر على القيام بأمورهم،[3] وذلك لأن الحضانة تتطلب الحكمة واليقظة،والانتباه و الخلق الجم حتى إنه يكره على الإنسان أن يدعو على ولده أثناء تربيته،كما يكره أن يدعو على نفسه و خادمه و ماله لقوله صلى الله عليه وسلم"لا تدعوا على أولادكم، و لا تدعوا على خدمكم، ولا تدعوا على أموالكم،لا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها عطاء فيستجيب له".

وروى أبوموسى عن إبن العباس:"أن أوس بن عبادة الأنصاري دخل النبي صلى الله عليه و سلم،فقال:"يا رسول الله إن لي بنات،وأنا أدعوا عليهن بالموت،فقال يا ابن ساعد،لا تدعوا عليهن بالموت،فإن البركة في البنات،هن المجملات عند النعمة،والمعينات عند المصيبة والممرضات عند الشّدة ثقلهن على الأرض و رزقهن على اللّه".[4]

---

[1]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري ، طبقا لأحدث التعديلات ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،سنة 2010 ،ص303.

[2]- خيرة العرابي،الحضانة عند المشرع الجزائري و الفقه الإسلامي،رسالة ماجيستر في القانون الخاص،جامعة وهران،الجزائر،سنة 2002،ص،202.

[3]- أبو بكر بن مسعود الكساني ، بدائع الصناع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع،دار الكتب العلمية،الطبعة الثالثة،سنة1982،ص225.

[4] - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،الجزء السابع ،دار الفكر ،الطبعة الثانية،سنة1987،ص719.

وعليه استنادا لأقوال الفقهاء فيما يتعلق بحكم الحضانة ودليلها الشرعي يظهر أن أقوالهم جميعا تفيد أن الحضانة مما يجتمع فيها الحق و الواجب،فالواجب يتضح لما للحضانة نفسها من أهمية،والحق يتضح لما فيها من مصلحة للآخرين،ويبدو لي أن الواجب فيها أقوى من الحق و أولى لما تقتضيه مصلحة الصغير من حفظ حياته و رعايته،فلا يجوز ترك الصغير بدونها،وهذا ما أكدته الأدلة الشرعية و القانونية،وهذا كله مراعاة لحق الصغير و مصلحته،لأن الطفل حديث الولادة أحوج إلى من يقوم بشؤونه و يسهر على تربيته و يعتني به،وذلك لعجزه عن القيام بما يحتاج إليه في حياته الأولى،فالوالدان بدافع الحنان الأبوي،والشفقة الطبيعية هما أجدر الناس إلى القيام بهذه المهمة.

المبحث ثاني : شروط ممارسة الحضانة :

نظرا لأهمية الحاضن و دوره في حياة المحضون يستوجب ان يكون هذا الشخص هو القدوة الحسنة لهذا الأخير ، الذي يعتبر صفحة بيضاء ، و للحاضن أن يكتب عليها ما يشاء ، سوءا كان الحاضن أب أو الأم أو غيرهما من أصحاب الحق في الحضانة ، و لهذا لابد أن تتوفر في الحاضن جملة من الشروط حتى يمكن له تولي الحضانة ، و هذه الشروط التي فصل فيها الفقهاء أيما تفصيل ،بينما اكتفى المشرع الجزائري بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه :" و يشترط في الحاضن آن يكون آهلا للقيام بذلك ".

و لتحديد هذه الشروط الغير واردة في قانون الأسرة فإن المادة 222 من نفس القانون تنص على انه :" كل مالم يرد النص عليه في في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "

و لذلك يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي إعتنت بالموضوع لحرصها الشديد على النشأة السليمة لأفراد المجتمع الإسلامي ، مع إبراز ما ذهب إليه الإجتهاد القضائي و مدى تكريس القضاء لهذه الشروط الغير الواردة في قانون الأسرة الجزائري .

و من خلال الرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص الشروط فنجد هناك شروط عامة يجب أن تتوفر في الرجال و النساء معا ، فتثبت لمن كان آهلا لذلك مع مراعاة الأولوية في الترتيب و هذا ما سنتناوله في المطلب الأول .

و هناك شروط خاصة يجب أن توافرها في النساء،كما أن هناك شروط تخص الرجال و هذا ما سنتناوله في المطلب الثاني .

المطلب الأول : الشروط العامة الواجب توفرها في الرجال و النساء.

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، و إن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال ، و ذلك لأن المرأة بحكم الفطرة و التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير و الأكثر صبرا على توفير إحتياجاته .

إلا أن المشرع الجزائري لم يخص الموضوع إلا بعبارة مختصرة في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله:" ... و يشترط في الحاضن أن يكون آهلا للقيام بذلك ".

علما آن هذه المادة طرحت العديد من الإشكالات فيما يتعلق بماهية الأهلية التي يقصدها المشرع الجزائري ؟ و هل المقصود بها الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ؟

يبدو أن ما يقصده المشرع الجزائري بالأهلية المشار إليها في المادة 62 من قانون الأسرة ليست قدرة الشخص على تحمل الحقوق و أداء الواجبات ، و إنما يراد بها القدرة على تربية الطفل و إعداده إعداد سليما ليكون قادرا على الإعتماد على نفسه في المستقبل ، و السبب في ذلك هو عجز الصغير على ترتيب أمور حياته و عدم إدراكه لما ينفعه و ما يضره ،وقد جعل المشرع حق الحضانة للأم في حياة الصغير الأولى لما لها من قدرة على غمره بالحنان والعطف،وتنتهي ببلوغ الصغير،وتبدأ بعد ذلك حضانة الرجال و الأب فيها مقدم على غيره بعد النساء.[1]

وعليه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يفرد فصلا محددا أو مادة معينة للحديث بشكل عن كل الشروط الواجب توافرها في الشخص الحاضن،مما يؤدي بنا مباشرة إلى الاستنجاد بالإجتهادات التي جاء بها الأئمة و الفقهاء و المسلمين و ذلك عملا بأحكام

[1] - ممدوح عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه و القضاء , دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،سنة 1989،ص21

المادة 222[1] من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل مالم يرد عليه النص في هذا القانون ، و بالتالي فإنه يمكننا القول انه يشترط في الشخص الذي تسند له الحضانة ذكرا كان أو أنثى الشروط التالية :

الفرع الأول : شرط العقل و البلوغ و القدرة .

سبق و أن قلنا لاستحقاق الحضانة لا بد من توافر شروط في الحاضن ،حتى يسمح له القانون ان يمارس الحق في حدوده التي فسر فيها الفقهاء الشريعة الإسلامية و من بينهاى شرط العقل و البلوغ و القدرة و التي سوف نتطرق لها كما يلي :

أولا:العقل .

لقد ورد العقل في شروط الحضانة عند الفقهاء و الجميع يعيدونه من الشروط اللازمة للحضانة ، بل من أقوى مقوماتها ، لأن الحضانة تقديم ما فيه النفع للصغير وفاقد العقل لا يقدر على تمييز نفع من الضرر.

1 -قال فقهاء الحنفية :

ما نقل عن ابن عابدين عن الرملي قوله (و يشترط في الحاضنة أن تكون حرة بالغة عاقلة.[2]

و قال السرخسي في معرض حديثه عن الحضانة(جعل الشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم).[3]

وقال الكساني (الحضانة ضرب ولاية)، [4] ولا ولاية لفاقد العقل بجنون أو عته أو غيره ، فالعقل إذن شرط لازم من شروط الحضانة عندهم .

2- قال الشافعية :

[1] - تنص المادة222 ق.أ.ج:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

[2]- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيزعابد بن الدمشقي الحنفي، المتوفى 1252ه ، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثانية ،1412 ه -1992 م ، الجزء الثالث , ص555.

[3] - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة ، السرخسي ،المتوفى 483ه ،المبسوط ،دار المعرفة بيروت ، 1414ه - 1993 م الجزء الخامس ص555.

[4] - أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكساني الحنفي ، المتوفى 587 ه ، بدائع الصناع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، الجزء الخامس 225.

إشترط العقل في الحضانة فنصوا عليه في بعض أقوالهم . قال الباجوري: (وشرائط الحضانة سبع أحدهما العقل ، فلا حضانة لمجنونة أطيق جنونها أو تقطع) ثم يقول (بأنها ولاية وليس هو من أهلها)[1]

و قال الشمس الرملي (العقل من أهم مقاومات الحضانة ، فلا حضانة لمجنون أو معتوه.[2]

3- قال المالكية :

بقولهم و شرط الحاضنة ذكرا أو أنثى العقل ، فلا حضانة لمجنون أو معتوه.[3]

4- فقهاء الحنابلة :

قالوا أيضا: (بشرط العقل حيث منعوا حضانة المجنون و المعتوه)[4]

و عليه فالجنون مانع من موانع الحضانة سواء كان الجنون اصليا أو طارئا مطبقا أو متقطعا لأن الحضانة ولاية المجنون ليس من أهلها و هذا محل إتفاق بين الفقهاء كما إشترط المالكية في إستحقاق الحضانة الرشد مع العقل ، فإذا كان الحاضن سفيها في عقله ، أو ماله فلا تحق له الحضانة.[5]

أي أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير و ملما بكل المخاطر و التحديات التي تعرقله بمناسبة أداءه لهذه المهمة لأن الحضانة تستدعي توفير الحماية اللازمة و الحرص الشديد على مصلحة الطفل المحضون و سلامته الجسمية و العقلية ، بذلك يجب الإبتعاد عن أدنى ضرر محتمل قد يصيبه رعاية لمصلحته.

لهذه الأسباب لا يمكن إسناد هذه المهمة للمجنون لأنه يفتقد الى الإدراك و التمييز و يشكل خطر على المحضون بدلا من أن يحميه ، و ذلك مهما بلغت درجة أو حجم جنونه،

---

[1] - علي بن قاسم الغزي،حاشية الباجوري ،لشيخ إبراهيم الباجوري ،الجزء الثاني ص197.

[2]- شمس الدين محمد بن أبي العباس إبن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مطبعة الداي الحلبي،مصر، الجزء السابع ،ص218.

[3] - منصور بن يوسف بن صلاح الدين إبن حسين بن إدريس الباهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية ،الجزء الخامس ،ص357.

[4] - المعني إبن قدامة الجزء الثامن ص597 ، شرح منهى الإرادات الجزء الثالث ص264.

[5]- القاسم محمد بن أحمد،الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الجزء الأول ،ص693.

لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر ، فقد يرد في أي وقت و إن كان نادرا أو قصير و في كل الأحوال يعتبر مانعا من استحقاق الحضانة.[1]

كذلك يحتاج المعتوه لرعاية الغير ، و هو يأخذ حكم المجنون و الصغير ، لأنهما يحتجان إلى رعاية الغير ، ومن ثم فلا ولاية لهما على المحضون لأن الحضانة نوع من الولاية.[2]

كما انه لا يتصور أن يكون الشخص الحاضن قاصرا لأنه لا يمكنه القيام حتى بشؤونه الخاصة فكيف يكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره ؟

إنه يأخذ صورة الفاقد للقدرة على تدبير شؤونه و بالتالي عجزه منطقي على تدبير شؤون غيره،[3] لأن " فاقد الشيء لا يعطيه"

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإن هذا الشرط يتماشى و المنطق ،فالعقل هو الإدراك ، و به يعرف الإنسان ما يقدم عليه ، لذا قد يبلغ الشخص السن القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من ق.م.ج ، لكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية لعارض من عوارض الأهلية كالجنون و العته، [4] فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة الطفل لأنه هو في حد ذاته إلى حاجة من يتولاه و يرعى شؤونه حسب ما أوضحته المواد 82،83،84 من قانون الأسرة الجزائري ، و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره .

كما إعتبر المشرع الجزائري الحضانة ولاية على النفس و هو ما ورد في نص المادة 87 ق.أ المعدلة و التي نصت في فقرتها الأخيرة " ... و في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ".

فالحضانة حسب نص المادة 87 ق.أ ولاية على النفس ، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه و هو ما ورد في نص المادة 85 ق.أ التي تنص على أنه : (تعتبر

[1] - سمير محمد محمود عقبي ، الحضانة في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار المنار، مصر ، 1986،ص64.

[2] - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسر الجزائري ، الجزء الأول ، الزواج و الطلاق ، ديوان مطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010، ص379.

[3] - باديس ديابي مرجع نفسه ص128.

[4] - عيسى حداد الحضانة بين القانون و الإجتهاد القضائي ،مجلة التواصل ، مجلة العلوم الإجتماعية و الإنسانية ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، الجزائر ، عدد 15 ، 2005 ، ص198.

تصرفات المجنون و المعتوه و سفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو سفاه)

و الولاية تكون على النفس القاصرة و هذا ما أكده دستور 1996 على حماية الطفولة إذ نصت المادة 65 على مايلي :" يجازي القانون الأباء على القيام بواجب تربية أبنائهم و رعايتهم .

و بالتالي فحماية القاصر مشروعة بالقانون الأساسي للدولة ، و على الولي شرعيا كان أو وصيا أن يراعي القاصر في نفسه.[1]

و عليه يكون شرط العقل قد أجمع عليه الفقهاء لأنه من ملازمات التمييز في تحقيق خير المحضون ، فلا يمكن شرعا ولا قانونا منح الحضانة إلى مجنون أو معتوه أو الصغير.

ثانيا : البلوغ :

إتفق الفقهاء على أن الصغير الغير مميز و الصغير المميز لا حضانة له لأنه عاجز عن رعاية شؤونه فكيف له أن يقوم برعاية غيره، لأن الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤوليتها إلا الكبار،لما روى عنه صلى الله عليه و سلم (رفع القلم عن ثلاثة،عن الصبي حتى يحتلم)، لذلك يشترط في الحاضن ان يكون بالغا، [2] بمعنى اعتبار شرط البلوغ مصاحب للرشد و الحضانة جزء من الإلتزامات التي يقوم بها إلا مكتمل بالغ ، ويثبت البلوغ في الصبي أو الصبية بعلامات الطبيعية أو بسن معينة و هذا ما قال به فقهاء المذاهب الأربعة .

1- المالكية :

آخذو بشرط البلوغ لملازمة الرشد له عادة ، فالبلوغ و الرشد يعدان شرطا للحضانة و ليس البلوغ وحده ، مما يدل على أن الشرط هو البلوغ المقترن بالرشد .

[1] - الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، الجزائر سنة 2009 ،ص206.

[2] - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون و القضاء ، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 ،ص149.

كما يرون أيضا ان الصغير المميز العاقل الغير مضيع للمال أن يستحق الحضانة إذا كان مستوفيا لسائر شروطهم.[1]

2 -الشافعية :

يشترط بالبلوغ في ضوء قولهم بالرشد ، و الرشد فائدة بعد البلوغ .

قال الشمس الرملي:" كأن عتقت ،أو أفاقت ، أو أسلمت ، أو رشدت حضنت"[2]

فالبلوغ شرط لازم عندهم لأن خاصية الرشد و المقدرة لا تكون إلا به .

3- الحنفية :

قالوا بشرط البلوغ و ذلك بالنص عليه أو من خلال مفهوم العبارات الدالة عليه ،قال إبن عابدين : (يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة).[3]

و لما كانت الحضانة رعاية شخص لغيره فقد عد الرملي أن المراهق الذي يدعي البلوغ حكمه حكم البالغ في سائر التصرفات ، أما بدون إدعاء البلوغ فهو بحكم القاصر.

4- الحنابلة :

أخذوا كذلك بشرط البلوغ مصاحب للرشد مع إنهم لم ينصوا عليه و لكن يفهم من نصوصهم قولهم :(أن لا تثبت الحضانة لطفل) يعني أن الحضانة للبالغ .

و قولهم : (لاحظ للمحضون في الحضانة) يقضي أن المجنون و العته لا حضانة لهما ، و عليه فالرشد مصاحب للبلوغ .

وأما عن موقف المشرع الجزائري،أنه اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة،وجعل البالغ محلا للتكليف بالواجبات الشرعية،وأهلا لاكتساب الحقوق وكل ذلك محكوم بنصوص القرآن الكريم ومنها قوله تعالى:(وآبتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح).[4]

والبلوغ الذي يقصده المشرع الجزائري ليس البلوغ الطبيعي للإنسان المعروف بالحيض عند المرأة، والإمناء عند الرجل.[5] إنما المقصود به هو سن الرشد القانوني،وهو تمام التسع عشر(19) سنة حسب نص المادة 40 ق.م.ج.التي أحالت إليها المادة 86ق.أ

---

[1] - شمس الدين محمد إبن أحمد بن عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الدردير ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، سنة1992 م، ج2 ، ص529.

[2] - شمس الدين الرملي ، نهاية محتاج إلى شرح المنهاج ،مرجع نفسه،ج3 ، ص219.

[3] - ابن العابدين،رد المحتارعلى الدر المختار، المرجع نفسه ،ص556 .

[4] - سورة النساء-جزء من لآية 6.

[5] - عيسى حداد ،المرجع نفسه،ص185.

التي تنص:"من بلغ سن الرشد و لم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني.[1]

يعني البلوغ عند المشرع الجزائري أهلية الأداء التي تسمح باعتبار الشخص قادرا على شؤون نفسه، ليتسنى تكليفه قانونا بالسهر على مصالح غيره.

وتجب التفرقة بين البالغ بلوغا طبيعيا من حيث سن معينة والعلامات المميزة لذلك،وبين البلوغ الحكمي،كأن تدعي المراهقة استحقاقها للحضانة بأنها بالغة حكما بظهور علامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية،فذهب البعض بالقول أنها بالغة مادام الظاهر يصدق إدعائها.

ويثور إشكال في هذا الصدد حول الصغيرة التي تزوجت بموجب ترخيص من رئيس المحكمة،فهل تستحق الحضانة أم لا؟

إن المشرع لم يشير إلى هذه النقطة صراحة،ولكن يمكن القول انه ما دامت الفتاة مؤهلة للزواج،فإنها بذلك تصبح أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج،و تتحمل بالتالي نتائج فشل الزواج،فالأم تقدر على تربية الطفل و هي متزوجة رغم صغر سنها،فإنها كذلك تقدر على إحتضانه وهي مطلقة إلا إذا ثبت عدم قدرتها على ذلك.[2]

وهذا ما يستشف من الفقرة الأخيرة من المادة 07 من الأمر 02/05 المؤرخ في2005/02/27التي تنص على مايلي:

"ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثارعقد الزواج من حقوق التزامات".

الواضح أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ الحكمي،أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى و لو كان ناقص الأهلية.

ثالثا:القدرة على التربية:

إن المقصد الأساسي الذي تقوم عليه الحضانة هو حفض المحضون ورعايته، فيشترط في الحاضن أو الحاضنة أن تكون لديها القدرة على تربية المحضون و رعايته

[1]- فضيل سعد،مرجع نفسه،ص371.

[2] - صالح بوغرارة،حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة،مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة بن يوسف بن خدة،الجزائر،2007،ص68.

ويقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقة و صحته،فرعاية الطفل و الاعتناء بشؤونه ،والسهر على سلامته الجسدية والخلقية تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية، [1] فلا حضانة للعاجز كامرأة بلغت سن الشيخوخة،أو رجل هرم،أو مرض،أو شغل، إلا أن يكون عندهم من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافها،[2] وهذا ما قال به أغلب الفقهاء.

1- الحنفية:

شرط القدرة من شروط الحاضن،يراد به القدرة على الرعاية أي سلامة البدن وقدرته.

2- الشافعية:

قصدوا بشرط القدرة سلامة البدن ،ولهم فيه قولان:

الأول:لا حضانة لفاقد القدرة ومن به مرض لا يرجى شفاؤه،يشغله عن النظر في كفالة المحضون،والقول **الثاني:**إن الأعمى تثبت له الحضانة.

وظاهر القول عندهم أن القدرة تعني سلامة البدن لتحقيق القابلية على الرعاية التامة.

3-المالكية:

فقد إشترطوا الكفاية التي تعني عندهم:عدم الإضرار بالمحضون،والخلو من المرض المشغل كما عند الشافعية،والسن أو العاهة المانعة عن إتمام الرعاية كالعمى و الخرس والصمم،فقال الدسوقي:" لاحضانة لعاجز".[3]

و ظاهر شرط القدرة والكفاية عند المالكية والشافعية معتمد فيها لو باشر الحاضن الحضانة بنفسه،أما لو قام غيره بهاو كان دور الحاضن الإشراف فالظاهر أنها لا تسقط بالعجز.

4- الحنابلة:

هم كالمالكية إشترطوا القدرة البدنية،كعدم العجز،والخلو من عاهة مانعة،والخلو من مرض معد.[4]

---

[1] - عيسى حداد،المرجع نفسه،ص186.

[2] - التواتي بن تواتي،المبسط في الفقه المالكي بالأدلة،ج4،كتاب الأحوال الشخصية،ط2،دار الوعي ،الجزائر،2010،ص879

[3] - شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة ،حاشية الدسوقي،مرجع سابق،ص598.

[4] - محمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص96.

وعليه فإن الفقهاء لم يشترطوا لأهلية الحضانة القدرة على رعاية الصغير والإشراف عليه،ولم يشترطوا الإبصار،بل أوجبوا توافر صفات ترجع إلى المحافظة على الصغير وتوفر راحته.

ومن الفقهاء أيضا من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير،فلا حضانة لها.

وهذا ما قال به الإمام أبو زهرة: أو لانشغالها (أي الحاضنة بغيره،بأن كانت محترفة لا تقيم في البيت أكثر النهار والليل لا تكون أهلا للحضانة،لأن هذا الحق إنما هو لمصلحة الطفل،وتربيته،ورعايته،وصونه) وذلك لا يكفي مع العجز أوعدم القيام بالبيت أكثر النهار وطول الليل،على أن قدرة المحترفة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القضاء،لأنها مسألة تقديرية.

