وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص : قانون الأسرة

إعداد الطلبة :

❖ نـــاصر ميلودي

❖ الجيلالي حمادي

بإشـــراف :

* د/ الديلمي شكيرين

لجنة المناقشة :

1-د/ الـجيلالي عشير	رئـــيـــس.
2-د/ الديلمي شكيرين	مشرف ومقرر.
3-د/ أسـماء بعـلـوج	مـــنـاقـــش.

تاريخ المناقشة : 24جوان2019.

السنة الجامعية: 2019/2018

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون الأسرة

بإشـــراف :

د/ الديلمي شكيرين

إعداد الطلبة :

نـــاصر ميلودي

الجيلالي حمادي

تاريخ المناقشة : 24جوان2019.

السنة الجامعية :2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر و تقدير

الحمد لله الذي هدانا لهذا ، وسهل لنا إنجاز هذه المذكرة ، والصلاة والسلام على رسول الله خاتم النبيين والمرسلين ، فالشكر لله عز وجل ، والشكر موصول للأستاذ المشرف الدكتور شكيرين ديلمي ، الذي رافقنا في إعداد هذه المذكرة ، وصوب أخطاءنا.

كما نشكر كل من ساعدنا في إعداد هذا البحث من بعيد أو من قريب.

ونشكر أعضاء اللجنة الكرام الذين قبلوا مناقشة هذا العمل.

الإهـــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع ، إلى روح أبي الطاهرة الذي ما فتئ يزرع العزيمة والإرادة في نفسي ، ثم إلى من كان لها الفضل الكبير عليّ أمي الغالية التي لطالما ساعدتني بدعواتها الخالصة فأقول لها هذا ليس إلا ثمرة لعطائك.

ثم إلى الذين أحبهم بكل جوارحي أفراد العائلة الكريمة صغيرها وكبيرها ، وإلى من قاسمتني التعب والسهر والتي اعتبرها الرفيقة الممتازة ، والى كل أبنائي وقرة عيني : ميلود عبد العزيز ، اميمة سندس ، زينب.

وإلى أفراد أسرتي الثانية وزملائي في الوظيفة الذين اعترف لهم بدعمهم المعنوي فأقول لهم أنتم دائما في الذاكرة : كل موظفي مستشفى مكور حمو بعين الدفلى اخص بالذكر موظفي مصلحة طب الأورام .

ولكل من ساعدني من قريب أو بعيد في انجاز هذه المذكرة ، وإلى جميع القائمين على كلية الحقوق وكل الطلبة والأساتذة الكرام اخص بالذكر موظفي المكتبة وخاصة الصديق قزول عمر .

ناصر ميلودي

الاهـــــــداء

أهدي ثمرة مجهودي المتواضع إلى روح والدتي العزيزة الغالية ، طيب الله ثراها وجعل الجنة مثواها.

-والدي الكريم الذي اسال الله أن يحفضه من كل مكروه ويجعل عافيته خيرا.

-زوجتي التي تعينني على مصائب الدهر ونكباته.

-أبنائي ، شريف عبد الغني ، جابر عبد المؤمن ، خديجة قرة عيني.

-كل من علمني حرفا أو أسدى لي نصحا أو قدم لي معروفا

-كل من تعلمت على يديه ، اساتذتي الكرام حفضهم الله

-إلى روح الأستاذ المغدور بشير قروي سرحان رحمه الله

-صديقي الأستاذ عليوات أمحمد الذي لولاه لما انتسبت إلى لجامعة خميس مليانة حفضه الله ورعاه.

-صديق الطفولة ورفيق دربي عبد القادر فروح ، إلى أخي زيد العنزي .....

.

-إلى شعبنا البطل الذي انبعث بعد مماته .

-إلى كل من ضحى بحياته وروحه ودمه من اجل الجزائر العزة والكرامة.

-إلى موضفي مكتبة خميس مليانة على رأسهم عمر.

-اسال الله تعالى أن يجعل هذا الجهد خالصا لوجهه الكريم.

جيلالي حمادي

مقـــدمـــة

إن من أهم آثار انفكاك الرابطة الزوجية من الناحية الشرعية والقانونية هي الحضانة ، إنها ليست بالعمل السهل كما يعتقد البعض ، حيث انه إذا كانت تربية الطفل تحت سقف الزوجية واحد مع والديه صعبة ، فإنها عند انفكاك الرابطة بينهما اشد صعوبة ، لاسيما حينما يجد هذا الطفل نفسه بلا حسيب ولا رقيب ، فيعيش بهواه فينجرف في مستنقع التشرد والانحراف مبكراً ، أو يصير وسيلة للانتقام المتبادل بين الوالدين المنفصلين في أروقة المحاكم.

فقهاء المسلمين على مدار العصور ، تنبهوا لمدى خطورة آثار انفكاك الرابطة الزوجية ، واخصوا بالذكر الحضانة فاستفاضوا في دراستها وتأصيلها حماية الطفل المحضون وللمجتمع ككل.

المشرع الجزائري هو الآخر لم يغفل جانب الحضانة في قانون الأسرة فخصص لها في الفصل الثاني من الباب الثاني موادً خاصة بها ، كل ذلك لحماية مصلحة الطفل المحضون.

إن الأهمية العملية والعلمية والقضائية لموضوع الحضانة تتجلى باستمرار نظراً للتصاعد المقلق لظاهرة الطلاق ، ومن ثم التنازع على حق حضانة الطفل ، أما الأهمية العلمية فتظهر في معالجة النصوص القانونية التي تنظم موضوع الحضانة ، ودراستها دراسة قانونية سليمة لتوجيه الرأي العام وتحسيسه بخطورة وأهمية الموضوع ، والأهمية القضائية تكمن في اجتهادات المحكمة العليا التي ما فتئت إلا وتحرس على حماية مصلحة الطفل المحضون باعتباره الحلقة الأضعف عند انفكاك الرابطة الزوجية.

اختيارنا لتخصص قانون الأسرة كان دافعاً قوياً لدراسة هذا الموضوع بغية الاطلاع على كامل جوانبه الشرعية والقانونية مع توفر المراجع اليوم وسهولة الوصول إليها عبر المواقع الالكترونية.

طبيعة الموضوع استدعت اعتماد المنهج التحليلي لدراسة النصوص القانونية المنظمة ، بالإضافة إلى المقارنة بين الفقه الإسلامي الواسع وقانون الأسرة الجزائري ، ولقد اصطدمنا بصعوبات في كيفية التوقيف بينهما.

ومن خلال هذا العرض ارتأينا طرح الإشكالية التالية : إلى أي مدى اهتم الفقه الإسلامي بمسالة الحضانة ؟ ، وهل وفق المشرع الجزائري في الإحاطة بها واحتاط لمصلحة أطراف الحضانة ؟ ، هل اجتهادات المحكمة العليا لوحدها كفيلة بحماية مصلحة المحضون في كل مرة ؟ .

وللإجابة على هذه التساؤلات ، قسمنا الموضوع إلى فصلين ، حيث تناولنا في الفصل الأول مفهوم الحضانة ومستحقوها ، وفي الفصل الثاني آثار الحضانة والدعاوى المتعلقة بها ، وعليه فإننا سنبذل قصارى جهدنا في استقصاء جوانب الموضوع وتحليل الجانب الفقهي والقانوني قصد التوصل إلى نتائج تساهم في إثراء الموضوع ، وتقديم اقتراحات وتوصيات لعلى المشرع الجزائري يلتفت إليها في تعديلاته اللاحقة حماية لمصلحة أطراف الحضانة ككل .

الفصل الأول
مفهـــوم الحضانة ومستحقوها

الفصل الأول : مفهوم الحضانة ومستحقوها.

نتطرق في الفصل الأول من هذا البحث إلى الحديث عن مفهوم الحضانة وأهميتها وحكمها في المبحث الأول ، أما في المبحث الثاني فنخصصه بالتعرف على شروط استحقاق الحضانة وأصحاب الحق وترتيبهم في الفقه الإسلامي ، وكيف رتبهم المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل وبعد التعديل فيفري 2005.

المبحث الأول : مفهوم الحضانة وحكمها في الفقه وقانون الأسرة الجزائري.

قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، حيث عالجنا في المطلب الأول مفهوم الحضانة لغةً ، فقهاً وقانوناً ، ثم تطرقنا إلى تبيين حكمها ومشروعيتها في المطلب الثاني ، أما في المطلب الثالث فوضحنا فيه حقيقة الحضانة وأهميتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة معاً.

المطلب الأول : تعريف الحضانة

لكي نقف على أحقية الحضانة لا بد من معرفة مدلولها اللغوي ، وما يقصد به من الناحية الشرعية عند الفقهاء على مختلف مذاهبهم ، وهل وفق المشرع الجزائري في ذلك ؟

الفرع الأول : الحضانة في اللغة.

الحضانة بفتح الحاء ، وكسرها ، مأخوذ من الحضن ، والحاضن اسم فاعل ، والحاضنة الموكلة بالصبي تحفظه وتربيه ، وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته ، الحاضنة مصدر الحاضن والحاضنة[01].

احتضن الصبي جعله في حضنه ، والحضانة مهنة الحاضنة [02].

الفرع الثاني : الحضانة في الفقه

هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمر تربيته ، بما يصلحه ، ووقايته مما يؤذيه ويضره ، وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً ، وفي مذاهب أهل السنة والجماعة ، وردت تعريفات متقاربة ، تتفق في جوهرها على خصوصية المفهوم ، فتخص به الطفل أو الصبي غير المميز.

---

[01]–أبو الحبيب سعدي ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا ، الطبعة 2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1988 ، ص23 .

[02]–المنجد في اللغة والإعلام ، الطبعة التاسعة والعشرون (29)،دار المشرق، بيروت ، 1996 ، ص139 .

1_ المالكية :

الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه وذهابه ومجيئه[01].

وقيل : الحضانة هي صيانة العاجز عن القيام بمصالحه وهذا المعنى يدخل تحته الطفل الصغير والمعتوه[02].

2_الشافعية :

الحضانة هي تربية من لا يستقل بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه[03].

3_الأحناف :

الحضانة هي تربية الطفل ورعايته ، والقيام على أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة[04].

4_الحنابلة :

الحضانة هي حفظ صغير ونحوه عما يضره ، وتربيته[05].

أما عند **الفقهاء المحدثين** : فأرائهم في مفهوم الحضانة لم يخرج عن تعريفات علماء المذاهب الإسلامية ، بل زيد عليها فهي : « تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ، ممن لهم الحق في تربيته شرعا وهي للام ثم لمحارمه »[06].

---

(01)– أبي البركات سيدي احمد الدر دير ، الشرح الكبير ، ج2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1996 ، ص526 .

(02)– احمد نصر الجندي ، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006 ، ص87.

(03)– محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة النشر ، ص56.

(04)– عصام أنور سليم ، حقوق الطفل ، المكتب الجامع الحديث ، 2001 ، ص129–130 .

(05)– شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني الشافعي ، مغني المحتاج ، ج3 ، 1994 ، ص452.

(06)– عايدة سليمان أبو سالم ، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ، درجة الماجستير في الفقه المقارن ، كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة ، 2003 ، ص10.

الفرع الثالث : الحضانة في القانون.

لا تختلف القوانين كثيراً في تعريفاتها للحضانة ، عما ورد في كتب الفقه الإسلامي ، وذالك لان الحضانة في حد ذاتها من مقاصد الشريعة الإسلامية ، ومن الحاجيات في رعاية الأولاد والحفاظ عليهم ، والحضانة في القانون هي العناية بالطفل ورعايته وتعليمه وتربيته ، وهذا ما جاءت به المادة(**62**)من قانون الأسرة الجزائري بقولها : « رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً ».

هذا التعريف الذي ساقه المشرع الجزائري ، هو أحسن تعريف قانوني للحضانة ، إذ جاء شاملاً لمفهومها ، لان الطفل في صغره هو من أمس الحاجة لمن يتكفل برعايته وتربيته التربية الصحيحة والسهر على صحته وتحسين أخلاقه وتنشانه على دين أبيه[01].

المطلب الثاني : حكم الحضانة ومشروعيتها.

اختلف الفقهاء في حكم الحضانة بين الوجوب والكفاية ، إلا أنهم يتفقون على مشروعيتها حماية لمصلحة المحضون.

الفرع الأول : حكم الحضانة.

اختلف الفقهاء في حكم الحضانة ، هل هي واجبة أم فرض كفاية ، وظهر على اثر ذلك رأيان .

الرأي الأول : الذين يرون أن الحضانة فرض كفاية هما : الشافعية والمالكية ، إذ يرون بأنه لا يحل ترك الصغير بدون كفالة ولا عناية حتى لا يهلك ، فالحضانة هي فرض كفاية كالنفقة ، إذا فعله البعض سقط الحرج من الباقين ، ولا يتعين عليها في حولي الرضاعة ، إذا رفض الرضيع تقبل ثدي غير ثدي أمه ، فتجبر على إرضاعه[02].

---

[01]- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البعث ، الجزائر ، 1986 ، ص293 .

[02]-سمير محمد محمود العقبى ، الحضانة في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، ط1 ، دار المنار ، لبنان ، 1986 ، ص13.

الرأي الثاني : يرى الحنابلة أن الحضانة واجبة ، إذ بدونها يهلك الطفل وعليه يجب حفضه ، كما يجب الإنفاق عليه ، ويؤكد المالكية على أن وجوبيه الحضانة "واجبة عيناً " إذا وجد حاضن واحد ولو أجنبياً عن المحضون ، وهي كفاية عند تعدد الحواضن [01].

الفرع الثاني : مشروعية الحضانة.

1_القران الكريم : وردت عدة آيات قرآنية تفيد معنى الحضانة ورعاية للطفل منها قوله تعالى: « **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** »[02]

وقوله تعالى :« **وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**» [03].

2_السنة النبوية المطهرة : روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : « إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء ، وحجري له حواء ، وان أباه طلقني وارد أن ينزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تتزوجي ».

3_الإجماع : انعقد إجماع علماء المسلمين على مشروعية الحضانة ، وذلك لمصلحة المحضون الذي هو الطرف الأضعف ، وحمايته من الهلاك والضياع .

المطلب الثالث : أحقية الحضانة وأهميتها في الفقه وقانون الأسرة الجزائري.

تباينت وجهات نظر الفقهاء حول حقيقة الحضانة بين كونها حقاً من حقوق الأم لها أن تتنازل عنه ، أم هي من حقوق الطفل الخاصة به ، المشرع الجزائري ركز على حماية مصلحة المحضون وان أعطى الأولوية للام.

الفرع الأول : أحقية الحضانة وأهميتها في الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء في كون الحضانة حقاً للام أم واجباً عليها ، إلا انه يمكننا أن نصنفهم إلى أربعة أراء وهي :

---

[01]– وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ج7 ، دار الفكر ط2 ، بدون سنة النشر ، ص718 .

[03][04]–سورة البقرة الآية 233.

الرأي الأول : الحضانة حق للام.

لها التنازل عنها وبإسقاطها ، وهو قول لجماعة من الأحناف والشافعية ورأي المالكية والحنابلة .

1_فقهاء الحنفية :

ترى طائفة منهم أن الحضانة حق للام ، فلا تجبر عليها ، ولها الامتناع عن القيام بها ، قال ابن الهمام الأم أحق بالولد ، والنفقة على الأب ، ولا تجبر الأم عليه ، وقال غيره : « إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد »[01].

2_فقهاء الشافعية : يرون الحضانة حق خاص ، يقول الإمام الشافعي : « إذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة ، فالأم أحق بولدها مالم تتزوج »[02] .

3_فقهاء المالكية :

ترى جماعة منهم أن الحضانة هي حق للام ، لها التنازل عنها [03].

الرأي الثاني : الحضانة حق للصغير.

بمفهوم المخالفة أن الحضانة واجبة على الأم اتجاه صغيرها ، فلا يجوز لها إسقاطها ، وليس لها حق الامتناع ، وتجبر عليها .

وهذا ما قال به بعض فقهاء الحنفية ، ويرى وهبة الزحيلي أن الحضانة واجبة كون أن الصغير يولد وهو عاجز عن تولي شؤون نفسه ، فيكون في أمس الحاجة إلى من يرعاه ويحافظ عليه ، ويقوم بتربيته وتدبير أموره[04].

---

[01].كمال ابن همام الحنفي ، فتح القدير ، المطبعة الأميرية ، ج04 ، 1316هـ ، ص368.

[02].محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، ج03 ، 1990 ، ص92.

[03].الخطاب محمد بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ج03 ، 1995 ، ص215.

[04]-وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص718.

الرأي الثالث : الحضانة حق للام والصغير معاً.

ترى جماعة من فقهاء الحنفية أن الحضانة حق للام والصغير معاً ، فان وجد من يقوم بها فلا تجبر ، وان لم يقم بها غيرها فليس لها الامتناع ، وحق المحضون أقوى ، ذكر ابن عابدين انه : « ....يظهر لي أن كلاً من الحاضنة والمحضون له حق الحضانة ، أما الحاضنة فانه ليس للأب مثلاً أخذه منها ، وأما المحضون فلأنها إذا تعينت لم يكن لها الامتناع»[01].

فقهاء المالكية :

يقولون أن الحضانة واجبة عيناً إذا لم يوجد غيرها ، ويقصدون الأم مثلاً عدم قبول الصغير ثدياً غير ثدي أمه ، وهي واجب كفائي لو قام بها احد من أهلها تسقط عن الباقين.

خلاصة القول أن الحضانة من المسائل المختلف فيها بين أن تكون حقاً أو واجباً ، إلا انه متفق عليه بين جميع الفقهاء قديماً وحديثاً انه يجب أن لا يترك الصغير بلا حاضنة لكونه يولد وهو عاجز عن القيام بشؤونه لوحده[02] .

الرأي الرابع : الحضانة حق الله تعالى.

يرى أصحاب هذا الرأي أن الحضانة هي حق الله تعالى ، فلا تسقط نزولاً عند إرادة الحاضن ، فالحضانة حق لمن هو في حاجة إليها وواجبة على غيره اتجاه ، وعلى المجتمع كفالة الطفل عند عدم وجود الحاضنة وهذا ما يرى به بعض فقهاء المذهب الاباضي[03].

الفرع الثاني : حقيقة الحضانة وأهميتها في قانون الأسرة الجزائري.

المشرع الجزائري أعطى الأولوية في الحضانة للام بعد فك الرابطة الزوجية ، ولو كانت كافرة ، وبين أهدافها في المادة **(62)** الفقرة الأولى من قانون الأسرة كما يلي :

---

[01]-محمد أمين بن عمر عبد العزيز العابدين ، در المختار على در المختار ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة النشر ، ص112.

[02]-محمد عبد الرحمن المغربي ، المرجع السابق ، ص215.

[03]-العلامة افطيش محمد بن يوسف ، شرح النيل وشفاء العليل ، مكتبة الإرشاد ، السعودية ، ج13 ، بدون سنة النشر ، ص342.

1_تعليم الولد : ويعني تمكين الولد من التعليم كغيره من الأطفال الذين يعيشون في كنف أسرة متماسكة ، والقانون الجزائري يضمن مجانية التعليم الابتدائي لجميع الأطفال بلا استثناء ، فكيف يحرم منه من حرم من الوالدين مجتمعين معاً ؟ !

2_تربيته على دين أبيه : ورد في كثير من قرارات المحكمة العليا انه : « من المقرر شرعا وقانونا إن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة ، إلا إذا خيف على دينه »[01] .

3_السهر على حمايته : ويقصد بكلمة –الحماية– بكل ما تحمله من معان : الحماية الخلقية ، النفسية ، الجسدية.

المبحث الثاني : شروط استحقاق الحضانة وترتيب الحواضن في الفقه وقانون الأسرة الجزائري :

من خلال ما سبق اتضح لنا أن الحضانة ولاية على الطفل لحفظه مما يؤذيه ويضره في جسمه وعقله إلى أن يبلغ ، ولا يمكن أن يقوم بهذه الوظيفة إلا من اتصف بجملة من الشروط ، قسمها فقهاء المسلمين إلى ثلاثة أنواع : شروط عامة في النساء والرجال معاً ، شروط خاصة بالنساء ، شروط خاصة بالرجال.

المشرع الجزائري في قانون الأسرة ساير الفقه الإسلامي ، ولم يخرج عنه.

المطلب الأول : شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.

اجتهد فقهاء المسلمين ما في وسعهم لحماية مصلحة المحضون ، فأوجبوا ضرورة توفر عدة شروط في من يتولى الحضانة ، سواء كان هذا الحاضن رجلاً أو امرأة.

وردت هذه الشروط على ثلاث أنواع ، وهي شروط عامة في النساء والرجال ، شروط خاصة بالنساء ، شروط خاصة بالرجال.

[01].قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم52221 ، تاريخ13مارس1989.

الفرع الأول : شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي.

أولاً : الشروط المتفق عليها.

الشرط الأول البلوغ :

ومعناه أن يكون الحاضن بالغاً ، فلا تثبت الحضانة للصغير ، لأنه عاجز عن عناية نفسه ، فكيف يقوم برعاية غيره والصغير المميز لا حضانة له[01].

الشرط الثاني العقل :

«أن يكون الحاضن عاقلاً ، فلا حضانة للمجنون أو المعتوه ، فالجنون مانع من موانع الحضانة والتي هي احد صور الولاية ، وإن كان لا ولاية للمجنون أو المعتوه على نفسه فكيف يكون له ولاية على الصغير؟»[02].

الشرط الثالث الأمانة :

اختلف الفقهاء في شرحها نذكر بعض منهم :

1_**ابن عابدين** : «المراد بكونها أمينة أن لا يضيع الولد عندها بانشغالها عنه والخروج من منزلها في كل وقت »[03].

2_**الدسوقي** : «الأمانة هي حفظ الدين ، وقال الباجوري : العفة والأمانة جمع بينهما لتلازمهما »[04].

وتتمثل الأمانة في أن لا يكون الحاضن أو الحاضنة من أهل الفسق ، ولقد اختلف الفقهاء في حكم الفسق المسقط للحضانة.

القول الأول : إذا كان الطفل لم يبلغ الفهم بعد فلا يضره الفسق ولا يعد مسقطاً للحضانة ، أما إذ بلغ الطفل 7 سنوات وهو يعقل فسق والدته فانه ينزع منها حتى لا يتربى على تربيتها.

---

(01).محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، المرجع السابق ، ص555.

(02)–ممدوح عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه والقانون ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، 1997 ، ص25.

(03)–محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، مرجع سابق ، ص556 .

(04)–محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج5 ، طبعة الحلبي ، القاهرة ، 1996 ، ص526.