ذلك أن المرأة العاملة أو المحترفة إن كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون أهلا للحضانة، وإن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه،لا يسقط حقها في الحضانة.[1]

أما عن موقف المشرع الجزائري باعتبار القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا،إذ جاء في أحدها أن القدرة على التربية شرط ضروري لأداء واجبات الحضانة،فلا حضانة لكفيفة أو مريضة مرضا معديا أو مرض يعجز على القيام بشؤون التربية،وعلى القاضي اللجوء إل الخبرة للوصول إلى الحكم النزيه وتقدير مدى عجز الحاضنة.[2]

وكذا أكد على هذا الشرط في القرار المؤرخ في1984/07/09 والذي جاء فيه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون،ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي"[3]

[1] - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ج7، ط2، دار الفكر، د .ب.ن ،1987ص726.
[2] - قرار رقم 126403المؤرخ في1991/12/30،المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية.
[3] - قرار رقم3391المؤرخ في1984/07/09،المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،المجلة القضائية،1986،عدد4،ص16.

أما فيما يتعلق بعمل الحاضنة ،فإن المشرع الجزائري سار خلاف المبدأ الذي قال به الفقهاء،وأكد في العديد من قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في الحضانة.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه مايلي: "من المستقر عليه قضاء أن عمت المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة،ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور و التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه،كون المسألة موضوعية"[1]

الفرع الثاني:شرط الأمانة على الأخلاق والإسلام.

الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا للممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة للمحضون،وهذا من شأنه المساهمة الفعالة في تكوين شخصية المحضون،لأن الطفل الصغير يكون ضعيف الشخصية،ويرسخ في ذهنه كل ما يحتك به في المجتمع،وعليه إذا ثبت سوء الحاضن سقط حقه فيها،أما فيما يتعلق بشرط الإسلام فيختلف وجوب توافره بالنسبة للمرأة والرجل الحاضنين،وهذا مل سنتطرق إليه بنوع من التفصيل.

أولا:الأمانة على الأخلاق:

هي أن يكون الحاضن أمينا على خلق المحضون،أي أمينا في خلقه وفي سلوكه مع المحضون،وفي الإهتمام به ورعاية مصالحه،ولا يجب أن يكون الحاضن فاسقا، لأن الفاسق غير أمين على نفسه، فكيف يكون أمين على غيره،وقد ضرب الفقهاء أمثلة للفسق الذي يجعل الحاضن عير أمين،ومما قالوه أن يكون شريرا، أو مشتهرا بزنا، أو لهو، أو مجرم، أو يكون سارقا. فلو اتضح أنها امرأة فاسقة،أو تحترف مهنة الدعارة،وجب حرمانها من حق الحضانة،لأنها لا تتوفر على أحد جوانب الحضانة وهو الأخلاق،وبهذا تكون غير مؤهلة لنيل حق الحضانة،وإن نالتها وجب إسقاطها عنها.[2]

[1]- قرار رقم245156المؤرخ في2000/07/18،المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،2001،عدد خاص.
[2]- فضيل سعد،المرجع نفسه ،ص372.

كما اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الأمانة بين أن تكون ضد الخيانة،والعفة،والعدالة،وعدم الخروج وترك الصغير فيضيع،والصلاح في الدين وعدم الفسق.

1-الحنفية:

قال ابن عابدين(المراد بكونها أمينة أن لا يضيع الولد عندها) [1]

أي عبروا عنها بالفسق الذي يلزم منه ضياع الولد،إلا أنهم إختلفوا حول درجة الفسق ،فهم يفرقون بين الفسق المطلق الذي يمنع الحضانة ،وبين الفسق الأقل درجة.[2]

2- الشافعية:

فقد أجمعوا على أن الأمانة شرط لازم للحضانة وقد أوردوه ضمن عدة أوصاف،كعدم الفسق،والعفة،والثقة،ومؤداها واحد وهو أهمية الأمانة كشرط.

فقال الشافعي رحمة الله عليه :(إن كان أحدهما ثقة ،والأخر غير ثقة،فالثقة أولاهما بغير تخير)

وقال الرملي:(فلا حضانة ....ولا فاسق لأنها ولاية)

3-وقال المالكية:

عدوا الكفاية والحرز من ضروريات الحاضن،فمن كان ثقة وأمينا في حفظ المال والدين فهو ثقة في الحضانة أمينا عليها.

- فقهاء الحنابلة:

أجمعوا على شرط الأمانة ،ومنعوا الحضانة على من لا يتصف بهذا الشرط،وعبروا عنها مرة باشتراط العدالة الظاهرة،وأخرى الحفظ من الفساد.

فقد جاء لإبن قدامه :(أن الحضانة لا تكون لفاسق لأنه غير موثوق به في أداء الواجب في الحضانة،ولاحظ للولد في حضانته،لأنه ينشأ على طريقته.[3]

---

[1]- محمد امين بن عمر بن عبد العزيز ، حاشية ابن عابدين،مرجع سابق،ص556.

[2] - أحمد نصر الجندي،الطلاق والتطليق واثارهما،دار الكتب القانونية،مصر،2004،ص599.

[3]- محمد عليوي ناصر،المرجع نفسه،ص93.

وعليه فلا حضانة للمرأة الفاسدة التي لا تقيم الأخلاق الفاضلة وزنا،ولا للمرأة المهملة الضائعة،لأن الطفل تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه و يحاكيه،فينشأ على أخلاقها السيئة.[1]

والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير،وحمايته من الضياع، وصيانته من الإهمال،حتى قال بعض الفقهاء "إنّ الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى، وخوفه حتى شغلاها عن الولد،ولزم ضياعه نزع منها وسقطت الحضانة عنها".[2]

وقد تشدد المشرع والقضاء الجزائري في ذلك، لأن الأمر يتعلق بمصلحة الطفل والاحتفاظ به صحيا و عقليا ،وفي من تثبت لهم أخلاق سيئة بإسقاط حقهم في الحضانة، كما أن تقدير الفسق الذي يضيع به الولد،والذي لا يضيع به متروك أمره للقاضي، وتكرس ذلك في العديد من أحكام وقرارات المحكمة العليا ومنها:

القراررقم171684المؤرخ في 1997/09/30والذي جاء فيه مايلي:

"من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الّزنا من أهم المسقطات للحضانة،مع مراعاة مصلحة المحضون."

ومتى تبين- في قضية الحال-أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزّنا،فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة."

وكذا القرار رقم 31997 المؤرخ في 1984/01/09" والذي إعتبر فيه القضاء الجزائري ان الحضانة تسقط عن الجدة لأم بعد إسقاطها عن الأم لكون الجدة لا تستطيع

---

[1]- الدكتور،بلحاج العربي،المرجع نفسه،ص384.

[2] -الدكتور،محمد يوسف موسى،أحكام الأحوال الشخصية،الجزء الأول،سنة 1956،ص394.

[3]- الأمر رقم 02/05المؤرخ في 18 محرم1426 الموافق 27 فبراير 2005 المتضمن ، قانون الأسرة الجزائري ، المعدل و المتمم ، حيث تنص المادة 62 منه على :

"الحضانة هي رعاة الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته صحة و خلقا . و يشترط في الحاضن أن يكون آهلا للقيام بذلك"

كبح جناح إبنتها لفساد اخلاقها و خلص الى أنه لا الأم تستحق الحضانة ولا أمها ذلك لفقدان الثقة و الأمانة فيهما معا "[1]

و كذا إسقاط الحضانة عن الم لأن المحيط الذي يعيش فيه الطفل غير مامون على اخلاقه حيث جاء في قرار المحكمة العليا : " ان عدة إبصار الم مانع لها من حضانة الولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم و مراقبتهم ،والسهر على تربيتهم و حمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كتلك التي قام بها اخ المطلقة الذي هتك عرض اختهم من أبيهم ، خاصة و أت من المحضونين بنتين إن ترك حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما" [2]

ثانيا:شرط الإسلام :

إختلف الفقهاء بشأن أن الإسلام شرط من شروط ممارسة الحضانة.

يرى الشافعية و الحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تسند الحضانة عندهم لغير المسلمة،لأنها ولاية،ولا ولاية لكافر على مؤمن ، **دليل قوله تعالى:"ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"**[3]

وهذا ما أخذ به الإمام أحمد فيري:"**لا حضانة للكافرة**."

فهي كولاية الزواج والمال،ولأنه يخشى على دينه من الحاضنة لحرصها على تنشئته وتربيته على دينها،ويصعب عليه بعد ذلك أن يتحول عنه،وهذا أعظم ضرر يلحق بالطفل،فعن **حديث الرسول صلى الله عليه وسلم قال:"كل مولود يولد على الفطرة إلاّ أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"**[4]

إلاّ أن فقهاء المالكية والحنفية لم يشترطوا إسلام الحاضنة فكون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أما أو غيرها،لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل وخدمته،ولأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة،وهي لا تختلف باختلاف الدين.[5]

---

[1] - قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 31997 المؤرخ في 1984/01/09، المجلة القضائية ، سة 1989 ، العدد 01 ص73.

[2] - قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 33921 المؤرخ 1984/07/09 ، غرفة الأحوال الشخصية ، نشرة القضاة ، العدد 04، ص76.

[3] - سورة النساء-جزء من الآية141.

[4] - رواه أحمد في مسنده،مرجع سابق،ص233.

[5] - باديس ديابي،المرجع نفسه،ص143.

ودليلهم في ذلك ما رواه أبو داود و النسائي: أن رافع ابن سنان أسلم وأبت امرأته أن تسلم،فأتت الرّسول صلى الله عليه وسلم فقالت: ابني-وهي فطيم- أو شبهة-وقال رافع إبنتي،فقال النّبي صلى الله عليه و سلم" **اقعد ناحية** ،وقال لها " **إقعد ناحية** "،وقال: "إدعواها"، فمالت الصبية إلى أمها،فقال النّبي صلى الله عليه وسلم:" **اللّهم إهدها** "فمالت إلى أبيها فأخذها.[1]

لكن أختلف الفقهاء في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة.

1- الحنفية:

قالوا يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة،أو يتضح عند بقاءه ومعها خطرا على دينه،كالذهاب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر و أكل لحم الخنزير،وكل ما هو محرم عند المسلمين.

2-وقال المالكية:

إنّ المحضون يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا،فإن خيف على المحضون من الحرام أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد.[2]

ولقد أضاف الأحناف شرطا بالنسبة لغير المسلمة، و هو أن لا تكون مرتدة لان المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام،أو تموت في الحبس فيسقط حقها في الحضانة،فإن تابت و عادت رجع لها حقها.[3]

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة ، فقد جاء في نص المادة 62 من ق.أ.ج على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة.

وعلى كل فإن القضاء الجزائري تمسك بموقف الإمام مالك،وسوى بين الأم المسلمة والغير المسلمة في استحقاق الحضانة.[4]

كما أنه أسقط الحضانة عن أم مسيحية لأنها حاولت تربية إبنها على مبادئ دينها.[1]

---

[1] - أبو المحاسن يوسف بن موسى الحنفي ، معتصر من المختصر من مشكل الأثار، الجزء الأول ،الطبعة الثانية ، عالم الكتب ،لبنان ، 1362ه -، ص325.

[2] - وهبة الزحيلي،المرجع نفسه،ص727.

[3] - عزمي ممدوح، مرجع سابق،ص22.

[4] - المحكمة العليا،ملف رقم11029،بتاريخ1974/05/29.

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

حيث تنص المادة 62 ق.أ .ج على مايلي:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا."

فعبارة(**القيام بتربيته على دين أبيه)** تعني بمفهوم المخالفة أنّ الزوج الذي يجب أن يكون مسلما يمكن أن يتزوج بامرأة غير مسلمة،وأن هذه الأخيرة في حال وجود أبناء يجب عليها أن تربي الأبناء على دين أبيهم، وهو الإسلام،ولا يمكن تصور الأمر معكوسا.

و لقد أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في عدة قراراتها منها

قراررقم52221المؤرخ في 1989/03/13والذي جاء فيه ما يلي:"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة،إلا إذا خيف على دينه،وأن الحضانة للذكر بالبلوغ وحضانة الأنثى

حتى سن الزواج،ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية"

ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة،ومن جديد إسنادها للأب،فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبارهم أنهما أصبحا بالغين،إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام المادة 64 ق.أ.ج [2].

المطلب الثاني:شروط الحضانة الخاصة بالنساء و الرجال.

فضلا عن ما تم ذكره من الشروط العامة الواجب توافرها لدى الحواضن من الرجال والنساء،فهناك شروط خاصة بالنساء،وأخرى تخص الرجال،والتي سنتناولها في هذا المطلب،والذي قسمناه إلى فرعين **الأول**:الشروط الخاصة بالنساء، **والفرع الثاني:**الشروط الخاصة بالرجال.

[1] - المحكمة العليا،ماف رقم19287،بتاريخ1979/04/16،نشرة القضاء1981،عدد02،ص108.

[2]- قراررقم52221 المؤرخ في:1989/03/13،المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص،2001،ص170.

الفرع الأول:الشروط الخاصة بالنساء:

نظرا لما لفترة الحضانة من خطورة،حيث يتم خلالها نشأة الصغير على الخلق و المثل وخصوصا فترة حضانة النساء،لذا وجب توافر عدة شروط في الحاضن من النساء إضافة للشروط العامة الواجب توافرها والمتمثلة في العقل والبلوغ،والقدرة الأمانة،والإسلام،ومجمل هذه الشروط الخاصة بحضانة النساء سنفصلها على النحو التالي:

أولا: ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير،أو بقريب غير محرم منه:

وهذا الشرط سواء كانت الحاضنة أما أو غيرها،فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي عن المحضون فلا حضانة لها،ويجد هذا الشرط أساسه في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم،فقد روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده:(أن إمرأته أتت النّبي صلى الله عليه و سلم،قالت:"يا رسول الله، إنّ إبني هذا كان بطني له وعاء،وحجري له حواء،وثدي له شفاء،وزعم أبوه أن ينتزعه مني."فقال لها صلى الله عليه وسلم"أنت أحق به ما لم تنكحي"[1]

فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى الزواج فيسقط عنها،وهذا إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير،أما إذا تزوجت بذي رحم محرم للصغير فلا يسقط حقها في الحضانة.

ذهب الفقهاء عامة باستثناء الحسن البصري، وابن حزم الظاهري إلى الأخذ بالحديث الوارد،فلم يجعلوا للأم المتزوجة حق الحضانة،سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهذا ما قال به أئمة المذاهب الأربعة.[2]

1-المالكية:

يقول جمهور الفقهاء في سقوط حضانة الأم بزواجها من رجل أجنبي عن المحضون،فقد نص عليه الإمام مالك و ذكره كل فقهائهم، كالعدوي و الدسوقي، و الرهوني الذي نص على ما يأتي:(و أجمع أهل العلم أن الزوجين إذا افترقا ولهما طفل،أن الأم أحق به ما لم تنكح)

[1] - أخرجه أحمد وأبوداود و البيهقي.والحاكم صححه.

[2]- جمال الدين عبد الله،بن يوسف الزيلعي،نصب الراية في تخرج أحاديث الهداية،الجزء الثالث،كتاب الطلاق،باب حضانة الولد ومن أحق به،الطبعة الأولى،مؤسسة الريان،لبنان،1995،ص256.

كما يرون أنه لابد بالدخول بالزوجة حتى تفقد حقها في الحضانة،لأنها بعد ذلك تصبح منشغلة بزوجها.[1]

2-الحنفية:

قالوا بسقوط حضانة الأم المتزوجة برجل أجنبي عن المحضون،ولم يختلف عن هذا القول أحد منهم : **قال المرغناني:**(وكل من تزوجت هؤلاء يسقط حقها لما روينا،ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا و ينظر إليه شزرا.فلا نظر)و بمثله قال السرخسي في المبسوط،و الكساني في البدائع.

3-الشافعية:

أيضا قالوا بسقوط حضانة الأم المطلقة بزواجها من رجل آخر،وإشترطوا الدخول.

قال أبوا المواهب:(إتفقوا على أن الحضانة تثبت للأم ما لم تتزوج،وإذا تزوجت ودخل بها الزوج أسقطت حضانتها)

وقال الرملي والباجوري كذلك مثله.

4-الحنابلة:

هم كذلك أسقطوا حضانة المطلقة إذا تزوجت برجل أجنبي عن المحضون،وجعلوا سقوط الحضانة بمجرد العقد[2].

ينقل إبن قدامة عن الخرفي : (أن التزويج بالأجنبي يسقط الحضانة بمجدر العقد و إن عري عن الدخول).[3]

كما قيل أن الحضانة لا تسقط بالتزويج مطلقا ، سواءا كان المحضون ذكرا أو أنثى و هذا الرأي أكد عليه الحسن البصري ، و هو قول إبن الحزم الظاهري و حججهم في ذلك

قوله تعالى:" و ربائبكم التي في حجوركم من نساءكم التي دخلتم بهن ".[4]

و دليله في ذلك أن الرسول صلى الله عليه و سلم تزوج أم سلمى و معها بنتها – زينب –فكانت عندها .

[1] - الصادق عبد الرحمان ألغرباني،مدونة الفقه المالكي وأدلته،مؤسسة الريان،لبنان،2006،ص161.
[2] - مجمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص98.
[3] - محمد عليوي ناصر، مرجع نفسه ،ص98.
[4] - سورة النساء الأية 23.

وقد نص إبن حزم الظاهري على عد السقوط بالزواج فقال :(الم أحق بالحضانة الولد الصغير و الإبنة الصغيرة حتى يبلغ المحيض و الإحتلام ، أو الإثبات مع التمييز ، و صحة الجسم سواء كانت أمه أو حرمة،تزوجت أو لم تتزوج رحل الأب عن ذلك البلد أو لم يرحل) و كذلك إحتج إبن حزم بنص الحديث (من أحق الناس بصحبتي ،فقال الرسول صلى الله عليه و سلم : أمك) و عقب عليه إبن حزم بقوله : (فهذا نص جلي على إيجاب الحضانة لأنها صحبة .

و عليه إذا تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه لا تسقط حضانتها، لأن العم صاحب حق في الحضانة، و صلته بالطفل و قرابته منه ما تحمله على الشفقة و رعاية حقه ، فيتم التعاون بينهم على كفالته،[1] لأن زواجها بالأجنبي يفوت مصلحة الصغير لأن الزوج يريد ان يختص بزوجته دون شريك حتى ولو كان إبنها .

كما أنه لا يجد الصغير الجو ملائم و الظروف المناسبة لنشأته وحسن تربيته صحيا و خلقيا و إجتماعيا ، لأن الحاضنة قد أمسكت بالصغير في البيت من يبغضه فيتعرض لنظارات قسوة و البغض و الأذى.[2]

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد تنص المادة 66 من ق.أ.ج :" يسقط حق الحاضنة بالتزاوج من غير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بالمصلحة المحضون" بمعنى ان يكون من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة او الرضاع ، فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعا فإنها لا تستحق الحضانة لأنه يعتبر أجنبيا عن الصغير.[3]

فالمشرع سار وفق أراء الفقهاء في كون زواج الحاضنة من غير قريب محرم للصغير يسقط عنها حق ممارسة الحضانة.

و لقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ العديد من قراراتها منها ما جاء في احدها:

---

[1] - عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ، الطبعة الأولى دار الخلدونية الجزائر ، 2007 ص350.

[2] - عمرو عيسى الفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية الجزء الثاني الطبعة الأولى، مكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،2005 ص194.

[3]- عمرو عيسى الفقي ، مرجع نفسه ص187.

من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها ،لانشغالها عن المحضون، مما يستوجب معه نقض القرار.[1]

و الملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالموقف الجمهور حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون ، و للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون .

و عليه فإن المشرع أورد في المادة 66 من ق.أ.ج استثناءات في حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم تتمثل فيما يلي :

* **عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم :** تكو ن الأم أولى بالحضانة ولدها رغم زواجها و ذلك بدل و ضعه في ديار الحضانة لعدم وجود من يحضنه أو كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجز عن حضانته و هذا مراعاة لمصلحة المحضون و هذا ما أكدته المحكمة العليا في احد قراراتها و الذي جاء فيه ما يلي :

" من المقرر قانونا انه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضرت بمصلحة المحضون و من ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون ،ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[2]

* **ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها احد ممن لهم الحق في الحضانة :**

و يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة و ذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

* **أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراضي :**

و تجدر الإشارة هنا إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس وحده سببا في إسقاط الحضانة إذ لا بد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط .

---

[1]- عبد العزيز عامر ، الحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا ، دار الفكر العربي ص285.

[2]- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/04/21 تحت رقم 189234،المجلة القضائية الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية سنة2001، ص181.

[3]- تنص المادة 68 ق.أ.ج" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة دون عذر سقط حقه فيها "

و نشير أيضا إلى أن الحاضنة إذا تزوجت ودخل بها زوجها ثم طلقت أو مات عنها زوجها قبل أن يعلم من تنتق إليه الحضانة فإنه في هذه الحالة تستمر في حضانة المحضون.[1]

ثانيا :أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون :

أي أن تكون الحاضنة من محارم المحضون كأمه او أخته و جدته،فلو كانت أجنبية عن المحضون لا يثبت لها هذا الحق ، وكذلك لو كانت قريبة و لم تكن محرما له لا تكون آهلة للحضانة كبنات العم و بنات العمة ، و بنات الخال و بنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، و لهن الحق في حضانة الإناث، و لاحق لبني الخال و الخالة ،و بني العم و العمة في حضانة الإناث و لكن لهم الحق في حضانة الذكور.[2]

ثالثا : عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت يبغضه :

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى و الضياع لأن المقصود من الحضانة حفظ الولد و القيام بخدمته ،فشرط السكن الملائم و اللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه.[3]

و هذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 72 ق.أ.ج عندما نص على انه " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم ."

كما انه إذا تزوجت أم الصغير بأجنبي و سقط حقها في حضانته ، و حضنته جدته ، فهذه الأخيرة لا حضانة لها إذا سكنت مع ابنتها المتزوجة إلا إذا انفردت بسكن أخر عنها.[4]

وهذا ما نصت عليه المادة 70ق.أ.ج " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

---

[1] - السيد عثمان بري الجعلي المالكي،شرح السالك في شرح الأسهل المالك الجزء الثاني ،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1992 ص120.

[2] - الإمام محمد أبو زهرة،المرجع نفسه ص408.

[3]- صا لح محمد أبو الحاج ،سبل الوفاق باحكام الزواج و الطلاق ،مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع 2005ص345.

[4] - بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، الجزء الأول ،لزواج و الطلاق ،دار النهضة العربية ،بيروت ن1967،ص552.

الملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة أرادت تكريس مصلحة المحضون قصد تربيته تربية سوية بعيدة عن كل المشاكل التي تحيط بالطفل و تؤثر على أخلاقه و مستقبله .

رابعا:ألا تكون قد إمتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسرا :

إن إمتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند إعسار الأب مسقطا لحقها في الحضانة، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة.[1]

فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة و قبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة .

كما نص الفقهاء على سقوط حق الأم في حضانة الصغير إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب ،و وجود متبرعة بالحضانة و طلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا و لا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه و هو معسر.[2]

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالرجال.

إذا كان المستحق للحضانة رجلا، فإنه يشترط فيه شروط خاصة بالإضافة إلى الشروط العامة التي سبق ذكرها و هي :

أولا:أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى :

إذا كان الحاضن ذكرا فيشترط أن يكون عنده من يحضن الإناث ،كزوجة أو خادمة، لأن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كالنساء.[3]

ولا يصح أن يحضن غير محرم بنت مطيقة للوطء كابن عمها لنه ليس محرما لها سدا لذريعة الفساد و الفتنة ، وإذا كانت المحضونة صغيرة غير مشتهاة لا يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للصغير و هذا ما ذهب إليه المالكية و الشافعية و الحنابلة و

[1] - الدكتور عبد العزيز عامر، المرجع نفسه، ص،274.
[2] - أحمد نصر الجندي' لطلاق و التطليق و أثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004 ص603.
[3]- التواتي بن تواتي المرجع نفسه ،ص880.

بعض الأحناف، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة.[1]

بينما ذهب الشافعية و بعض الأحناف اشتراط أن يكون الحاضن ذا رحم دون النظر إلى سن الصغيرة سدا لذريعة الفتنة ،غير أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها فللقاضي أن يبقيها عنده إذا كان مأمونا عليها من وجودها في داره و هذا ما أجازه الحنفية.[2]

يقصد به أن يكون كل من الحاضن و المحضون على دين واحد.فمثلا إذا كان المحضون مسلما فيجب أن يكون الحاضن مسلما حتى يتحقق إتحاد الدين ،وهذا القدرإتفق عليه الفقهاء، لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث،ولا توارث مع اختلاف الدين،فإذا كان للصغير المسلم أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم،فإن حضانته لأخيه المسلم.

وكذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة،بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه،وإذا كان المحضون مسلما وذا رحمه غير مسلم،فلا حضانة له، لأنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم،إذ قد بني حق الحضانة للرجال على الميراث.[3]

ثالثا:أن يكون للحاضن من الأب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء:

أشترط المالكية في الحاضن الذكر كالأب وغيره، أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء، كزوجة، أو أم، أو خالة، أو عمة، أو خادمة، أو متبرعة،لأن الرجل لا يقدر على تحمل رعاية الأطفال،كما تقوم به النساء،فإن لم يكن عند الرجل الحاضن من النساء من تقدر على القيام بشؤون الحضانة للصغير،فلا حق له في الحضانة.

يقول الدر دير في الشرح الكبير:(وشرط الحضانة للذكر من أب أو غيره، أن يكون عنده من الإناث من يصلح لها من زوجة أو سرية أو أمة لخدمة،أو مستأجرة لذلك،أو

[1]- عزمي ممدوح المرجع نفسه، ص30.
[2]- د.وهبة زحيلي ،المرجع نفسه ،ص830.
[3] - عزمي ممدوح،المرجع نفسه،ص32.

متبرعة،لأن الذكر لا صبر له على أحوال الأطفال كالنساء،فإن لم يكن عنده ذلك فلا حق له في الحضانة)[1]

وعليه كل ما ذكرناه آنفا هي الشروط الواجب توافرها في الحاضن عامة لممارسة حق الحضانة،وخصصنا بعد ذلك الشروط الخاصة الواجب توافرها في النساء والرجال،فإذا توافرت هذه الشروط في الشخص سواء رجل أو امرأة تثبت له حق الحضانة،وفي حالة تخلف أحد هذه الشروط تسقط عنه الحضانة،ولكن مع مراعاة دائما مصلحة المحضون،وكذا الترتيب القانوني لمستحقيها،وفي حالة زوال المانع ورجوع توافر الشرط في الشخص فله الحق في المطالبة بالحضانة وعودتها إليه.[2]

[1]- باديس ديابي،المرجع نفسه،ص139

[2] - محمد ناصر عليوي،المرجع نفسه،ص122.

الفصل الثاني

أحكام الحضانة في الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري

بعدما تعرضت إلى ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري في الفصل الأول ، سأشرع في هذا الفصل ببيان الإطار القانوني و الشرعي للحضانة و الذي قسمته إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول :أصحاب الحق في الحضانة و مدتها ، ندرس في المطلب الأول ترتيب أصحاب الحق في الحضانة .

في المطلب الثاني مدة الحضانة.

أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة أثار الحضانة و أسباب سقوطها، تطرقنا في المطلب الأول إلى أثار الحضانة و المطلب الثاني سقوط الحق في الحضانة و عودتها.

المبحث الأول :أصحاب الحق في الحضانة و مدتها.

لقد أولت الشريعة الإسلامية عناية خاصة بالحضانة، لأنها تخص الطفل،و ذلك من خلال العناية بشؤونه و القيام بكل متطلباته و حمايته من كل ما من شانه أن يؤدي به إلى الانحراف و الانحلال حتى يكون فردا صالحا لأسرته و بالتالي لمجتمعه، و هو الأمر الذي يقتضي وضعه بين أيدي آمنة و مؤهلة لمثل هذه المسؤولية العظيمة و الجليلة و التي لا يمكن إسنادها إلا وفق قواعد الشريعة الإسلامية و القانون ، كما أن الحضانة حق غير أبدي و منه فقد تنتهي ، و من هنا نتساءل :من هم الأشخاص الذين منحت لهم الشريعة الإسلامية الحق في الحضانة؟ و ما هو موقف المشرع الجزائري من هذا الترتيب و ما هي مدتها؟

وهي المسائل التي نتطرق إليها في المطلبين التاليين :

المطلب الأول :أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الثاني : مدة الحضانة.

المطلب الأول :أصحاب الحق في الحضانة .

أعطت الشريعة الإسلامية للعديد من الأشخاص ممن لهم صلة بالمحضون الحق في تولي الحضانة، و رتبتهم حسب شفقتهم و رأفتهم مصلحة للمحضون. [1] كما أن المشرع الجزائري هو الأخر بدوره رتب الحاضنين و اختلف مع الشريعة الإسلامية في ذلك ، و له في هذا الشأن موقفان :

الموقف الأول :قبل تعديل قانون الأسر ة الجزائري

الموقف الثاني :بعد التعديل .

و هو ما سنتطرق إليه في هذا المطلب والذي قسمناه إلى فرعين:

الفرع الأول:ترتيب الحواضن .

الفرع الثاني:موقف المشرع الجزائري.

[1] - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ،الطبعة الأولى،دار الخلدونية،2007،ص350

الفرع الأول :ترتيبهم في الشريعة الإسلامية.

الأصل في حضانة الصغار-ذكورا و إناثا-أنها للنساء ، فإن لم توجد النساء فالحضانة للرجال،إلا أن النساء يقدمن على الرجال ، و الحكمة من ذلك أن النساء أشفق و أرفق و أهدى إلى تربية الصغار و أصبر على القيام بأمورهم. [1] ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية و الصيانة و إقامة مصالح الصغار أقدر، و حضانة الطفل تكون للأبوين إذا كان النكاح قائما بينهما فإن افترقا فالحضانة للأم كما ورد في هذا الشأن أن إمراة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت : " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و حجري له حواء، و ثدي له سقاء ،و زعم أبوه أن ينزعه مني ، فقال لها الرسول صلى الله عليه و سلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[2]

و هذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء الجملة،ولكنهم قد اختلفوا فمن يستحق الحضانة بعد الأم،ولكل أهل مذهب طريقة خاصة في ترتيب مستحقي الحضانة مع مراعاة أن الحضانة لا تنتقل من المستحق إلى من بعده من المستحقين إلا إذا أسقط المستحق حقه في الحضانة أو سقطت لمانع،وبيان ترتيب المذاهب للمستحقين هو كما يلي:

أولا : المذهب الحنفي :

ذهب الحنفية إلى أن أم الأم تلي الأم في الحضانة إذا سقطت حضانة الأم لمانع ،ثم أم الأب و إن علت ، ثم الأخت للأبوين ، ،ثم بنت الأخت للأبوين ، ثم الخالات للأبوين ثم بنات الأخ للأبوين ثم العمات للأبوين ، ثم العصبات من الرجال بترتيب الإرث ،فيقدم الأب ثم الجد ، ثم الأخ الشقيق ثم للأب ، ثم بنوه ، و إذا إجتمعوا قدم الأروع و الأسن، ثم إذا لم يكن عصبة انتقل حق الحضانة لذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم ،فيقدم الجد للأم ، ثم يقدم الأخ للأم، ثم للإبنه ، ثم العم للأم ،ثم الخال للأبوين ، فإن تساووا فأصلحهم ، ثم أروعهم ،ثم أكبرهم.[3]

---

[1]- أبوبكربن مسعود بن أحمد الكساني بدائع الصناع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ،،ط3 ، 1982،ج4،ص41.

[2]- محمد بن علي بن محمد الشوكاني،نيل الأوطار،شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار،دار الجيل،لبنان،1973،ص329.

[3]- الإمام محمد أبوزهرة ، مرجع السابق ، ص474.

ثانيا : المذهب المالكي :

ذهب المالكية إلى أن الأحق بعد الأم، ثم جدة الأم، و تقديم من كانت من جهة الأم على من كانت من جهة الأب، ثم خالة المحضون الشقيقة ، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم خالة الأم الشقيقة ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم عمة الأم ثم الجدة لأب (تشمل أم الأب و أم أمه و أم أبيه و تقديم القربى على البعدى)، ثم بعد جدة لأب تكون الحضانة للأب، ثم أخت المحضون الشقيقة ثم التي للأم، ثم التي لأب، ثم العمة، ثم عمة الأب على الترتيب المذكور، ثم خالة الأب .

ثم اختلف في ذلك في تقديم بنت الأخ أو بنت الأخت أو تقديم الأكفأ منهن و هو اظهر الأقوال ، ثم الوصي ،ثم الأخ ، ثم الجد من جهة الأب ، ثم ابن الأخ، ثم العم ، ثم إبن العم ، وإختلف في حضانة الجد للأم فمنع ذلك **ابن رشد** ،و اختار **اللخمي** أن له الحق في الحضانة و مرتبته تكون بعد مرتبة الجد لأب ، و يقدم عند التساوي الأكثر صيانة و شفقة، ثم الأكبر سنا عند التساوي في ذلك ن ثم القرعة عند التساوي في كل شيء.[1]

ثالثا : المذهب الشافعي :

و ذهب الشافعية الى أن الأحق بالحضانة بعد الأم البنت ، ثم الأمهات الأم اللاتي بدلين إناث وارثات ، تقدم القربى فالقربى ، ثم أم الأب ، و إنما من أمهات الأب ، ثم بعد أم الأب أمهاتها المثليات بإناث وارثات الأب ، ثم التي لأم ،ثم الخالة ، ثم بنت الأخت ، ثم بنت الأخ ، ثم العمة من الأب و الأم ،ثم العمة من الأب ، ثم بنت الأخت ، ثم بنت الأخ ثم العمة من الأب و الأم ، تم العمة من الأب ، ثم العمة من الأم.

أما بالنسبة لحضانة الرجال فقد ذكر الشافعية أنها تثبت لكل محرم وارث على ترتيب الإرث عند الاجتماع ، فيقيم أب ، ثم جد و إن علا ، ثم أخ شقيق ، ثم لأب، و هكذا أكثر ترتيب ولاية النكاح ، كما ثبتت الحضانة لغير المحرم إن كان وارثا كابن العم، و هكذا على الصحيح لوفور شفقته بالولاية ، و مقابل الصحيح لأحضانه له لفقد المحرمية.[2]

[1] - أحمد فراج حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب، الإسكندرية ، منشأة المعارف ،1997 ، ص223.

[2] - صلاح محمد أبو الحاج ، سبل الوفاق في أحكام الزواج و الطلاق , مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع ، 2005، ص356.

إن فقد الذكر الإرث و المحرمية معا كابن الخال و ابن العمة ،او فقد الإرث فقط مع بقاء المحرمية كالخال و أبي الأم فلا حضانة لهم في الأصح ، و مقابل الأصح لهم الحضانة لشفقتهم بالقرابة .

و إذا أجتمع للمحضون مستحقون من الذكور و الإناث قدمت الأم ، ثم الأمهات الأم المثليات بإناث ، ثم الأب ، و قيل تقدم الخالة و الأخت من الأم على الأب، و يقدم الأصل على الحاشية مطلقا ذكرا كان أو أنثى، كالأخ و الأخت لقوة الأصول ، فإن فقد الأصل و هناك حواش ، فالأصح أن يقدم من الحواشي الأقرب فالأقرب كالإرث ذكرا كان أو أنثى، و إن إستوا وقتهم ذكرا و أنثى، فالأنثى مقدمة على الذكر و إن استوى اثنان من كل وجه كأخوين و أختين، و خالتين ,أقرع بينهما قطعا للنزاع.[1]

رابعا : مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة إلى أن الأحق بالحضانة بعد الأم أمهاتها القربى فالقربى، ثم الأب ، ثم أمهات الأب القربى فالقربى ، ثم الجد ، ثم أمهات الجد القربى فالقربى ثم الأخت لأبوين،ثم الأخت لم ، ثم لأب ، ثم الخالة لأبوين ، ثم الخالة لأم ، ثم الخالة الأب ، ثم العمة لأبوين ، ثم لأب،ثم لأب ، ثم خالة أمه ، ثم خالة أبيه ، ثم عمة أبيه ، ثم بنات إخوته و بنات أخواته، ثم بنات أعمامه و بنات عماته، ثم أمام أبيه و بنات عمات أبيه، تقيم من ذلك من كانت لأبوين ثم من كانت لأم ، ثم من كان لأب ، ثم تكون الحضانة لباقي العصبة الإقرب فالأرب فإن كان المحضون أنثى فالحضانة عليها للعصبة من محارمها و لو برضاع و نحوه كمصاهرة و هذا متى بلغت الأنثى المحضونة سبعا، فلا حضانة عليها بعد السبع لأبن العم و نحوه إن لم يكن محرما لها برضاع أو مصاهرة.[2]

[1] - عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، الجزء الثاني . المطبعة الجديدة ، دمشق ص220.

[2] - انظرعبد الرحمان الصابوني، مرجع نفسه، ص219.

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من ترتيب الحواضن :

سار المشرع الجزائري بشان ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ماأجمعت عليه المذاهب الأربع: المالكية, الحنفية، الحنبلية ، الشافعية، و ذلك وفقا للمادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل الوارد بموجب الأمر رقم11/84 المؤرخ في :1984/01/09 [1].

حيث نصت المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل على مايلي :" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

إلا أنه تراجع عن هذا الترتيب بعد تعديله لقانون الأسرة سنة2005.[2]

إذ جاء في نص المادة 64 بعد التعديل " 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، و على القاضي عند ما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة .

يلاحظ من خلال نص هذه المادتين أن أصحاب الحق في الحضانة وفقا للقانون عديدون و لهم مراتب و درجات محددة في الشريعة و القانون أيضا ، غير أن القانون ذكر بعضهم و رتبهم درجة في درجة ثم ترك البعض الأخر دون ذكر صفاتهم و دون تحديد درجة قرابتهم من المحضون .

و منه سنتطرق إلى ترتيب الحاضنين عند المشرع الجزائري قبل التعديل 2005 و بعده .

[1] - قانون رقم11/84المؤرخ في 09 رمضان عام 1404،الموافق لـ:09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل.

[2] - الأمر رقم 02/05 المؤرخ في:18 محرم عام 1426 الموافق لـ27فبراير2005و المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

أولا : ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005 :

1- الأم و من يليها من قريبتها :

لقد أعطى قانون الأسرة رقم 11/84 الحق في لحضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 بنصها" الأم أولى بحضانة ولدها إدراكا من المشرع فإن الأم أعطف و أرحم، و هي أحق بولدها، و أرفقهم به ،و أكثرهم صبرا على تحمل شؤونه.

*** الأم :**

لقد حسم الإجماع على أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الوفاة أو الطلاق لكونها تعد عنصر إجماع و لما رزقها الله سبحانه و تعالى من وافر الشفقة و الرحمة، و العطف، و الحنان.[1] و دليل تقديم الأم من السنة قوله صلى الله عليه و سلم " من فرق بين والدة و لدها ،فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة"[2].

و قال شيخ الإسلام إبن تميمة رحمه الله : " الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير و أعرف بتربيته ، و حمله ، و تنويمه ، و اصبر عليه ،و ارحم فهي اقدر و اصبر في هذا الموضوع ، فتعينت في حق الطفل تميز المخير في الشرع ، ثم قال:" و ما ينبغي أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا، بل لا يقدم المعتدي أو المفرط عن العادل البار مطلقا ، فكل ما قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة ، و إن دفعت به مضرتها ،فأما مع وجود فساد من أحدهم فالأخر أولى به بلا ريب".[3]

فقال ابن قيم الجوزية رحمه الله : التقديم و التأخير و القرعة لا تكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد و كون كل واحد من الوالدين نظير الأخر، فلو كانت الأم أصون من الأب و أغير منه قدمت عليه ،ولا التفاف في القرعة و لا تخيير للصبي في هذه الحالة فإن الصبي ضعيف يؤثر عليه التعب ، فيكون عند من هو انفع له و تتحمل الشريعة غير هذا".[4]

---

[1] - أحمد شامي ، مرجع سابق،ص303.

[2] -رواه أحمد،وصححه الترميذي و الحاكم.

[3] - صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد بالنسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير،فرع القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة بن يوسف بن خدة،الجزائر،2007. ص77.

[4] - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا،دار الفكر العربي،ص142.

و بهذا فإن الأم تعد المدرسة الأولى للطفل ، و بالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية للطفل و استقرارها من حيث تربيته و تهذيب أخلاقه و استقامة سلوكه بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء للطفل في بداية تكوينه الجسدي و العقلي ،و هي كذلك منبع العطف و الحنان و مجرى الحب و الشفقة و لهذا فالأم أولى بحضانة الطفل ، فإذا توافرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك.[1]

و عليه فالأم لا يسقط حقها إلا لأحد الأسباب القانونية فهي حقيقة أحب الناس الى الطفل و ارحم من غيرها ، و لا ينازعها فيها أحد لعظمة دورها في تربيتهم و تنشئتهم صحيا و اجتماعيا و أخلاقيا.

إن المختلف فيه بين الفقهاء و القانون هو فيمن يلي الأم في الحضانة،هل هو الأب كما ذكر المشرع الجزائري في نص المادة 64 بعد التعديل؟ أم هو من قرابة الأم من النساء؟

بالرجوع إلى نص المادة 64 قبل التعديل نجد أن المشرع الجزائري رتب أصحاب الحق في الحضانة ترتيبا لا يمكن للقاضي أن يتجاوزه إلا للضرورة.

وهو ما كرسه قضاء المحكمة العليا في القرار الصادرفي1998/04/21 و الذي جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون،ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم التنازل عنها مراعاة لمصلحة المحضونين،فإنهم طبقوا صحيح القانون".[2]

وكذا القرارالصادرفي1983/04/02والذي جاء فيه:

"متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم،ولا يسقط عنها هذا الحق،إلا بموجب مبرر شرعي،فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي."ثم تأتي القريبات من الأم من البنوة لأنهن أرحم للمحضون،وذلك في حالة سقوط الحضانة عن الأم لأي سبب من أسباب السقوط أو الوفاة و هي كالأتي:

[1] - باديس ديابي،المرجع نفسه ،ص140.

[2] - قرارالمحكمة العليا رقم 189234المؤرخ في1998/04/21،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية،2001،عدد خاص ،ص115.