القول الثاني : يرى أصحابه أن الفسق مانع من الحضانة ، إذ كان مشهوراً بفسقه في المجتمع ، وهو مذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) ، « فهم يرون بان الفاسق غير أمين على نفسه فكيف يكون أمينا على غيره ؟»[01].

القول الثالث : الفسق المانع من الحضانة «هو الفسق الذي يترتب عليه ضياع الولد»[02] .

القول الرابع : أن الفسق غير مانع من الحضانة ، «وان حضانة الفاسق جائزة ، وحجتهم في ذلك إن النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده صحابته لم يمنعوا الفاسقين من تربية أبنائهم »[03].

الشرط الرابع: القدرة

اختلف الفقهاء في تحديد معنى القدرة ، هل هي القدرة على الإنفاق أم القدرة من حيث القوة ، فالحنفية يرون أن القدرة تعني الرعاية ، أما الإنفاق فهو من اختصاص الأب وليس الأم الحاضنة.ذكر المرغيناني : « ...لان الأم أشفق واقدر على الحضانة »[04].

بينما يرى ابن عابدين انه يقصد بالقدرة هو الإنفاق : « الظاهر أن القدرة على الإنفاق »[05].

بينما يقول الشافعية أن القدرة يقصد بها سلامة البدن ، وعند المالكية تعني **الكفاية** ، وزادوا في شرح القدرة فحملوها على عدة معاني ، فقالوا تعني : «عدم الأضرار بالمحضون ، والخلو من الأمراض المزمنة وعدم الإصابة العمى ، الشلل والخرس ، وقال الدسوقي لا حضانة لعاجز»[06].

---

[01]–شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ج02 ، 1986 ، ص528.

[02]–زين الدين ابن نجم ، البحر الرائق ، شرح كنز العمال ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج04 ، 1977 ، ص180.

[03]–ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد ، مؤسسة الرسالة ،الطبعة14، بيروت، 1986 ، ص425.

[04]–علي بن أبي بكر المرغيناني ، المحقق صلال يوسف ، دار إحياء التراث العربي ، مصر ، 2010 ، ص525.

[05]–محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، مرجع سابق ، ص465.

[06]–شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، نفس المرجع ، ص598.

ووافقهم في ذلك الحنابلة فاشترطوا في القدرة : عدم العجز والخلو من عاهة مانعة والخلو من مرض معدٍ[01].

الشرط الخامس : السلامة من الأمراض المعدية :

يشترط الحنابلة في الحضانة السلامة الصحيحة من كل الأمراض المعدية : «....إذا كان بالأم برص أو جذام سقط حقها في الحضانة ، كما أفتى به ابن تيمية ...قال في الإنصاف وقال غير واحد ، وهو واضح في كل عيب متعدٍ ضرره إلى غيره »[02].

وقال فقهاء الشافعية « لا حضانة لفاقد القدرة ومن به مرض لا يرجى شفاؤه يشغله عن النظر في كفالة المحضون »[03].

الشرط السادس : أن يكون المكان الذي يسكنه الحاضن مأموناً :

ويقصد به المكان الذي لا يخاف فيه على الطفل ، من أي ضررٍ كان ، فإذا كان المكان لا يؤمن فيه على الطفل المحضون من الضرر كالاختطاف والفساد باللواط أو الزنا أو الخمر أو الحشيش فيسقط حق صاحبه في الحضانة وتنتقل إلى غيره رفعاً للضرر وحماية المحضون[04].

ثانياً : الشروط الغير متفق عليها.

اختلف الفقهاء في بعض الشروط ، منهم من أخذها ، ومنهم من لم يشدد عليها وهي

الشرط الأول : الإسلام (الدين) :

اختلف الفقهاء حول الإسلام كشرط في الحضانة ، إذ يرى الحنفية أن اتحاد الدين ليس شرطاً لازماً في الأم الحاضنة ، فقد جاء في كتبهم أن«الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر»[05].

---

[01]-عبد الله بن محمد بن قدامة المغني ، تحقيق طه محمد الزيتي ، دار الكتاب العربي ، ج08، مصر، ص600.

[02]-الشيخ منصور بن إدريس البهوتي ، كشف القناع ، المطبعة الشرقية ، ط1 ، ج5، القاهرة ، 1319ه ، ص499.

[03]-الشيخ إبراهيم الباجوري ، حاشية الباجوري على قاسم بن الغزي ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، ج05 ، بدون سنة النشر ، ص197.

[04]-الصادق بن عبد الرحمن الغرياني ، الأسرة ، دار ابن حزم ، بيروت ، 2007 ، ص373.

[05]-محمد بن عبد الواحد بن همام دار الكتب العلمية ، الطبعة01 ، ج3 ، 1995 ، ص316.

وقال ابن عابدين : «تثبت الحضانة للام النسبية ولو كانت كتابية أو مجوسية»[01].

والشافعية أجازوا أن يكون الحاضن مسلماً ، والمحضون كافراً قال الباجوري : « يشترط إسلام الحاضن فيما إذا كان المحضون مسلماً »[02].

والمالكية هم أيضاً يرون بان الإسلام ليس شرطاً في الحاضن ، قال الشيخ

الدر دير : «الإسلام ليس شرطا في الحاضن إلا إذا خيف إفساد المحضون»[03]

بينما اخذ الحنابلة بشرط اتحاد الدين ، قال ابن قدامة : «أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم»[04].

الشرط الثاني : أن يكون الحاضن رحماً محرماً : لفقهاء المالكية رأيان.

الرأي الأول : انه لا حضانة لغير الرحم المحرم

والرأي الثاني : أن له حضانة ، قال الدسوقي : «...وكذا إذا كان المحضون أنثى مطيقة وكان الحاضن أنثى ، أو كان تزوج بأم المحضونة أو جدتها ، وتلذذ بها بحيث صارت المحضونة من محارمه ، وإلا فلا حضانة له »[05].

بينما الحنابلة اخذوا بشرط الرحم المحرم ولم يأخذ بها الحنفية ، بل جعلوه قيداً للتحرز والاحتراس من الوقوع في الفتنة ، فلو آمن على المحضون جاز أن يدفع لغير المحرم[06].

أما الشافعية فقيدوا بالرحم المحرم وقيدوه بالمحضونة الأنثى.

---

[01]–محمد أمين بن عمر عبد العزيز العابدين ، مجموعة رسائل ابن العابدين(الإبانة) ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ج05 ، 1993 ، ص365.

[02]–حاشية الباجوري ، المرجع السابق ، ص197.

[03]–وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص727.

[04]-عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المرجع السابق ، ص530.

[05]–حاشيةالباجوري ، المرجع السابق ، ص197.

[06]–محمد علوي ناصر ، مرجع سابق ، ص109.

ثالثاً : الشروط الخاصة بالنساء :

إلى جانب الشروط العامة التي سبق ذكرها ، وضع الفقهاء شروطاً أخرى تخص حضانة النساء وهي :

الشرط الأول : أن تكون ذات رحم للمحضون :

«ويقصد بها أمه أو أخته ، فان كانت أجنبية فلا يثبت لها الحق ، حتى لو كانت محرمةً عليه كأمه وأخته من الرضاع ، وكذلك لو كانت قريبة للصغير ولم تكن محرماً له لا تكون أهلاً للحضانة ، كبنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات»[01].

الشرط الثاني : أن لا تكون الحاضنة قد تزوجت من أجنبي :

أي لا تكون متزوجة بغير ذي محرم للصغير ، فإذا كانت متزوجة من عم الصغير المحضون أو الصغيرة جازت لها الحضانة يقوم هذا الشرط على أساس الحديث النبوي الشريف الذي رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن المرأة التي جاءت إلى النبي تشتكي من زوجها الذي أراد أن ينتزع منها طفلها بعد تطليقها منه ، فقال لها رسول صلى الله عليه وسلم : «أنت أحق به مالم تنكحي» ، الفقهاء عامةً باستثناء الحسن البصري ، وابن حزم الظاهري اخذوا بهذا الحديث[02].

الشرط الثالث : أن تكون الحاضنة قادرة على الحضانة :

ونعني بالقدرة العقلية والجسدية التي تمكنها من حفظ ورعاية المحضون وإتيان مصالحه[03].

الشرط الرابع : أن لا تكون مرتدة :

لان في ردتها ضرر ، حيث تحبس إلى أن تتوب ، فلمن يترك طفلها ؟[04]

إلا أن الشيخ الدر دير يرى أن الإسلام ليس شرطاً ، إلا إذا خيف إفساد المحضون إذا كان في سن التمييز[01].

---

[01]–محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأسرة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 ، ص150.

[02]–محمد علوي ناصر ، مرجع سابق، ص92.

[03]ممدوح عزمي ، مرجع سابق ، ص28.

[04]–ممدوح عزمي ،نفس المرجع ، ص29.

رابعاً : الشروط الخاصة بالرجال :

يشترط في الحاضن إن كان رجلاً الشروط العامة التي سبق ذكرها بالإضافة إلى الشروط التالية وهي :

الشرط الأول : أن تكون عنده من تتولى الحضانة من النساء :

وهي اللواتي تتوفر فيهن شروط الحضانة التي سبق ذكرها والخاصة بالنساء ، زوجة كانت أو قريبة أو مستأجرة أو متبرعة ، فان لم يكن عنده من يحضن سقطت حضانته وانتقلت لمن بعده ، لان الرجل لا يستطيع أن يعطي للطفل ما تعطيه له المرأة من العطف والحنان والصبر على العناية به وتنظيفه والسهر من اجل راحته[02] .

ويشترط أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كان المحضون أنثى ، وكانت كبيرة تشتهى ، لأنه إن لم يكن محرماً لا يؤمن عليها من الفساد[03].

الشرط الثاني :

أن يكون قادراً على تربية الصغير والقيام بشؤونه ، فلا حضانة للعاجز[04].

الشرط الثالث :

أن يكون متحداً في الدين مع المحضون ، إلا أن هذا الشرط غير متفق ، حيث لم يأخذ به الأحناف ، والمالكية قال الدر دير«الإسلام ليس شرطاً في الحاضن ، إلا إذا خيف إفساد المحضون»[05].

---

[01]–عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا ، طبعة03 ، دار الفكر العربي ، مصر ، ص249.

[02]–الصادق بن عبد الرحمن الغرياني ، مرجع سابق ، ص375.

[03]–وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص830.

[04]–ممدوح عزمي ، مرجع سابق ، ص23.

[05]–محمد علوي ناصر ، مرجع سابق ، ص110.

الفرع الثاني : شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

أولا : الشروط العامة لمستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

اشترط المشرع الجزائري في المادة(**62**)الفقرة الثانية[01] ، أن تتوفر في الحاضن سواء كان رجلاً أو امرأة ، الأهلية والأهلية المطلوبة في الحضانة ، يجب أن تكون وفق الشروط التالية : [02]

الشرط الأول : العقل :

حسب المادة (**87**) المعدلة في قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة«....يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد» ، فالحضانة هنا هي ولاية عن النفس لمن أسندت له الحضانة ، وبصيغة المخالفة فان المشرع الجزائري قال انه لاحضانة لغير العاقل ولا المعتوه ولا للسفيه [03] ، وفاقد العقل لا يقدر على خدمة نفسه ، فكيف يخدم غيره ؟

الشرط الثاني : البلوغ :

من لم يبلغ لا يأخذ بتصرفاته ، شرعاً وقانوناً وسن البلوغ في القانون المدني الجزائري حسب نص المادة(**40**) هي تسعة عشر كاملةً(19سنة) [04].

الشرط الثالث : القدرة على التربية :

ويقصد بها قانوناً ، سلامة البدن من الأمراض التي يرجى شفاؤه منها ، أو من الأمراض المعدية (السل ، الجذام ، نقص المناعة المكتسبة" السيدا ") ، وقد كان المشرع في السابق

---

[01]–المادة(62) قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الامر 05–02المؤرخ في 27فبراير 2005.

[02]–بأديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 ، ص128–129

[03]–فضل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، الزواج والطلاق ، 1986 ، ص377.

[04]–المادة(40) ، القانون المدني المعدل والمتمم.

يعتبر العمل مسقطاً للحضانة بالنسبة للمرأة إلا انه بعد التعديل ألغيت هذه الفقرة ، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها بقولها : «من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فان قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الوالدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة اخطاوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه»[01].

الشرط الرابع : الأمانة والاستقامة :

يجب أن لا تشتهر المرأة الحاضنة أو الرجل الحاضن بسوء الخلق والفساد ، لان ذلك يؤثر على طبيعة وخلق الطفل المحضون فينشا مشبعاً بتلك الأخلاق الرذيلة وعلى هذا سار القضاء الجزائري متشدداً حفاظاً على تربية الولد تربية سليمة.

ولقد ورد عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية في قرارها بقولها : «من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومتى تبين –في قضية الحال–إن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للام المحكوم عليها من اجل جريمة الزنا ، فان بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة **(62)** من قانون الأسرة ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة»[02].

---

[01]–ملف رقم 245156قرار بتاريخ18جويلية2000 ، نقلا عن ديابي بأديس ، المرجع السابق ، ص314.

[02]–ملف رقم 171684 قراربتاريخ30سبتمبر1997 ، المرجع السابق ، ص288.

ثانياً : الشروط الخاصة بالنساء :

الشرط الأول : أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير :

وافق المشرع الجزائري المذاهب الإسلامية الأربعة التي ترى بإسقاط الحضانة عن المرأة الحاضنة التي تتزوج بأجنبي عن الطفل المحضون ، وهذا ما أوردته المادة **(66)** من قانون الأسرة بقولها : «يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم مالم يضر بمصلحة المحضون»[01].

إلا أن المشرع راعى مصلحة المحضون ، فإذا كان هذا الأخير مصلحته مع أمه ويرفض تقبل حاضنة غيرها فان الحضانة لا تسقط عنها.وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في عدة قراراتها ، والحقيقة انه ورد في شرح الدر دير ما يوافق هذا الاستثناء.

1-أن لا يتقبل الولد غير والدته ، فإنها تبقي على حضانتها له.

2-إذا لم يكن هناك حاضن للطفل غيرها ، أو كان هناك مانع من عجزٍ ، أو غيبة أو كان غير مأمون[02].

وقد صدر عن المحكمة العليا مانصه : «من المقرر قانوناً انه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا اضر بمصلحة المحضون ، ومن ثم فان القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لامهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين ، فإنهم طبقوا صحيح القانون»[03].

الشرط الثاني : أن لا تقيم الحاضنة في بيت يبغضون المحضون :

المحضون الذي يعمل في بيت ، الكل ينظر إليه بنظرة احتقار وكراهية وحقد ، يكون عرضةً للاضطرابات النفسية والعقلية الكبيرة ، لذالك فان المشرع الجزائري في المادة **(72)** من

---

[01]-المادة (66) قانون الأسرة ، مرجع سابق.

[02]-أبي البركات سيدي احمد الدر دير ، المرجع السابق ، ص550.

[03]-قرار مؤرخ 1998/04/21رقم189234 ، المجلة القضائية ، ص125.

قانون الأسرة نص : « في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحضانة، وان تعذر فعليه دفع بدل الإيجار»[01].

وفي المادة **(70)** من نفس القانون «تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم »[02] ، وذلك كله حفاظاً على مصلحة المحضون .

الشرط الرابع : أن لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجاناً والأب معسر :

امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجاناً عند إعسار الأب يعد مسقطاً لحقها في الحضانة ، فعدم الامتناع يبقى شرطاً من شروط الحضانة .

ثالثاً : الشروط الخاصة بالرجال :

الشرط الأول : أن يكون الحاضن محرماً للمحضون :

المحضون هنا يجب أن تكون أنثى ، والحاضن محرماً لها احتراز من الوقوع في الفتنة كما فسرها الفقهاء في كتبهم ، وقد اخذ المشرع الجزائري بما اجمع عليه هؤلاء الفقهاء ، واشترط في الرجل لاستحقاقه الحضانة أن يكون عصبة للصغير على ترتيب الإرث ، فلا حضانة لابن العم مثلا بالنسبة للأنثى وله الحضانة بالنسبة للصبي[03].

الشرط الثاني : اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون :

المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث ، إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم ، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلماً فليس له حق الحضانة[04].

---

[01]–المادة(72) قانون الأسرة ، المرجع السابق.

[02]–بأديس ديابي ، مرجع سابق ، ص138.

[03]–بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص384.

[04]–بأديس ديابي ، نفس المرجع ، ص139.

المطلب الثاني : مراتب الحواضن في الفقه وقانون الأسرة الجزائري :

نتعرض في هذا المطلب لأصحاب الحق في الحضانة ، وترتيبهم عند المذاهب الإسلامية في الفرع الأول ، وفي الفرع الثاني نتعرف على كيفية ترتيبهم لدى المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل وبعد التعديل بموجب الأمر 02/05 ، المؤرخ في 27فبراير 2005.

الفرع الأول : مراتب الحواضن في الفقه الإسلامي.

اتفق الفقهاء قديماً وحديثاً على تقديم الأم وتوليها الحضانة إذا توفرت فيها شروط الحضانة ، وحجتهم هنا ما رواه عبد الله ابن عمرو بن العاص أن : «امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء ، وحجري له حواء ، وان أباه يريد أن ينزعه مني ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به مالم تتزوجي»[01].

لكنهم اختلفوا فيمن يتولى الحضانة بعدها ، لعدم وجود نصوص قطعية ، إذ رأى البعض تقديم الأم في الحضانة سبباً لتقديم أمهاتها ، ومنهم من لم يأخذ بهذا الرأي ، وعدة حالة مقيدة بالأم فقط لتتجاوزها[02].

أولاً : ترتيب الحواضن عند الأحناف :

رتب الحنفية أهل الحق ، بتقديم النساء ، ثم العصبة من الرجال ، فحضانة ذوي الأرحام كما يلي : [03]

1-مراتب الحواضن من النساء :

1-الأم وأمهاتها وان علون ، لان الحضانة عندهم ولاية تستفاد من الأم التي هي أحق الناس بالصغير.

2-أم الأب (الجدة) وإن علت.

---

[01]-مسند الإمام احمد182/2 ، وسنن أبي داوود283/2.

[02]-محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص52.

[03]-احمد فرج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار الجامعة الجديدة ، 2004 ، ص228-229.

3-أخت شقيقة ، فالأخت لام على الترتيب.

4-أخت لأب.

5-بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت لام ، وهما أحق بالخالة.

6-الخالة لأبوين ، فالتي لام ، ثم التي للأب.

7-بنت أخت المحضون لأب .

8-بنات أخ المحضون لأبويه ، فبنات الأخ لام ، فبنات الأخ لأب .

9-العمات بتقديم عمة المحضون لأبوين ، فالعمة لام فالتي لأب.

10-خالة لأم ، فخالة لأب ، فعمات لأم ، فعمات لأب[01].

2-مراتب الحاضن من العصبة : عند فقهاء الحنفية إنه لا يقوم حق العصبة في الحضانة إلا بعد فقدان الحواضن من النساء المحرميات ، وترتيب حضانة العصبة مثل ترتيب الولاية بعد إكمال سن الحضانة ، فيمكن استحقاقهم للحضانة كاستحقاقهم للإرث، والترتيب كالتالي:

1-الأب وهو أولى المحارم من العصبات استحقاقاً للحضانة .

2-الجد لأب وان علا.

3-الأخ الشقيق.

4-الأخ لأب .

5-ابن الأخ الشقيق.

6-ابن الأخ لأب.

7-العم الشقيق.

8-العم لأب .

9-ابن العم .

---

[01]-إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن1999 ، ص335.

هذا إذا كان المحضون ذكراً ، أما إذا كانت أنثى ، فلا يستحق كلاهما الحضانة سواء كانت المحضونة مشتهاة أو غير مشتهاة نظراً لكون الاثنين ليسوا بمحرم لها .

وفي حالة تساوي من هم في درجة واحدة لاستحقاق الحضانة يقدم أفضلهم وأصلحهم ديناً وان تساووا نقدم أكبرهم سناً[01].

3-حضانة ذوي الأرحام : إذا لم يكن للمحضون احد من العصبان المستحقين للحضانة تؤول الحضانة للمحارم من غير العصبان ، ويشترط أن يكونوا رحماً عن المحضون ومراتبهم كالتالي :

1-جد المحضون لامه .

2-أخ المحضون لامه ، فابن أخيه لامه.

3-عم المحضون لامه .

4-خال المحضون الشقيق .

5-خال لأب ، ثم خال لام [02] .

ثانياً : فقهاء الشافعية : تصنيف فقهاء الشافعية لترتيب أهل الحضانة ، كان على ثلاثة ترتيبات ، وهي كالتالي :

-ترتيب النساء منفردات.

-ترتيب الرجال منفردين.

-ترتيب اجتماع النساء والرجال معاً .

1-انفراد النساء بالحضانة :

أ-الأم ، ثم بنت المحضون.

ب-أمهات الأم ، فأخت المحضون ، ثم الخالة في الرأي القديم وفي الرأي الجديد تقدم أم لأب وان علت على أخت المحضون وعلى الخالة ثم لأمهاتها الأقرب فالأقرب.

---

[01]- ممدوح عزمي ، مرجع سابق ، ص34.

[02]-احمد فراح حسين ، مرجع سابق ، ص231.

ج–أم الجد ثم أمهاتها وان علون.

د–عند انعدام أمهات الأبوين ، فالحضانة للأخوات ثم إلى الخالات فالعمات وتقدم الشقيقة على غيرها ثم تقدم التي للام على التي للأب ، وتتقدم الخالة على بنت الأخ .

2–مراتب الحاضنين من الرجال :

أ–الأب

ب–أباء الأب

ج–الأخ الشقيق ، فالأخ لأب ، فابن الأخ الشقيق ، ثم العم لأب ، وقيل لاحضانة له لفقده المحرمية [01] .

3–اجتماع النساء والرجال :

أ–إذا اجتمع أب المحضون وأمه ، قدمت الأم وأم الأم وان علت .

ب–إذا اجتمع أب المحضون مع أخت المحضون لامه أو خالة المحضون فقيل الأب أحق وهو الصحيح قول أبي سعيد الاصطخري .

ج–إذا اجتمع أب المحضون مع أم نفسه (أمه) أو مع أخت المحضون من أبيه أو مع عمة المحضون قدم الأب عليهن .

د–إذا اجتمع جد المحضون لأبيه مع أم المحضون أو مع أم أمه قدمتا على الأب .

هـ–إذا اجتمع جد المحضون لامه مع جدته لأبيه ، قدمت الجدة لمساواتهما في الدرجة .

و–ولو اجتمع جد المحضون لأبيه مع خالة المحضون ، أو مع أخت المحضون لامه فقيل بتقديم الجد وهو الأصح[02] .