***أم الأم:** رتب المشرع الجزائري قبل التعديل الجدة لأم في المرتبة الثانية في حال سقوط الحضانة عن أم المحضون لسبب شرعي أو قانوني،والجدة هي الأم وإن علت،وعلى منواله سارت أغلب التشريعات العربية،وذلك لأن الجدة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها.[1]

كما أن حضانة الأم لمحضونها تتقيد بشروط ، فنفس الشروط لابد أن تتوفر في أم الأم،بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي،وكذا إنتقال حضانة الولد للأم يكون دائما مؤيد بقرارمن القاضي.[2]

***الخالة:**

خالة المحضون سواء كانت أخت شقيقة لأم،أو أخت لأب،أو أخت لأم،تأتي مرتبتها في إستحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأم مباشرة، وهذا ما إتفق عليه جمهور الفقهاء، وعلى رأسهم المذهب المالكي، الحنفي، الشافعي، الحنبلي، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 64قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل،إن شفقة الخالة على المحضون من المفروض أن تكون من شفقة أمه،وفي ذلك روى البراء بن عازب بأن الرسول صلى الله عليه وسلم-قضى في ابنة حمزة لخالتها وقال:"الخالة أم"،[3] وقد كان ذلك عندما اختصم علي و جعفر وزيد بن حارثة-رضي الله عنهم-في أيهم يحضن ابنة حمزة رضي الله عنه-فأسلمها رسول الله لخالتها وهي زوجة جعفر.[4]

ثانيا:الأب ومن يليه من أقاربه:

العبرة في الحضانة أن جانب الأنثى مغلب على جانب الذكور لخصوصيتها والهدف من وجودها،ذلك لأن الأنثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير و الصبرعلى مشاق ذلك. وعليه فإن لم يكن للمحضون أحد من جهة الأم،لانتفاء الشروط فيهن أو وفاتهن انتقلت الحضانة إلى جهة الأب.

[1] - أحمد شامي،المرجع نفسه،ص304،305.
[2] - قرار المحكمة العليا،ملف رقم50011بتاريخ1988/06/20.
[3]- أنظر إبن قدامة ،المرجع نفسه،ص306.
[4] - الإمام عثمان حسنين بري الجعلي المالكي،سراج السالك لشرح أسهل الممالك،الجزء الثاني،وزارة الشؤون الدينية للفنون المطبعية،1992،ص423.

***الأب:**

يتضح لنا من قراءة المادة64 قبل التعديل أن المشرع رتب أب المحضون بعد الخالة مباشرة،وخالف المبدأ من جانب الأبوة بتسبيقه للأب على الأب خلافا لما قال به الإمامان مالك و أبو حنيفة.

و هذا الترتيب يعني أن المشرع أقر بحق الأب في حضانة الطفل بعد الأم و قريباتها،فعلى الأب أن يوفر له من ترعاه من النساء ،كالخادمة أو أي إمرأة تكون أمينة عليه و تتولى رعايته خاصة إذا كان الولد فطيما.[1]

***أم الأب:**

حسب المادة 64 قبل التعديل الجدة لأب تأتي مرتبتها مباشرة بعد الأب ويبدوا أن المشرع الجزائري تأثر بالمذهب الشافعي و الحنبلي، خلافا للمذهب المالكي و الحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب نفسه.[2]

***ثالثا:** الأقربون درجة:طبقا لنص المادة قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل و بعده فإن المشرع حدد لنا فئة ثالثة من مستحقي الحضانة،لكن يؤخذ عليها أنها جاءت غامضة ومبهمة "...ثم الأقربون درجة".

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة،لم يتبين لنا ما المقصود بالأقرب درجة.

إن سكوت المشرع عن تحديد هؤلاء الأقربون درجة،يؤدي بنا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة222من ق.أ.ج.[3]

وعليه بالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص،ولكنهم اتفقوا على التصنيف التالي:

1- القريبات من المحارم:

بالرجوع إلى المذاهب الأربعة نجدها تصنفها وفق الترتيب التالي :

[1] - المحكمة العليا،ملف رقم 1997بتاريخ1988/01/09

[2]- إبن القيم الجوزية ، مرجع سابق ص126.

[3]- تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي :"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة"

*** القريبات من المحارم في المذهب المالكي :**

يرتب القريبات من المحارم إبتداءا من الأخت الشقيقة على التي للأم ،ثم الأخت لأب ،ثم العمة أخت أبيه ثم عمة أبيه أخت جده ، ثم خالة أبيه ، ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم التي لأم ،ثم التي الأب ،ثم بنت الأخت الشقيقة ،ثم التي لأم ، ثم التي أب و إذا إجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة، و بعضهم رجح بنات الأخ على بنات الأخت، [1] و إذا تساوت الحاضنات جميعهن تقدمت اكبرهن سنا، و إن تساوت من كل وجه تقدم دوما الشقيقة التي لأم،و تقدم هذه الأخيرة على التي لأب.[2]

*** القريبات من المحارم في المذهب الشافعي :**

القريبات من المحارم هن الأخت ،ثم الخالة ، ثم بنت الأخت ،ثم بنت الأخ ، ثم العمة ، ثم بنت العمة، ثم بنت العم ،ثم بنت الخال، و تقدم الشقيقات على غيرهن و التي لأب على التي لأم على خلاف المذهب المالكي ، و الحنفي.[3]

*** القريبات من المحارم في المذهب الحنفي :**

يسند أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات على النحو التالي :

الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم، ثم الأخت الأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم ، ثم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة الأم ، ثم الخالة لأب ، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ، ثم بنت الأخ لأب، ثم العمة الشقيقة، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب ،ثم الخالة لأب الشقيقة لأم ، فالأب ثم عمة الأم الشقيقة لأم ،فالأب ، و عمة الأب الشقيقة لأم، فالأب.[4]

*** القريبات من المحارم في المذهب الحنبلي** :

يقولون أن القريبات من المحارم ترتيبهن : الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأم ،ثم الأخت لأب، فالخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب،فالعمة، ثم خالات الأم،ثم خالات الأب،ثن عمات أبيه ولا حضانة لعمات الأم مع عمات الأب لأنهن يدلين بأبي أم وهو من

[1] - صلاح أبو محمد الحاج ،المرجع نفسه ،ص356-357.
[2] - أنظر وهبة الزحيلي ، المرجع السابق،ص،730.
[3]- سمير محمود عقبي ، المرجع نفسه ،ص120.
[4] - محمد أبو زهرة ،المرجع السابق ، ص474.

ذوي الأرحام،وعمات الأب يدلين بالأب و هو من أقرب العصبات ،ثم أخواته،ثم بنات إخوته،ثم بنات أعمامه،ثم بنات عماته،ثم بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه.[1]

2- العصبات من المحارم من الرجال ،:

لقد حددت المادة 150 من قانون الأسرة 05/02 مفهوم العاصب بأنه :" العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، و إن إستغرقت الفروض التركة فلا شيء له ."

فالعاصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه حسب ما حددته المادة 152 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر"

و قياسا على المراث فإن حضانة الولد تعود الى هؤلاء في حالة إستغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم و قد حددت المادة 153 من ق.أ.ج هذا الصنف حسب أربع جهات:.

- جهة البنوة.
- جهة الأبوة .
- جهة الأخوة.
- جهة العمومة.

إن ترتيب هذه الفئة يكون بناء على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث و ولاية النكاح.[2]

وحسب أصحاب المذهب المالكي الذين قالوا : إن الجد ثم الأخ ، ثم إبن الأخ المحضون ، ثم عم المحضون الشقيق أو لأم ، ثم الذي لأب ، و عم الأب يكون بمرتبة عم المحضون و بالتالي يحق له حضانة الطفل ،ثم أبناء العم، [3] و لا تثبت لهم إلا حضانة الذكور كونهم من العصبات غير المحارم ، و بالتالي فلا حضانة لهم لأنث، [4] و العصبات تقدم كما في الميراث الأقرب فالأقرب .

---

[1]- المصري مبروك ، مرجع نفسه ، 510.
[2] - عبد الرحمن الجزيري ،مرجع سابق، ص474.
[3] - التواتي بن تواتي ،المرجع نفسه ،ص896.
[4] - عبد الرحمن الصابوني ، المرجع نفسه ص469.

3- المحارم من الرجال غير العصبة :

لا تتوقف القرابة عند الحد المذكور، بل تتعداها إلى محارم المحضون من غير العصبة إذا لم يوجد من هذه الفئات من يحضن الولد أو وجد و ليس أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى محارم المحضون من غير العصبة و لم على الترتيب التالي : الجد لأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ،ثم الخال الشقيق ، ثم الخال الأب ، و الخال لأم.[1]

رابعا : من يراه القاضي أصلح للمحضون :

في حالة ما إذا لم يكن أهلا لحضانة الطفل أحد ممن سبق ذكرهم ، أو لم يوجد من يحضنهم لفقدانهم و لعدم قدرته على حضانة المحضون كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح للمحضون و عليه هل يجوز للقاضي مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بعد التعديل و التي تنص:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ، ثم الجدة ، ثم الجدة لأب ن ثم الخالة ، ثم العمة ن ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."

***قاعدة مصلحة المحضون:**

و يتمحور مفهوم **المصلحة** عموما حول عناصر مادية ملموسة و موضوعية كالصحة الجسدية ،أو العقل للطفل و عليه إلى جانب المعيار الذاتي المتمثل في مصلحة الطفل يضاف معيار موضوعي يتمثل في أهلية الحاضن في الحضانة و كل العنصرين متكاملين، و ذلك حتى و لو كان الحاضن من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل إبن العم فله حضانة إبنة عمه إذا كانت صغيرة غير مشتهاة بحيث لايخشى عليها الفتنة.[2] هذا و بقدر الإشارة إلى أن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير مصلحة المحضون فقد يمدد الحضانة إلى الشخص الذي يراه آهلا للقيام بها حال عدم وجود الأقارب المنوه عنهم في ترتيب الحاضنين فيأخذ ما هو أصلح للمحضون .

[1]- محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الثالثة ، مطبعة السعادة ،مصر،ص407.

[2] - محمد أبو زهرة،مرجع سابق،ص478.

هذا ما يقودنا بصفة آلية بأن الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة ليس من النظام العام ، بحيث يمكن مخالفته فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي :

" من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون".[1]

و ما يمكن قوله هوأن مصلحة المحضون هي فكرة مطاطة يمكن أن تتغير عبر كل زمان و مكان ، و يلاحظ من خلال إستقراء المواد المتعلقة بالحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري أن المشرع ذكر مصطلح مصلحة المحضون في مواد كثيرة إلا أنه لم يورد تعريفا للمصلحة و بذلك يستوجب علينا الرجوع إلى المادة 222 قانون الأسرة[2] و بالتالي الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية .

حيث يصنف الفقه الإسلامي المصلحة حسب سلم الأولويات و يقسمها ثلاثة أقسام:

- مصالح معتبرة : و تقسم بدورها الى حاجيات و تحسينات .
- مصالح ملغاة :و هي كل مصلحة تخالف الأدلة الشرعية .
- مصالح مرسلة : وهي التي لا نص فيها مطلقا .

و عرفها الأستاذ رمضان البوطي فإنها المنفعة التي قصدها الشرع الحكيم لعباده ، من حفظ دينهم و نفوسهم و عقولهم و أموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها .

و يعرفها الفقه القانوني على أنها تعني :" المنفعة الشخصية للفرد ".

و على هذا الأساس تسعى كل التشريعات الحديثة لضمان حقوق الطفل و التكفل به و رعاية مصالحه ، لذلك أوكلت للقاضي مهمة الحرص عليها و الوقوف عندها مع مراعاة قاعدة مصلحة المحضون .

[1]- قرار المحكمة العليا رقم 89672 المؤرخ في 1993/02/23.

[2]- تنص المادة 222ق.أ.ج على ما يلي:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

و عليه مما تقدم فعلى القاضي في غموض نص المادة السالفة الذكر التي إكتفت بالنص على ان القاضي يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون دون تحديدهم و لا ذكر مراتب إستحقاقهم يرجع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة[1] .

و التي تحلنا الى أحكام الشريعة الإسلامية بالمفهوم الواسع دون تحديد المذهب الذي تأخد به في ظل تعدد المذاهب الفقهية و تنوعها ،حقيقة قد جرى العرف أن المذهب السائد و الغالب الجاري العمل به هو المذهب المالكي ، لكنه من الأحسن على المشرع أن يضبط هذه القرابة في مادة قانونية ، كما فعلت بعض القوانين العربية كالقانون السوري في المادة 139 و القانون الكويتي في المادة 139 ، و القانون المصري المادة 20 .

لأن هذا سيؤدي حتما إلى تضارب الأحكام في هذا الشأن لعدم وجود ترتيب لهؤلاء المستحقين،ولكن ذلك لن يكون له تأثير لأن القاضي سيراعي في كل الأحوال مصلحة الطفل العليا.

وعليه نقول أن موقف المشرع الجزائري من ترتيبه في المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل والتي تنص على أنه:" الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم أمها ، ثم الخالة ، ثم الأب ، ثم الأم الأب ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ".

فهذا موافق للشريعة الإسلامية إذا لم يوجد أحد من الأصناف المتقدمة ، فإن أمر المحضون يكون ،مخول للقاضي تسليمه إلى من يشاء شريطة أن يثق به القاضي و يعتقد أنه سوف يقوم بمصالح الصغير على أكمل وجه و يستوي الأمر سواء إختار القاضي من هو آهل لهذه الثقة من النساء أو من الرجال.[2]

ثانيا: ترتيب المشرع الجزائري للحاضنين بعد تعديل 2005 :

لقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05/ المؤرخ في 27/فبراير2005 على ما يلي:

"الأم أولى بحضانة و لدها ،ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناده للحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

[1] - تنص المادة 222ق.أ.ج على ما يلي:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

[2]- ممدوح عزمي ، مرجع نفسه ، ص31 .

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع قد غير في ترتيب أصحاب الحضانة قياسا للمادة64 قبل التعديل، و بذلك يكون قد خالف الشريعة الإسلامية في مسألة ترتيب الحواضن.

و على ما يبدو انه أخذ بانتقاد موجه للمادة 64 قبل التعديل و القائل بأن تأخير الأب عن الجدة لأم و الخالة، و ترتيبه بعدهما، بعنبر إجحافا في حقه، و أنه أولى بالمرتبة الثانية بعد الأم لرعاية مصلحة المحضون، و ذلك لقرابته المباشرة بالمحضون.

هذا التغيير يطرح الكثير من التساؤلات : هل المشرع خالف بذلك أحكام الشريعة الإسلامية؟ أم المسألة محل خلاف و الفصل فيها هو ح كم القاضي وفقا لمصلحة المحضون ؟

و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم من المساءل التي لم يتحقق لها الإجماع ، و منشأ هذا الإختلاف في الطريق الأسلم لتحقيق الرعاية و المصلحة المتكاملة للطفل ، و من ثم المشرع الجزائري في تعديله للمادة 64 من قانون الأسرة يكون قد اخذ بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة من بعد الأم و ذلك لأن النظرة البشرية تقتضي أن تكون الأم حاضنة لولدها ، لما تمتاز به من حنان و شفقة ، و بالمقابل للطفل الحق في توفير أجواء الأمومة الصالحة.[1]

ذلك بأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان سبب الأمومة لا الأنوثة **و يقول عبد العزيز عامر قال إبن القيم:**(إن هذا يدل على تقديم جهة الأبوة).

و تأييدا لهذا الرأي إن أصول الشرع و قواعده شاهدة على تقديم الأب على جهة الأم و ذلك في الميراث و ولاية النكاح و غير ذلك، فأحق الناس بحضانة الطفل من الرجال الأب و تقديم نساء الأم على الأب لا يقتضيها صلاح الصغير، فلو قيل أنه بحاجة لخدمة النساء فالأب مكلف بتهيئة من يقوم على خدمة ولده تحت نظره ،و لو كان عنده امرأة تقوم بذلك، فلا ينازعه أحد في ولده و هو أحق من المرتب الأخرى، فذلك حكم تلك المرأة احترامها و رعايتها كالحكم الوالدة . و عليه فهذا الأب هو من يتحمل واجب الحضانة

[1] - محمد عليوي ناصر، المرجع نفسه ،ص76.

خاصة و أنه هو من يتحمل عبء النفقة، فليس من المعقول أن يكون هو المنفق و غيره أولى بحضانة إبنه.[1]

وعلى اعتبار الأولاد امتحان للأبوين،فهو امتحان في التعبد بإصلاحهم،وتربيتهم و المحافظة عليهم من الانحراف،وهي مسؤولية الأبوين حال قيام الزوجية وبعد الفرقة على قدم المساواة مع احتلال كل منهما أهميته ضمن مدة معينة من عمر الولد،ولا يساويهما في هذه المسؤولية أحد غيرهما،فإن عجز أحدهما أو وجد ما يمنعه قام الأخر بالأمر كله.لأن هذا الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأم والأب،فهو إبن مشترك بينهما فالأب أكثر حرصا على مصلحته و أقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة.[2]

و من ذلك كله يمكن القول أن المشرع لم يخرج في تعديله للمادة 64[3] عن أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة حق للطفل المحضون والحاضنة مع مراعاة مصلحة المحضون.

كما أنه وسع من دائرة الحضانة لتشمل العمة والتي لم تكن مذكورة في المادة 64 قبل التعديل، والدال هنا أنه راعى ضوابط درجة القرابة.

وعليه سنحاول تبيان الأسباب التي أدت بالمشرع إلى إعادة ترتيب مستحقي الحضانة و بالخصوص الأب الذي نقله من الدرجة الرابعة إلى الدرجة الثانية،ودحرج الخالة من الدرجة الخامسة بعد الجدة لأب،ذلك أنه رأى أن الأب أشفق و أرحم من غيره.وذلك بالنسبة لواقعنا المعاش في زمننا هذا، مراعيا في ذلك التطورات و التحولات الاجتماعية الجزائرية،وما لحقه من تفسح في روابط العلاقات الأسرية و اندثار مفهوم الأسرة الكبيرة المتشعبة و الممتدة إلى الأحفاد و أبنائهم في بعض الأحيان وانحصار هذا المفهوم في الأسرة الصغيرة المتكونة من الوالدين و الأبناء فقط ،إذ يقول الأستاذ محسن عقون:"أن أهم الفوارق بين العائلة الجزائرية الحديثة و العائلة الجزائرية التقليدية الممتدة

---

[1]- الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص256.

[2]- محمد صديق حسن خان بهاو،حسن الأبوة بما ثبت من الله ورسوله البنوة،دار الفكر العربي ،بيروت،لبنان، دون طبعة،ص200.

[3]- تنص المادة64 ق.أ.ج على مايلي:"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."

هي أن ألأسرة الحديثة تتكون على العموم وفي معظم الحالات من الزوج و الزوجة و الأطفال،والأقارب الذين يسكنون مع العائلة الأصلي في بيت واحد،وكانت مصلحة العائلة لها أسبقيتها على مصلحة أفرادها."[1]

يلاحظ أن إشراك الحواضن الرجال و بالخصوص الأب مع الحواضن النساء كما فعله المشرع الجزائري يساعد في تكوين الطفل نفسيا وخلقيا،كما أن هذا سيدفع به إلى زوجته للقيام بشؤونه،لأنه لا يتقن رعاية الطفل بما في ذلك من مغسل و مأكل و مشرب و حفظه صحيا و غيرها من مقتضيات تربية الطفل بداية بالمرحلة التي يكون فيها جنينا حتى سن البلوغ ،وتقديم المشرع الأب على أم الأم والخالة فيه مخاوف على الصغير،إلا أن هذه

المخاوف يمكن للقاضي أن يحد منها وذلك مراعاة لمصلحة المحضون،فمتى تبين له أن مصلحة الطفل لا تتحقق مع أبيه فله منحها لمن يراه أجدر للقيام بأعبائها حماية لمصلحة المحضون.

أي أن المشرع لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة وجوبيا على القاضي بل ترك له السلطة التقديرية في تقدير مصلحة المحضون،وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها:"من المستقر عليه قضاءا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك،فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون".[2]

وعليه يمكن القول بأن التغير الذي اعتمده المشرع الجزائري في المادة 64 ق.أ.ج بعد التعديل في ترتيب مستحقي الحضانة لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية،وذلك لما للأب من دور في تربية المحضون،وهذا لا يثير صعوبة كبيرة طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه الخروج عن هذا الترتيب كلما دعت مصلحة المحضون لذلك.

[1] - باديس ديابي،مرجع سابق،ص 83.
[2] - المحكمة العليا،ملف رقم:39203المؤرخ في1994/06/18،غرفة الأحوال الشخصية،الجلة القضائية،عدد1،سنة1997،ص39.

وكذلك ما توصل إليه الاجتهاد الفقهي وتجارب العلم والفقهاء قديما وحديثا ،كما أن رعاية مصلحة المحضون تقتضي أن يكون الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة من مستحقي الحضانة لأن الفقه الإسلامي حينما حدد المراتب قديما حددها في ظروف كانت العلاقات الأسرية من جهة الأم والأب قوية مترابطة،غير أن هذه الظروف قد تغيرت اليوم بتفكك الأسرة الكبرى و حلت محلها الأسرة الصغيرة المتكونة في أغلب الأحيان من الأبوين فقط.

وفي الأخير يمكن القول أن الطفل يكون في أشد الحاجة إلى أمه في سن معين وبعد مرور هذه السن يبدأ في انفصاله عن أمه تدريجيا واختلاطه بالأشخاص الآخرين ليقتحم العلاقات الاجتماعية ،ويكون عندئذ الأب أول من يدمجه فيها وأول ممهد له في ذلك،مما أدى إلى تقديم الأب على الجدة و الخالة في إسناد الحضانة على اعتبار هذا الأخير أولى منهم وأكثر حرصا على رعاية أبنائه،وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في العديد من أحكامه وقراراته.

المطلب الثاني:مدة الحضانة.

لقد شرعت الحضانة لحفظ الصغير و الصغيرة وتربيته و رعايته وهو في سن حساسة لا يقدر فيها بمفرده القيام بهذه الشؤون وهذا لعجزه عن ذلك،لذا أوكلت الحضانة إلى من هو أقدر على القيام بشؤونه بنفسه وبالتالي يستغني عن خدمة النساء ويحتاج غلى من يؤهله و يعلمه لخوض تجارب الحياة،وعليه فما هي المدة المحددة التي يبقى فيها تحت حضانة الحاضن؟(فرع أول)،وما مصير الصغير بعد انتهاء هذه المدة ؟(فرع ثاني).

الفرع الأول:المدة المحددة لممارسة الحضانة.

لقد اختلف الفقهاء حول المدة التي يستطيع أثناءها الصغير القيام بشؤونه و إلى متى تمتد حضانة الصغير أو الصغيرة، كما أن المشرع الجزائري كان له موقف في هذا الشأن.

أولا: أراء الفقهاء حول مدة الحضانة.

لقد إختلفت المذاهب الفقهية في هذا الشأن،فكان لكل مذهب رأيه كالآتي:

1- رأي الحنفية:

عرضوا هذه المسالة فحددها بعضهم بصفات معينة تظهر في المحضون لتكون دليلا لإنهاء مدة الحضانة، وحددها آخرون بسن معينة تقديرا على الحال و الظروف و طبيعة الأجواء و الزمن. **فقال المرغناني:(**الأم والجدتان أحق بالغلام حتى يستغني عنهن،فيأكل وحده و يشرب وحده و يلبس وحده ويستنجي وحده **)ثم يقول:(** الأم والجدة أحق بالجارية حتى تحين.).

أما من حدد انتهاء الحضانة ومدتها بالسنين:فقد نقل ذلك عن الخساف رحمه الله في البدائع بقوله:(وذكر الخساف بسبع سنين أو ثماني سنين أو نحو ذلك.) كما قدر بلوغ الجارية من حيث السن بتسع سنين.[1]

2-رأي الشافعية:

مدة الحضانة عندهم لا تختلف عما عليه الأحناف فهي تراوحت بين تحديدها بصفات أو بسن معينة، **قال الشافعي رحمة الله عليه:** (فإذا بلغ أحدهم سبعا أو ثماني سنين و هو يعقل خير بين أبيه وأمه).[2]

ويقول الباجوري:(وتستمر حضانة الزوجة إلى مضي سبع سنين)ثم يقول:(والغلامة كالغلام في التميز).[3]

3- رأي المالكية:

قالوا إن حد انتهاء الحضانة للذكور هو الاحتلام،والأنثى حتى تتزوج،فالإمام مالك رضي الله عنه قال:(حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء)وقال في انتهاء حضانة الجارية(حتى تبلغ مبلغ النكاح ويخاف عليها،فإذا بلغت مبلغ النكاح و خيف عليها نظرا ،فإن كانت أمها في حرز و تحصين كانت أحق بها أبدا حتى تنكح وإن بلغت ابنتها ثلاثين سنة أو أربعين سنة مادامت بكرا فأمها أحق بها ما لم تنكح.[4] فلو كانت الأم في غير تحصين ولا حرز،فيكون للأب أخذها منها.

[1] - محمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص،126.
[2] - بدران أبوالعينين بدران،مرجع سابق،ص969.
[3] - محمد عليوي ناصر،مرجع نفسه،ص128.
[4]- التواتي بن تواتي،مرجع سابق،ص870.

4-رأي الحنابلة:

تنتهي عندهم الحضانة بسبع سنين سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى ، يقول إبن قدامة: (إذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه) وقال في الجارية:(فحين تبلغ سبع سنين فالأب أحق بها)وعلة ذلك عنده:أن الغرض بالحضانة الحظ ،و الحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها لأنها تحتاج إلى حفظ،والأب أولى بذلك،فإن الأم تحتاج إلى من يحفضها و يصونها،ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج،و إنما تخطب الجارية من أبيها وهو وليها و المالك لتزويجها.[1]

ثانيا:مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري:"تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه(10)سنوات،والأنثى ببلوغها سن الزواج،وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى(19)سنة،إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون."

ومنه فالمشرع الجزائري خالف المذاهب الأربعة في تحديد سن إنتهاء الحضانة بالنسبة للذكر و الأنثى،وذلك في سبيل مراعاة مصلحتهم العليا،وتماشيا مع الظروف التي يعيشها مجتمعنا وصعوبة الوضع الإجتماعي، وحسب رأينا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذه المادة هو الأقرب إلى الصواب،إذا ما أخذنا بعين الاعتبار اختلاف الزمان وتطور الظروف المعيشية و قساوة الحياة.كما أنه خفض من سن حضانة الذكر إلى أقل من الأنثى،هو أن الذكر يفضل عدم عشرة النساء ويستغني عن خدماتهن من سن المراهقة،لأنه يأخذ في تقليد الرجال وتظهر عليه علامات الرجولة بينما الفتاة على خلاف ذلك ،فكلما زاد سنها كلما ازدادت عشرتها للنساء.

1- تمديد مدة حضانة الذكر:

إن المشرع الجزائري حدد مدة حضانة الذكر ب 10سنوات ،ويمكن تمديدها إلى16سنة من طرف القاضي إذا ثبت أنه ما يزال يحتاج إلى رعاية حاضنه أو حاضنته وهذا بشروط:

[1] - أبو محمد موفق الدين عبد الله،بن أحمد بن محمد بن قدامه الجماعي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي،توفي62ه،المغني،مكتبة القاهرة،1388ه-1968م،ج8،ص300.

- أن يكون تمديد الحضانة يخدم مصلحة المحضون.
- أن تكون الحاضنة طالبة التمديد هي الأم نفسها.
- أن لا تكون الأم الحاضنة قد تزوجت .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16سنةإذا كان ت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون،ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة".[1]

2- دعوى تمديد الحضانة:

من خلال نص المادة65 ق.أ.ج أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية بلوغه 16سنة من عمره،وهذا ما من شأنه إستبعاد حالات مشابهة لكون الحاضن شخصا آخرغير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.[2]

أما الأنثى فقد ذكر المشرع الجزائري أن حضانتها تنقضي ببلوغها سن الزواج،وهو حسب نص المادة 07 من ق.أ.ج 19سنة،فهل الفتاة إذا بلغت 19سنة ولم تتزوج تنتهي حضانتها؟وما مصيرها في مثل هذه الحالة؟ فكان على المشرع أن يقول إلى غاية زواجها وليس بلوغها سن الزواج،كما أنه لا يجوز للأم ولا لغيرها طلب تمديد أجل حضانة الأنثى مطلقا.[3]

[1]- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 25566 بتاريخ 1999/12/10.
[2] - صالح بوغرارة مرجع سابق ص101.
[3] - نبيلة تركماني .أسباب الطلاق و آثاره القانونية و الإجتماعية رسالة لنيل الماجستير في الحقوق ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011 ,ص103.

الفرع الثاني : مصير الصغير بعد انتهاء مدة الحضانة .

إذا لم تسقط الحضانة عن الحاضن فهذا يعني بقاء المحضون عنده ، لكن بقاءه لا يكون مؤبدا بل ينتهي متى إنتهت المدة المقررة لممارسة الحضانة ، و السؤال الذي يطرح في هذا المجال ماهو مصير الصغير بعد إنتهاء هذه المدة شرعا ؟ و ماهو موقف المشرع الجزائري منه ؟

أولا : مصير المحضون بعد إنتهاء مدة الحضانة حسب الفقه الإسلامي .

1- تسليم الصغير إلى عاصبه :

*** العاصب و تربيته :**

أقر الفقهاء أن الحضانة تنتقل إلى الرجال بعد انتهاء فترة حضانة النساء لذلك فإن باستغناء الصغير أو الصغيرة عن النساء يحق لأبيه وهو حق مشرع للأب آن يضم الصغير إليه وبانقضاء هذه المدة يحق للعاصب الذي له الحق في الضم في المطالبة بالصغير والعاصب كما حددته القوانين كما رتبت الأشخاص الذين يحق لهم ضم الصغير بداية لما لأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق فالأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ وإن نزل ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب.[1]

*** وقت ضم الصغير :**

هناك وقتين يحق للعاصب ضم الصغير إليه بحلولهما إحداهما قد يجبر فيه العاصب على ضم الصغير ولو لم يطالب بها في تلك الوقتين .

- الاستغناء عن حضانة النساء : وهو بالنسبة للذكر عند بلوغه 10 سنوات وبلوغ الأنثى سن زواجها كما هناك جواز للقاضي إبقاء الصغير إلى سن 16 سنة وبعدها يحق للعاصب طلب الضم وبالنسبة للأنثى يجوز بقاءها إلى أن تتزوج بشرط توفر مصلحة الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ السن .

- ضم الصغير ولو لم يبلغ سن حضانة النساء : إن زواج العاصب بغير أم الصغير لا يعد مانعا من الضم بعد تجاوز الصغير سن حضانة النساء طالما أن الصغير لم يمسه ضرر

[1] - إبن قيم الجوزية زاد الميعاد في صدى خير العباد ،ج 5 ،الطبعة السابقة ، 1405-1985، مؤسسة الرسالة ، مكتب المنارة الإسلامية ،ص 420.

من جهة زوجة أبيه ولو قلنا أن زواج الأب من غير أم الصغير مانعا من الضم لكان الضم ما هو إلا أداة تفريق بين الزوجين.[1]

* **الهدف من الضم إلى العاصب :** ضم الصغير فيه منفعة أولى للصغير وثانيا للعاصب ولا يجوز استعمال هذا الحق في المنفعة بما يؤتيه بضرر فلا يجوز لكي يستعمل العاصب حقه في ضمه الصغير أن يؤذيه أو يسبب له إضرارا إنما حق الضم شرع لصالح الصغير وتهذيبه وتقويمه وحمايته هذا وقت استقرار القضاء على أنه إن ثبت أن الصغير يلاقي أضرارا في يد عاصبه نزع من هذا العاصب وضم إلى من يليه هذا وقد قضى بأن الأب إذا كان عمله يستدعي وجوده خارج المنزل في كثير من الليالي بالإضافة إلى تزوجه من غير والد المحضون فإنه لا يضم إليه كما انه قضى بأنه إذا كان للعاصب مشردا لا صناعة له فإنه يحرز المخدرات وحسب سببها أكثر من مرة بأنه يكون فاسدا غير مأمون على ابنه الصغير فلا يسلم إليه كما قضى بان الصغير لا يسلم إلى أبيه إذا ثبت إساءته إليه وإهماله إياه ومعاملته تنطوي على الإذلال والحرمان وبدون مبرر على وجه يعرض مستقبله للضياع وأخلاقه للفساد.[2]

* **شروط ضم الأنثى للعاصب** : وهي عبارة عن عدة شروط نجملها فيما يلي:

أ- وجود البنت مع العاصب أفيد له فهو يجعلها تتابع الحياة وتتكلم مع عاصبها الرجال كذلك العاصب هو الذي يتحرى عن كفاءة من يريد تزوجها ولا بد من رأييه تطبيقا للحديث الشريف " أيما امرأة فتحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل "

ب- إذا كانت البنت قد بلغت مبلغ النساء وكانت بكرا وفي هذه الحالة يضمها الأب إلى نفسه أو الجد أو غيرهما من العصبات يشترط أن يكون رحما محرما منها أي يكون محرما عليها مؤبدا وان يكون غير مفسد فقد قضى بأنه لا حق للأخ الشقيق في ضم أخته حالة كونه غير أمينا .

[1]- أحمد محمود الشافعي ، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية ، 1997 ، جامعة الإسكندرية ،ص533.

[2] - بدران ابو العينين بدران المرجع سابق ص572.

ج - إذا اعترضت البنت على الضم إلى العاصب وكانت بكرا فإنها تجاب إلى طلبها وتستقل في مسكن وحدها ويشترط ان تكون في مأمن ويشترط أن تكون قد دخلت في السن أي بلغت من السن حدا لا تكن معه مطمعا من الرجال.[1]

د- إذا كانت ثيبا فإنها لا تضم جبرا عنها إلا إذا كانت غير مأمونة على نفسها وللأب والجد وأية ضمها إلى كل منهما وكذلك الأخ والعم إذا لم يكن أحدهما مفسدا أما إذا كان كذلك فلا تضم إليه.[2]

***تسليم مسكن الحضانة :**

إن المقرر شرعا أن السكن واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة ويراعي عند تقديرها حالة المدعي عليه ، أن المنصوص شرعا أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب سكنها وسكن الولد ومنه يتبين أن السكن واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة وما دامت الحاجة قائمة فالوجوب مستمر ومتى تجاوز الصغير سن الحضانة ولو أذن باستبقائه في يد الحاضنة ينتهي حق الحضانة في الاستقلال بمسكن الحضانة ولا يجوز الاحتفاظ به لأن بقاءها فيه مرتهن بسبب الحضانة .

***امتناع الحاضنة على تسليم الصغير :**

قد يصدر حكما من المحكمة المختصة بضم الصغير إلى عاصبه أبيه أو من يليه ولكن قد تمتنع الحاضنة على تسليمه لأبيه كما قد يمتنع الأب كذلك من تسليم المحضون إلى حاضنته كذلك قد يمتنع الجد أو الجدة عن تسليم الصغير إلى من له الحضانة .

ثانيا : مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة حسب القانون الجزائري .

لقد أغفل المشرع الجزائري عند ضبطه لموضوع الحضانة أن يتحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة لذا لابد الرجوع الى أراء فقهاء الشريعة الإسلامية ، بالرغم من اختلافها في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة، فمنهم من يقول بعودة المحضون الى الأب بحكم الشرع و ليس له حق الخيار بين الأب و الأم و منهم من يقول بأن المحضون مخير و له الحق في أن يلجأ إلى أي والد الذي يختاره.[3]

[1] - عزمي ممدوح،مرجع سابق،ص83.
[2] - ممدوح عزمي ،مرجع سابق،ص85.
[3] - حسيني عزيزة ، مرجع سابق ص78.

من خلال ما تقدم نستخلص أن الحق في الحضانة هو أداء واجبه القانون لحماية المحضون وحفظه من الهلاك و الضياع، و هذا الحق يولد التزامات سواء في جانب الحاضن أو المحضون له، هذه الإتزامات تصب في وعاء واحد لتحقيق الهدف الأسمى من الحضانة ألا و هو مصلحة المحضون التي تكون فوق كل اعتبار، و هي قاعدة مرنة و مطاطة تتأقلم مع الظروف الزمنية ، فهي تختلف من زمان الى أخر و من طفل الى أخر و هذا ما يفتح المجال لكل قاضي أن يعبر عن هذه القاعدة حسب قناعته الفكرية و طريقته في الترتيب ، و هذا ما يسهل حتما عمل القضاة . و عليه فقاعدة مصلحة المحضون ، قاعدة ذاتية و شخصية و ليست ثابتة ، تقوم على أساس تغليب عنصر المصلحة المعنوية على المادية و عنصر تحقيق الاستقرار النفسي و العاطفي للطفل . لذا لابد أن يكون الحاضن آهلا لذلك ، فإذا عجز عن ذلك أو قامت أحد أسباب السقوط تسند الحضانة الى من يليه للقيام بهذا الدور .

لكن بعد الانتهاء مدة المقررة قانونا للحاضن فإن الدور ينتقل إلى المحضون له لإكمال هذه المهمة .

المبحث الثاني :آثار الحضانة و أسباب سقوطها .

رتب المشرع الجزائري و قبلة الشريعة الإسلامية أثار لممارسة الحضانة كلا الزوجين المنفصلين ، فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون و نشأته النشأة السوية ، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون ، و يضل السؤال مطروحا فيما يتعلق باجرة الحاضنة كون الحاضنة تبذل جهد في سبيل ذلك ، إضافة إلى حق الزيارة الذي يكفلها الشرع و القانون لحد الوالدين الذي ابتعد عن ابنه بمناسبة الحضانة و بعد طلاق الوالدين ، كما أن حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة إنما هو أداء أوجبه الشرع و القانون فإن قام به الحاضن كما وجب بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة ، و إن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة و فقد شرط من شروط أهليتها و جب إسقاطها عليه و لكن يعود له هذا الحق إذا زال السبب المسقط لها و هذا ما سنتناوله في هذا المبحث و الذي قسمناه إلى مطلبين .

المطلب الأول : أثار الحضانة و المطلب الثاني سقوط حق الحضانة .

المطلب الأول : أثار الحضانة .

تنشأ عن الحضانة عدة أثار مرتبطة بهذا الحق ، و تنشأ بنشأته و هذه الآثار منها ماهو متعلق بالحاضنة أو المحضون و تتمثل فيما تتطلبه الحضانة من نفقة ، على المحضون ، و أجرة للحاضنة على إنحباسها لرعاية الصغير، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت صقف بيت ينمو المحضون في دفئه تحت رعاية الحاضنة له .

و زيادة على ذلك فإن حضانة الطفل بعد طلاق والديه يفترض إبتعاده عن احدهما ولذلك ،اقتضى الشرع و القانون من أن يحكم القاضي بحق الزيارة عند إسناد الحضانة .

الفرع الأول : نفقة المحضون و أجرة الحاضنة .

تتطلب حضانة الطفل تغذيته و كسوته و علاجه و إسكانه و تربيته و كل ما يتطلبه المحضون من معيشته و تنشئته التنشئة السوية و كل ذلك يتطلب مجهودات مادية سندها المال ، و هو ما يسمى بنفقة المحضون ، لكن هل المجهودات المضنية المبذولة من طرف الحاضنة في سبيل رعاية المحضون و حسن تنشاته تتطلب مقابلا ماديا مستقلا عن نفقة المحضون ،أو ما يسمى بأجرة الحضانة ؟

هذا ما سنتناوله في هذا الفرع :

أولا:نفقة المحضون:

إن مسؤولية الأب اتجاه أولاده تظل قائمة،بالرغم من انفصالهم عنه،فيبقى مسئولا على تسير الحياة المادية لهم،وهذا عن طريق النفقة،وهي من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل،لأنها تصون حياته و توفر له الحماية و الرعاية.

1- نفقة المحضون شرعا :

على الحاضنة خلال فترة الحضانة أن تكون مهيمنة على مصالح الصغير ،لذلك استقر الفقهاء على حقيتها في أن تخاصم والد الصغير في نفقته و تطالبه بها،ومن ثم فهي التي تقوم بالإنفاق على الصغير من النفقة التي تقدر له .

وليس هذا فحسب ،فمن حق الصغير على حاضنته أن تقوم هي بالإنفاق عليه من مالها الخاص إذا لم يكن للمحضون مال،و إذا لم يكن والده قد قام بإبقاء نفقته إلى الحاضنة.

فالنفقة شرعا هي ما يكفي من الطعام والكسوة ،والسكن،وقيل "الإدرار على الشيء بمابه بقاءه".[1]

أما وجوه الإنفاق التي يحتاجها الولد منذ بداية ولادته حتى اعتماده على نفسه هي الطعام والكسوة،والسكن،والانشغال بالعلم و التطبيب،وكل ما يقوم به صلاح حياة الولد،وقد عبر الفقهاء عن رضاع الولد أنه مقابل الغذاء والأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب في الشريعة الإسلامية،ذلك رغم أن الأصل هو نفقة الولد وسكناه تكون من ماله إن كان له مال،فإن لم يكن له مال ألزم الأب بأن ينفق عليه،وهذا ما قال به أئمة المذاهب الأربعة.[2]

يرى الإمام مالك وأبو حنيفة: أن نفقة الطفل واجبة على الأب بالنسبة للذكر حتى يصبح قادر على الكسب و الأنثى حتى يدخل بها زوجها.

أما الإمام الشافعي: فيرى أنه"ينفق الأب على ولده حتى يبلغ المحيض و الحلم، ثم لا نفقة له عليه،ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.

أما الفقه الحنبلي: فإنه لم ينص على مدة معينة و إنما إقتصر على ذلك بقوله:"إن الولد الضعيف يلزم أباه الغني أن ينفق عليه."

ويستمد دليل وجوب نفقة الأولاد على أبيهم من الكتاب و السنة والإجماع،والمعقول.

من الكتاب قوله تعالى:"...وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن..."[3]

***ودليل وجوب النفقة على الأب من السنة النبوية الشريفة:** ما رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن إلا الترميذي أنه صلى الله عليه و سلم قال لهند بنت عتبة بن ربيعة إمرأة أبي سفيان سخر بن حرب بن أمية"خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف.[4]

***ودليلها من الإجماع :** فقد قال إبن المنذر:اجمع كل من تحفظ عنده من أهل العلم على أن المرئ نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم.

***ومن المعقول:** أن ولد الإنسان بعضه ،فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله،كذلك ينفق على بعضه،والولد جزء الوالد،وإحياء الوالد لنفسه واجب عليه إحياء جزئه.[1]

---

[1]- ممدوح عزمي،مرجع سابق ،ص33.
[2] - محمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص232.
[3] - سورة الطلاق،جزء من الآية 06.
[4] - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري،مرجع سابق،ص79.

2- نفقة المحضون قانونا:

سار المشرع الجزائري وفق أحكام الشريعة الإسلامية،إذ جاء في نص المادة 78من قانون الأسرة الجزائري"تشمل النفقة الغذاء و الكسوة والعلاج،والسكن وأجرته،وم يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وهذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام و كسوة و علاج، وسكن، وكل ما يلزمه في إطار العرف و العادة.

و تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج ،والأصل أن النفقة تعود إلى سببين هما درجة القرابة و الإرث، [2] وهذا نصت عليه المادة77ق.أ.ج.[3]

و بخصوص نفقة الولد واجبة على الأب كمبدأ عام ولا تسقط عنه إلا إذا أثبت أن لهذا الولد مالا يمكن أن ينفق منه على نفسه وذلك بقطع النظر عن كون الوالد موسرا أو معسرا طبقا لنص المادة 75ق.أ.ج التي تنص:"تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال،بالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول،وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب."