---

[01]–محمد علوي ناصر ، مرجع سابق ، ص56.

[02]–محمد عليوى ناصر ، نفس المرجع ، ص56.

ثالثاً : فقهاء المالكية : رتب المالكية الحواضن كالتالي :

أ-الحواضن من النساء ومراتبهن :

الأولى : الأم ، وأمهاتها على التسلسل ، الأم فأمها ، فجدة أم المحضون من ناحية والد أمها ، فجدة والد أم المحضون ، فجدة أم والد الأم من الأب ، فخالة المحضون الشقيقة ، فالتي لام ، ثم التي لأب ، فخالة أم المحضون ، تتقدم الشقيقة ، فالتي لام ثم التي لأب ، فعمات أم المحضون ، تتقدم الشقيقة ، ثم التي لام ، فالتي لأب .

الثانية : أمهات الأب ، بتقديم من تدلي بأم الأب على من تدلي باب الأب وعلى التسلسل أم أب المحضون(جدته لأبيه) ، فأم أم أب المحضون (جدة أب المحضون لامه) فأم أب الأب ، فأم أم أم الأب (جدة أب المحضون لامه) ، فأم أم أب الأب (جدة أبالأب لامه).

وقد ظهرت ثلاث أقوال في تقديم جدة الأب على الأب نفسه :

1-قول بتقديم الجدة على الأب ، كما ورد في المدونة وابن عرفة .

2-قول بتقديم الأب على قريباته مطلقاً ثم بعده جداته ، جاء في المدونة «الذي سمعت من مالك أن الجدة أم الأب أولى من العصبة».

3-قول ثالث : بتقديم قرابات الأب على الأب مطلقاً ، وهو ما أورده ابن عرفة ومواهب الجليل ، وبعد الجدة تأتي أخت المحضون ، فعمه المحضون ، ثم عمة أب المحضون ، فخالة أب المحضون ثم بنات الإخوة والأخوات[01] .

ب-حضانة من له الوصاية :

1-الوصي،ذكر أو أنثى ، له حضانة على المحضون الذكر ، وله على المحضونة الأنثى غير المطيقة الوطء.

2-الوصي ، الأنثى أو المتزوج بأم المحضونة أوجدتها ، له حضانة الأنثى المطيقة لأنها إحدى محارمه وإلا فلا.

---

[01]-محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص58.

يقول الإمام مالك : «كونها أي المحضونة الأنثى المطيقة مع زوج أمها أحب إلى من أن تحمل عند وصيها لان زوج أمها محرم بخلاف الوصي»[01] .

ج-حضانة العصبة :

وترتيبهم كالآتي : الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم وقيل الأخت فالجد وان علا ثم ابن الأخ ثم ابن العم وقيل الأخ ثم الجد الأدنى ، فابن الأخ ، فالعم ، فابن العم ، وقد اختلف في الجد لام فقال ابن رشد : ليس له حضانة كالخال ، بينما اللحمي يجعل له حضانة[02].

رابعاً : فقهاء الحنابلة : ترتيب الحواضن عند الحنابلة كالتالي :

أ-الأم وأمهاتها : وسبب التقديم مختلف فيه على قولين للإمام احمد، **احدهما** : انه بسبب الأمومة فتقدم معها أقاربها من النساء.**والثاني** : أنها قدمت لأنها أنثى ، وهذا الأخير اختاره ابن تيمية وابن القيم الجوزية ، حيث ذكر هذا الخير بان«هذا يدل على تقديم جهة الأبوة على جهة الأمومة ، وان الأم إنما قدمت لكونها أنثى لا لتقديم جهتها على جهة الأبوة...إن أصول الشرع وقواعده شاهدة على تقديم جهة الأب على جهة الأم ، ذلك في الميراث وولاية النكاح وغير ذلك ، ولم يعد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام»[03].

ب-حضانة الأصول : يكون للأب ثم أمهاته ، فجد الجد فأمهاته[04] ، فالأخوات الشقيقات ، ثم التي للام ، ثم التي للأب ، ثم تكون الحضانة للخالات ويقدمن على العمات.

ج-حضانة العصبة : الجد من جهة الأب وان علا ، الأخ الشقيق ، ثم للأب ، فبنوهم على الترتيب في الميراث ، فالعمومة فبنوهم ، فعمومة الأب فبنوهم[05].

---

[01]-محمد عليوى ناصر، نفس المرجع ، ص218.

[02]-محمد عليوى ناصر، مرجع سابق ، ص59.

[03]-محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية ، زاد الميعاد ، الطبعة 14 ، ج5 ، بيروت ، 1986 ، ص400.

[04]-عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المرجع السابق ، ص546.

[05]-عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، نفس المرجع ، ص558.

خامساً : مراتب الحواضن عند المذاهب غير السنية :

1-عند فقهاء الامامية : ترتيب الحواضن عند الامامية الجعفرية هو مغاير تماماً لكل المذاهب السنية وان كانوا يتفقون على أولوية الأم بالحضانة مع أهل السنة والجماعة ، إلا أنهم يختلفون في الترتيب لما بعدها.

أ-الأم أولاً ثم الأب ، وعند فقدان احدهما ، والثاني على قيد الحياة فهو أولى من كل الأقرباء مطلقاً[01].

وهذا معمول به في قانون الأسرة لجمهورية إيران ، فقد ورد في نص المادة **(1170)** منه مايلي«إذا أصيبت الأم الحاضنة لطفلها بالجنون ، أو تزوجت من شخص آخر ، فان حق الحضانة ينتقل إلى الأب»[02] ، وفي حالة الوفاة تنتقل الحضانة إلى الشريك الذي على قيد الحياة ، إذ جاء في المادة **(1170)** من نفس القانون : «في حالة وفاة الحاضن للطفل تنتقل الحضانة إلى الشريك الآخر»[03] .

ب-ولو فقد الأبوان معاً فالجد للأب أولى من غيره.

ج-ثم لوصي الأب أو وصي الجد .

د-حضانة الأقارب على وفق مايلي : الآباء والأولاد ، فالإخوة والأجداد فالأعمام والأخوال وقالوا«إن الأخت لأبوين أولى ثم الأخت لأب ، فالأخت لام ، وعند اجتماع الجدة والإخوان فالجدة أولى لأنها أم وإذا اجتمعت مع الخالة فأم الأب أولى ، ولو اجتمع متساويان اقرع بينهما[04] .

2-عند فقهاء الاباضية : يخالف فقهاء الاباضية أهل السنة والجماعة في ترتيب الحواضن بعد الأم ، إذ يتفقون مع فقهاء الامامية في إسناد الحضانة للأب بعد الأم ، ثم يلي الأب جدة الصغير لامه ، ويرى الاباضيون أن الحضانة من واجبات الأبوين معاً ، ما دامت

---

[01]-المحقق الحلي ، شرائع الإسلام ، دار مكتبة الحياة ، ج02، بيروت ، 1978 ، ص289.

[02]-المادة(1170) من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية إيران بعد الثورة ، 1980.

[03]-المادة(1170) ، نفس المرجع.

[04]-محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص61.

الزوجية قائمة بينهما ، فان افترقا فهي للام ثم الأب ، ثم للام الأم ، ثم للأقرباء وفق ترتيب التالي : خالته ، ثم جدته لأبيه وان علت ثم أخته ثم خالة أمه ثم عمة أمه ثم عمته ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه ثم بنت أخيه ، ثم بنت أخته ، وتقدم في الجميع الشقيق ، ثم للام ما لم يقدر القاضي خلافه لمصلحة المحضون[01] .

الفرع الثاني : مراتب الحواضن في قانون الأسرة :

أولاً : قبل التعديل فبراير2005 :

وافق المشرع الجزائري ما اجمع عليه فقهاء المذاهب الأربعة لأهل السنة والجماعة ، وبالأخص المذهب المالكي باعتباره المذهب أكثر انتشاراً في المجتمع الجزائري في ترتيب الحواضن ، حيث نصت المادة **(64)** من قانون الأسرة قبل التعديل: «الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ، ثم الخالة ثم الأب ، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة»[02].

هذا النص اثبت حق الحضانة للنساء أصلاً ، لكونهم اقدر وأليق وأشفق على تربية الصغير وتحمله عن الرجال ، والقانون بعد أن أعطى حق الحضانة للام رتب المستحقين لها مبتدءاً بجهة الأم ، ثم جهة الأب ، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب[03].

وعليه فان ترتيب مستحقي الحضانة قبل التعديل كان كالتالي :

1-الأم ، **2**-أم الأم مهما علت ، **3**-الخالة.

4-الأب ، **5**-أم الأب مهما علت ، **6**-ثم الأقربون درجة ، مع مراعاة مصلحة المحضون.

---

[01]-سميرمحمد محمود عفي ، الحضانة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، الأزهر ، دار المنار ، مصر ، 1986 ، ص34.

[02]-قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر 5 فيفري2005 ، مرجع سابق.

[03]-بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص380.

وإذا تعدد مستحقوا الحضانة من درجة واحدة ، كإخوة أو أعمام كان أولادهم بها أصلحهم للحضانة قدرةً وخلقاً ، فان تساووا كان أولاهم أكبرهم سناً ، وللقاضي الحق في اختيار الأصلح[01].

إن درجة الأم في أحقيتها للحضانة أولادها لا ينازعها فيها احد قانوناً إلا إذا انعدمت فيها شروط الحضانة ، والقضاء بالجزائر كان يرى أن الحضانة هي واجب تقوم به نحو صغيرها ، لا يمكن للأم إن تتخلى عن حضانة ابنها رغم تنازلها الصريح ، مادام ذلك يؤثر على حال المحضون النفسية وهو بذلك يتفق مع جل الفقهاء المسلمين.

هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا : «أن تأييد الحكم الذي اسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصوراً في التسبيب»[02].

وفي تعليق آخر يبين احد القرارات مدى أهمية الأم في تولي أحقية الحضانة دون سواها ، وإسنادها إليها حتى وان تنازلت عنها.جاء في نص القرار : «من المقرر قانوناً انه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أصر بمصلحة المحضون ، ومن ثم فان القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لامهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون ، فإنهم طبقوا صحيح القانون»[03] .

ثم رتب المشرع في الدرجة الثانية أم الأم مهما علت في حالة سقوط الحضانة عن الأم لأي سبب كان كانحرافها وسوء سلوكها أو بزواجها بأجنبي عن المحضون أو بوفاتها ، وفي المرتبة الثالثة رتب درجة الخالة فهي أشفق على ابن أختها من غيرها وبمثابة الأم ، كما ورد في الحديث الذي رواه البراء بن عاز بان الرسول صلى الله عليه وسلم قضى في ابنة حمزة لخالتها وقال (الخالة أم) ، وهنا الخالة سواء كانت شقيقة أو غيرها .

---

[01]-بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص380.

[02]-قرار رقم332324مؤرخ 13جويلية2005 ، م قضائية ع59 ، ص236.

[03]-قرار المحكمة العليا رقم189234مؤرخ21افريل1998 ، م قضائية ع59 ، ص173.

وقد ورد في إحدى قرارت المحكمة العليا«من المقرر قانوناً انه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة(**64**) من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون ، ولما كان ثابتاً–في قضية الحال–أن قرر المنتقد اسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة اسبق من الطاعن..... فإن القضاة كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض [01].

الأب جعله المشرع في الدرجة الرابعة حسب نص المادة (**64**) من قانون الأسرة قبل التعديل ، حيث سبق مرتبة الأب على مرتبة أم الأب ، خلافاً لمذهب الإمام مالك وقد اخذ بآراء واجتهادات الشافعي والحنابلي أم الأب تلي مباشرةً مرتبة الأب[02].

ثانياً : ترتيب الحواضن في قانون الأسرة بعد التعديل.

بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005 :

خالف المشرع الجزائري في تعديله لترتيب الحواضن في المادة (**64**) من قانون الأسرة لما كان عليه من قبل ، وقد جاء الترتيب كالتالي : «الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ، ثم الجدة لام ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك...»[03].

هذا الترتيب الجديد لمستحقي الحضانة جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة ، وبعده تأتي كل من الجدة لام ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ثم العمة ، وللعلم فان هذا الترتيب ليس ملزماً للقاضي حيث يستطيع إن يسند الحضانة لمن يراه أهلاً واقدر على توليها لضمان مصلحة المحضون ، فان تنازع زوجان بعد فك الرابطة الزوجية بينهما حول حضانة

---

[01]–قرار المحكمة العليا رقم89672 تاريخ23فيفري1993 ، ص166–167.

[02]–بأديس ديابي ، المرجع السابق ، ص145.

[03]–المادة(64)معدلة بالأمر رقم02/05المؤرخ في27فبراير2005.

الأب إذا لم تتوفر فيها شروط الاستحقاق ، كالمرض المزمن ، أو الجنون أو بسبب سلوكها المشين ، أو عجزها[01].

المشرع الجزائري لم يخرق قواعد الشريعة الإسلامية في ترتيب الحواضن ، لان هذا الأخير في حقيقته من المسائل الخلافية التي لم يتحقق فيها الإجماع لأنها تقوم على القياس والاستحسان ، والمشرع في تعديله لنص المادة **(64)** ربما يكون قد اخذ بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم ، كالامامية الاباضية ، لان تقديم الأم على الأب حسب هذا النص كان بسبب عنصر الأمومة لا بسبب الأنوثة ، وهذا ما قال به ابن القيم الجوزية : «أن هذا يدل على تقديم جهة الأبوة ، تأييد لترجيح جهة الأبوة في الحضانة ، أن أصول الشرع وقواعده شاهدة على جهة الأب على جهة الأم ، ذلك في الميراث وولاية النكاح[02].

فأحق الناس بحضانة الطفل من الرجال هو الأب كون الأب يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب النفقة ، فليس من المعقول أن يكون هو المنفق ، وغيره أولى بالحضانة لابنه ، إضافة أن الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأب والأم ، فهو ابن مشترك بينهما ، الأب أكثر حرصاً على مصلحة ابنه واقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة[03] .

وكل الفقهاء قديماً وحديثاً اجتهدوا لتحقيق مصلحة المحضون وحمايتها لأنه هو الطرف الأضعف ، وهذا ما حرص عليه أيضا المشرع الجزائري وهو تحقيق مصلحة المحضون ، كما أن الترتيب ليس إلزامي للقاضي ، والمشرع الجزائري لم يقدم أيسند لتعديله ترتيب الحواضن ، مما جعل شراح القانون والأساتذة يختلفون حول أسبابه .

حيث يرى الدكتور بن شويخ الرشيد : «أن القانون في التعديل الجديد كان اقرب إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري ، لان السواد الاعضم من الأزواج يقيمون في

---

[01]-لحسين بن شيخ أث ملويا ، قانون الأسرة نصا وشرعا ، دار الهدى ، 2014 ، ص76.

[02]-ابن قيم الجوزية ، مرجع سابق ، ص341.

[03]-احمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2010 ، ص308-309.

الغالب مع الأبوين من جانب الزوج ، وبصورة اقل يقيمون مع أبوي الزوجة ، لهذا لا بد عند إسناد الحضانة ينبغي مراعاة هذه المسائل المستمدة من الواقع فالطفل دائماً بعد الأبوين تجده وثيق الصلة بجداته من الجهتين ، وبالتالي فان إسناد الحضانة من بعد الأم في حالة تعذرها أو إسقاطها عنها إلى الجدات هو أمر منطقي تماماً»[01].

بينما يرى الدكتور بلحاج العربي أن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للام رتب المستحقين لها مبتدءاً بالأب لأنه أكثر الناس بعد أمه خوفا على مصلحة صغيره ، وأكثرهم قدرة على تربيته ورعايته ثم الجدة لام ثم الجدة لأب ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك[02].

«....إن هذا الترتيب ليس ملزما للقاضي الذي باستطاعته أن يعين الحاضن دون مراعاة ذلك الترتيب ، وهذا مراعاةً لمصلحة المحضون ، ذلك أن تلك المصلحة هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضن»[03].

الأقربون درجة :

ما يعاب على المشرع الجزائري انه لم يوضح لنا المقصود من استعماله لعبارة (الأقربون درجة) مما يجعلنا دائماً نرجع إلى الفقه الإسلامي حسب المادة **(222)** من قانون الأسرة ، ويرى بلحاج العربي أن المقصود بالاقربون درجة هم الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب[04].

---

[01]–بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 ، ص256.

[02]-بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص382.

[03]-لحسين أث ملويا ، مرجع سابق ، ص76.

[04]-بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص381.

الفصل الثاني
آثار الحضانة والدعاوى المتعلقة بها

بعد استعراضنا في الفصل الأول مفهوم الحضانة وأهميتها ومستحقوها وترتيبهم ، نتطرق في الفصل الثاني إلى الآثار المترتبة عنها مع كيفية انقضاءها ، والدعاوى المترتبة عنها ، وذلك في مبحثين.

المبحث الأول : آثار الحضانة.

نتطرق في المبحث الأول للآثار الناشئة عن الحضانة من حق النفقة للمحضون ، وضرورة توفير سكن يؤويه وحق الزيارة لتفقده.

المطلب الأول : نفقة المحضون في الفقه والقانون.

قبل أن نخوض في حكم النفقة ، علينا أن نتعرف على مدلولها وشروطها ومشتملاتها في الفقه الإسلامي ، ثم نطلع على موقف المشرع الجزائري منها في قانون الأسرة.

الفرع الأول : نفقة المحضون في الفقه الإسلامي.

ا–النفقة في تعريف الفقهاء :

هي ما يكفي من الطعام والكسوة والسكن[01] ، فعند المالكية هي ما يقصد بها ما يدفع به الإنسان حاجة غيره من غذاء ، سكن ، ملبس ، دون تقصير ولا إسراف بحسب حال الطرفين ، وعند الشافعية (تعني الإخراج ولا تستعمل إلا في الخير) ، أما الحنابلة فهي كفاية من يمونه خبزاً ، وأدمى وكسوة وتوابعها بينما الحنفية يقصدون بالنفقة إلا دار على الشيء بما فيه بقاؤه [02].

---

[01]–المحقق الحلي ، شرائع الإسلام ، دار مكتبة الحياة ، بيروت ، 1978 ، ص193.

[02]–فضل سعد ، مرجع سابق ، ص383.

ب-شروط وجوب النفقة :

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب ميسورا فعليه نفقة ولده إن كان فقيرا ، وفي هذا يقول القاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي"تلزم الرجل نفقة ولده الصغير إن كان فقيراً..... وإنما شرطنا الصغر لعجزهم عن التكسب والتحيل لقومهم وشرطنا الفقر للإنفاق على أنه إذا كان لهم مال لم يلزم أحد أن ينفق عليهم "[01].

ويرى الشافعية إلى وجوب النفقة للأم على الولد في حالة عدم الأب أو شبه العدم ، أما إن كانت أنثى فتفقدها على أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها لأن البنت محتاجة إلى الحفظ والمراعاة أكثر مما يحتاج إليه الابن ، وإن بلغ الولد وكانت به عاهة فهو عاجز عن الكسب ذكراً كان أو أنثى ، فنفقته لازمة على أبيه[02].

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد بعض الشروط ، فالحنفية يرون انه إذا كان الولد ذكراً فقيراً لا مال له فنفقته على والده ، وإذا كان له مال ، فنفقته من ماله ، وان لا يبلغ الحلم ، فان كانت به عاهة استمر أبوه في الإنفاق عليه ، وان يكون حراً ، أي أن لا يكون مملوكاً للغير ، وإلا وجبت نفقته على المالك ، أما الأنثى فان كان لها مال وجب الإنفاق عليها من مالها ، وان كانت غير حرة أي مملوكة لغيرها ، فنفقتها على مالكها[03].

رأي المالكية : تجب النفقة بالشروط التالية.

1-أن يكون الأبناء فقراء.

2-أن لا يكون الطفل بالغاً قادراً على الكسب.

3-أن يكون الولد حراً.

أما الأنثى فنفقتها تجب على أبيها حتى يدخل بها زوجها ، وان يكون أبوها موسراً لا معدماً ، وفي ذلك يقول القاضي أبي محمد عبد الوهاب : «لا يسقط عن الأب نفقة الابنة ببلوغها

---

[01]-أبو محمد عبد الوهاب البغدادي ، المعونة على مذهب الإمام مالك ابن أنس ، ج1 ، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى ، 1998 ، ص 639 .

[02]-أبو محمد عبد الوهاب البغدادي ، نفس المرجع ، ص72.

[03]-عبد الوهاب البغدادي المالكي ، الإشراف على مسائل نكت الخلاف ، المجلد الرابع ، دار ابن القيم ، الطبعة الأولى ،القاهرة، 2008 ، ص72.

حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ، لان البنت محتاجة إلى الحفظ والمراعاة أكثر مما يحتاج إليه الابن ، وحاجتها إلى ذلك بعد البلوغ أكثر واشد ...»[01].

رأي الشافعية والحنابلة : لا يختلف رأيهما كثيراً إذ يجب أن يكون الابن أو الطفل صغيراً ، فإذا كان بالغاً فلا يجب عليه أية نفقة إلا إذا كان مجنوناً[02].

الفرع الثاني : نفقة المحضون في قانون الأسرة

لم يعرف لنا المشرع الجزائري النفقة ، وبذلك يحيلنا إلى الفقه الإسلامي حسب نص المادة **(222)** من قانون الأسرة ، وقد سبق التعريف بها [03] ، بل حدد ومشتملاتها في المادة **(78)** من نفس القانون بقوله : «تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج ، والسكن أو أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة» ، ومن ومشتملاتها التي لم يذكرها ، ولكنها نستنبط منها«مصاريف الكهرباء ، الغاز ، الماء ، وكذا أدوات النظافة من صابون ومواد التطهير ، وكذا مصاريف التعليم والدراسة وغير ذلك من الضروريات بحكم العرف والعادة».

أولاً- شروط وجوب النفقة في قانون الأسرة :

اوجب المشرع الجزائري نفقة الولد على والده في المادة **(75)** من نفس القانون بقوله : «تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال ، بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب».

يستخلص من هذه المادة الشروط التالية :

1- أن يكون الابن فقيراً :

حيث جاء في قرار المحكمة العليا « انه من المقرر شرعاً أن إثبات دفع نفقة الأبناء من المسائل الموضوعية التي تقضي بأنه في حالة الخلاف عليها بين الزوجين ، والحال أن

---

[01]-عبد الوهاب البغدادي المالكي ، المعونة على مذهب الإمام مالك ، ص639.

[02]-حسانين حسين ، أحكام الأسرة المسلمة فقها وقضاءا ، دار الأفاق العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص268 .