يستشف من هذه المادة أن الوالد ملزم بالإنفاق على المحضون إذا كان ذكرا إلى غاية سن الرشد، وسن الرشد حسب نص المادة 40 ق.م.ج هو 19سنة،كما تستمر نفقة الأب على أولاده العاجزين عن الكسب بالعاهة العقلية أو البدنية أو لسبب مزاولتهم للدراسة و يسقط واجب الأب في النفقة عند الاستغناء من قدرت لمصلحته عنها بالكسب.

و منه فإنه لاستحقاق النفقة يشترط في المنفق و المنفق عليه شروط و هي أن يكون:

- أن يكون المحضون محتاجا : بمعنى عدم توفر لديه أموال تمكنه من التكفل باحتياجاته ، فإذا كان له مال أعفي الأب من الإنفاق عليه.[4]

- أن يكون المنفق ميسورا: بمعني أن يكون قادر على التكفل باحتياجات المحضون .

---

[1]- نبيل صقر،قانون الأسرة نصا و فقها وتطبيقا،دار الهدى،الجزائر،2006،ص263.

[2] - حسيني عزيزة،الحضانة في قانون الأسرة الجزائري،رسالة ماستر،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،2001،ص89.

[3]- تنص المادة77على مايلي :"تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث."

[4]- أحمد فراج حسين،مرجع سابق ، ص263.

- أن يكون المنفق عليه غير قادر على الكسب : إذا كان عاجز لآفة عقلية أو بدنية ، أما بالنسبة للفتاة فنص المشرع الجزائري على أنها تستحق النفقة إلى أن تتزوج و يدخل بها ، لأن ذلك الالتزام يلتقي من عاتق الأب إلى زوجها.[1]

و ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالتين :

- إذا كان الأب معسرا أو عاجزا عن النفقة و الأم قادرة عليها .و هذا ما نصت علية المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري : (في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك) .

يرى بعض الفقهاء القانونيين أن المادة عبرت عن إعسار الأب بكلمة " **عجز"** و المقصود بها عدم القدرة التامة على الكسب، لا مجرد فقره و إعساره أو تقاعسه ،كما أن يسرها لا يمكن أن يكون حجة لإسقاط النفقة عنه ، أو التذرع بالحجة عدم العمل ما دام قادرا على العمل و هذا لن النفقة من حق المحضون .

- أن يقوم بالدليل عجز الأب و قدرة الأم على الإنفاق : كأن يحضر الأب مثلا شهادة طبية تثبت انه غير قادر على العمل بسبب عاهة ،و أن يثبت أن الأم عاملة مثلا.

وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري فجاء في أحد قرارات المحكمة العليا مايلي : "من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها حق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي"[2]

و فيما يتعلق بمسألة تقدير النفقة فتنص المادة 79 من ق .أ.ج على مايلي: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل ماضي السنة من الحكم "

و منه فالمشرع الجزائري قد منح للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كأجر للنفقة، و لم يقيده أو يلزمه بشيء إلا مراعاة حال كل واحد من الطرفين، و قد ذهبت المحكمة العليا في هذا السياق حينما نصت : " من المقرر شرعا و قانونا أن تقدير النفقة حسب وسع الزوج ".[3]

---

[1] - باديس الديابي، مرجع سابق ،ص84.

[2] - قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 237148 بتاريخ 2000/02/22 ،غ.أ.ش .م.ق،2001، عدد خاص.

[3] - قرار المحكمة العليا ،ملف رقم51715 بتاريخ 1989/01/16 ، م.ق ،سنة1992، عدد 2 ص55.

أي ان للقاضي عنصرين أساسيين لتقدير النفقة ، إذا اخذ بهما كانت مهمته سهلة، و هو حال الزوج أثناء الحكم بالنفقة ، و العنصر الثاني هو الظروف المعيشية بحسب الأزمنة و الأمكنة و الأحوال الأشخاص مع ملاحظة حال الزوج في العسر و الإعسار.[1]

و إذا قدر القاضي النفقة و قضي بها لا يكون له ان يعيد تقديرها زيادة أو نقصانا بل يلتزم بنفس المعايير السابقة ، و هذا بعد صدور سنة من الحكم القاضي بالنفقة ،و هذا ما جاءت به المادة 79 من قانون الأسرة التي تنص: "يراعي القاضي في تقدير النفقة ، حال الطرفين و ظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

أما فيما يتعلق بتاريخ استحقاق النفقة على أنه :" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ".

يتبين من خلال نص المادة أن ق.أ.ج قد وضع حدا لكل التعجيزات التي كانت تطرأ لشأن تاريخ بداية استحقاق مطلوب الحكم بها فاليوم أصبح من الواجب على القاضي كقاعدة عامة ألا يحكم للزوجة لكل آو بعض ما تستحقه و تطلبه من نفقة متراكمة على مدة سابقة ، بل يجب عليه أن يحكم لها بما تستحقه في حدود ما بعد رفع الدعوى، و إبتداءا من تاريخ تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم ،

لكن استثناءا من هذه القاعدة العامة التي تسمح باستحقاق النفقة من تاريخ طلبها تبعا لرفع الدعوى بشأنها أمام القضاء ، فإن المادة 80 المذكورة أعلاه ،جاءت بإستثناء عن الأصل مفاده إذا قدمت بينة للقاضي فبإمكانه أن يحكم بالنفقة بأثر رجعي ، و لكن لمدة سنة واحدة فقط ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى ،ولا يجوز للقاضي أن يحكم للنفقة لمدة تتجاوز السنة إلا أعتبر حكمه مخالف للقانون.[2]

و على المستفيد من حكم النفقة أن يقدم نسخة من الحكم إلى الملزم بها من أجل الحصول عليها و في حالة ما إذا إمتنع عن التنفيذ فإن المشرع أعطى ضمانة لإستيفاء هذا الحق إذ نص في المادة 331 ق.ع.ج على جنحة عدم دفع النفقة إذ يعاقب الممتنع عن دفع النفقة بعقوبة تتراوح بين (الحبس من 06 أشهر إلى03 سنوات بغرامة من 500دج إلى

[1]- عبد العزيز سعد ،مرجع نفسه ،ص227.
[2] - عبد العزيز سعد ، المرجع نفسه ص229.

5000دج لكل من امتنع عمدا و لمدة لا تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى الزوجة أو أصوله أو فروعه و ذلك بالرغم من صدور حكم ضده يقضي بإلزامه بدفع النفقة إليهم .

ثانيا :أجرة الحاضنة:

إذا كانت الحضانة تتمثل في رعاية الولد و تعليمه ، و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، مما يجعل منها عملا شاقا و متعبا لما تتطلبه من جهود مادية و معنوية و طاقة جسدية يمتد بدلها خلال سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل ،و إنشاء شباب ليكونوا رجال الغد ، و التساؤل المطروح هنا هل يمنح مقابل هذه الجهود مقابل مادي يشكل ما يسمى بأجرة الحضانة ؟

بالرجوع إلى التشريع الجزائري فإنه نص على نفقة المحضون في المواد 77،78،79 من قانون الأسرة الجزائري إلا أنه سكت عن أجرة الحاضنة مما يتطلب منا الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة [1] التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالإطلاع على الفقه الإسلامي نجده يستقر على موقف واحد في ذلك فمنهم من قال:' بعدم وجود اجر الحاضنة مقابل الحضانة الأولاد بعد الطلاق ، و منهم من قال بأحقيتها في ذلك؟

1- عدم أحقيتها في أجرة الحضانة:

***المالكية قالوا:**

بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواءا كانت أما أو غيرها ، و بغض النظر عن حالتها المادية إن كانت مسيرة أو معسرة ،فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال فإنه ينفق عليها من مال ولدها. و للمحضون على أبيه النفقة و الكسوة و الغطاء و الفرش، و الحاضنة تقبض النفقة من الوالد و تنفقها عليه. [2] و قول **اللخمي :** و هو من فقهاء

[1] - تنص المادة 222ق.أ.ج على ما يلي:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

[2]- عبد الرحمن الجزيري مرجع سابق ،ص603

المالكية " إن الأولاد إذا كانوا يتامى كان لأم أجرة الحضانة غذا كانت فقيرة و الأولاد موسرين ، لأنها تستحق النفقة في أموالهم و لو لم تحضنهم.[1]

2- أحقيتها في أجرة الحضانة :

***إتفق فقهاء الشافعية** :

أن للحاضنة الحق في طلب أجرة على الحضانة ، سواء كانت الحاضنة أما أو غيرها ، و هي غير أجرة الرضاع و غن كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله ، و إلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته ويقدم لها كفايتها بحسب حالها .

و اتفق فقهاء الحنابلة على أن للحاضنة أجرة والأم أحق بحضانتها و لو وجدت متبرعة تحضنهم مجانا .[2]

***إتفق فقهاء الحنفية :**

بأنه تجب للحاضنة أجرة إن لم تكن الزوجية قائمة بينهما و لم تكن معتدة من طلاق رجعي ن و كذلك لا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن و تستحق النفقة من أب الطفل ، و هذا على احد قولين المصححين في مذهب أبي حنيفة ، و عليه العمل ، و ذلك ان هذه الأجرة ليست عوضا خالصا بل هي كأجرة الرضاع لأم مؤونة، و نفقة و بما أن النفقة ثابتة بمقتضى الزوجية لقيامها، آو وجود العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد، و إن تعدد السبب و ما عدا هؤلاء من الحاضنات يؤخذن أجرة للحضانة.[3]

و أجرة الحضانة تكون واجبة من مال الولد نفسه ، إذا كان له مال لأن نفقته تكون من ماله و أجرة الحضانة من النفقة، و إن لم يكن له مال فإن أجرة الحضانة تكون على من تجب عليه نفقته ، و تكون على الأب إذا موجود أو كان قادرا ، فإن لم يكن له أب أو كان عاجزا فإنهما تجب على غيره من سائر الأقارب ، أما امتنعت الأم عن حضانة إلا بالأجر في الحالة التي تستحق آن تأخذ أجرا على حضانته ووجدت متبرعة بالحضانة .

فإن الأم أولى إذا كانت الحضانة على الأب و كان موسرا آو كانت الحاضنة ليست من الحاضنات ، أما إذا كانت المتبرعة من الحاضنات ، وكانت أجرة الحضانة على

---

[1]- شمس الدين محمد عرفة ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،لأبي سيد احمد الدردير ، دار الفكر، بيروت ،ص493

[2] - محمد عليوي ناصر ،مرجع سابق،ص228.

[3] - عزمي ممدوح نمرجع سابق،ص41.

الأب، و كان الأب غير موسر أو كانت للصغير مال سواءا كان الأب موسر أو معسر ، فإن المتبرعة في هذه الحالة أحق به صونا، و المحافظ على ماله [1].

و كذلك لو كانت المتبرعة من أهل الحضانة ، و لم يكن للصغير مال و كان أبوه معسر لا يستطيع دفع الأجرة لأن إعطاء الصغير لأمه باجر و مع وجود المتبرعة الصالحة للحضانة يؤدي الى الإضرار بالأب بسبب ولده و لا يجوز لقوله تعالى " لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده". [2]

و الفرق بين ا التبرع بالرضاعة و التبرع بالحضانة ، أن المتبرعة في الرضاعة تقدم في كل الأحوال قريبة كانت ، أو اجنبية ، سواء كانت النفقة على الأم او كانت على الأب ، سواء كان الأب موسر أو معسرا نوا ما في الحضانة فلا بد من تكون متبرعة من الحاضنات ، و لابد من أن يكون الأب غير موسر ،أو تكون الأجرة من مال الولد .

ويلاحظ انه إذا كان الأب معسرا و الولد لا مال له،ولم توجد متبرعة فإن الأم تحضنه و تقدر لها أجرة و تكون تلك الأجرة و الأداء على من يلي الأب من نفقة الولد و لكنه يؤديها على أنها دين على الأب يأخذه منه إذا أيسر،أما إذا كان الأب عاجز لا يجب عليه شيء ،وتكون واجبة على من يليه في الإنفاق بهذا ما قرره فقهاء الحنفية بالنسبة للأم إذا طالبت بالأجرة،ووجدت متبرعة و كان الأب معسرا،والظاهر أن حكم غير الأم من الحاضنات كذلك إذا تبرعت حاضنة وتمسكت من هي أقرب منها بالأجرة، إذ الفرق بين الأم و غيرها بالنسبة للتبرع و الإعسار. [3]

و نستخلص من مذهب الإمام أبي حنيفة أن أجرة الحضانة هي جزء من النفقة على المحضون،وذلك كون أجرة الحضانة ليست عوضا خالصا وإنما فيه شبه بالنفقة،فنقول أن ما يدفع للحاضنة مقابل ما تقوم به من عمل هو أجرة،وإذا نظرنا إلى نفقة الطفل باعتبارها واجبة عليه من ماله ثم على أبيه،ومن جملة ما ينفق عليه،والإنفاق على الحاضنة التي حبست نفسها لأجله،وأن ما يدفع إليها نفقة،وهي ليست نفقة خالصة و لا أجرة خالصة.

[1] - محمد أبو زهرة،مرجع سابق،ص408.
[2] - سورة البقرة ،جزء من الآية 233.
[3] - أنظر عبد العزيز سعد مرجع سابق ، ص383،384.

وبعد توضيحنا ما يخص نفقة المحضون و أجرة الحاضنة طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري،فيجدر بنا في الفرع الموالي أن نتطرق إلى مسألة سكن الحضانة و حق الزيارة.

الفرع الثاني : سكن الحضانة و حق الزيارة .

إن مناط معيشة الإنسان أن يكون له سكن يأويه و يحتمي تحت سقفه من حر الصيف و برد الشتاء ، و يجد فيه الدفيء و الحنان ولا يمكن لأي إنسان أن يستغني عنه فهو حق يقره الشرع مصداقا لقوله تعالى :" و الله جعل لكم من بيوتكم سكنا و جعل لكن من جلود الأنعام بيوتا لا ستخفونها يوم طعنكم و يوم إقامتكم".[1]

و لهذا فعلى المطلق أن يوفر سكنا لإقامة الصغير و حضانته ، إذا كان الصغير في حضانة أحد والده أو احد الحاضنين الأخرين فإن حق الحضانة هذا لا يتعارض مع حق الابن المحضون في أن يراه الطرف الأخر الذي لم تسند له الحضانة لتفقد أحواله و الاطمئنان عليه . نحاول من خلال مايلي التطرق إلى مدى حماية الشرع و القانون لهذه الحقوق .

أولا : سكن الحضانة .

يعرف سكن الحضانة بأنه المكان المشغول فعلا بسكنى الصغير و حاضنته ،لذا أدخل المشرع الجزائري السكن ضمن مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري و عليه ينبغي معرفة رأي فقهاء الشريعة و القانون ، من مسكن الحضانة.

1- مسكن الحضانة في الشريعة الإسلامية :

لقد اختلفت أقوال الفقهاء في مسالة سكن المحضون و لهذا لابد من التعرف على موقف كل منهم في هذا الشأن .

***رأي الفقهاء الحنفية :**

لفقهاء الحنفية قولان في مسكن المحضون :

-**الأول :** أن أجرة السكن في الحضانة غير واجبة ، نقل إبن عابدين ما في البحر و الخزان عن تفا ريق أنه "لا تجب في الحضانة أجرة السكن الذي يحضن فيه الصبي "

[1]- سورة النحل الآية 80.

-**الثاني :** إن أجرة السكن في الحضانة واجبة سواء في مال الصغير أو في مال من عليه النفقة شرط ألا يكون للحاضن مسكن ، نقل إبن عابدين عن شرح النقابة عن البحر المحيط: (سأل أبو حفص عن من لها إمساك الولد و ليس لها مسكن مع الولد فقال :(على الأب سكنهما جميعا،لأن المسكن من النفقة).[1]

*** رأي الشافعية :**

لفقهاء الشافعية في مسألة سكن الحضانة قولان :

الأول : قول صريح ينص على أنها غير واجبة و أن أجرة الحضانة التي تأخذها من الأب تدخل ضمنها أجرة السكن .

الثاني: قول ضمني يفهم من لفظ مأونة التي ترددت كثيرا عندهم، قد يفهم منها أن السكن يدخل ضمنها بمعنى دخوله ضمن النفقة الواجبة.

*** رأي المالكية :**

اتفق المالكية على أن السكن واجب على الأب فيما يخص المحضون و اختلفوا فيما يخص الحاضنة، وورد في مذهب المدونة أنها أيضا واجبة فيما يخص الحاضنة.[2]

كما اختلفوا في أجرة المسكن فقيل أن سكن الحاضنة و المحضون في مال من عليه نفقة الولد سواء لها مسكن أولا و قيل أن المسكن على الموسر منهما.[3]

***رأي الحنابلة :**

لم يتطرقوا إلى مسالة السكن و أجرته و غاية ما تعرض له ابن قدامه هو نفقة الأولاد بقوله :(و يجبر الرجل على نفقة والديه و أولاده الذكور و الإناث إذا كانوا فقراء و كان له ما ينفق عليهم .

2- سكن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد حسم المشرع مسألة تخصيص مسكن ممارسة الحضانة بصيغة الوجوب جاء ذلك بموجب الأمر 02/05/ المؤرخ في 27 فبراير 2005 و في المادة 72 منه و التي نصت على مايلي :" في حالة الطلاق، يجب

[1] - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ،مرجع سابق، ص561.

[2] - نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و تطبيقا ،دار الهدى ، الجزائر ص262.

[3] - عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوف ، فرع العقود المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ،الجزائر 2011،ص24.

على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة ، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن" .

يستشف من هذه المادة أن توفير السكن لممارسة الحضانة لازم و لسيق بها إذ هو المجال و الإطار الذي ينشا فيه الطفل و يرعى و يربى ، وهو الذي يتطلب لتحقيق مضمون الحضانة كما نصت عليه المادة 62 ق.أ.ج.

لقد جعل المشرع أمر توفير السكن الحضانة على عاتق الأب و من مسؤولياته ،و أن يكون ملائما، و يقصد به أن يكون مناسبا للحاضنة و المحضون مستوفيا للشروط الشرعية كأن لا يوجد في مكان بعيد عن العمران أو غير آمن .

نجد أن المشرع نص على بقاء الزوجة الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية أن يوفر لها الأب سكنا أو يقوم بدفع بدل الإيجار و مفاد ذلك هو أنه في حالة عدم تنفيذ الحكم الذي يقضي بتوفير مسكن سواء بقصد من الزواج أو بغير قصد ، كان يتعذر عليه ذلك مثلا فيصبح عندئذ مسكن الزوجية هو مسكن الحضانة, و لعل المشرع الجزائري أراد بذلك حماية مصلحة المحضون باعتبارها من الأولويات حتى و إن يعتبر ذلك أمرا منبوذا من الناحية الشرعية, لأن المطلقة بعد إنتهاء مدة العدة تخرج من مسكن الزوجية إذ لا يحل لها أن تبقى مع الزوج في مسكن واحد لأنهما أصبحا أجنبيين عن بعضهما كما أن حق الحاضنة في البقاء في مسكن الزوجية حق مؤقت معلق على شرط هو تنفيذ الأب للحكم متعلق بالسكن.[1]

لقد اغفل المشرع الجزائري الحالة التي يكون فيها للحاضنة سكن ففي هذه الحالة لا يتوجب على أب المحضون توفير سكن لممارسة الحضانة بل مجرد أجرته.[2]

لقد أكدت المحكمة العليا على مبدأ إلتزام الأب بتوفير سكن للحضانة أو دفع أجرته بالقرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الذي جاء في منطوقه مايلي:"عدم الإستجابة لطلب الحاضنة في تخصيص سكن لها لممارسة الحضانة أو منحها مقابل

[1] - عيسى طعيبة ، مرجع سابق ،ص43.

[2] - عيد نايل ، حق الحاضنة و صغارالمطلق بالإستقلال بمسكن الزوجية بين القانون المدني و قانون الأحوال الشخصية ،مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و الإقتصادية-عدد5،1989،ص86.

لإيجار سكن ، رغم القضاء لها بعد الطلاق بنفقة الأولاد المحضونين إلا انه وجد المادة 72 من قانون الأسرة يقع على عاتق الأب أن يوفر سكنا أو أجرته ن مما كان يستوجب على القضاة أن يحكموا لها بالسكن أو بأجرته".[1]

بالرجوع إلى قانون الأسرة نرى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير و لكننا نستنتج ذلك من خلال نص المادة69 قانون الأسرة الجزائري، إذ نص على أنه "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

بمفهوم المخالفة نجد أن المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون ن و الذي يعتبر محل إقامة أبيه ، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة إبن و زيارته و رعايته.[2]

و ذلك ما يؤكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1940/02/19 و الذي جاء بما يلي : "من المقرر شرعا و قانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون، و القيام بتربيته على دين أبيه، ومن تم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبية بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال بعد قضاء مخالفا لشرع و القانون و يستوجب نقض القرار المطعون فيه.[3]

ما يمكن الإشارة إليه في هذه المسألة هو أن المشرع ترك للقاضي السلطة التقديرية في البحث عن مصلحة المحضون إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبية ن و ذلك ضمانا لصيانة حقوق الطفل و الحفاظ على مصلحته .

حيث انه يخشى على المحضون من التأثر بعادات و تقاليد البلد الأجنبية مع الأخذ بعين الاعتبار بعده عن الرقابة الأبوية .

---

[1] - قرار المحكمة العليا رقم 1756 المؤرخ في 1997/11/25 ،غ.أ.ش ، ن.ق ،العدد 56 ص30.

[2] - نعيمة تبودوشت، الطلاقو توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ،رسالة لنيل الماجستير ، معهد الحقوق ، بن عكنون،جامعة الجزائر ،2000.