[03]-فضل سعد ، مرجع سابق ، ص 383 .

الزوج حاضر بالبلد ، ويدعي الإنفاق على زوجته وأبنائه منها ، فالقول له بيمينه ، وان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة»[01].

2-أن لا يكون الأب معسراً : أي أن يكون قادراً ، وان لا يكون الابن محتاجا للنفقة أن لم يكن له مال ، أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب ، فيما تظل البنت محل النفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها فتنتقل النفقة إلى زوجها[02] ، وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم إذا كان الأب عاجزاً ، والأم قادرة على الإنفاق ، والمقصود بالعجز هنا عدم القدرة التامة على الاسترزاق ، وإذ كانت الأم عاجزة ايضاً ، فان واجب الإنفاق ينتقل إلى أقارب الأولاد الآخرين[03] ، إلا أن المشرع لم يذكر هذا صراحةً ولا تلميحاً .

ثانياً : تاريخ استحقاق النفقة في الفقه والقانون.

يرى الحنفية أن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من يوم الاتفاق أو الحكم ، وان كانت الحاضنة أماً فتستحقها من قيامها بالحضانة [04].

أما في قانون الأسرة فقد أوردها المشرع في المادة **(80)** منه بقوله«تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءاً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى» ، ويجوز للقاضي أن يحكم بالنفقة لما قبل الدعوى ، ولما بعد صدور الحكم ، كما يجوز الحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أو الأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراء المرافعة ثم تفصل فيها بصفة نهائية [05].

---

[01]-بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص407.

[02]-بأديس ديابي ، مرجع سابق ، ص84-85.

[03]-لحسين بن شيخ أث ملويا ، مرجع سابق ، ص83.

[04]-وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص731.

[05]-بلحاج العربي ، نفس المرجع ، ص446.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا حيث انه«من المقرر فقهاً وقضاءاً أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسراً أو عسراً ، ثم حال مستوى المعيشة والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية»[01].

ثالثاً : كيفية استحقاق النفقة.

يخضع استحقاق النفقة إلى طرق عدة ، إما بالاتفاق أو بموجب حكم قضائي :

1-الاتفاق : حيث يتفق الطرفان ، المدين بالنفقة ومستحقها على كيفية أداء النفقة ومقدارها ومدتها ويجوز أن يحل الغير محل المدين بها.

2-القضاء : إذا امتنع من تجب عليه النفقة ، يتعين لحينها اللجوء إلى القضاء إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي ، أو امتنع المدين عن دفعها أو عجز عنها أو لعدم معرفة مكان إقامته ، فيمكن للحاضنة أن تلجا إلى صندوق النفقة الذي نص عليه المشرع في القانون **01/15** ، المؤرخ في 13ربيع الاول1436هـ ، الموافق 4يناير2015م [02].

ويتم إثبات تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره المحضر القضائي .

رابعاً : مشتملات النفقة في قانون الأسرة.

إذا توفرت تلك الشروط الواجبة حسب نص المادة **(75)** من قانون الأسرة ، أصبح الأب مطالباً بالإنفاق على أبناءه ، وهذه النفقة هي نفسها التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية من طعام ، كسوة ، سكن ، تطبيب ، والاشتغال بالعلم ، وكل ما يقوم به صلاح الولد[03].

وهذا ما جاءت به المادة **(78)** بقولها«تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج ، والسكن أو أجرته ، وما يعتبر من ضروريات في العرف والعادة»[04].

---

[01]-نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص161.

[02]-سهام كربال ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة البويرة ، 2013 ، ص75.

[03]-نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص161.

[04]-المادة(78)من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

الفرع الثالث : أجرة الحاضنة في الفقه والقانون.

أ- إن الحاضنة تؤدي عملا وخدمة للولد ، وكما هو متفق عليه فان أي عمل يكون بمقابل ، إلا إذا كان عملاً تبرعياً ، والحاضنة قد تكون هي أم الولد أو غيرها ، لذلك تثار أسئلة مهمة في هذا الشأن منها : -هل الحاضنة تستحق الأجرة؟ ، تتباين الآراء الفقهاء في هذا الموضوع وكانت كالتالي :

1-موقف الحنفية : يرى الحنفية انه إذا كانت الحاضنة أماً ، فليس لها اجر طالما أنها في بيت الزوجية ، أما إذا كانت في خلاف ذلك وانقضت عدتها فإنها تستحق أجرة الرضاع ، أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلها أجرة الحاضنة مالم تكن متبرعة [01] .

2-موقف الشافعية والحنابلة : يرون انه من حق الحاضنة طلب أجرة الحضانة سواء كانت أم الطفل أو غيره [02].

3-موقف المالكية : يرى فقهاء هذا المذهب انه ليس للحاضنة أجرة على الحضانة سواء كانت أم الطفل أو غيرها ، فان كانت فقيرة فينفق عليها من مال الطفل لفقرها لا لحضانتها[03].

ب-المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحاضنة في قانون الأسرة لا قبل التعديل ولا بعده ، لذلك نلجأ إلى المادة **(222)** من نفس القانون التي تحيلنا في مثل هذه الحالات إلى الاستنجاد بالفقه الإسلامي [04].

---

[01]-السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، ط08 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1987 ، ص344.

[02]-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ، ص58.

[03]-عبد الرحمن الجز يري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج04 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1969 ، ص603.

[04]-عبد الرزاق حمدان ، نفس المرجع ، ص58.

الفرع الرابع : صندوق النفقة.

إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي ، أو امتنع المدين عن دفعها ، أو عجز عنها ، أو لعدم معرفة مكان إقامته ، أو حدث مانع آخر ، فما مصير الأطفال الذين يكونون في أمس الحاجة إلى طعام ، وشراب وكسوة ، ومسكن وعلاج ، هل يتركون للشر والضياع ، أم تتسرول بهم أمهم فتتعرض للابتزازات وغيرها ، هنا المشرع الجزائري تدارك هذا المصير المشؤوم فتدخل أملاً لتخفيف العبء وسد حاجيات الأطفال الذين لا ذنب لهم ، والذين حرموا من أن يعيشوا تحت سقف واحد مع والديهم ، فانشأ ما يعرف بصندوق النفقة.

01- تعريف صندوق النفقة :

هو عبارة عن إعانة ودعم من الدولة لفائدة فئة معينة من المجتمع وهي المرأة المطلقة والطفل المحضون ، وذلك لتغطية احتياجاتهم ورفع الغبن عنهم [01].

02-دعاوى إنشاء الصندوق :

صدر أمر إنشائه بتعليمة من رئيس الجمهورية من خلال قانون **01/15** ، المؤرخ في 2015/01/04 ، وذلك :

ا-يهدف إلى التكفل بالصعوبات التي تواجه المرأة الحاضنة في تحصيل النفقة لإعانة أطفالها المحضونين بسبب إمتناع الزوج عن دفعها.

ب-حماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة طلاق والديه وضمان العيش بأمن وكرامة[02].

03-الفئات المستفيدة في صندوق النفقة :

وضح المشرع الفئات المستحقة من خدمات الصندوق ، وكذلك تحديد شروط الاستفادة من المستحقات المالية ، والإجراءات اللازمة التي تسمح لهذه الفئة بالاستفادة منها في المادة الثانية

[01]-موقع وزارة التضامن والأسرة وقضايا المرأة.

[02]-موقع وزارة التضامن ، نفس المرجع.

حيث جاء فيها : " النفقة المحكوم بها وفقاً لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين وكذا النفقة المحكوم بها مؤقتاً لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة "[01].

04-شروط الاستفادة من خدمات صندوق النفقة :

أورد المشرع في المادة الثالثة على انه"يتم دفع المستحقات المالي للمستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة لسبب إمتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك ، أو لعدم معرفة محل إقامته ، يثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر قضائي" ، ولابد من توفر عنصرين هما :

1- صدور حكم نهائي يقضي بإنهاء الرابطة الزوجية.

2- شرط إسناد الحضانة للمرأة بحكم قضائي[02].

05-الإجراءات الخاصة بالمستفيد :

طبقاً لنص المادة **(04)** من القانون **01/15** : « يقدم طلب الإستفادة من المستحقات المالية إلى القاضي المختص،مرفقا بملف يتضمن الوثائق التي تحدد بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير العدل حافظ الأختام،والوزير المكلف بالمالية،والوزير المكلف بالتضامن الوطني » ، ويرفق هذا الطلب بالوثائق هي :

1- نسخة من الحكم القضائي القاضي بالطلاق ونسخة من الأمر أو الحكم الذي أسند الحضانة ، ومنح النفقة إذا تم حكم يتضمن حكم الطلاق .

2- محضر إثبات إمتناع التنفيذ الكلي أو الجزئي لأمر أو الحكم بالنفقة .

3- صك بريدي أو بنكي مشطوب عليه [03].

---

[01]-المادة (02) من قانون 01/15 ، المؤرخ في 2015/01/04.

[02]-المادة رقم (03) من قانون01/15 ، المرجع السابق.

[03]-المادة رقم (04) من قانون01/15 ، نفس المرجع..

06-كيفية صرف المستحقات المالية :

" تتولى المصالح المختصة للأمر بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه 25 يوماً من تاريخ تبليغ الأمر المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة **(06)** من هذا القانون عن طريق تحويل بنكي أو بريدي ، وتستمر المصالح المختصة في صرف المستحقات المالية للمستفيد شهرياً إلى حين سقوط الحضانة "[01].

07-الآثار الإيجابية للصندوق :

حقق صندوق النفقة عدة أثار ايجابية منها :

1- حماية المرأة الحاضنة والطفل من التسول.

2- السرعة في تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بالنفقة.

3- التشجيع على المطالبة بالنفقة.

4- التشجيع على المطالبة بحضانة الأطفال.

08-الآثار السلبية :

إلى جانب الآثار الايجابية للصندوق هناك أثار سلبية منها :

1-فتح الباب للنصب والاحتيال.

2-الإقتصار على تنفيذ الأحكام الصادرة بعد صدور قانون **01/15** فقط.

3-الصندوق عبئ على خزينة الدولة.

4-توسيع دائرة الطلاق ، حيث تتشجع بعض النساء عليه لان النفقة تصير واجبة بحجة القانون وقوته [02].

---

[01]-المادة رقم (06) من قانون01/15 ، نفس المرجع ، فوزية قروار ، فعالية صندوق النفقة في التشريع الجزائري ، دراسة مقارنة ، لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق البليدة ، 2015 ، ص37.

[02]-موسا فري نوال ، ايت العربي ذيهبة ، دراسة مقارنة مع صندوق النفقة التونسي ، مذكرة التخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، 2017 ، ص 83.

المطلب الثاني : مسكن الحضانة والإنتقال منه في الفقه وقانون الأسرة.

رعاية المحضون والقيام بتربيته وحفظه في صحته وحمايته من الضياع والتشرد ، ليس بالشيء السهل ، بل هي مسؤولية شاقة تلقى على عاتق من يتولى وظيفة الحضانة ، والحاضنة إن لم يكن لها مسكناً يؤويها مع محضونها ، فكيف لها أن تقوم بهذه المسؤولية ؟

لذلك فإن فقهاء الشريعة الإسلامية أكدوا على ضرورة وجود مسكن للحضانة حماية للمحضون من الضياع وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري ايضاً .

الفرع الأول : تعريف مسكن الحضانة ومواصفاته في الفقه الإسلامي.

يعرف مسكن الحضانة بأنه المكان المشغول فعلا بسكن الصغير وحاضنته [01].

أولاً : مواصفات المسكن في الفقه.

لكي يتصف أي مسكن بصفة مسكن الحضانة ، يجب أن يتصف بمواصفات معينة ، اتفق الفقهاء عليها وهي :

1- أن يكون المسكن يحتوى على باب به غلق ، وأن يكون محتوياً على المنافع الضرورية كالمطبخ ، الحمام والغرف .

2- أن يحتوي على مستلزمات العيش الضرورية من طعام ، كسوة ، فراش [02].

3- أن يكون مستقلاً أي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة[03].

4- أن يكون له جيران ، والبيت الذي لا جار له يعتبر غير شرعي [04].

ثانياً : موقف الفقهاء من سكن المحضون.

1- المالكية : اتفق فقهائهم على أن المسكن واجب على الأب فيم يخص المحضون ، واختلفوا فيما يخص الحاضنة ، ورد في مدونة أنها واجبة فيما يخص الحاضنة ، ومنهم من

---

[01]- ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص 50 .

[02]- حداد فاطمة ، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة الوادي ، 2014 ، ص42.

[03]-سارة خليفي ، حق الحاضنة في السكن ، مذكرة نيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق بسكرة ، 2015 ، ص19.

[04]- عبد القادر تقية ، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع والقضاء ، دار تالة ، الجزائر ، 2011 ، ص 132 .

قال أنها على المعسر ، أي أن الحاضنة إذا أيسرت دون الأب لم يكن على الأب بمسكن [01]

2- الحنفية : اختلفوا في وجوب توفير مسكن الحضانة للصغير على من تلزمه النفقة ، إذ يرى ابن عابدين ، انه إذا كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحتضن فيه الولد ويسكن فيه لم يلزم الأب توفير سكن [02].

3-الشافعية والحنابلة : اتفقوا على حق الصغير الفقير في أجرة السكن على أبيه إذا كان موسراً ، فكما تجب عليه أجرة الحضانة والرضاع تجب عليه أجرة السكن أو إعداده ، أن لم يكن للام مسكن مملوك لها لتحتضن فيه الصغير[03].

الفرع الثاني : مسكن الحضانة في قانون الأسرة.

المشرع الجزائري لم يعرف لنا مسكن الحضانة ، ولا المواصفات الواجبة فيه ، بل اكتفى في المادة **(72)** من قانون الأسرة بقوله : "في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة ، سكناً ملائماً للحاضنة ، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار ، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن " [04].

وهنا نجد أنفسنا مضطرين للجوء إلى المادة **(222)** من نفس القانون ، التي بدورها تحيلنا إلى الاستنجاد بالفقه الإسلامي في تحديد مواصفات المسكن الملائم لتمكين الحاضنة من ممارسة الحضانة .

أولاً : شروط تمتع الحاضنة بالمسكن الحضانة .

لابد من أن تتوفر شروطا معينة لكي تتمتع الحاضنة بمسكن الحضانة وهي :

---

[01]-نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص206.

[02]-نبيل صقر ، نفس المرجع ، ص261.

[03]-عيسى طعينة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2010 ، ص26.

[04]- مادة (72) معدلة ومتممة بالأمر رقم 02/05 ، المؤرخ 27 فبراير 2005.

1-يجب أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاق الحاضنة ، يتضمن إسناد حق الحضانة إليها ، بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر.

2-أن تكون الحاضنة هي المطلقة وأم المحضون ، فلو كانت الحاضنة هي الجدة أو الخالة مثلا فإنه من الممكن نقل المحضون إليها [01].

بعد توافر هذين الشرطين يجب على الأب أن يوفر سكنا لممارسته الحضانة ، وإن تعذر فعله دفع بدل الإيجار ، وحسب هذه الفقرة فإن هناك حالتين أمام الأب المطلق وهما :

الحالة الأولى : توفير مسكن ملائم للحاضنة.

حيث يعرض الأب سكنا للحاضنة ، وهنا لا يحكم القاضي به إلا إذا تبين له بأن ذلك السكن ملائم أي أن تتوفر فيه كل وسائل العيش من ماء ، كهرباء ، وأن لا يكون منعزلا عن السكان .

الحالة الثانية : دفع بدل الإيجار.

حينما يتعذر على الأب أن يجد سكنا ملائما للحاضنة لتمكينها من ممارسة الحضانة فيه ، أو وجد لها بيتا ولكنه يخلو من المواصفات الشرعية والملائمة للسكني فإنها حينئذ لن تخرج من بيت (مسكن الزوجية) حفاظا على مصلحة المحضون من التشرد ، ويتعين على القاضي إلزام الزوج المطلق بأدائه للحاضنة أجرة المسكن [02].

ثانياً : شروط استمرار الحاضنة بالبقاء في بيت الزوجية.

1-أن يكون المحضون في سن الحضانة طبقا لنص المادة **(65)** من قانون الأسرة " تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغه عشرة (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ..."

2-أن يتحقق في الحضانة شروط الحضانة كما أوردناها سابقاً في المبحث الأول

3-أن تقيم الحاضنة مع المحضون في مسكن الحضانة وليس لها حق التصرف فيه بالبيع أو الإيجار.

---

[01]- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة الجزائر 2007 ، ص 145.

[02]- لحسن بن شيخ أث ملويا ، مرجع سابق ، ص80.

4-أن لا يكون الأب قد هيأ مسكنا للصغير و لحاضنته .

5-أن لا يكون للمحضون مالا ، لأن نفقته على أبيه وإن لم يكن له مال [01].

ثالثاً : استرداد الأب لمسكن الحضانة.

إن مكوث الحاضنة في مسكن الحضانة ليس مكوثاً دائماً ، بل هو مكوث لأجل محدود تستغله أو تشغله الحاضنة من أجل الطفل المحضون ، انه مرتبط بأمرين هما :

1- إنتهاء مدة الحضانة :

تنتهي مدة الحضانة قانونا عند بلوغ الطفل المحضون السن القانونية ، والتي تقدر بعشرة (10) سنوات حسب نص المادة **(65)** من قانون الأسرة ، أما بالنسبة للأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن (16) سنة ، وإذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في حكم القاضي سواء عند إسناد الحضانة أو الحكم بإنهائها أو بتمديدها [02].

2-تهيئة مسكن آخر للصغير :

على أن يكون هذا المسكن مناسباً لائقاً بالحاضنة ، وفق الشروط الشرعية التي سبق ذكرها

الفرع الثالث : الإنتقال الحاضنة من مسكن الحضانة في الفقه وقانون الأسرة

قد يضطر الحاضن أما أو أبا للإنتقال اضطراراً أو اختياراً قصد الإقامة الدائمة أو الطويلة أو للسفر فما مصير المحضون ؟ وأين تكون إقامته ؟

أولاً : إنتقال بالمحضون في الفقه الإسلامي .

1- إنتقال الحاضنة بالمحضون.

الحاضنة إما أن تكون أم الطفل أو غيرها

أ- إنتقال الأم :

يرده فقهاء الشريعة الإسلامية على خمسة حالات :

---

[01]- ممدوح عزمي ، مرجع سابق ، ص 56.

[02]-لحسن بن شيخ أث ملويا ، مرجع سابق ، ص76.

الحالة الأولى : أن تكون العلاقة الزوجية قائمة.

فمكان الحضانة هو مسكن الزوجية ، وقرارها فيه حق للزوج لا تبرحه إلا بإذنه وهذا ما قال به فقهاء الحنفية ، إذ ذكر السرخسي أنه " إذا أرادت المرأة أن تخرج بولدها من مصر إلى مصر ، فإن كان النكاح بينهما قائماً فليس لها أن تخرج إلا بإذنه "[01].

وهذا ما قال به الشافعية والمالكية أيضا [02].

الحالة الثانية : أن تكون معتده.

مكان الحضانة هو مسكن الزوجية ، فليس لها أن تخرج ولا يحق لأحد إخراجها منه لقوله تعالى : " **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**" [03].

فلا يحل لها الإنتقال والسفر بولدها .

الحالة الثالثة : أن تكون منقضية العدة.

في هذه الحالة ، ميز الفقهاء بين ثلاث وضعيات :

الوضعية الأولى :

إذا كان الإنتقال إلى بلد بعيد لا يتمكن الأب من الذهاب لرؤية ولده ، والعودة في يوم واحد فتمنع من إنتقال بالمحضون[04].

الوضعية الثانية :

لها الخروج بالمحضون والإنتقال إلى بلد قريب ، بحيث يستطيع الأب من الذهاب إليه ورؤيته والعودة في نفس اليوم ، قال السرخسي " ...إلا أن يكون بين المصريين مدينتين قرب ، بحيث لو خرج الزوج لمطالعة الولد أمكنه الرجوع إلى منزله قبل الليل " [05].

---

[01]-محمد عليوى ناصر ، المرجع السابق ، ص158.

[02]-محمد عليوى ناصر ، نفس المرجع ، ص159.

[03]-سورة الطلاق ، الآية 01 .

[04]-عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص159..

[05]-محمد عليوى ناصر ، نفس المرجع ، ص159 .

فقهاء المالكية إشترطوا للأم الحاضنة عدم السفر أكثر ستة برود (20كلم) حتى يتمكن الأب من زيارة ولده والإطلاع عليه ، قال الإمام مالك " وليس للأم أن تنقلهم عن الموضع الذي فيه والدهم أو أولياؤهم إلا أن يكون ذلك الموضع القريب البريد ونحوه " ، فإذا كانت المسافة أقل فإنه يسمح لها أن تستوطن فيه ولا يسقط حقها في الحضانة [01].

وهذا ما قال به أيضا **الحنابلة** في مذهبهم ، فالقرب عند الإمام أحمد رحمه ، ما استطاع معها الأب رؤية ولده والرجوع في نفس الوقت ، والعلة في ذلك حتى يتمكن من الإشراف على رعايته وتأديبه [02].

ووافقهم فقهاء **الشافعية** حين إشترطوا أن يكون السفر مسافة قصر الصلاة أيضا.

الحالة الرابعة : الإنتقال لحاجة.

إذا كان الإنتقال لحاجة فالمحضون يبقى مع المقيم ، حتى يعود المسافر ، وهذا رأي **الشافعية** ، حيث قال المطيعي " وإن افترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما أن يسافر بالولد ، فإن كان السفر مخوفا أو البلد الذي يسافر إليه مخوفا ، فالمقيم أحق به ، ....وإن كان السفر لحاجة لا تنقله كان المقيم أحق بالولد " [03].

الحالة الخامسة : إذا كان الإنتقال للإقامة.

فإن حق الحضانة يصير للأب ، وبهذا قال علماء **الشافعية** ، إذ ورد عن المطيعي قوله : " وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمناً وطريقه آمناً فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المتنقل ، لأن كون الولد مع الأب حفظ النسب والتأديب ".

وهذا ما قال به أيضا فقهاء **المالكية** حيث السفر لغرض الإقامة أو سفر النقلة لمكان آخر يوجب سقوط الحضانة ، ويكون الولد عند الأب ، وهذا رأي **الحنابلة** أيضا ، قال

---

[01]-محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط2 ، دار الفكر العربي ، 1950 ، ص411.

[02]-محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص163.

[03]-محمد عليوى ناصر ، نفس المرجع ، ص163.

أبو البركات" ومتى أراد أحد الأبوين السفر إلى بلد بعيد لسكناه ، وهو طريقه أمناء ، فالحضانة للأب " [01].

ب- إنتقال غير الأم :

إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها أن تنتقل بالمحضون من مكان حضانته مطلقاً إلا بإذن وليه ، فإن إنتقلت من غير إذن منه سقط حقها حتى تعود ، ولم يفرق الفقهاء في هذا الحكم سواء كان البلد الذي إنتقلت إليه قريباً أو بعيداً[02].

2- إنتقال الأب بالمحضون :

يميز **الشافعية** بين حالتين في إنتقال الأب بالمحضون فإذا كان القصد من إنتقال الأب هو لممارسة التجارة ، فلا يحق له أخذ المحضون معه لاشتغاله هو عنه ولتجنيبه المخاطر ومصاعب الطريق ، أما إذا كان المقصود من وراء سفره هو الإقامة ، كان له أن يسافر ومعه المحضون بشرط أن لا يكون هناك عاصب مقيم.

أما فقهاء **الحنابلة** فاشترطوا لذلك شروط منها أن لا يكون القصد من وراء إنتقال الأب بالمحضون هو إلحاق الضرر بالأم وحرمانها من رؤية طفلها ، وأن تكون الطريق آمنة[03] ، بينما يرى فقهاء **المالكية** ، أنه يجوز للولي الإنتقال إلى بلد آخر قصد الإقامة مع المحضون ، وللحاضنة أن تسافر معه إذا رضيت بالسفر ، وإلا سقط حقها في الحضانة ، فتخير الأم أن تتبع ولدها المنتقل مع أبيه فتبقي حضانتها ، قال الدسوقي : " فإذا سافر الولي لنقله (سفر بغرض الإقامة) سقطت حضانتها ، وكان للولي أخذه منها ، إلا أن تسافر معه " ، ولكن إذا ما تحققت شروطاً أربعة وإلا فلا تسقط حضانتها ، ولا ينتقل محضونها إلا بإرادتها ورضاها ، سواء كان محل الإنتقال قريباً أو بعيداً[04].

وهذه الشروط هي :

---

[01]-محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص166.

[02]- كريال سهام ، المرجع السابق ، ص 75.

[03]-محمد عليوى ناصر ، نفس المرجع ، ص162.

[04]-ممدوح عزمي ، مرجع سابق ، ص61.

1- أن يكون الغرض من السفر الإقامة.

2- أن تتجاوز المسافة بين بلد الحضانة والبلد الذي ينوي السفر إليه ستة (06) برود أي تقدر بعشرين (20كلم) .

3- شرط السن وهو مختلف فيه ، إذ قال إبن القاسم ليس لأب أخذ الولد معه إلا إذا كان فطيماً قد إستغنى عن أمه وقال أيضاً يأخذه وهو رضيع إذا كان يقبل ثدي إمرأة غير أمه .

4- أن تكون الطريق مأمونة[01].

أما إذا كانت الحاضنة غير أمه وكانت أهلا للحاضنة ، فلا يأخذ الأب المحضون منها إلا بإذنها ، لأنه تفويت لحقها في الحضانة ، فإن سقطت حضانتها ، ولم يكن للولد من تنتقل حضانته إليه بعد أمه فللأب في هذه الحالة أن يأخذ ولده ويسافر به إلى أن يعود حق أمه أو من يقوم مقامها في الحضانة [02].

ثانياً : انتقال بالمحضون في قانون الأسرة.

1- إنتقال بالمحضون داخل الوطن :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة إنتقال المحضون ، مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية سبق لهم وأن تعرضوا لها بالدراسة المستفيضة نظراً لأهميتها في قضية الحضانة ، وما تثيره من نزاعات وسكوت المشرع الجزائري هنا كبيرة ودائمة في غير محله ، إلا أنه يمكن أن نجد لذلك تأويلاً على طريقتين وهما :

الطريقة الأولى : إن المشرع الجزائري بسكوته هذا ، فإنه يحيلنا إلى الرجوع لأحكام المادة **(222)** من قانون الأسرة ، التي بدورها تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي جاء فيها " كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "[03] ، والمقصود بأحكام الشريعة الإسلامية كما يقول الأستاذ لحسين بن شيخ أث ملويا " هي كل

---

[01]-موساوي حميدة وموساوي فوزية ، الحضانة بين الشريعة الإسلامية والقانون ، مذكرة التخرج لشهادة ليسانس في العلوم القانونية والإدارية سنة 2006/2005 ، المركز الجامعي خميس مليانة ، ص 40 .

[02]- ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص61 .

[03]-زكية حميدو ، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، أطروحة الدكتورة ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005 ، ص 61 .

القواعد الفقهية التي تطبق في المجتمع الجزائري ، وعلى الأخص قواعد المذهب المالكي ، والعرف في المحل الأول ، والمذاهب الأخرى ، وللقاضي اختيار الحل الأصلح والمتماشي مع روح العصر ، ومع نبذ أي مذهب متطرف "[01].

الطريقة الثانية :

-إنتقال المحضون لا يسقط الحضانة عن من أسندت إليه وذلك داخل التراب الوطني فقط .

-إذاً سكوت المشرع وعدم ورود أي نص صريح يبين جواز إنتقال بالمحضون أدى إلى وجود فراغ تشريعي دفع بالقضاة إلى إتخاذ أكثر من موقف إزاء مثل هذه القضايا التي أصبحت اليوم أمراً مطروحاً بكثرة في محاكم الأحوال الشخصية المتعلقة بإنتقال المحضون.

-وللعلم فإن القضاء بالجزائر يأخذ بالفقه المالكي فيما يخص الإنتقال بالمحضون والذي ينص على أنه إذا سافرت الحاضنة بالمحضون فلا يجوز لها أن تتجاوز ستة برود أي أقل من عشرين كلم ، إذا كانت تنوي الإقامة لأن المحضون بحاجة إلى رعاية أبيه ، ويصعب على والده زيارته وتفقده في كل مرة إذا كانت المسافة بعيدة[02].

الغريب في اجتهادات المحكمة العليا أنها أحياناً أخذت بالفقه المالكي في تحديد المسافة بستة برود ، وأحيانا لا تأخذ به ، وهذا ما تجلى بوضوح في عدة قراراتها منها :

أولا : قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية " أنه من المستقر عليه فقهاً وقضاءاً أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضون تزيد عن ألف كيلومتر ، فإن قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون"[03].

---

[01]– لحسن بن شيخ أث ملويا ، المرجع السابق ، ص167.

[02]-زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص61.

[03]–زكية حميدو ، نفس المرجع ، ص61.

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا نجدها لم تأخذ في الحسبان بمعيار المسافة ستة برود (عشرون كلم) كوحدة للقياس ، إذ جاء في قرارها " من المقرر شرعاً بان بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة والرقابة لا يعد مبرراً موجباً لسقوط حق الحضانة عن الأم ، ولا يمنع استعمال حق الزيارة " [01].

يبدوا أن اجتهاد المحكمة العليا هنا نظر إلى التطور الكبير الذي شهده قطاع المواصلات وتنوعها ومدى سرعتها ولم ينظر أو يراع الضرر الذي قد يلحق بالطرف غير الحاضن إن كان غير قادر على استخدام وسائل النقل والمواصلات إن كانت باهظة الثمن.

ثانيا : إنتقال المحضون خارج الوطن :

ذكرت المادة **(69)** من قانون الأسرة الجزائري على أنه " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في استبقاء الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون ".

المشرع في هذه المادة أعطى للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في استبقاء الحضانة بالطفل المحضون للشخص الذي يرغب في الإنتقال والإقامة في بلد أجنبي إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون حيث " تتوفر فرص العيش الرغيد ، وكذا الدراسة في أحسن المدارس والحصول على جنسية تلك الدولة (دول الإتحاد الأوروبي أو أمريكا الشمالية) وفرصة العمل ، خاصة وأن العالم أصبح بمثابة قرية صغيرة مع توفر وسائل الإتصال " [02].

ولاسيما إذا كان هذا الطفل المحضون من ذوي الأمراض الخطيرة والمزمنة التي لا علاج لها داخل التراب الوطني ، أما إذا إقتنع القاضي بأن الإنتقال إلى البلد الأجنبي والاستقرار فيه يؤثر على مصلحة المحضون لاسيما تعريضه للانسلاخ من دينه وهويته ، أو ينتابه شك في تربية وخلق الحاضنة ونواياها كانت له السلطة الكاملة في إسقاط الحضانة عنها ونقلها إلى الأب حسب المادة **(64)** من قانون الأسرة [03].

---

[01]–زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص61.

[02]– لحسن بن شيخ أث ملويا ، مرجع سابق ، ص79.

[03]– مادة 64 معدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

إنتقال الحاضنة بالطفل المحضون خارج الوطن ، يفوت على الأب حق الزيارة ، ويمنعه من أداء واجبه اتجاهه من التربية والمراقبة وذلك لبعد المسافة من جهة ، أو لصعوبة الحصول على التأشيرة السفر عند بعض الدول.

وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا : " تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي ، وإقامة الأب في الجزائر .....وذلك رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب ، غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا يمكن الأب من القيام بمسؤوليته ، خاصةً وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي ، مما يفقد حق الأب من القيام بمسؤوليته ، وهذا يؤدي إلى حرمانه من العطف والحنان على الأبناء المحضونين ، هذه أسس سليمة وأسباب كافية تجعل القرار سليماً في قضائه والأوجه غير مؤسسة ، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن "[01].

المطلب الثالث : حق الزيارة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة .

بعد انفصال العلاقة الزوجية ، يحاول من أسندت إليه حضانة الولد أن يبعده عن الطرف الآخر ، ما استطاع ، قصد إحداث فجوة وجفاء بينهما ، مما يؤثر على نفسية المحضون فيصير عرضه للاضطرابات النفسية والإنحرافات.

لذلك اجتهد فقهاء الشريعة الإسلامية لرأب هذا الصدع ، وتنظيم العلاقة الحسنة بين الأولاد وأبويهم بعد الطلاق حماية لمصلحتهم ، وهو ما أخذ به رجال القانون أيضاً ، إذ إتفقوا جميعهم على ضرورة إدامة الروابط بينهما بزيارة المحضون وتعهده وتأديبه.

[01]–ملف رقم 273526 قرار بتاريخ 2001/12/26.

تعريـف حق الزيارة :

ليس هناك تعريف جامع ، إلا أنه هناك من عرفها بقوله"هي النظر في أمور المحضون وتربيته وتعليمه ومراعاة أحواله وتوجيهه ومعاينته ، لشد أواصر التعاطف والتآلف الأسري وصلة الرحم ، وتخليص المحضون بواسطة هذه المتابعة مما يعلق بنفسيته من شوائب "[01].

الفرع الأول : حق الزيارة في الفقه الإسلامي.

1-المالكية : يرون أن حق الزيارة هو حق مقرر ، لا ينبغي منعه ولكل من الأبوين الحق في رؤية صغيرهما المحضون ، فإذا كان المحضون عند أمه فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه لكي يقوم بتعليمه وتعهده ، فإذا جاء الليل عاد إلى أمه ليبيت عندها ، أما إذا كان الطفل المحضون عند أبيه ، فللأم الحق في رؤيته كل يوم ، ويتم ذلك في بيتها لتتفقد حاله .

وجاء في المعيار المعرب"سئل ابن الحاج عن رجل له أولاد من إمرأة مطلقة ، تزوجت وتريد زيارة الأولاد ، ويأبي الزوج الخروج إليهم ، فهل لهم أن يخرجوا إليها ؟ فكيف إن لم يستطع على إخراجهم إلا أن يكري (الكراء) لهم من يحملهم على من يكون حملهم ، فأجاب بأنهم يحملون ، والكراء في ذلك عليها ، وليس يكون في مثل الصبيان"[02].

2- الشافعية : حق الزيارة عندهم هو من الحقوق المقررة ، لا ينبغي منعها ، قال الإمام الشافعي رحمه الله : "فإن أختار أمه فعلى أبيه نفقته ولا يمنع من تأديبه ، وسواء في ذلك الذكر والأنثى ، وإن اختار أباه لم يكن لأبيه من أن يأتي أمه وتأتيه في الأيام" ، وإن كانت جارية لم تمنع أمها من أن تأتيها ، ولا أعلم على أبيها إخراجها إليها [03].

وجاء في الحاوي"أعلم أنه لا يخلوا حال الولد المكفول من أن يكون غلاماً أو جارية ، فإن كان غلاماً فله حالتان :

---

[01]-محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص 191 .

[02]-أبو العباس احمد بن يحي الونشريسي ، المعيار المعرب والجامع المغرب من فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب ، نشر وزارة الشؤون الإسلامية ، المجلد01 ، المغرب، 1983 ، ص 66 .

[03]-الإمام الشافعي ، كتاب الأم ، دار المعرفة ، ج5 ، بيروت، بدون سنة النشر ، ص 82 .

الحالة الأولى : أن يختار أمه فيأوي في الليل إليها ، ويكون في النهار عند أبيه إن كان من أهل الصناعة أو في الكتاب وليس للأم أن تمنعه.

الحالة الثانية : أن يختار أباه فهو أحق به ليلاً ونهاراً ، وعليه أن يحمله على زيارة أمه في كل يومين أو ثلاثة ، وإن كان منزلها قريباً فلا بأس أن يدخل عليها في كل يوم ليألف برها ، ولا يمنعه منها فيألف العقوق.

وإن كانت جارية اختارت أمها فتكون أحق بها ليلاً ونهاراً ، بخلاف الغلام .....تمنع من البروز ليلاً ونهاراً لتألف الصيانة ، ولأبيها إذا أراد زيارتها أن يدخل عليها مشاهداً لها لتألفه ويألفها ، أما إذا اختارت أباها فتكون معه.وعنده ليلاً ونهاراً ، فإن أرادت الأم زيارتها دخلت عليها ولزم الأب أن يمكنها من الدخول عليها ولا يمنعها [01].

3-الحنبلية : يرى فقهاء هذا المذهب أن الصغير المميز إذا أختار أباه يضل طول النهار والليل وله الحق زيارة أمه ولها الحق في تمريضه وليس للأب منعها ، أما إذا اختار أمه كان عندها ليلاً أما في النهار يبقى عند أبوه ليؤدبه[02].

4-الحنفية : الحنفية كغيرهم من المذاهب الأخرى يرون أنه إذا كان الولد عند أبيه فعليه أن يخرجه لامه لتراه ويراها كما للخالة الحق في رؤية إبن أختها ، وإن كان الولد عند الأم أو غيرها من الحاضنات ، فيجب عليها أن تخرجه لكي يتسنى للأب رؤيته.

وبخصوص عدم منع أحد الأبوين من مشاهدة ولده أو عرقلة المشاهدة وتهريبه عن لقاء والده أو والدته يقول إبن عابدين عن التاتار خانيه القول " الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه ومن تعهده"[03].

5-فقهاء الظاهرية : ورد عن أبو حزم قوله في الزيارة«أن صلاحية الحضانة تقوم بما يصلح به الدين والدنيا ونصه " ينظر فيه صلاح الدين والدنيا " ولما كانت مشاهدة

---

[01]-الإمام الشافعي ، المرجع السابق ، ص 82.

[02]-موسى بن احمد الحجاوي ، الإقناع في فقه الإمام احمد بن حنبل ، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى ، دار المعرفة ، بيروت ، ج4 ، 1980 ، ص160.

[03]-ابن عابدين ، مرجع سابق ، ص371 .

المحضون ورعايته والإشراف على تعليمه وتربيته من الأمور الضرورية التي يتكفل بها أبو الصغير كل بحسب واجبه ... فهذا النص يقوم دليلاً على أنهم يوجبون الرؤية والمشاهدة والرعاية لما فيها من الصلاح»[01]

6-الفقهاء المعاصرون : يرى الإمام أبو زهرة أنه لا يحق للحاضنة أن تمنع الأب من حق رؤية ولده ورعايته والعطف عليه ، إذ يقول " ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ، ولا تجبر على إرساله ، كما ليس له أن يسقط من الأم من الحضانة وأن يمنعها من رؤية ولدها ولا يجبر على إرساله إليها "[02].

بينما يذهب زكريا البري إلى التشديد في وجوب تمكين الأم والد الصغير من رؤيته وهو قول لكثير من الفقهاء ، بل هو الراجح شرعاً فيقول : " ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده بل يجب عليها أن تمكنه من ذلك ، وليس للأب أن يمنع الأم من رؤية ولدها إذا انتهت مدة حضانتها ، بل يجب عليهما أن يتعاونا في ذلك وأن يقصرا اختلافاتها على أشخاصهما وأن لا يتخذا من الولد وسيلة للكيد والنكاية[03].

ثانياً : تنظيم عناصر الزيارة

1-**ميعاد الزيارة** : لم يحدد فقهاء الشريعة الإسلامية ميعاد الزيارة ، بل جعلوها مطلقة كلما أمكن أو اشتاق الأب لابنه أو المرأة لابنها لدى الحاضنة .

أ-**فقهاء الحنفية** : أطلقوا القول من حيث عدد مرات المشاهدة وعدد الأيام التي تتم فيها الزيارة بقولهم ليراه والده ويبصر أموره كل يوم ، قال الحاوي : " له إخراجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما في جانبها"[04].

---

[01]-محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص 198- 199 .

[02]-الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 411 .

[03]-زكريا بري ، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية ، معهد الدراسات الإسلامية ، دار الإتحاد العربي للطباعة 1996 ، ص 218 .

[04]-ابن العابدين ، مرجع سابق ، ص 660 .

فلم يحدد وقتاً معيناً للمشاهدة والزيارة ، ولا أيام معينة ، يعني كل أيام الأسبوع ، دون أن يضر بالولد ولا بالأم أيضاً[01].

ب-فقهاء الحنابلة : يرى فقهاء الحنابلة أنه من حق الأب ومن واجبه أن يراقب ابنه ويشرف عليه باستمرار حتى لا يضيع ، بقول إبن قدامة عن أيام الزيارة"....بحيث يراهم الأب في كل يوم ويرونه ، فتكون الأم على حضانتها" وقد حدد البهوتي بيوم في الأسبوع [02].

ج-فقهاء الشافعية : «...وان اختار أباه لم يكن لامه منعه من أن يأتي أباه ، وتأتيه في الأيام ، وان كانت جارية لم تمنع أمها من أن تأتيها»[03].

د-فقهاء المالكية : «إذا كان المحضون عند أمه فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه لكي يقوم بتعليمه وتعهده ، ثم يأوي إلى أمه ، أما إذا كان المحضون عند أبيه فللام الحق في رؤيته كل يوم ، ويتم ذلك في بيتها لتفقده»[04].

الفرع الثاني : حق الزيارة في قانون الأسرة.

عرفه البعض بأنه هو« رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتعليمية»[05].

حق الزيارة يتصل بالحضانة ، حيث إذا استأثر أحد الوالدين بالمحضون ، فلا يحق له شرعاً ولا قانوناً أن يمنع الطرف الأخر من زيارة ورؤية ابنه والإطلاع عليه ، ويستوي في ذلك الأبوين معاً ، وحق الزيارة محمي قانوناً حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة **(64)** من قانون الأسرة بقوله"...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "[06].

---

[01]-محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص 192-193 .

[02]-ابن قدامة ، مرجع سابق ، ص150.

[03]-الشافعي ، المرجع السابق ، ج5 ، ص99.

[04]-سليمان بن خلف بن سعد ، شرح الموطأ ، ط01 ، ج06 ، دار الكتب العلمية ، القاهرة ، ص186.

[05]-زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص196.

[06]-المادة (64) من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005.

القانون أوجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه وهي هنا على سبيل الوجوب وليس الجوازية أو الإختيار [01].

الصياغة اللغوية للمادة **(64)** في الترتيب (الأم – الأب – الجدة لأم – الجدة لأب – الخالة– العمة– ثم الأقربون درجة) توحي بأن حق الزيارة ليس محصوراً في الأبوين فقط ، بل يشمل أيضا أم الأم ، وأم الأب ، والخالة ، والعمة ، والأقربون درجة الذين لم يوضحهم المشرع من هم.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها " من المقرر شرعاً أنه كما يجب النفقة على الجد لإبن الإبن ، يكون له حق الزيارة أيضاً ، ومن ثم فإن قضاة الموضوع قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلاً للولد ، وهو بمنزلة والده المتوفى ، كما تجب عليه النفقة ، يكون له حق الزيارة طبقاً لأحكام المادة **(77)** من قانون الأسرة ، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون "[02] ، والمشرع فعل خيراً حين وسع قاعدة التمكين في رؤية المحضون ، فهي وإن كانت حقاً بل واجباً على الأبوين والأجداد فهي ضرورية للصغير و هامة في نفسيته إذ تقوم على التآلف والتعاطف مع أسرته بعد إفتراق الأبوين .

– عناصر حق الزيارة.

أولاً : مكان الزيارة.

يقصد بمكان الزيارة ، المكان الذي يجتمع فيه الزائر بمحضونه بشرط أن لا يسبب هذا المكان حرجاً للأم الحاضنة ولا للزائر ولا للطفل المحضون والمشرع لم يحدد لنا مكان الزيارة.

01– قد يكون هناك اتفاق ودي بين الحاضنة أماً كانت جدةً أو خالةً ، أو أم الأب والعمة على تحديد مكان ما لممارسة حق الرؤية والزيارة ، وهذا شيء جيد بالنسبة لنفسية المحضون أولاً ولكل من الأبوين المنفصلين ثانياً أو للزائر ورأي القاضي في ذلك مصلحة المحضون

---

[01]– بأديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 159 .

[02]– ملف رقم 189181 قرار بتاريخ 21 أفريل 1998 .

قام باحترام موقفهما[01] ، لكنه من غير اللائق أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجاً وإضطراباً للأطراف الثلاثة (الحاضن والمحضون والزائر) .

وهذا ما قضت به المحكمة العليا حينما قضت برفض ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة : " من المقرر شرعاً أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت المطلقة ، وهي- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن ...." [02] ، وبالرجوع إلى تحديد مكان الزيارة، قدرت المحكمة العليا في 30 أفريل 1990 بأن : " المستقر عليه فقهاً وقضاءاً أن حق الشخص لا يقيد بما قيده القانون ، فزيارة الأم والأب لولدهما حق لكل منهما ، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر إستعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبته ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون ، لما كان ثابتاً في قضية الحال أن المجلس القضائي ، لما قضى بزيارة الأم لإبنتها بشرط ألا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج ، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه ، وقيد حرية الأشخاص خلاف القانون والشرع ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[03].