[3] - قرار رقم59013 بتاريخ 1990/02/19 ، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، 1991، العدد4،ص116.

إن أول مشكلة تظهر بعد افتراق الأبوين ، هي محاولة استئثار من بيده الحضانة للولد ، و إبعاده قدر الإمكان ، مما يجعل المحضون محور هذا النزاع و يعرضه لكثير من الانعكاسات التربوية و النفسية و قد يؤول به إلى الانحراف ،و هذا ما جعل الفقهاء ينظمون علاقة الأولاد بوالديهم بعد الطلاق على و فق اجتهاداتهم بما يلتمسونه في الكتاب و السنة , وكل منهم يقصد بلوغ الأصوب ، و سار رجال القانون في جعل أقوال الفقهاء أساسا لمواد القانون و عليه سنتناول في هذا الفرع حق لزيارة في الفقه ثم في القانون مع التدعيم ببعض القرارات المحكمة العليا .

ثانيا : حق الزيارة .

1- حق رؤية المحضون في الشريعة الإسلامية :

هناك إجماع شرعي ، حول أحقية المحضون في أن يراه أحد أبوي، الذي لم تسند له حضانة، و ليس للحاضن منعه ، ووضع العراقيل أمامه ،لأنه ذلك يتعارض مع حق المحضون .

إن حق الرؤية يتصل بالحاضنة ويستوي الأمر ما إذا كانت الرؤية للأب لولده وهو في يد حاضنته من النساء أو رؤيته الأم لولدها إذا كان في يد أبيه أو الحاضن غير أبيه حالة انتهاء حضانة النساء

ويبقى حق رؤية الأب لابنه حق مقررا شرعا لنه من باب صلة الرحم التي أمر الله بها في قوله تعالى في سورة الأنفال : (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وهذا وقد منع الشرع تنفيذ حكم الرؤية جبرا أو بالقوة حتى لا يضر هذا بالأولاد نفسيا ومن أبواب أخرى خاصة كالمتابعة والتربية والمراقبة وجزاءا للذي يمتنع وفي يده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية بعير عذر أنذره القاضي فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يلي هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيها المدة وينفذ نقل الحضانة بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ قانونا وبالقوة الجبرية ولكن يثور التساؤل عن مدة الرؤية.[1]

[1]- ممدوح عزمي،مرجع نفسه،ص64.

ولكن لم تبين كتب الفقه هذا الأمر على وجه التحديد ولكن من الممكن أن يؤخذ الحكم بطريق القياس على خروج الزوجة لرؤية أبويها فقد نص الفقهاء على أن للزوجة الحق في الخروج لرؤية أبويها في كل أسبوع مرة ومنه تحدد الرؤية بمرة كل أسبوع لأن تلك الرؤية الفرع لأصله وهذه رؤية الأصل لفرعه فالعلاقة واحدة وهي علاقة الأصل بالفرع ومنه تظهر الاشكاليات التالية :

من هم أصحاب حق الرؤية ؟

***أصحاب الرؤية فقها:**

إن حق الرؤية مكفول للأب والأم والأجداد ويكون لهم الحق في الرؤية في :

أ- حق الأب في الرؤية: : يثبت له حق الرؤية حينما يكون الصغير مع حاضنته سواء كانت هذه الحاضنة هي الأم أم غيرها فأي أن كان الأمر فمن حق الأب أن يرى ولده أو ابتنه وهو في يد الحاضنة

ب-حق الأم في الرؤية : يثبت هذا الحق للأم في الحالتين :

إذا كان الصغير في يد حاضنة أخرى غيرها : حالة سقوط حضانتها لأي سبب من الأسباب لتزوجها من أجنبي عن الصغير أو لافتقادها أي شرط من شروط الحضانة في هذه الحالة تنتقل الحضانة الصغير إلى حاضنة أخرى وسقوط حق الأم في الحضانة لا يسقطها حقها في رؤية الصغير في يد الحاضنة الأخرى.

الحالة الثانية : حالة بلوغ الصغير أو الصغيرة سن الحضانة النساء وصدور حكم بضمه إلى العاصب سواء كان الأب أو من يليه وانتقال حضانة الصغير إلى العاصب سواء كان الأب أو من يليه وانتقال حضانة الصغير إلى العاصب يحق معها للأم أن ترى صغيرها وهو في يد العاصب.[1]

ج-حق الأجداد في الرؤية : والمقصود بالأجداد هنا هو أب الأب وأب الأم كما يدخل فيه أيضا الجدات أي الجدة لأب والجدة لأم ويثبت هذا الحق للأجداد أيا كانوا شريطة عدم وجود الأبوين ويجوز للأجداد رؤية الصغار جبرا شرط عدم وجود الأبوين والمقصود بذلك هو عدم وجودهما بالبلد الذي به حاضنة الصغير كما إذا كان الأبوان أو أحدهما بعيدا

[1] - ممدوح عزمي مرجع سابق ،ص66،67.

عن الصغير لعمله في بلد آخر ولا يمكنه رؤية الصغير والمقصود بعدم الوجود أيضا وفاة الأبوين أو أحدهما ويثبت هذا الحق للأجداد سواء كان الصغير في حضانة النساء أو بلغ حدها ونقل إلى العصب فيفترض وجود الصغير في حضانة أمه فيحق لجد الصغير من أبيه طلب رؤية الصغير حالة عدم وجود الوالد كذلك يفترض ثبوت الحق للجد من الأم حالة كون الصغير في حضانة أي كان من النساء غير أمه أو في يد حاضنيه كوالده مثلا ويشترط أيضا لذلك ألا تكون الأم موجودة.[1]

2- حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري :

نص المشرع على حق المحضون في أن يزوره أبواه، في الفقرة الثانية من المادة 64 من قانون الأسرة عندما قال : " و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة، أن يحكم بحق الزيارة."

و عليه بالتمعن في الفقرة أعلاه ,ألاحظ أن المشرع قد خول حق الزيارة لمن لم تسند له الحضانة، على سبيل الوجوب و هذا واضح من خلال قوله(و على القاضي)، كما أنه لم يحصل حق الزيارة على الأبوين فقط ، بل ترك المجال مفتوحا لكل من له مصلحة في أن يضل على صلة بالمحضون ، مراعاة لمصلحة هذا الأخير ، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به.[2]

و تأكيدا لهذا التوجه قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيه مايلي:" من المقرر شرعا ،انه كما تجب النفقة على الجد ،لأبن الابن ، يكون له حق الزيارة أيضا".[3]

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد ما هو مفهوم الزيارة و ماهي أوقاتها و كيفية ممارستها و الحالات التي يمكن أن تسقط فيها و بذلك يكون المشرع قد أخذ بمصلحة المحضون .

بالنسبة لمكان و ميعاد الزيارة لم يحدده المشرع لكن بالرجوع إلى الإجتهاد القضائي فإنه يشترط في مكان الزيارة ،أن يشعر فيه المحضون بالراحة، و يتمتع فيه برعاية

[1] - محمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص190.
[2]- باديس الديابي مرجع سابق ،ص159.
[3] - قرار المحكمة العليا رقم 189181 بتاريخ 1998/04/21 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،2001،عدد خاص.

زائره، و تبعا لذلك، لا يمكن أن يكون مكان الزيارة هو مسكن المطلقة ، لأن الزائر لن يشعر فيه بالراحة .

و لقد استقر القضاء في الجزائر على أن المحضون من حقه أن يزوره أبواه، مرة كل أسبوع ، و ذلك من خلال العطل الأسبوعية، كما يسمح له بزيارته في العطل الموسمية، و الأعياد، و كذلك المناسبات الدينية و الوطنية ،أما القضاء يغير ذلك فيعد مخلف للقانون و هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها و التي جاء فيها : " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفق لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع. لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم و من ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر، يكون في خرق القانون ، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

فحق الزيارة هو حق مكفول قانونا أحاطه المشرع بجملة من الضمانات،فالمادة 69 من قانون الأسرة الجزائري نصت على:"إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون." الحكمة من هذا النص أن لا يبتعد المحضون عن أحد والديه و يبقى على تواصل دائم معه وفي هذا تحقيق للرعاية والرقابة.

كما أن قانون العقوبات الجزائري رتب عقوبات جزائية على من يخل بهذا الحق نص عليها في المادة 328 من ق.ع.ج بقولها :" 328 من قانون العقوبات بقولها ." يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بالغرامة من 500 دج إلى 5000دج الأب أو الأم أو أي شخص أخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ، و كذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته ،أومن الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير

[1]- قرار المحكمة العلياغ.أ.ش ملف رقم 59784-قرار مؤرخ في 1990/04/16 م.ق العدد4 لسنة1991 ، ص126.

على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف و تزداد عقوبة الحبس إلى 3سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني ."[1]

المطلب الثاني :سقوط الحق في الحضانة و عودتها.

من حق الإبن المحضون ان تسقط حضانته عن الحاضن المتعين له ،إذا توفرت أسباب تمنعه من توليها ،حرصا على مصلحة المحضون ، و مراعاة لحقه في الحضانة ، غير انه يعود هذا الحق إذا زال سبب سقوطه و لهذا سنتناول في هذا المطلب :مسقطات الحضانة و عودتها، على ضوء ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية و ما جاء به المشرع الجزائري، و ذلك من خلال تقسيمه الى فرعين :أسباب سقوط الحضانة فرع أول ، و عودة الحضانة الى مستحقيها فرع ثاني :

الفرع الأول : أسباب سقوط الحضانة .

إذا كان مقصد الحضانة هو رعاية المحضون و حفظه ،فإن أي سبب يحول دون ذلك من شأنه أن يسقط الحضانة ، حفظا لحق الإبن الصغير ، و لهذا سنتناول في هذا الفرع اسباب سقوط الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة و ذلك من خلال تقسيمه كما يلي :

أولا- سقوط الحضانة في الشريعة الإسلامية:

تسقط الحضانة بأربعة أسباب عند المالكية[2] وافقهم في أغلبها غيرهم .

1- سفر الحاضن ، سفر نقلة و انقطاع إلى مكان بعيد و هو مقدار ستة برود [3] فأكثر كما بينا ، فلو سافر المحضون أو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر لا أقل منها فللولي أخذ المحضون و تسقط حضانة الحاضنة إلا أن تسافر معه ، وقال الحنيفة يسقط الحق في الحضانة إذا سافرت الأم المطلقة إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته و يبيت فيه و أما غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد التنقل سواء أكان

[1] - عبد العزيزسعد،مرجع سابق،ص331.
[2] - عبد الرحمن الجزيري ،مرجع سابق، ص597.
[3] - 6 برود يساوي 133كلم.

طويلا أم قصيرا وقال الحنابلة [1] يسقط الحق بالحضانة بالسفر لبلد يعيد بمقدار مسافة القصر فأكثر.

2- ضرر في بدن الحاضن كالجنون و الجذام و البرص ، وافقهم الحنابلة في ذلك .

3- الفسق أو قلة دينه وصونه ، بأن كان غير مأمون على الولد بعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحاضنة وهذا متفق عليه . و قال الدردير: (لا حضانة لفاسق كشرب الخمر و مشتهر بالزنى و له محرم.[2]

4- تزوج الحاضنة و دخولها ، إلا أن تكون جدة الطفل زوجا لجده أو تتزوج الأم عماله فلا تسقط لأن الجد أو العم محرم للصغير و هذا متفق عليه عند المالكية وجمهور الحنفية.أما فقهاء الشافعية وسعوا في السبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم،وهناك فريق آخر من الفقهاء قالوا بضرورة مراعاة مصلحة المحضون،والقاضي هوالذي يقرر ذلك،ولم يفرقوا بين زواجها بأجنبي عن المحضون،وبقريب محرم منه.[3]

5- السكوت عن طلب الحضانة كسبب مسقط لها:

لقد ذكرت كتب المالكية هذا السبب لسقوط الحضانة حيث يقول الدر دير: (و شرطها للأنثى الحاضنة و لو أماً الخلو عن زوج دخل بها، فإن دخل بها سقطت عنها لإنشغالها بأمر الزوج.

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

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

---

[1]- بدران أبو العينين بدران،مرجع سابق ،ص730-731.

[2] - ممدوح عزمي ، مرجع سابق ،ص20.

[3]- بلقاسم أعراب ،مسقطات الحضانة في ق.أ.ج،و الفقه الإسلامي المقارن ،المجلة الجزائرية للعلوم الإقتصادية والسبياسية،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،العدد الأول،الجزائر،ص114.،مرجع سابق،ص147.

و كذا تسقط الحضانة عند الشافعية و الحنابلة بالكفر ، كما تسقط بالاتفاق بالجنون أو العته.[1]

ثانيا: مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء أوجبه القانون فإن قام به الحاضن كما نص عليه المشرع والتزم بشروطه بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني المنصوص عليه في المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري [2]، و إن أخل بالتزام من الالتزامات المرتبة على عاتقة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها منه فا لسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ما هي أسباب سقوط الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري؟ وما هو موقف المشرع من الشريعة الإسلامية ؟

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وذلك في المواد من 66إلى70من ق.أ.ج و انطلاقا من ذلك فإن حق الحضانة يسقط بسبب من الأسباب التالية :

1- زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون:

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 66من ق.أ.ج حيث جاء فيها:

"يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم..."

يعني هذا أنه تسقط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي أي بغير قريب محرم ،ولا تسقط بالزواج بقريب محرم ،وهذا ما أقره فقهاء الشريعة الإسلامية،وعندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها ،تقرر منح الحضانة إلى من يليها ممن أسند لهم القانون حق حضانة الأولاد.[3]

وما يلاحظ عن موقف المشرع الجزائري أنه من خلال م 66، أخذ بموقف المالكية و جمهور الحنفية ، حيث اسقط الحضانة عن الحاضنة لزوجها يغير ذي رحم للمحضون، و

---

[1] - محمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص129.

[2]- تنص المادة 65 ق.أ.ج 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 بإنتهائها مصلحة المحضون."

[3] - العربي بلحاج ، مرجع سابق ،ص388.

للقاضي مطلق السلطة تقديرية في مراعاة مصلحة المحضون ، و عليه دائما أخذها بعين الاعتبار.

لكن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الإستثناءات أهمها:

- عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم، وكان لابد من وضع المحضون من دار من ديار الحضانة فتكون أمه هي الأولى رغم زواجها.
- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا عن حضانته .
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة ن و يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء سنة كاملة .
- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراض.[1]

2- سقوط حق الحضانة بالتنازل :

نصت المادة 66 من قانون الأسرة السالفة الذكر على سبب آخر من أسباب سقوط الحق في الحضانة وذلك بنصها على أنه:"... وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون. " فقد أقر المشرع في نص هذه المادة على أن للحاضنة الحق في التنازل ، عن الحضانة لكن قيد هذا الحق بشرط أساسي و هو أن لا يضر بمصلحة المحضون، فإن كان يضر به، و لا تسقط الحضانة حفظا لحق المحضون وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قرارتها و الذي جاء فيه :"من المقرر قانونا انه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون"[2]

كما جاء في قرار آخر لها أنه : "إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون..." .

و بهذا لا يمكن للقاضي إن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقد دون النظر إلى مصلحة المحضون ،بل يمكن إن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل ،أو يوجد لكنه يمتنع أو لا تتوفر فيه الشروط القانونية .

[1] - محمد لمين لوعيل ، المركز القانوني للمرأة في ق.أ.ج دار هومة ،الجزائر ،2004 ،ص113.
[2] - أنظر قرار المحكمة العليا رقم 189234 تاريخ 1998/04/21.غ.أ.ش ،عدد خاص ،2001،ص175.

3- إختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة62ق.أ.ج

نصت المادة 67 ق.أ.ج [1] على سقوط الحق في الحضانة في حالة إختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 ق.أ.ج ، و عليه فمن حق المحضون ،أن تسقط حضانته على الحاضن المتعين له ،إذا تأكدت عدم قدرته على رعايته، ة تعليمه ،و تربيته ،و حفظه صحة و خلقا لما قد يسببه للمحضون من ضرر و فساد ،لعدم أهليته لها ، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحة المحضون المادة 2/67ق.أ.ج

و قد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه :"متى كان من المقرر شرعا أن ن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية و واضحة و مضرة بالمحضون و متعارضة مع مصلحته، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله" [2]

كما أكدت في قرار آخر أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق حيث أن الحاضنة فاقدة للبصر:"من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ن و من بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي" [3]

غير انه و بالرجوع الى نص المادة 67 ق.أ فإن المشرع لم يعتبر عمل المرأة خارج البيت ، مسقطا لحضانتها مادامت لم تخل بواجباتها إتجاه المحضون و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها أن ما إستقر عليه القضاء ، أن عمل المرأة الحاضنة لا يعد من مسقطات الحضانة" [4]

4-عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة طبقا للمادة 68 ق.أ.ج

من الأسباب التي يؤدي قيامها إلى سقوط حق الحضانة ما نصت عليه المادة 68 ق.أ.ج حيث انه " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ."

---

[1] - تنص المادة 67 على :"تسقط الحضانة بإختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه ، و لايمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"

[2]- أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم :27005 بتاريخ 1988/11/07.

[3]- أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 334221 بتاريخ 1984/07/09،غرفة الأحوال الشخصية،المجلة القضائية،1991،عدد 04.

[4]- أنظر قرار المحكمة العليا ملف 245156 ، بتاريخ 2000/07/18،غرفة الأحوال الشخصية،المجلة القضائية ، 2001،عدد خاص ص188.

و هذا يعني أن الحضانة إذا استحقت و سكت صاحبها عن طلبها مدة تزيد عن سنة ، رغم علمه باستحقاقها ، دون أن يكون له عذر يمنعه من ذلك سقطت عنه حفظا لحق المحضون في الحضانة و مع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بالتوفر عذر معقول عقلا و منطقا و منها على سبيل المثال :

- أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة،ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 ق.أ.ج إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الإعتبار مصلحة المحضون.[1]

- إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه ولا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها ،و هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها : " من المقرر شرعا و على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي ،أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القرار بها يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.[2]

5- الاستيطان في بلد أجنبي :

المشرع لم يعتبر استيطان الحاضن بالمحضون في بلد أجنبي ، مسقط قطعي للحضانة في المادة 69 ق.أ، و غنما المسألة هنا جوازية للقاضي و منحه السلطة التقديرية فيما يخص إسقاط الحضانة عن الحاضن أو بقائها له انطلاقا من قناعته و كذلك الظروف المتعلقة بالقضية بشرط مراعاة مصلحة المحضون.[3]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا انه من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ، كما انه يجب مراعاة حالة الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع أي شرط.[4]

---

[1] - أعرب بلقاسم مرجع سابق، ص143.

[2]- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 32829 بتاريخ 1984/07/09 ، مجلة قضائية ، 1999،عدد 1 .

[3]- بلحاج العربي مرجع سابق ،389.

[4]- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 91671، بتاريخ 1993/06/23 م.ق ، 1994،عدد 1 ،ص72.

6- سكن الجدة أو الخالة بالمحضون مع أمه المتزوجة من غير قريب محرم :

من حق المحضون أن تسقط حضانته عن جدته أو خالته إذا سكنت به مع امه التي تكون متزوجة برجل من غير محارمه ن و ذلك بموجب حكم قضائي ،بناءا على طلب من له الحق في الحضانة مع حسب الترتيب طبقا لنص المادة 70 ق.أ ،ج.[1] لأن الحضانة إنما شرعت لمصلحة الصغير، و سكن الحاضنة مع الغير الأجنبي بعد إخلال بحق الصغير، و يعرض للضياع.و عليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي أسقطت من أجلها الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا ، و لذلك ينبغي أن يشملها نفس الحكم .

ومنه فإن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة و إنما هو أداء أوجبه القانون ،فإن قام به الحاضن كما أمره القانون و القواعد الشرعية بذلك ، بقي له الى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة و إن أخل بالتزاماته المتعلقة بها أو فقد شرطا من شروطها وجب إسقاطها عليه .

الفرع الثاني : عودة الحضانة إلى مستحقيها .

إن سقوط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب ب القانونية والشرعية ، كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا وخلقيا،فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه.[2]

وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع إسنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

أولا:عودة حق الحضانة في الشريعة الإسلامية.

إختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين.

القول الأول: إن الحق في الحضانة يعود لمن سقط عنها متى زال سبب سقوطه و هذا قول الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة و بعض المالكية

أدلة أصحاب القول الأول:

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

[1]- تنص المادة 70 ق.أ.ج على:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم."

[2] - عبد العزيز سعد مرجع سابق ص370.

حيث إن عبارة ما لم تنكحي للتعليل ، فعلة سقوط الحضانة هي التزوج، فمتى حصل الطلاق فقد زالت العلة، و بزوالها يعود الحق، لأن الحكم يدور مع العلة وجوداً و عدماً وإذا كان هذا في مانع الزواج من الأجنبي فإنه يسري في كل مانع، فلو تابت المرتدة مثلاً و أسلمت، عاد حقها في الحضانة لزوال المانع.[1]

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

- إن الحضانة فيها حق للحاضنة و حق للصغير، و أن أقوى الحقين هو حق الصغير، فإذا سقط حق الأم فلا تقدر على إسقاط حق الصغير أبداً، فيظل قائماً، فمتى عاد حقها، عادت لها الحضانة، و ذلك لأن العائد هنا غير الساقط، لأن حقها يثبت في الحضانة شيئاً فشيئا.[3]

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

وهذا ما ذهب إليه المالكية في المشهور عندهم.

أدلة أصحاب القول الثاني:قول النبي -صلى الله عليه و سلم- :(أنت أحق به ما لم تنكحي).