فلا يمكن للزوج المطلق أن يدخل إلى بيت زوجته المطلقة ليمارس حق الزيارة لأنها أصبحت أجنبية عنه ، ولا يمكن للزوجة المطلقة أن تدخل إلى بيت زوجها المطلق لرؤية ولدها شرعاً وقانوناً ، لأنه انقطعت الصلة الزوجية وأصبحا في حكم الأجانب .

02- أما في حالة تغدر تنظيم الرؤية أو بالأحرى حق الزيارة إتفاقاً وديناً بين الزائر والحاضنة ، تدخل القاضي ونظمها بحيث تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً[04].

---

[01]-زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص196.

[02]- ملف رقم 214290 قرار بتاريخ 1998/12/15 .

[03]- ملف رقم 52207 قرار بتاريخ 02 جانفي 1989 ، المجلة القضائية عدد04 ، سنة 1990 ، ص 79 .

[04]-زكية حميدو ، نفس المرجع ، ص196.

ثانياً : مدة الزيارة

المشرع الجزائري لم يحدد المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة ، فترك الأمر للقضاء ، وهذا الأخير استقر على منح حق الزيارة أيام العطل والأعياد والمناسبات : " وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع ، أي خلال العطلة الأسبوعية ، وإن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبنى من طرف القضاء" [01].

ويقول دكتور محمد عليوى ناصر في نفس السياق " .... غالباً ما تحدد المحاكم الأحوال الشخصية أيام المشاهدة بيوم الجمعة وهو أنسب الأوقات لتفرغ الناس من أعمالهم وواجباتهم الأسرية والإجتماعية ، وكذلك أيام العطل والأعياد والمناسبات " [02].

والمحكمة العليا في إحدى قراراتها إعتبرت تحديد حق الزيارة للأب مرتين كل شهر خرقاً للقانون ، إذ جاء فيه : "متى أوجبت أحكام المادة **(66)** من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبناؤه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " [03].

المبحث الثاني : إنقضاء الحضانة والدعاوى والجرائم المترتبة عن مخالفة أحكامها.من المعلوم بالضرورة أن للحضانة مدة زمنية محدودة وتنقضي ، وان كانت تختلف بين الذكر والأنثى ، فالذكر ببلوغه عشرة (10) سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج حسب ما بينه المشرع الجزائري في المادة **(65)** من قانون الأسرة ، أما من جهة الحاضن ، فهو الآخر قد

---

[01]– بأديس ديابي ، مرجع سابق ، ص 161.

[02]– محمد عليوى ناصر ، مرجع السابق ، ص 211.

[03]– ملف رقم 59784 ت 16 أفريل 1990 المجلة القضائية 1991 العدد 04 .

يسقط حقه في الحضانة إذا اعترضته عوارض أو أسباب اضطرارية أو اختيارية ويعود الحق له بانتقائها.

المطلب الأول : إنقضاء الحضانة بانتهاء المدة .

إذا كانت الحضانة من الحقوق غير المؤبدة ، فمعناه أن لها بداية ونهاية وفق شروط أو أسباب معينة تطرق إليها الفقهاء والمسلمين ، وحددها قانون الأسرة أيضاً وهذا ما نحاول تبيينه .

الفرع الأول : إنقضاء الحضانة في الفقه الإسلامي.

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية حول كيفية انقضاء الحضانة ، لذلك نبين موقفهم حسب المذاهب.

أولاً : انقضاء الحضانة بانتهاء المدة.

01-الحنفية : يرى فقهاء الحنفية أن انتهاء الحضانة يكون بمظاهر محددة إذ يقول المرغيناني : "الأم والجدتان أحق بالغلام حتى يستغني عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده "[01].

وإبن العابدين يحدد البلوغ هو الآخر بسبع سنين فيقول : " وقدر بسبع وهو قريب من الأول بل عينه ، لأنه حينئذٍ يستنجي وحده ، وقدر بلوغ الجارية (الأنثى) من حيث السن تسع سنين (9سنوات) ، وتعرف إما بالحيض أو الإنزال أو السن[02].

02-فقهاء الشافعية : لم يختلف الشافعية عن الحنفية كثيراً في تحديد البلوغ بالصفات أو بسن معينة ، وقالوا بالجمع بينهما ، قال الشافعي : " فإذا بلغ أحدهم سبعاً أو ثماني سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه " ويحددها – الباجوري – بسبع سنين فيقول : " وتستمر

---

[01]– برهان الدين أبي الحسن على بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، مطبعة الحلبي ، ج02 ، مصر ، 1996 ، ص 37.

[02]-ابن العابدين ، مرجع سابق ، ص566.

حضانة الزوجة إلى مضي سبع سنين " وهي سواء عند الذكر أو الأنثى وقالوا بالتخيير عند سبع سنين بين أبيه وأمه ويسلم للمختار[01].

03- فقهاء المالكية : قالوا إنتهاء الحضانة للذكر هو الإحتلام وللأنثى بالزواج هذا ما وردعن الإمام مالك بقوله " حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء " ، أما عن الأنثى فقال : " حتى تبلغ مبلغ النكاح ويخاف عليها ، فإذا بلغت مبلغ النكاح وخيف عليها نظر فإن كانت أمها في حرز (أمان) وتحصين كانت أحق بها أبداً حتى تنكح ، وإن بلغت ابنتها ثلاثين سنة أو أربعين سنة مادامت بكراً فأمها أحق بها مالم تنكح (تتزوج) "[02].

فبقاء البنت عند أمها حتى تتزوج إذا كانت مأمونة ، أما غير ذلك فالأب أولى بأخذها منها.

04-فقهاء الحنابلة : قالوا بنهاية مدة الحضانة ببلوغ سبع سنين سواء كان ذلك للذكر أو الأنثى ، فابن قدامة يقول : " إذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه "أما عن الجارية (الأنثى) فحين تبلغ سبع سنين فالأب أحق بها" ، لأنها في حاجة إلى الحفظ والأب أولى بذلك لا تخطب إلا من وليها (أبوها) [03].

05- فقهاء الظاهرية : تنتهي عند الظاهرية مدة الحضانة بالبلوغ في الذكر والأنثى معاً ، يقولون أنه إذا كانت الأم كافرة ، فمدة الحضانة هي مدة الرضاع فقط ، وإذا ميز (التمييز) الصغير فلا حضانة للكافرة الفاسقة ، فابن حزم يفرق بين حضانة الأم المسلمة الصالحة والأم الكافرة أو الفاسقة ، فالأولى جعل مدة الحضانة هي بالبلوغ وعند الأم الثانية قصرها على مدة الرضاعة فقط ، حتى لا يدرك الصغير فيأخذ من دينها وأخلاقها غير الحسنة ، فيقول : "الأم أحق بحضانة الولد الصغير والإبنة الصغيرة حتى يبلغا الحيض أو الإحتلام أو

---

[01]- محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص 129.

[02]-الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، بيروت ، 1994 ، ص 140.

[03]- ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 8 ، ص300.

الإنبات معاً لتمييز وصحة الجسم والأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع فإذا بلغا من السن والاستغناء مبلغ الفهم ، فلا حضانة لكافرة ولا لفاسقة"[01].

وهو أحسن تعبير عن البلوغ إذ ربطه بالاحترام والحيض والإثبات وصحة الجسم .

ملاحظة :

فقهاء المذاهب الأربعة ربطوا إنتهاء مدة الحضانة بالبلوغ وإستغناء المحضون عن خدمة النساء وبالإحتلام والحيض ، ومنهم كما سبق حددها بسبع سنين ، ثم إختلفوا ايضاً بعد إنتهاء المدة في مصير الطفل المحضون ، ظهر هناك فريقين :

1- الفريق الأول : الضم دون التخيير ، وهم الأحناف والمالكية ، والإمام أحمد والزيدية بقول الحنفية بالضم حيث ورد في كتبهم عن الأنثى ، أنه : "إذا بلغت حد الشهوة فالأب أحق بها "[02].

المالكية : يقولون إذا كانت أنثى قبل سبع سنين فأمها أحق بها بغير تخيير ، وإذا بلغت تسع سنين فالأب أحق بها من غير تخيير[03].

الزيدية : ورد في مذهبهم أنه : " متى استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر والأم بالأنثى "[04].

الفريق الثاني : التخيير ، ولعله أول من الفقهاء من قال بالتخيير هم الشافعية ، إذ جاء عن الإمام الشافعي رحمه الله بقوله " فإذا بلغ أحدهم سبعاً أو ثماني سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه"[05] ، وهو نفس السن عند الذكر والأنثى ، فالتخيير هو القاعدة عندهم بعد إنتهاء الحضانة ويوافق إبن قدامة عن الحنابلة بقوله : "إذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه "[06].

---

[01]-إبن حزم ، مرجع سابق ، ج3 ، ص 323.

[02]- مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ص140-141.

[03]-سمير محمد محمود ألعقبي ، مرجع سابق ، ص 203.

[04]- محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص 133 .

[05]- الشافعي ، مرجع سابق ، ص 92 .

[06]- ابن قدامة ، مرجع سابق ، ص300.

ويستدل القائلون بالتخيير بما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه ، حيث قال أن النبي صلى الله عليه وسلم ، خير غلاماً بين أبيه وأمه ، وفي رواية أن إمرأة جاءت فقالت يا رسول الله ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة ، وقد يعنيني ، فقال : إستهما عليه ، فقال زوجها من يحاقنى في ولدي ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يا غلام هذا أبوك ، وهذه أمك ، فخذ أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به"[01].

أما التخيير عند الحنابلة ، فهو للذكر دون الأنثى ، ويشترط في الذكر أن يكون عاقلاً غير مجنون ، أو معتوه ، وأن تتوفر في الوالدين أو من يقوم مقامهما شروط الحضانة ، فإن كان أحدهما غير أهل ، ضم الصغير إلى الأخر[02] .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : " ... هذه المسألة ليس فيها نص عام من الشارع " بقول الولد يخير أو تجرى له قرعة ، أو أن الأم أحق به مطلقاً ، فلابد له (الطفل) من أحدهما ، لكن لا يقدم ذو العدوان والفساد والشر على التقي الدين الصالح ، ..... فالشريعة جاءت لمراعاة المصالح ، فما يقال ، إن الأم تقدم مطلقاً ، أو الأب يقدم مطلقاً ، أو يخير بينهما مطلقاً ، أو يجرى بينهما بالقرعة بل ينظر إلى الأصلح ، وهو أعدل الأقوال "[03].

الفرع الثاني : إنقضاء الحضانة في قانون الأسرة.

تناول المشرع الجزائري مسألة إنقضاء الحضانة في المادة **(65)** والتي جاء فيها : " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[04] ، هذه المادة شملت فكرتين أساسيتين :

الفكرة الأولى : تتعلق بإنقضاء مدة الحضانة وإنتهائها بحكم القانون.

---

[01]–أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تلخيص الحبير،ج04 ، السعودية ، 1984 ، ص13.

[02]-وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص714.

[03]– ابن قدامة ، مرجع سابق ، ص50.

[04]-المادة (65) من قانون الأسرة المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

الفكرة الثانية : تتعلق بتمديد مدة الحضانة بحكم من المحكمة.

-الفكرة الأولى : إنقضاء الحضانة أو إيقافها بحكم قانوني.

المشرع حدد المدة بعشر سنوات بالنسبة للذكر ، وللأنثى ببلوغها سن الزواج ، قبل هذه المدة يجوز تخاصم الحاضنون عليهما (المحضونين) ، وبعدها لا معنى للتنازع على الحضانة بين الأبوين لأنه حسب بعض شراح القانون : " .... إعتماداً على أن كل واحد من الفتى والفتاة في مثل هذه السن لم يعد يحتاج إلى من يحضنه كطفل وإنما يبقى فقط يحتاج إلى من يرعاه ويهتم بمستقبله من حيث الإنفاق عليه وتربيته وتعليمه وتوجيهه "[01] ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها : " من المقرر قانوناً أن تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشرة سنوات ، وللأنثى سن الزواج ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر منعدم للأساس القانوني لما كان ثابت في- قضية الحال- أن المجلس القضائي ، كما لم يوضح في قراره ، عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه" [02].

-الفكرة الثانية : تمديد فترة الحضانة.

ويكون ذلك بطلب يقدم من قبل الحاضنة إلى المحكمة المختصة فللولد الذكر من عشر سنوات تمدد إلى ستة عشرة سنة ، ولكن ذلك يكون وفق شروط معينة هي :

أولاً : أن يكون طالب التمديد الأم الحاضنة.

أن تكون الحاضنة هي الأم للمحضون لأنها أجدر بها ، فلا يجوز لغيرها طلب التمديد كالجدة أو الخالة والعمة ، وهذا ما نطقت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها : " من المقرر قانوناً أنه لا يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمه وتزوجت ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضون وحتى تبين من القرار

---

[01]- عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 298 .

[02]- المجلة القضائية سنة 1989 عدد 01 رقم القرار 31997 تاريخ القرار 1984/01/09 .

المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص أخر غير محرم ، فإن الشروط المطلوبة غير متوافرة ، ويبقى القول بأن الدفع المثار غير مؤسس ويرفض [01].

ثانياً : أن لا تكون الأم متزوجة برجل أجنبي عن المحضون.

ويقصد بالزوج الثاني أن لا يكون محرماً للمحضون ، فإن حكمت المحكمة للأم بحق الحضانة للطفل في عامه الأول مثلاً ، فإن بلغ عشر سنوات وانتهت المدة القانونية له ، فإن من حقها أن تطلب من المحكمة تمديد مدة الحضانة وإبقاء الولد عندها إلى أن يبلغ ستة عشرة سنة وهذا ما أقرته المحكمة العليا بقولها :

" من المقرر قانوناً أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر 16 سنة ، إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانيةً مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت شخص آخر غير محرم"[02].

ثالثاً : أن ترفع طلبها إلى المحكمة لإستصدار حكم بتمديد الحضانة.

ويقدم هذا الطلب إلى المحكمة لتمديد الحكم قبل مرور سنة من انتهائها ، وإلا سقط حقها في التمديد ، إلا إذا قدمت تبريراً شرعياً مقبولاً ومقنعاً للقاضي.

وهذا ما نصت عليه المادة **(68)** من قانون الأسرة بقولها :

" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها "[03]

فبهذه الشروط الثلاثة يجوز للقاضي أن يحكم للحاضنة بحق تمديد مدة الحضانة حفاظا على مصلحة المحضون لأن الطفل في سن العاشرة مازال في حاجة إلى خدمة النساء ، وأقربهم إليه أمه فهي أشفق وأرحم به من زوجة أبيه .

ما مصير المحضون بعد إنتهاء مدة حضانته ؟

المشرع الجزائري لم يجب على مثل هذا التساؤل ، لذلك وجب الرجوع إلى المادة **(222)** من قانون الأسرة التي بدورها تحيلنا إلى الأخذ بالفقه الإسلامي .

---

[01]-قرار رقم 66552 ، سنة 1990 ، م قضائية ع 02 ، ص 89 .

[02]- قرار المحكمة العليا رقم25566 ، تاريخ 1999/12/10.

[03]-المادة (68) من قانون الأسرة المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه : " من حق كل واحد من الفتى أو الفتاة بعد نهاية الحضانة أن يختار الإقامة في مسكن أحد الوالدين الذي يستأنس إليه ويشعر بأن مصلحته في جانبه فيبقى دائماً من حق الأب الإشراف على حياتهما ومراقبة تصرفاتهما ، وضمان ما يجب ضمانه لتأمين مستقبليهما"[01] ، والتساؤل الثاني ماذا لو رفض الأبوين معاً قبول الطفل المحضون بعد تجاوزه سن 16 سنة سادسة عشرة من عمره أين يكون مستقره؟ ، فإن لم يكن التشرد والإنحراف في الشوارع فحتماً لا يبرح قاعات المحاكم ومنها إلى السجون

المطلب الثاني : إنقضاء الحضانة بسقوطها عمن يستحقها.

لا تثبت الحضانة لشخص ما إلا إذا توفرت فيه مجموعة من الشروط العامة والخاصة التي حددها الفقهاء وأخذ بها المشرع الجزائري أيضاً ، إلا أن الإستئثار بالحضانة لا يصبح حقاً مؤبداً ، فقد تعتري الشخص الحاضن بعض العوارض الإضطرارية التي لا دخل له فيها ، أو الإختيارية بإرادته ، فتجعله في حينها غير أهل لمواصلة الحضانة ، إلا أنه إذا زالت هذه الأسباب المانعة للحضانة عاد للشخص الحق في الحضانة من جديد .

الفرع الأول : سقوط الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي.

في هذا الفرع نتطرق إلى الحديث عن أسباب سقوط الحضانة ، من وجهة نظر الفقه الإسلامي وعودتها ثانية.

أولاً : الأسباب الإضطرارية.

1- العقل : ويقصد به زواله أي الجنون ، وهو من الأمور البديهية التي لا تسمح للحاضن المجنون بأن يواصل حضانته للطفل لأنه لا يؤتمن على نفسه فكيف بالطفل الصغير ، فالاثنان معاً لا يفرقون بين ما ينفعهم وما يضرهم ، وهذا ما قال الفقهاء.

[01]- عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص299.

1) الشافعية " .... فلا حضانة لمجنونة أطبق جنونها أو تقطع " [01].

2) المالكية " .... لا حضانة لمجنون " [02].

3) الحنابلة " ....وعدوا جنون صاحب الحق في الحضانة مسقطاً للحضانة ، ومبطلاً لحقه فيها " [03].

2- ضرر في جسم الحاضن : قد يصاب الحاضن بأمراض لا شفاء لها فتزيل قدرته على الحضانة ، فالمالكية يرون المرض المشغل والسن الهرم أو العاهة المانعة كالعمى والخرس والصمم كلها مسقطة للحضانة ، ووافقهم فقهاء الحنابلة[04] ، وضعف البصر يمنع من كمال ما يحتاج إليه المحضون من المصالح وإذا كان بالأم برص أو جذام سقط حقها في الحضانة كما أفتى ذلك ابن تيمية والشافعي وغيره " [05].

3- الإنتقال لحاجة (إضطراري) : تسقط حضانة المسافر أو المتنقل فيسند الولد إلى المقيم منهما لخطر السفر ، ويقول الشافعية إن سفر النقلة (لغرض الإقامة) في مكان آخر يوجب سقوط الحضانة ، وإن سافر الأب لغرض الإقامة ، تخير الأم الحاضنة أن تتبع ولدها المتنقل مع أبيه فتبقى حضانتها ولا تسقط عنها قال الدسوقي : " فإن سافر الولي السفر المذكور لنقله سقطت حضانتها وكان للولي أخذه منها ، إلا أن تسافر معه ، أما بالنسبة للحاضنة غير الأم ، فيسقط حقها في الحضانة بمجرد الإنتقال من مكان الحضانة"[06].

ثانياً : الأسباب الإختيارية .

1-فسوق الحاضن : وقد عبر عنها الفقهاء بغياب الأمانة وخيانتها ، قال إبن عابدين : " الفسق يلزم منه ضياع الولد "، ويرى المالكية أنه من كانت له أمانة ثم فقدها تسقط حضانته

---

[01]-إبراهيم الباجوري ، مرجع سابق ، ص197 .

[02]- منصور إدريس البهوتي ، كاشف القباع ، ج5 ، ص337.

[03]- ابن قدامة ، مرجع سابق ، ص59.

[04]-وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص726.

[05]- منصور إدريس البهوتي ، نفس المرجع ، ص 499 .

[06]- حاشية الدسوقي ، مرجع سابق ، ص602 .

، قال الإمام مالك رحمه الله : " فرب جدة لا تؤمن على الولد ، ورب والدٍ يكون سفيهاً سكيراً يخرج من بيته ويدع الولد"[01].

والحنابلة ينفون الحضانة عن الحاضن الذي أصبح معروفا بالفسق لأنه غير موثوق ، قال إبن قدامة " أن الحضانة لا تكون لفاسق لأنه غير موثوق به في أداء الواجب في الحضانة ، ولاحظ للولد في حضانته لأنه ينشأ على طريقته " [02].

2-زواج الحاضنة بالأجنبي : يقوم هذا الشرط على الحديث النبوي الذي رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن إمرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : " إن إبني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به مالم تنكحي " ، فمعظم الفقهاء أخذوا بنص هذا الحديث فلم يجعلوا للأم المتزوجة حضانة .

أ) الحنفية : قالوا بسقوط حضانة الأم المتزوجة من رجل أجنبي عن المحضون ورد عن المرغيناني قوله : " وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها ، لما روينا ، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبياً يعطيه تزارا (قليلاً) وينظر إليه شررا (كراهةً) فلا نظرا " ، إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قام مقام أبيه فينظر له ، وكذلك كل زوج ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القرينة "[03].

ب) الشافعية : أيضا قالوا بسقوط حضانة الأم الحاضنة إذا تزوجت من رجل آخر غير محرم للطفل[04].

---

[01]– المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ص397 .

[02]– إبن قدامة ، مرجع سابق ، ص297 .

[03]– شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، ج05 ، بيروت ، 1989 ، ص 210 .

[04]–إبراهيم الباجوري ، مرجع سابق ، ص199 .

ج) المالكية : يروه بسقوط حضانة الأم بزواجها من أجنبي عن المحضون ، ورد عن الرهوقي قوله : " وأجمع أهل العلم أن الزوجين إذا افترقا ولهما طفل ، إن الأم أحق به مالم تنكح "[01].

" وإذا تزوجت ودخل الزوج بها سقطت حضانتها " [02].

د) الحنابلة : أسقطوا حضانة الأم المطلقة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون ذكر إبن قدامة : " أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد "[03].

ملاحظة :

إلا أنه هناك من يرى أن هذا الشرط ليس محل إجماع بين كل الفقهاء ، فالظاهرية قالوا بعدم سقوط حضانة الأم المطلقة بزواجها من أجنبي – الحسن البصري– احتج بقوله تعالى : " **وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ**" [04].

ولأنه صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمه ومعها بنتها – زينب– فكانت عندها

هـ)إبن حزم الأندلسي : فقد نص على عدم سقوط الحضانة بالزواج ، فقال " الأم أحق بحضانة الولد الصغير والإبنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الإحتلام ، أو الإثبات أو التمييز وصحة الجسم ، سواء كانت تزوجت أمه أو لم تتزوج " وله حججه في ذلك [05].

ملاحظة :

للعلماء أقوال في المرأة الحاضنة إذا تزوجت.

القول الأول : سقوط حق المرأة في الحضانة مطلقاً.

القول الثاني : عدم سقوطها مطلقاً.

القول الثالث : أن نكاحها لا يسقط حضانة البنت ويسقط حضانة الإبن.

---

[01]–حاشية الدسوقي ، مرجع سابق ، ص600 .

[02]–عبد الوهاب البغدادي ، مرجع سابق ، ص 75 .

[03]–إبن قدامة ، مرجع سابق ، ص 310 .

[04]–سورة النساء ، الآية 23.

[05]–إبن حزم ، مرجع سابق ، ص323.

القول الرابع : إنها إن نكحت قريباً للمحضون رحم محرماً له فلا يسقط حقها.

القول الخامس : إذا رضي الزوج بالحضانة وآثر كون الطفل عنده في حجره لم يسقط حقها.

القول السادس : إن الحاضنة إن كانت أماً والمنازع لها الأب سقطت حضانتها بالتزويج ، وان كانت خالة أو غيرها من النساء لم تسقط حضانتها بالتزويج ، وكذالك إذا كانت أماً والمنازع لها غير الأب من أقارب الطفل لم تسقط حضانتها وهو قول الطبري [01].

3-سكوت الحاضن عن المطالبة بالحضانة :

وهذا السكوت هو على حالتين :

الحالة الأولى : عدم مطالبة صاحب الحق في الحضانة بها مع عمله ، أما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عنها فلا يسقط معه مهما طالت مدة السكوت.

الحالة الثانية : إذا كان يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة فإن كان يجهل ذلك لا يبطل حقه فيها بالسكوت لأن الأمر يعذر بجهله [02].

4-إختلال أحد الشروط :

عدم تربية المحضون على دين أبيه ، إن كانت الحاضنة غير مسلمة وخيف على المحضون أن ينشأ على دينها[03].

5-عدم قدرة على حماية المحضون :

إذا خيف على المحضون من عدم قدرة الحاضن على حمايته من مخاطر محتملة ، سقطت الحضانة وإنتقلت إلى الغير[04].

---

[01]-أفتان بنت محمد عبد المجيد التلمساني ، أستاذة الفقه قسم الشريعة جامعة أم القرى ، ندوة لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة " أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة ، 2016 ، ص275.

[02]- وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص734 .

[03]-عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص301-302.

[04]-عبد الرحمن الجز يري ، مرجع سابق ، ص733-734.

6-سكن الحاضنة مع المحضون في بيت زوجها :

وجود المحضون في بيت أجنبي مع وجود الأب القادر على الحضانة فيه أثار تربوية ونفسية غير سليمة بالنسبة للولد ، وفي هذا يقول السرخسي : " ...والولد في العادة تلحقه الجفاء والمذلة من زوج الأم ، فكان للأب أن لا يرضى بذلك ، فيأخذ الولد منها "[01].

ثانياً : عودة الحضانة في الفقه الإسلامي.

إنقسم فقهاء المسلمين حول عودة الحضانة إلى الحاضنة بعد زوالها إلى فريقين ، حيث الفريق الأول بعودة الحضانة بعد زوال المانع ، بينما يرى الفريق الثاني أن هناك حالات تعود فيها الحاضنة ، وحالات أخرى لا تعود.

1-الفريق الأول :

يضم هذا الفريق كلا من الحنفية ، الشافعية والحنابلة ، حيث يقولون أن الحضانة إذا أسقطت بعد ما أسندت إلى الحاضنة لسبب من الأسباب ثم إنتفت وزالت هذه الأخيرة عادت الحضانة إلى صاحبها سواء كانت اضطرارية أو اختيارية[02]

ا-**الحنفية :** يرى فقهاء الحنفية أن المرأة الحاضنة إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة ، فإذا ما طلقت ثانية ، عاد إليها حقها في الحضانة فوراً إن كان الطلاق بائناً .

ب-الشافعية : يرون للمطلقة الحق في إستعادة الحضانة بعد ضياعها منها بسبب زواجها.

ج-الحنابلة : فهم لا يخالفون الشافعية في عودة الحضانة.

2-الفريق الثاني :

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأسباب الإضطرارية التي تسقط الحضانة عن صاحبها ، إذا زالت عادت الحضانة إلى صاحبها كالشفاء من مرض مزمن ، أو من الجنون ، أو العودة من الحج ، وهم فقهاء المالكية [03].

---

[01]-شمس الدين السرخسي ، مرجع سابق ، ص210.

[02]-وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص733-734.

[03]-خليل بن إسحاق المالكي ، مختصر العلامة خليل في الفقه المالكي ، بيروت ، 1999 ، ص 68 .

أما إذا كانت الأسباب إختيارية فلا تعود الحضانة بزوالها كأن تطلق المرأة بعد زواجها الثاني أو يموت عنها زوجها ، أو إذا سكتت عن طلبها للحضانة بعدما علمت بإستحقاقها [01].

الفرع الثاني : سقوط الحضانة وعودتها في قانون الأسرة.

المشرع الجزائري اخذ بالفقه المالكي من حيث سقوط الحضانة وهذا ما أكده في خمسة مواد من قانون الأسرة ، من المادة **(66)**إلى المادة **(70)** وتحدث عن عودتها في المادة **(71)** [02] .

أولاً- أسباب سقوط الحضانة :

01-زواج الحاضنة بغير قريب محرم.

وهو أول أسباب سقوط الحضانة شرعها المشرع الجزائري ، وتعني إقدام الأم الحاضنة المطلقة على الزواج ثانيةً من شخص أجنبي عن المحضون ، فالمحكمة تحكم بإسقاط الحضانة عنها بعد ما أسندتها إليها ، وتمنحها لغيرها من المستحقين كالأب الذي هو في المرتبة الثانية في سلم الحواضن وذلك على دعوى يقدمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد[03].

والمشرع هنا أخذ بالمذهب المالكي إذ قال القاضي عبد الوهاب البغدادي : " ...وإذا تزوجت الأم ودخل الزوج بها سقطت حضانتها "[04].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها : "متى كان مقرراً من أحكام الشريعة الإسلامية ، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ، ولو كانت أماً فأحرى بغيرها أن

---

[01]-محمد عليوى ناصر ، مرجع سابق ، ص 223 .

[02]-المواد (66 ، 70 ، 71) من الأسرة المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

[03]-فضيل سعد ، مرجع سابق ، ص378.

[04]-عبد الوهاب البغدادي ، مرجع سابق ، ص 75 .

تكون خالية من الزواج ، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون " [01].

02-تنازل الحاضنة عن المحضون .

ويعني قيام الحاضنة بالتنازل عن حقها القانوني والشرعي في حضانة الطفل حسب المادة **(66)** من قانون الأسرة ، ويشترط هذا التنازل أن يكون صادراً عن المحكمة المختصة وأن لا يضر ذلك بمصلحة المحضون [02].

فإن تنازل الحاضن معناه إسقاط حقه في الحضانة قانونياً ، وهذا ما أقرت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها : " أنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها ، وله القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولاً ويعامل معاملة نقيض قصدها "[03].

كذلك المحكمة العليا في إحدى قراراتها أقرت بإسقاط الحضانة عن الحاضنة التي تقيم بفرنسا خوفاً على عقيدة بناتها إذ جاء فيها : " حيث أن السيدة تقيم بفرنسا ، وخوفاً على العقيدة الإسلامية للبنات ، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر ، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي ، فمتى رجعت إلى أرض الوطن يمكنها المطالبة بحضانة أبنائها الثلاثة " [04].

وجاء في الفقرة الثانية في المادة **(67)** : " ...ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط هذا الحق عنها في ممارسة الحضانة فعمل المرأة لا يشكل سبباً لإسقاط الحضانة عنها ، وهذا ما أقرت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها : " من المستقر عليه قضاءاً أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة

---

[01]– قرار رقم 102886 ، المجلة القضائية رقم 51 ، تاريخ 94/04/19 ، ص92 .

[02]– بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 388.

[03]–قرارقم189234الصادرعنالمحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية عدد خاص2001 ، تاريخ21افريل1998 ، ص175.

[04]– قرار المحكمة العليا رقم الملف 45186 ، بتاريخ 1987/03/09.

بإعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه "[01].

وقد أخذ المشرع بالاتجاه المتحرر والواقعي ، فالمرأة اليوم اقتحمت جميع ميادين الحياة ، فأصبح عملها عامل مهم في ضمان مستقبل الأطفال المحضونين [02].

03-إختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة "62".

إن السبب الذي ذكره المشرع في قانون الأسرة وجعله من مسقطات الحضانة هو ما ورد النص عليه في المادة **(67)** المعدلة والمتممة بالأمر رقم **02/05** في **27 فبراير 2005**بقوله : " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة **(62)** أعلاه " وللتذكير فإن هذه المادة **(62)** جاءت لتعريف بالحضانة بقولها : "الحضانة هي رعاية لولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط أن يكون أهلاً للقيام بذلك ".

وتفسير مضمون المادة **(67)** أنه إذا أسندت الحضانة لشخص لحكم قضائي طبعاً ، وثبت بالدليل تهاون هذا الشخص في القيام بواجبه إتجاه المحضون حيث تركه دون عناية ولا تربية وعرضةً للضياع ، والتشرد ، والمرض ، والإنحراف الأخلاقي ، فإنه حينئذ لم يعد أهلاً لممارسة الحضانة وبإستطاعة غيره من المستحقين أن يتقدم أمام المحكمة طالباً إسقاطها عنه[03] ، إلا أنه دائماً يجب مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما قررته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها : " من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومتى تبين في- قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا ،

---

[01]- قرار المحكمة العليا رقم الملف 156 245 بتاريخ 2000/07/18 .

[02]-لحسين بن شيخ أث ملويا ، مرجع سابق ، ص77.

[03]-المادة (67) من قانون الأسرة المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة **(62)** من قانون الأسرة ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة "[01].

04-سكوت الحاضن عن المطالبة بالحضانة.

هذا الشرط وضحته المادة **(68)** من قانون الأسرة بقولها : " إذا تأخر صاحب الحق في الحضانة عن طلبها لمدة تزيد عن السنة دون عذر صالح ، سقط حقه فيها" ، وهذا النص يحمل أكثر من معنى منها :

1- إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلى عنها ضمنياً ولم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضى عليها أكثر من سنة فإنه يسقط حقه فيها بقوة القانون ، وإذا قدم دعوى أمام القضاء فلا يحكم له إلا بالسقوط ، فإذا انفكت العلاقة الزوجية ، واحتفظ الأب بطفليه أو بأطفاله دون أن تطلب الأم أو أمها بهم لأكثر من سنة ، سيبقى الأب هو الحاضن الفعلي والقانوني ، وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بقولها[02] : " متى كان من المقرر شرعاً أن الحضانة تسقط من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها ، وكان من المقرر الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة من قدم من أدلة وأبدى من طلبات ودفوع في الدعوى ، فإن هذا يكون مشوباً بالقصور في التسبيب ومخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإذا كان الثابت- في قضية الحال- أن الجدة للأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة ...." [03].

2- أن تتزوج الأم الحاضنة بغير قريب محرم ، وبقي الطفل في حضنها ولم يتقدم أحد ممن له الحق في الحضانة إلى القاضي طالباً إسناد حضانة الطفل إليه ، حتى مضت سنة كاملة أو أكثر ، فلا يستجاب لطلبه ما لم يثبت وجود عذر حال دون رفعه لدعوة في تلك المدة [04].

---

[01]- القرار رقم 171684 ، بتاريخ 30 ديسمبر 1997 ، عدد 03 سنة1998 ، ص45 .

[02]-عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص301-302 .

[03]-القرار رقم 33636 ، المجلة القضائية ، ع03 ، 1989 ، ص45. .

[04]-بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص122-123

05-السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي.

ورد هذا السبب المسقط للحضانة في نص المادة(**69**)من قانون الأسرة بقولها : " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إستبقاء الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون "[01].

هذا السبب يعتبر تقديري ولا ينتج دائما إسقاط الحضانة عن من يستحقها " فالقاضي له السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الحاضن ، فهو المخول بتقدير مصلحة المحضون ، لأن المسألة مرتبطة بمدى صعوبة مراقبة أحوال المحضون الناتجة عن الإنتقال إلى بلد أجنبي ، إذ قد يحرم الأب مثلاً وهو الولي على المحضون من ممارسة الولاية عليه ، وقد تكون مصلحة المحضون في انتقاله إلى بلد أجنبي ، الذي تتوفر فيه فرص العيش الرغيد وكذا الدراسة في أحسن المدارس ، وفرص العمل "[02].

وفي إحدى قرارات المحكمة العليا أسقطت الحضانة عن الحاضنة تقيم بفرنسا خوفاً على العقيدة الإسلامية للحواضن إذ جاء فيها : " ...حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا ، وخوفاً على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحاضنة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ، ومن ثم القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن ببلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في- قضية الحال- يعد قضاءاً مخالفاً للشرع والقانون "[03].

06-سكن الحاضنة مع الأم المتزوجة بأجنبي.

هذا الشرط هو خاص بالخالة أو الجدة التي يسند إليها حق الحضانة وتسكن مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي عنه ، فحضانتها تسقط بقوة القانون وفق ما قرره المشرع في

---

[01]-المادة (69) من قانون الأسرة المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

[02]- لحسين بن شيخ أث ملويا ، مرجع سابق ، ص79 .

[03]- ملف رقم 45186 ، تاريخ 1987/03/09.

المادة **(70)** من قانون الأسرة بقوله : " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم "[01].

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها :

" .... إذا كان الثابت– في قضية الحال–أن الجدة للأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة ، فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة ، فإن قضاة الاستئناف بعدم ردهم على الدفوع التي تمسك بها الطاعن ... ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " [02].

ثانياً : عودة الحضانة في قانون الأسرة .

تطرق المشرع الجزائري إلى عودة الحضانة في نص المادة **(71)** بقوله : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري " ، المشرع حسب قوله"غير الاختياري" معناه أنه يفرق بين الأسباب الإضطرارية ، والأسباب الإختيارية التي تؤدي إلى سقوط الحضانة.

فالأسباب الإضطرارية لا دخل للحاضن فيها كالمرض ، أو الجنون من القيام بواجب الحضانة من رعاية وتربية وغيرها ، ثم بعد فترة استعاد عافيته ووعيه وقدرته ، فبقوة القانون تعود له الحضانة إن هو طلبها ، فمن حق الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانة أن يقدم عريضة وفق القانون إلى المحكمة المختصة ، يطلب فيها إعادة حق الحضانة ، وعليه فقط ذكر مكانته من الطفل موضوع الحضانة وأسباب سقوطها عنه ، بيان يوضح صراحة إثبات زوال السبب الذي كان أساساً لسقوط حقه في الحضانة [03].

حيث جاء في قرار المحكمة العليا مايلي : " أنه من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفةً للقانون"[04].

---

[01]-بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص389.

[02]–القرار رقم 33636 ، المجلة القضائية ، العدد03 ، 1989 ، ص45.

[03]-المادة (71) من قانون الأسرة المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

[04]–عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص143.

أما سقوط الحضانة عن الأم بسبب زواجها من أجنبي ، ثم طلاقها منه ، فرغم أن السبب رضائي (الزواج هو عقد بالتراضي حسب المادة **09** المعدلة بالأمر رقم **02/05**المؤرخ في **27** فبراير **2005**).

إلا أن قرارات المحكمة العليا جاءت مدعمة لعودة الحضانة للأم المطلقة ثانية بقولها : "... إلا أنه إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم ثم طلقت منه ، ورفعت دعوة تطالب فيها باستعادة حقها في الحضانة ، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة **(71)** من قانون الأسرة ، طبقوا صحيح القانون "[01] ، وعليه فإذا كان حق الأم في الحضانة ولدها قد سقط عنها بسبب زواجها من شخص أجنبي عن المحضون فان هذا الحق سيعود إليها حتماً إن هي طلقت أو توفي عنها زوجها ولم تتزوج [02].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بقولها : " أنه من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ...." [03].

المطلب الثالث : الدعاوى المتعلقة بالحضانة والجرائم المترتبة عن مخالفة أحكامها.

نتطرق في هذا المطلب أولا إلى الدعاوى المتعلقة بالحضانة في القضاء الجزائري ثم بعد ذلك إلى الجرائم المترتبة عن مخالفة أحكامها.

الفرع الأول : الدعاوى المتعلقة بالحضانة في القضاء الجزائري.

تعرفنا على مفهوم الحضانة وأثارها وشروط إنقضائها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ، ورأينا كيف أن المشرع الجزائري كان حريصاً دوماً على حماية وصيانة مصلحة المحضون باعتباره الطرف الأضعف بعد انفكاك الرابطة الزوجية ، وكيف نظم له الحماية

---

[01]–القرار رقم 201336 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ، ص178.

[02]-عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص144.

[03]–القرار رقم ، 102886 ، المجلة القضائية ، عدد51 ، 1996 ، ص92 .

القانونية ، والتي تبقى غير كافية في نظرنا ، حيث هناك عدة نقائص لابد للمشرع الجزائري أن ينتبه لها فتتخذ إجراءات جديدة أكثر جدية لصالح المحضون.

نتتطرق في هذا المطلب إلى التطبيقات القضائية للحضانة وكذلك لبعض إشكالاتها ، حيث أن هناك العديد من الدعاوى يمكن أن ترفع أمام القضاء شأنها وعلى العموم هي تنقسم إلى قسمين هما :

أ- **دعاوى مدنية** : وتتمثل في دعاوى إسناد الحضانة أول دعاوى تمديد أو إسقاط

ب-دعاوى جزائية : وتتمثل في تلك التصرفات أو الأعمال التي يقوم بها أحد الأطراف ، إما الحاضن أو الغير ، اعتبرها المشرع جرائم يعاقب عليها وهي :

1-جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل المحضون وخطفه.

2-جريمة الإمتناع عن دفع نفقة الطفل المحضون.

3-جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة .

أولاً : الدعاوى المدنية.

لا تسند الحضانة ولا يمكن إسقاطها عن شخص ما إلا بموجب حكم قضائي ، وأيضاً في تمديدها.

01- دعوى إسناد الحضانة :

تكون دعوى إسناد الحضانة إما دعوى تبعية أو دعوى أصلية.

الحالة الأولى :

تكون دعوى تبعية لدعوى الطلاق تثار بطريقة شفهية أو كتابية أثناء إجراءات المرافعة ، ويقع الفصل فيها مع الفصل في دعوى الطلاق وبحكم واحد[01].

الحالة الثانية :

تكون دعوى أصلية حينما يرفعها أحد الزوجين أو من غيرهم ممن منحهم القانون حق الحضانة أمام الجهة القضائية المختصة [01].

[01]-بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 351 .

الحالة الأولى لا تثير إشكالية ، لأنه يفصل فيها تبعاً لمسألة الحضانة ، أما الحالة الثانية فهي التي تثير الإشكالية ، فإنه في حالة وفاة الحاضن أو سقوط الحضانة بسبب من الأسباب الإضطرارية أو الاختيارية ، فإنه على الشخص الراغب في الإستئثار بالحضانة أن يقدم حسب المادة **(12)** المعدلة بالأمر رقم **80/ 71** المؤرخ في **29** ديسمبر **1971** : " عريضة مكتوبة من المدعى أو وكيله ، ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط وإما بحضور المدعي أمام المحكمة ، فيتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع ، وهذا المحضر يوضح فيه قرابته من المحضون ويبين فيها الأسباب والمبررات التي دفعته إلى طلب الحضانة [02].

مرفقة بوصل دفع الرسوم القضائية والوثائق المساعدة [03].

الحالة الإستعجالية :

يمكن أن تكون دعوى الحضانة إستعجالية ، وذلك في حالة ما إذا كان هناك دعوى طلاق أمام قاضي الموضوع ، وتأخر الفصل فيها لوقت طويل يحتمل معه إلحاق الضرر بالمحضونين ، من حيث رعاية مصالحهم وتربيتهم والحرص على حماية أخلاقهم [04].

02- دعوى تمديد الحضانة :

ورد في المادة **(65)** من قانون الأسرة أنه : " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشرة (10) سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى(16) سنة إذا كانت الحاضنة أماً لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون "[05].

---

[01]-عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 366

[02]-بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 349-350 .

[03]-بلحاج العربي ، نفس المرجع ، ص351.

[04]-عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص 318-319 .

[05]-المادة (65) من قانون الأسرة المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

الأصل هو تحديد مدة الإنقضاء بالنسبة للذكر بعشر (10) سنوات ، إلا أن المشرع سمح للقاضي بتمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة (16) عشرة سنة ، ولكن يجب توفر شرطين أساسيين هما :

1- أن تكون الحاضنة أمه ، وليست غيره كالجدة والخالة.

2- أن تكون أمه لم تتزوج ثانية.

ويجب أن يكون صاحب الصفة هنا هي الأم فقط ، والقاضي لا يستجيب لغيرها .

والتمديد يكون بموجب حكم قضائي[01] .

03- دعوى إسقاط الحضانة :

يمكن رفعها من قبل أي شخص تتوفر فيه الشروط القانونية والشرعية لرفع الدعوى حسب نص **(459)** من قانون الإجراءات المدنية : " لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء مالم يكن حائزاً لصفة وأهلية وله مصلحة في ذلك"[02].

وترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة وإختصاصها مكان ممارسة الحضانة ويكفي للشخص الذي طالب بإسقاط الحضانة أن يستند إلى أحد الأسباب المذكورة في المادة **(66)** و **(67)**من قانون الأسرة وما يليها من أسباب مثل : زواج الحاضنة بشخص أجنبي ، أو السفر بالمحضون لبلد أجنبي قصد الإقامة الدائمة ، أو سكن الجدة أو الخالة الحاضنة بالمحضون مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي غير محرم ، أو باختلال أحد شروط الحضانة ، ويشترط في طالب إسقاط الحضانة أن يطالب في نفس الوقت بإسنادها إليه ، حيث أن المشرع لم يمنعه من أن يطالب بإسنادها لغيره ، لأن القانون لا يسمح أن يعبر أحد عن إرادة غيره[03].

يستنتج أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها ، إذا لم يطالب بها من له الحق مدة سنة .

---

[01]-عبد الكريم زيدان ، مرجع سابق ، ص 80 .

[02]-قانون الإجراءات المدنية والجزائية.

[03]-عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص370.

ثانياً : دعاوى جزائية.

الفرع الثاني : الجرائم المترتبة عن مخالفة أحكام الحضانة.

لقد إعتبر المشرع الجزائري كل الأفعال والتصرفات الناجمة عن مخالفة أحكام الحضانة جرائم يعاقب عليها القانون ، وإذا تكررت هذه الأفعال قد يلجئ القاضي إلى إلغاء الحضانة عن مرتكبيها.

أولاً : جريمة امتناع عن تسليم الطفل المحضون وخطفه.