حيث إن قوله ما لم تنكحي للتوقيت، أي أن حقك من الحضانة مؤقت إلى حين نكاحك، فإذا نكحت، انقضى وقت الحضانة، فلا تعود بعد انقضاء وقتها.

[1] - أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكساني بدائع الصناع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق ،ص42.
[2] - محمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص98.
[3]- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، حاشية رد المحتار على در المختار، مرجع سابق ،ص559.

كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل و استغنائه عنها. [1] أما إذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري كالمرض مثلاً ، فيمكن إن يعود لها الحق كما كان عند زوال العذر الاضطراري لأنه ضرورة.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من عودة الحق في الحضانة.

لقد نصت المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري على أنه."يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري."

ومع ذلك فإنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية،فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه والذي سلب منه حق الحضانة من أجله.

من خلال نص المادة 71المذكورة أعلاه وجب علينا أن نميز بين حالتين:

***الحالة الأولى** : تتمثل في سقوط حق الحضانة بسبب تطبيق قاعدة قانونية وليس لطالب الحضانة أي دور في سقوطها،أي أن هذا السقوط سببه غير اختياري،وهي الحالة التي إذا زال فيها سبب سقوط الحضانة،تمكن الحاضن من استرجاع حقه في الحضانة.

***الحالة الثانية:** هي التي يتسبب فيها مستحق الحضانة بتصرفه في ذلك ،ويعتبر تصرف اختياري،وسنوضح هاتين الحالتين وفق مايلي:

1- **سقوط حق الحضانة الغير اختياري** : والمقصود في هذه الحالة بالسقوط الغير الاختياري هو توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66 و ما يليها من ق.أ.ج والتي أدت إلى إسقاط حق الحضانة ممن كانت موكلة له بموجب حكم قضائي. وعليه فإذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون،فإن هذا الحق سيعود إليها حتما ،إذا طلقت أوتوفي زوجها ولم تتزوج بعده،أما إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن فيه أم المحضون،

وكانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه فإنها تكون بذلك قد خالفت قاعدة قانونية منصوص عليها في المادة70من ق.أ.ج[1] و تسقط منها الحضانة بموجب حكم قضائي،ولن

[1] - أنظر عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص303،302.

تعود إليها أي الجدة لأم أو الخالة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون وبعيدا عنها نوعا ما.

وعليه يمكن القول أنه إذا كان السقوط غير اختياري فإنه يحق للحاضن استرجاع حقه إذا زال سبب السقوط،وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يعود الق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري ومن ثم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون."

2- سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة.

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة كما سبق ذكره ناتج عن تصرف مستحق الحضانة وبناء على رغبته و اختياره.

و عليه فإن حق الحضانة لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه إذا كان مثل هذا السقوط مترتبا عن تنازله الصريح أو إهماله ، وذلك بعدم مطالبته بحقه في الحضانة،ويعتبر ذلك تنازلا وفق المادة 68[2] من ق.أ.ج.

وعليه فإن الأم أو الخالة أوالأب أو غيرهم من مستحقي حق الحضانة لا يمكن لأحدهم أن يستفيد من أحكام المادة71[3] من ق.أ.ج .

أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط إذا كان حقهم هذا قد سقط بسبب تنازلهم أو بسبب عدم المطالبة بذلك خلال المهلة القانونية المحددة بسنة، باستثناء حالة إذا كان عدم المطالبة بحق الحضانة له مبررشرعي، وبالتالي فإنه لا يجوز لأحد بأي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا كان قد قرر التراجع عن التنازل أو قرر أن يطلبها بعد منحها لغيره.

[1] - تنص المادة 70ق.أ.ج على ما يلي:"تسقط حضانة الجدة أوالخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم."

[2] - تنص المادة68 من ق.أ.ج على:"إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها."

[3] - تنص المادة71من ق.أ.ج :"يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري."

الخاتمة

بعد استعراضنا لموضوع الحضانة و فروعه، و مقارنة ذلك بالقانون الجزائري ،تبين أن الشريعة الإسلامية قد حرصت كل الحرص من أجل الحفاظ على مصلحة المحضون و إحاطته بالرعاية التامة ، و عملت على توفير أحسن الحاضنين له ، و على أن يكون في حرز و مأمن ن لا يناله أذى أو شر، و بينت الحل عند التنازع بين أصحاب الحق في الحضانة ، لمن تكون و من يقوم و من يؤخر من أصحابها ، ومن تلزمه نفقة المحضون و ما اللازم منها .

وأن القانون الجزائري قد أخذ في اغلب نصوصه بالأرجح من أقوال المذاهب الفقهية .

أولا : نتائج البحث .

1- أن الحضانة من المواضيع الحساسة و الدقيقة و المعقدة أيضا ، ذلك أن الحضانة قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون،وهي قاعدة ذاتية وشخصية و تختلف منحالة إلى أخرى،كما أنها ليست بقاعدة ثابتة بل هي قابلة للتغير.

2- أن الحضانة مع ما فيها من حق أورده الفقهاء و رجال القانون إلا أنها واجب أكثر منها حقا .

3- الحضانة حق مشترك بين الحاضن و المحضون و تتعين على الحاضن إذا لم يوجد غيره أو إذا لم يقبل الصغير غيره .

4- الأصل في الحضانة ، أنها للنساء، فقد فطرنا على نوع من الحنان و الشفقة لا يوجد في الرجال ، و هن أرقى و أصدى وأصبر على القيام بما يعود بالمصلحة على المحضون، وعليه كانت الحضانة للأم ما لم تتزوج لقوله صلى الله عليه و سلم للمرأة التي طالبت بحضانة ولدها" أنت أحق به ما لم تنكي ".

5- أن الأصل في أحكام الحضانة رعاية الأصلح للمحضون، و عليه فكل أمر يعود بالفساد على المحضون في دينه و عرضه و بدنه و نفسه و غير ذلك ، ينبغي أن يمنع لأنه مخالف لمقاصد الشريعة و أحكام الحضانة.

6- أن الحضانة تسقط بوجود مانع من موانع الحضانة و تعود بزوال ذلك المانع.

ثانيا : الاقتراحات .

رغم المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري لضبط كل الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع الحساس إلا أنه وجود بعض الثغرات :

1- المشرع الجزائري لم يضبط تعريف للحضانة و اكتفى بذكر أهدافها من خلال المادة 62 من قانون الأسرة ن و يكون بذلك قد حدد نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية ،ومنه بتعين على المحكمة عند ما تفصل في الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمنها تعريف الحضانة و هي : رعاية الولد ، تعليمه ،القيام بتربيته على دين أبيه ، و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا .

2- يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري لم ينص على خصائص الحضانة و لا على الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي ستسند إليه حضانة الأولاد مكتفيا بالنص في المادة62 فقرة02 من قانون الأسرة على "...و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك". فحسب رأينا كان من الأجدر عليه أن يخصص مادة لضبط هذه الشروط ، و ذلك من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون .

3- لقد جعل المشرع الجزائري من أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه ،وقد ساوى الفقه و القضاء بين المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة ، لكن السؤال الذي يطرح كيف يتمكن الأب من مراقبة تربية الطفل على دينه لما تمنح الحضانة لأم غير مسلمة؟

نرى أنه على المشرع أن يتدخل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة و تربية الولد على دين أبيه.

4- قيد المشرع الجزائري تطبيق تقريبا كل المواد المتعلقة بالحضانة بمبدأ مصلحة الطفل و لكنه لم يعطي مفهوما لهذا المبدأ و ترك ذلك لتقدير القاضي الفاصل في النزاع ن وهذا

ما قد يؤدي إلى وجود عدة تأويلات فكل قاضي له مفهومه الخاص ، فكان من الأجر عليه ضبط مفهوم لهذا المبدأ و ذلك لتفادي التطبيق الخطأ له و الناجم عن التفسير الشخصي .

5- ما لفت انتباهنا كذلك هو أن سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر و المحدد بعشرة سنوات غير كاف حتى وإن منح المشرع حق تمديد هذا السن إلى 16 سنة في حالة ما إذا كان الحاضن هو ام المحضون ولم تتزوج ثانية ن فالسن غير كاف وأضف إلى ذلك قيد هذا الحق بأم المحضون فقط ، فماهو الحال إذا أسندت الحضانة إلى غير أم المحضون ؟

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

و ما يلاحظ كذلك بالنسبة إلى هذه المسألة هو أن المشرع لم ينضم الحالة التي تنقضي فيها الحضانة الذكر ،فما مصير هذا الطفل بعد بلوغه سن 10 سنوات أو 16 سنة إذا كانت الأم هي الحاضنة و طلب الأب مثلا أخذ الطفل للعيش معه ، فما هي الإجراءات الواجب إتباعها في هذه الحالة؟ و هل يبقى الطفل مع الحاضن أو ينتقل للعيش مع أبيه او أمه في حالة ما إذا كانت الحضانة مسندة لغير الأم؟

فمن الواجب على المشرع تدارك هذا الفراغ ،إما بضبط قواعد لهذه المسألة أو تمديد سن الحضانة للذكر إلى حين بلوغه سن 19 سنة أي سن الرشد المدني و ذلك هو الأجدر حسب رأينا .

6- بخصوص المادة64 التي تتحدث عن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جاء مقتضيا و مختصرا على عكس بعض التشريعات الإسلامية الأخرى،خاصة عندما نصت: على الأقربون درجة ، فالمشرع لم يحددهم و ترك للقاضي خوض غمار البحث في هذه الفئة ، و لم يبين ما هو الحل إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة.

كما أن المشرع عندما الزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة،لم يحدد معناها و الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناءا على طلب الحاضن .

كذا لم يبين المشرع سبب حصر سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت مع ام المحضون المتزوجة بغير قريب محرم دون غيرها .

و عليه فإننا نرى أنه من الضروري أن يتدخل لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة و توضيحها بدقة وأكثرتفصيل، وتدارك النقائص الموجودة و منحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل .

و هي تعديلات مهمة من شأنها على قلتها أن تساهم في حماية مصلحة المحضون،وتسهل على القاضي مهمته بتوضيح الأحكام و عدم إحالته إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في كل مرة.

و بحمد البار ونعمة منه و فضل ورحمة نضع قطراتنا الأخيرة بعد رحلة عبر منائين بين تفكر و تعقل في أحكام الحضانة على ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري وقد كانت رحلة جاهدة لارتقاء بدرجات العقل و معراج الأفكار فما هذا إلا جهد مقل ولا ندعي فيه الكمال و لكن عذرنا أننا بذلنا فيه قصار ى جهدنا فإن أصبنا فذاك مرادنا و إن أخطئنا فلنا شرف المحاولة و التعلم .

و أخيرا بعد أن تقدمنا باليسير في هذا المجال الواسع آملي أن ينال القبول و يلقى الاستحسان ..و صلى اللهم و سلم على سيدنا و حبيبنا محمد و على آله و صحبه و سلم .

المراجـــع

أولا:المصادر

1- القرأن الكريم.

2- السنة النبوية:

1- أبوالمحاسن يوسف بن موسى الحنفي،معتصر من المختصر من مشكل الأثار،الجزء الأول ،الطبعة الثانية،عالم الكتب،لبنان،1362ه.

2- أبوعبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح، وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمر الرسول صلى الله عليه و سلم وسننه و أيامه،تحقيق محمد زهير بن الناصر الناصر،الطبعة الأولى،دار طوق،النجاة،لبنان،1422ه.

3- جمال الدين بن يوسف الزيلعي،نصب الراية في تخرج أحاديث الهداية،الجزء الثالث،كتاب الطلاق،باب حضانة الولد ومن أحق به،الطبعة الأولى،مؤسسة الريان،لبنان،1995.

4-أبو محمد بن حنبل الشباني الذهلي،مسند أحمد،المتوفى241ه،الجزء الخامس.

5- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ،نيل الأوطار،شرح منتقى الأخبارمن أحاديث سيد الأخيار،دار الجيل,لبنان.

3- المعاجم:

1-أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن المنظور الإفريقي المصري،لسان العرب،المجلد الثالث،الطبعة الرابعة،دار صادر،لبنان،2005

ثانيا:الكتب

1- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكساني الحنفي،بدائع الصناع في ترتيب الشرائع،طبعة دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،الطبعة الأولى،1418ه،1997م.

2- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي الدمشقي الحنبلي المتوفى62ه،المغني،مكتبة القاهرة،1388ه/1968م،ج7،ج8.

3- أحمد فراج حسين ،أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،(د.ط) 1997 .
4- أحمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية سنة2010 .
5- أحمد نصر الجندي الطلاق و التطليق و أثارهما .دار الكتب القانونية ،مصر 2010،
6- بدران أبو عنين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية ،المذهب الجعفري و القانون ، الجزء الأول ، الزواج و الطلاق ، دار النهضة العربية ،لبنان 1967 .
7- باديس ديابي ،صور و أثار فك الرابطة الزوجية في ق.أ دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، سنة الطبع 2012.
8- التواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، الجزء الرابع ، كتاب الأحوال الشخصية ، دار الوعي الجزائر 2010 .
9- جابر عبد الهادي ،سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاص بالزواج في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء و دراسة القوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبية الحقوقية ، لبنان 2011.
.10- رمضان على السيد الشرنباصي ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، القسم الأول ، عقد الزواج في الإسلام ، مكونات العقد ،حقوق و واجبات الزوجين ، الدار الجامعية ،د.ب.ن ،2001 .
11- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر ،2008
12- سمير محمد محمود عقبي ، الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار المنار ، مصر،1986
13- السيد سابق فقه السنة ،دار الكتاب العربي ،بيروت ،الطبعة الشرعية،الخامسة ،مجلد ثاني ،1403-1983
14- شمس الدين محمد بن أبي العباس، إبن شهاب الرملي،الشهير بالشافعي الصغير،المتوفى1004ه،مطبعة الباي الحلبي، مصر،1357ه/1938م.

15- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن القيم الجوزية،المتوفى 751ه،مطبعة الباي الحلبي،مصر، الطبعة الثانية،1369ه/1950م.
16- صالح محمد أبو الحاج،سبل الوفاق في احكام الزواج و الطلاق،مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع،2005.
107- الصادق عبد الرحمن الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ،مؤسسة الريان ،لبنان ،2006
18- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ،دار هومة ، الجزائر ،2007 .
19- عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية فقها و قضاءا ، دار الفكر العربية ، الطبعة الثانية ،1396ه /1976م .
20- عبد الرحمن الصابوني ،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، الجزء الثاني ، الطلاق و أثاره ،1979/1978م .
21- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر ،2007 .
22- عمرو عيسى الفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ،الجزء الثاني ،الطبعة الأولى،المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ،2005
23- العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر1999
24- علي بن قاسم الغزي،للشيخ إبراهيم الباجوري،مطبعة دار إحياء الكتب العربية،لعيسى الباي الحلبي و شركاه.
25- العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأو ل،الزواج و الطلاق،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2010.
26- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الأولى ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،2005 .

. 27- القاسمي، محمد بن أحمد،الإتقان والإحكام،شرح تحفة الحكام،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان

28- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابد بن الدمشقي الحنفي،المتوفى 1225ه ،رد المختار على الدر المختار،دار الفكر،بيروت،الطبعة الثانية،1412ه/1992م،ج3.

29- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي المتوفى 883ه،المبسوط،دار المعرفة،بيروت،1414ه/1993م،ج6.

30- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي،المتوفى 1230ه،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،دار الفكر،بدون طبعة،بدون تاريخ،ج2،ج3.

31- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ،دار الفكر العربي ،مصرن1957.

32- محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثالثة ،مطبعة السعادة ،مصر ،1966 .

33- محمد لمين لوعيل ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة، الجزائر،2004 .

34- محمد كمال الدين إمام ،أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء ،دراسة لقوانين الأحوال الشخصية ،دار الجامعة الجديدة ، مصر ،2008.

35- محمد سمارة ،أحكام و أثار الزوجية ،شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،دار الثقافة لنشر و التوزيع 2008/1429 .

36- محمد عليوي ناصر، أحكام الحضانة بين الشريعة و القانون عمان ، 1441ه/2010م .

37- ممدوح عزمي،احكام الحضانة بين الفقه و القانون ،الطبعة1397ه/1977م

38- منصوربن يونس بن صلاح الدين ابن حسن إبن إدريس،البهوتي الحنبلي،المتوفى 105ه،دقائق أولى النهي لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات عالم الكتب،الطبعة الأولى،1414ه/1993م،ج2،ج3.

39- المصري مبروك الطلاق و اثاره في قانون الأسرة الجزائري ،دار هومة الجزائرسنة2010

40 - نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا و تطبيقا ،دارالهدى ، الجزائر2006 .

41- وهبة الزحيلى، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية ،دار الفكر ،د.ب.ن،1985 .

ثالثا: المقالات .

1- بلقاسم أعراب ،مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ،معهد الحقوق ،جامعة الجزائر ن العدد الأول ،1994 .

2- عيسى حداد ، الحضانة بين القانون و الإجتهاد القضائي ، مجلة التواصل ، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، جامعة باجي مختار ، عنابة ، الجزائر،عدد 15،2005 .

رابعا :رسائل و مذكرات الجماعية .

1- صالح بوغرارة،حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ،جامعة بن يوسف بن خدة ،الجزائر،2007 .

2- عزيزة حسيني ، الحضانة في قانون الأسرة ،قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي ،رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية ،كلية الحقوق و العلوم القانونية ،بن عكنون،جامعة الجزائر ،2001 .

3- عيسى طعيبة ،سكنا لمحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي ،مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ،فرع العقود و المسؤولية ،كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة ،الجزائر ،2011 .

4- نبيلة تركماني ، اسباب الطلاق و آثاره القانونية و الاجتماعية ،رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود و المسؤولية ،كلية الحقوق ،بن عكنون،جامعة الجزائر ،2001 .

5- نعيمة تبودوشت ، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ،رسالة لنيل شهادة الماجستير ،معهد الحقوق، بن عكنون ،جامعة الجزائر،2000.

خامسا : الاجتهادات القضائية.

1- م ع،غ أش ، قرار بتاريخ1984/01/09 ملف رقم31997 .م.ق 1989 عدد الأول

2- م ع،غ أش ، قرار بتاريخ1984/07/09ملف رقم 3391 ،م.ق 1989 عدد الخاص.

3- م ع،غ أش ، قرار بتاريخ 1989/03/13ملف رقم52221 ، م.ق 2001عدد خاص.

4- م ع،غ أش ، قرار بتاريخ1998/04/21ملف رقم189234 ، م.ق 2001 عدد خاص.

5- م ع،غ أش ، قرار بتاريخ 2000/02/22 ملف رقم 237148 ، م.ق 2001 عدد خاص.

سادسا:النشرات.

1- نشرة القضاة 1982 عدد خاص .

2- نشرة قضاة 1986العدد2.

سابعا:النصوص القانونية

1- قانون رقم 84-11المؤرخ في 09رمضان1404ه الموافق لـ: 09 يونيو 1984يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بالأمررقم05-02 المؤرخ في 27فبراير2005، الصادر بجريدة رسمية عدد15،بتاريخ2005/02/27.

2- قانون رقم 08-09المؤرخ في 18صفر 1429الموافق لـ: 25فبراير 2008،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،صادر بجريدة رسمية،عدد 21الصادر بتاريخ23أفريل2008.

3- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق لـ :26سبتمبر1975،يتضمن القانون المدني المتمم والمعدل.

4- الأمر رقم 156/66المؤرخ في 18صفر1386ه،الموافق لـ: 8يونيو1966يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.

الفهرس

الشكر والتقدير

الإهداء

المقدمة أ

الفصل الأول : ماهية الحضانة 09

❖ المبحث الأول:مفهوم الحضانة 10

➢ المطلب الأول:تعريف الحضانة 10

- الفرع الأول:التعريف الإصطلاحي و الشرعي للحضانة 10
- الفرع الثاني:التعريف القانوني للحضانة 14

➢ المطلب الثاني:حكم الحضانة ودليل مشروعيتها 18

- الفرع الأول:حكم الحضانة 18
- الفرع الثاني:دليل مشروعية الحضانة 21

❖ المبحث الثاني:شروط ممارسة الحضانة 24

➢ المطلب الأول:الشروط العامة الواجب توفرها في الرجال والنساء 25

- الفرع الأول:العقل والبلوغ والقدرة. 26
- الفرع الثاني:شرط الأمانة على الأخلاق والإسلام 34

➢ المطلب الثاني:شروط الحواضن الخاصة 40

- الفرع الأول:الشروط الخاصة بالنساء 40
- الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالرجال 45

الفصل الثاني:أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري. 49

❖ المبحث الأول : أصحاب الحق في الحضانة و مدتها 50

➢ المطلب الأول : ترتيب الحواضن 50

- الفرع الأول : ترتيبهم في الشريعة الإسلامية 51
- الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري 54

➢ المطلب الثاني : مدة الحضانة 67

- الفرع الأول : انتهاء مدة الحضانة 67
- الفرع الثاني : مصير الصغير بعد إنتهاء مدة الحضانة 71

❖ المبحث الثاني : أثار الحضانة و أسباب سقوطها 74

➢ المطلب الأول :أثار الحضانة 75

- الفرع الأول : نفقة المحضون وأجرة الحاضنة 75
- الفرع الثاني : سكن الحضانة و حق الزيارة 83

➢ المطلب الثاني : سقوط حق الحضانة و عودتها 91

- الفرع الأول :أسباب سقوط الحضانة 91
- الفرع الثاني :عودة الحضانة الى مستحقيها 97

الخـــــاتمــة 101

المراجع 105

الفهرس 111