ذكر المشرع الجزائري في قانون العقوبات[01] في المادة (**328**) منه مايلي : " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب والأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ".

توحي لنا هذه المادة انه لقيام جريمة الامتناع عن تسليم الطفل المحضون وخطفه شروطا معينة وهي :

01-القاصر : حسب القانون المدني الجزائري فان القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد بعد أي 19 سنة حسب نص المادة **(40)** منه ، ويفهم ايضاً أن القاصر هو من بلغ 16 سنة بالنسبة للذكر و 18 سنة بالنسبة للأنثى [02] .

02-حكم قضائي : عند انتهاء فترة الحضانة ، أو سقوطها عن الشخص الذي أوكلت به ، وذلك بصدور حكم قضائي ، يقضي بضم الطفل المشمول بالحضانة إلى من له الحق في المطالبة بالحضانة [03].

---

[01]-الأمر رقم 66-156 ، المؤرخ في 08يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[02]-احمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، الجزء الأول ، الطبعة السادسة ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص176.

[03]-ممدوح عزمي ، مرجع سابق ، ص27.

أركان قيام جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل المحضون وخطفه :

ا-**الركن الشرعي** : ذكر المشرع الجزائري هذا الركن في قانون العقوبات من المادة **(326)** إلى المادة **(328)** ، حيث اعتبرها جنحة معاقب عليها وفقاً للعقوبات المنصوص عليها [01]

ب-الركن المادي : يقوم هذا الركن على أربعة أشكال كالتالي :

01-امتناع من كان الطفل موضوعا تحت رقابته ورعايته من تسليمه إلى من أسندت له الحضانة بموجب صدور حكم ، ويتم إثبات الامتناع بواسطة المحضر.

02-إبعاد القاصر حيث يقيم من استفاد من حق الزيارة بإبعاده أو اختطافه.

03-خطف القاصر من يد من وكلت له حضانته.

04-حمل الغير أياً كان على خطف القاصر.

هذه الجريمة تقوم في حق احد الأبوين الذي يتجاهل الحكم القضائي ، كما تقوم أيضاً في حق كل من أسندت له الحضانة كالأم والخالة والجدة [02] .

ج-الركن المعنوي : يستلزم لقيام جريمة الامتناع عن تسليم الطفل المحضون واختطافه توفر القصد الجنائي أي أن الممتنع يعلم حقيقة الحكم القضائي ويعترض صراحةً عليه.

ثانياً : جريمة الامتناع عن دفع نفقة الطفل المحضون.

نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات في المادة(**131**)منه على التالي : " يعاقب بالحبس من ستة(06) أشهر إلى ثلاث(03)سنوات ، وبغرامة مالية من 50000دج إلى 300000دج كل من امتنع عمداً ، ولمدة تتجاوز الشهرين(02)عن تقديم المبالغ المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه ، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم "[03] ، يفهم من هذه المادة أن شروط وأركان جريمة الامتناع عن دفع نفقة الطفل هي :

---

[01]-الأمر رقم66-156 ، المؤرخ في 08 يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[02]-احمد بو سقيعة ، مرجع سابق ، ص177.

[03]-المادة(331) من الأمر رقم 66-154 ، المؤرخ في 18صفر1386ه الموافق 08يونيو1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

أولاً-ا-شروط قيام جريمة الامتناع عن دفع النفقة :

1-قيام دين مالي : حسب المادة **(331)** من قانون العقوبات فان الدين المالي يشمل النفقة الغذائية دون سواها وحسب المادة **(78)** من قانون الأسرة فيقصد بها الغذاء ، الكسوة ، العلاج ، والسكن وأجرته.

2-المستفيد من النفقة : بعد انفكاك الرابطة الزوجية فالمقصود بالمستفيد هنا هم الأطفال الذين مازالوا تحت الحضانة حسب نصوص المواد **(61،74،75)** من قانون الأسرة.

ب-وجود حكم قضائي : يكون بإلزام المدين بأداء النفقة للمستفيد وذلك بتبليغ المدين أي المعني بالأمر وفق الإجراءات المدنية الخاصة [01]

ثانياً : أركان جريمة الامتناع عن دفع النفقة.

1-الركن الشرعي : ذكرت المادة **(331)** من قانون العقوبات على انه : « يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات ، وبغرامة مالية من 50000دج إلى 300000دج كل من امتنع عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين (02) عن تقديم المبالغ المقررة لإعانة أسرته».

المشرع نص صراحةً ومشدداً على عقوبة الممتنع عن دفع النفقة [02] .

2-الركن المعنوي : يقوم هذا الركن على عنصرين.

ا-عدم دفع المبلغ المالي كاملاً : ويفهم أن يكون المبلغ تاماً غير ناقص.

ب-انقضاء مهلة شهرين : حيث تحسب من يوم التبليغ للمعني بالأمر ، ولكن ماذا يقصد بالتبليغ هنا لم يوضح المشرع المعني حقيقة [03] ، وتطرح أسئلة عن حالة توقف المدين بدفع النفقة لسبب ما فما يفهم من تحديد مدة شهرين؟ [04].

---

[01]-احمد بو سقيعة ، مرجع سابق ، ص161.

[02]-بن وارث محمد ، مرجع سابق ، ص167.

[03]-بن وارث محمد ، نفس المرجع ، ص167.

[04]-بن وارث محمد ، نفس المرجع ، ص164.

03-الركن المعنوي : ويقصد به النية المعتمدة في عدم الدفع حسب نص المادة **(331)** من قانون العقوبات بقولها : «...ويفترض أن عدم الدفع عمدي مالم يثبت العكس ، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذراً مقبولاً من المدين في أية حالة من الأحوال ».

ثالثاً : الجزاء المترتب على الامتناع عن دفع النفقة.

تكتسي هذه الأفعال صفة الجريمة المتتالية ، مما جعل المشرع الجزائري في قانون العقوبات يحدد عقوبات أصلية وعقوبات أصلية وعقوبات تكميلية [01].

1-العقوبات الأصلية : نصت عليها المادة **(331)** من قانون العقوبات والتي جعلت من الامتناع عن دفع النفقة جنحة معاقب عليها بعقوبة محددة من ستة(06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات ، وبغرامة مالية من 50000دج إلى 300000دج.

2-العقوبات التكميلية : وردت في المادة **(14)** والتي تحيلنا إلى المادة **(08)** دائماً من قانون العقوبات كالأتي : «...الحرمان من الحقوق الوطنية :

1-عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف والمناصب السامية في الحزب أو الدولة.

2-الحرمان من حق الانتخابات والترشح وعلى العموم كل الحقوق الوطنية والسياسية ومن حمل أي وسام.

3-عدم الأهلية لان يكون مساعداً محلفاً أو خبيراً أو شاهداً على أي عقد أو أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال ».

المشرع شدد في قضية الامتناع عن دفع النفقة للطفل المحضون واعتبرها جريمة معاقب عليها بالحبس وبالغرامة المالية وذلك لردع تهرب الآباء من الإنفاق على أطفالهم بعد تفشي ظاهرة الطلاق في المجتمع.

ثالثاً : جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

هذه الجريمة كغيرها من الجرائم يجب أن تتوفر فيها ثلاثة أركان :

---

[01]-بن وارث محمد ، نفس المرجع ، ص167.

1-الركن الشرعي : ذكر المشرع هذا الركن في قانون العقوبات المادة **(328)**[01].

2-الركن المادي : يتمثل في قيام الحاضنة سواء كانت أماً ، أو جدة ، أو خالة ، أو عمة بمنع لمن ثبت له حق الزيارة شرعاً وقانوناً من زيارة المحضون .

3-الركن المعنوي : يتمثل دائماً في القصد الجنائي وهو علم الجاني بالحكم القضائي في مثل هذه الحالة ، ونيته في معارضة تنفيذ الحكم ، وتتمثل عناصر جنحة الإمتناع كالأتي :

1- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل.

2- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين ، ومنع حق الزيارة.

3- أن يكون الإمتناع عن تنفيذ الحكم بالزيارة ثابت بموجب محضر قضائي حرره القائم بالتنفيذ وعليه فإذا توفرت هذه الشروط مجتمعة أصبحت الجريمة كاملة الأركان واستحق الممتنع الإدانة لارتكابه جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة [02].

الجزاء المترتب على الامتناع عن حق الزيارة :

بما أن المشرع صنف هذا الفعل كجريمة ، فانه شرع لها عقوبة محددة ، بينها في نص المادة **(328)** بقوله : «يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، وبغرامة مالية من 20000دج إلى 100000دج ، الأب أو الأم أو أي شخص لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شان حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به....»[03].

---

[01]-الأمر رقم 66-154 ، المؤرخ في 18صفر1386الموافق08يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

[02]-ايت عكوش وزنة ، الجرائم الواقعة على الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، جامعة بجاية ، 2013 ، ص72.

[03]-المادة (328) من قانون العقوبات ، مرجع سابق.

الخـــــاتمة

الخاتمة :

فيما سبق عرضه في معنى الحضانة وأحقيتها عند الفقهاء والقانون ، والحكمة في تشريعها ، والشروط الواجب توافرها في مستحقوها وترتيبهم وأثارها وكيفية انقضائها ، تبين لنا أن معناها هو التربية ، الولاية ، التكليف بالحفظ والرعاية ، فهي ضرورية لحفظ الطفل وتنشئنه ، تنشئةً مستقيمة ، لذلك اجتهد فقهاء المسلمين من كل المذاهب والمدارس الفقهية على تأصيلها حماية لمصلحة المحضون طفلاً أو فاقداً للأهلية كالمجنون والمعتوه .

والمشرع الجزائري هو الآخر لم يخرج عن هذه القاعدة –حماية مصلحة المحضون– لان قانون الأسرة الجزائري يستمد مصدره من الفقه الإسلامي ، وهذا ما يتجلى ويظهر في كل تعديلات التي طرأت على قانون الأسرة وبالأخص المواد المتعلقة بالحضانة كالتعديل بمقتضى الأمر **02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005** ، والذي اقر عدة تعديلات جديدة لم تكن من قبل ، وهي :

1–تعديله لترتيب الحواضن من الناحية الفقهية، فان الترتيب ليس له دليل قطعي ، وإنما هو قائم على القياس والاجتهاد حسب الفقهاء لتحقيق مصلحة المحضون ، فالمشرع لم يخرج عن الفقه الإسلامي .

2–إقراره بان عمل المرأة لا يسقط الحضانة ، ما لم يكن في ذلك ضرر بالمحضون ، وان يكون العمل مقبولا شرعاً وخلقاً ، وهذا ما قال به الفقهاء ايضاً.

3–إلغاء الفقرة الثانية وما بعدها من المادة **(52)** وتعديل المادة **(72)** المتعلقة بسكن الحاضن نظرا للتناقض الحاصل بينهما بهدف حماية المحضون ، إلا انه وقع في مخالفة الشرع ، حينما أعطى للام الحاضنة الحق في السكن الزوجية إن لم يوفر الزوج لها مسكنا

ملائما ، فهو هنا جمع بين أجنبيين في بيت واحد وهذه مخالفة شرعية صريحة ، ولعله أراد بذالك إحراج الزوج لإيجاد بيت للام الحاضنة وحماية للصغير .

4-مدة الحضانة حيث نصت المادة **(65)** من قانون الأسرة على انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه (10) عشر سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وإمكانية تمديدها بالنسبة للذكر إلى سن (16) السادسة عشرة سنة ، إذا كانت الحاضنة أماً لم تتزوج ، والمشرع لم يشر أو يبين لنا رغبة المحضون في عدم الانتقال من يد حاضنته (الأم) إلى الحاضن الثاني ، كيف يتعامل معه ؟

5-الفقهاء وضحوا كيفية تكون الزيارة والمشاهدة للمحضون وعدد مراتها تبعا للعرف السائد في البلد ، أما المشرع في قانون الأسرة فلم يتطرق إليها ، بل اكتفى بقوله في المادة **(64)** : « ....وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة » ، فهو لم يشر إلى تحديد معناها ، ولا لعدد المرات ، ولا المكان المحدد لها ، فعليه تداركه تفادياً للنزاعات .

6-في المادة **(62)** لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن ، إذ اكتفى بالأهلية ، تاركاً للقاضي استنباطها من الفقه الإسلامي حسب نص المادة **(222)** من قانون الأسرة .

7-في المادة **(64)** عدد مستحقي الحضانة ، ولكنه لم يبين مقصود من وراء استعماله عبارة : « ...الأقربون درجة.... » .

8-أكثر المشرع في المواد الخاصة بالحضانة من الإشارة إلى (حماية مصلحة المحضون) ، ولكنه لم يعرفها لنا أو يبين معناها تاركا ذلك للقضاء ، لان مصلحة المحضون تتغير من سن إلى سن ، ومن بيئة إلى أخرى ، حسب العرف السائد فيها والظروف الاجتماعية .

وبالرغم من هذه التعديلات سعياً إلى تحقيق مصلحة المحضون ، فما يزال هناك الكثير من النقائص على المشرع تداركها وتعديلها حماية لمصلحة المحضون .

بعد استعراضنا لحقيقة الحضانة وأحكامها من الناحية الفقهية والقانونية ، بدت لنا بعض الاقتراحات و التوصيات التي نرجوا من المشرع الجزائري أخذها بعين الاعتبار منها :

1-إعادة صياغة المادة **(62)** من قانون الأسرة وتحديد الشروط الواجب توافرها في مستحقي الحضانة .

2-إدخال إضافة جديدة لتحديد وتنظيم حق الزيارة مع تحديد المكان والزمان والقواعد وآداب الزيارة لتفادي حدوث نزاعات حول الزمان والمكان واصطحاب المحضون.

3-تعديل المادة **(66)** من قانون الأسرة حفاظا على مصلحة المحضون الذي يكون في حضن أمه ويتوفى والده ، فلا يجب منعها من رغبتها في الزواج ثانية أو حرمانها من حضانة طفلها ، فعلى المشرع أن يجيز لها ذلك شريطة أن يأخذ من زوجها الثاني تعهدا رسميا للرأفة بالطفل المحضون وحفظ لكرامته ورعايته .

4-ضرورة تعريف المشرع لمعنى ((الأقربون درجة)) لتسهيل عمل القضاة للفصل عند المنازعات في الحضانة.

أولاً : قائمة المصادر.

1- الكتب السماوية (القران الكريم).

2- الصحاح (مسند الإمام احمد ، الجزء الثاني).

3- المعاجم :

1-أبو الحبيب سعدي ، القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً ، طبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت ، 1988.

2-ابن منظور أبي الفضل ، لسان العرب ، الجزء13 ، دار صادر بيروت ، 2003.

4-القوانين :

1-الامر84-11 ، المؤرخ في 09 جوان 1984 ، الموافق ل09 رمضان 1404هـ ، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالامر05-02 ، المؤرخ في 27 فبراير2005 الموافق18 محرم1426هـ.

2-الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ 20رمضان1315هـ الموافق 26سبتمبر1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

3-الأمر رقم 66-154 ، المؤرخ في18صفر1386هـ الموافق08يونيو1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم.

4-الأمر رقم66-156 ، المؤرخ في08يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

5-قانون الأحوال الشخصية لجمهورية إيران بعد الثورة1980.

ثانياً : قائمة المراجع.

1-الكتب :

1-كتب عامة:

01-محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، 1956.

02-محمد أمين بن عمر ، رد المختار على الدر المختار ، ابن العابدين ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة النشر.

03-العلامة فطيش محمد بن يوسف ، شرح النيل وشفاء العليل ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، بدون سنة النشر.

04-عبد الرحمن الجز يري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1969.

05-محمد مصطفى شبلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه مذاهب أهل السنة والمذهب الجعفري ، ط04 ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1973.

06-شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير ، ج02 ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بدون سنة النشر.

07-الشيخ منصور بن يوسف البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، ج05 ، دار الفكر ، بيروت ، 1982.

08-المحقق الحلي ، شرائع الإسلام ، دار مكتبة الحياة ، بيروت ، 1978.

09-يحي الونشريسي ، المعيار المغرب والجامع المغرب من فتاوى افريقية والأندلس والمغرب ، نشر وزارة الشؤون الإسلامية ، المغرب ، 1983.

10-عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءاً ، ط01 ، دار الفكر العربي ، دمشق ، 1984.

11-ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد ، مؤسسة الرسالة ، ط14 ، ج05 ، بيروت، 1986.

12-شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، 1989.

13-الباجوري ، حاشية الباجوري ، دار إحياء الكتب العلمية ، القاهرة ، 1990.

14-محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، 1990.

15-ابن قدامة ، المغني ، تحقيق طه محمد الزيتي ، دار الكتاب العربي ، 1994.

16-محمد عليوى ناصر العابدي ، الأحوال الشخصية والميراث في فقه المالكي ، ط01 ، إفريقيا الشرق ، مصر ، 1996.

17-عبد الجليل المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1996.

18-مدونة الإمام مالك بن انس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1994.

19-محمد كمال الدين إمام ، الزواج في الفقه الإسلامي ، دارسة تشريعية وفقهية ، ط01 ، دار الجامعة للنشر ، الإسكندرية ، 1997.

20-زكريا بري ، الأحكام الأساسية للأسرة المسلمة ، معهد الدراسات الإسلامية ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، مصر ، 1996.

21-أبو البركات سيدي احمد الدر دير ، شرح الكبير ، ج02 ، دار الفكر ، بيروت ، 1996.

22-عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البعث ، الجزائر ، 1986.

23-الصادق الغرياني بن عبد الرحمن ، الأسرة في الإسلام ، بيروت ، 2007.

24-سليمان بن خلف بن سعد ، المنتقي شرح الموطأ ، ط01 ، ج06 ، دار الكتب العلمية ، القاهرة ، 1999.

25-إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر ، الأردن ، 1999.

26-القاضي عبد الوهاب البغدادي ، المعونة على مذهب أهل المدينة ، ج01 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1998.

27-الخطاب بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2001.

28-احمد فرج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ، مصر ، 2004.

29-ألغوثي ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.

30-عز الدين ثمراوي ، قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً ، دار الهدى للطباعة والتوزيع ، الجزائر 2008.

31-أحسن بو سقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، ج01 ، ط03 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004.

32-بن وارث محمد ، مذكرات في القانون الجزائري ، القسم الخاص ، ط06 ، ج06 ، دار هومة ، الجزائر ، 2007.

33-بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ط03 ، ج01 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004.

34-بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008.

35-فضل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، ج01 ، الجزائر ، 1986.

36-لحسين بن شيخ أث ملويا ، قانون الأسرة نصاً وشرعاً ، دار الهدى ، 2014.

37-احمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات ، دراسة فقهية ونقدية وقانونية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2010.

38-احمد نصر الجندي ، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006.

39-نبيل صقر ، قانون الأسرة نصاً وفقهاً ، دار الهدى ، 2016.

40-عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، ط03 ، دار هومة ، 2011.

41-بأديس الديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012.

02-كتب متخصصة :

01-سمير محمد ألعقبي ، الحضانة في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، ط01 ، دار المنار ، 1986.

02-ممدوح عزمي ، أحكام الحضانة بين الفقه والقانون ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، 1997.

03-عبد الرزاق حمدان ، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال ، دار الجامعة العربية الجديدة ، الإسكندرية ، 2008.

03-الرسائل العلمية :

01-مذكرات ليسانس :

-موساوي حميدة وموساوي فوزية ، الحضانة بين الشريعة والقانون ، مذكرة تخرج لشهادة ليسانس ، جامعة خميس مليانة ، 2005.

02-مذكرات ماستر :

ا-حداد فاطمة ، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، جامعة الوادي ، 2014.

ب-كربال سهام ، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة البويرة ، 2013.

ج-عيسى طينة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة الجزائر ، 2010.

03-مذكرات الماجيستر :

ا-بوقره أم الخير ، مسكن الزوجية ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2011.

ب-عابدة سليمان أبو سالم ، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ، مذكرة لنيل ماجيستر ، جامعة غزة ، فلسطين ، 2003.

04-رسائل الدكتوراه :

-حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، أطروحة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2004.

04-ندوات وتقارير :

-أفتان بنت محمد عبد المجيد التلمساني ، أستاذة الفقه ، قسم الشريعة ، كلية جامعة ام القرى ، مكة المكرمة ، عنوان الندوة(اثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة) ، 2016/06/23.

05-المجلات القضائية :

01-المجلة القضائية سنة 1989 ، ع04 .
02-المجلة القضائية سنة 1990 ، ع07 .
03-المجلة القضائية سنة1991 ، ع04 .
04-المجلة القضائية سنة2009 ، ع02 .
05-المجلة القضائية سنة2011 ، ع01 .

06-مواقع الإنترنت :

01-موقع وزارة التضامن وقضايا المرأة والأسرة : www.msnfcf.gov.dz (2019/03/12. الساعة : 11 : 05)

02-موقع وزارة العدل : www.mjustice.dz (2019/04/05. الساعة : 16 : 30)

03-موقع الرابطة الإسلامية : www.islam onlane.com (2019/04/10. الساعة : 09 : 45).

الفـــــهـــرس

مقدمة..... 1-3.

الفصل الأول : مفهوم الحضانة ومستحقوها.

المبحث الأول : مفهوم الحضانة وأهميتها في الفقه وقانون الأسرة. 05

المطلب الأول : تعريف الحضانة..... 05

الفرع الأول : الحضانة في اللغة..... 05

الفرع الثاني : الحضانة في الفقه..... 06

الفرع الثالث : الحضانة في القانون. 07

المطلب الثاني : حكم الحضانة ومشروعيتها 07

الفرع الأول : حكم الحضانة 07

الفرع الثاني : مشروعية الحضانة 08

المطلب الثالث : أحقية الحضانة وأهميتها في الفقه وقانون الأسرة 08

الفــرع الأول : احيقة الحضانة وأهميتها في الفقه الإسلامي 09

الفرع الثــاني : احيقة الحضانة وأهميتها في قانون الأسرة 11

المبحث الثاني : شروط استحقاق الحضانة وترتيب الحواضن في الفقه

وقانون الأسرة 11

المطلب الأول : شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة . 11

الفرع الأول : شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي 12

الفرع الثاني : شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة 18

المطلب الثاني : مراتب الحواضن في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة 21

الفرع الأول : مراتب الحواضن في الفقه الإسلامي 22

الفرع الثاني : مراتب الحواضن في قانون الأسرة 29

الفصل الثاني : آثار الحضانة والدعاوى المتعلقة بها

المبحث الأول : آثار الحضانة. 35
المطلب الأول : نفقة المحضون وأجرة الحاضنة في الفقه
الإسلامي وقانون الأسرة 35
الفرع الأول : نفقة المحضون في الفقه الإسلامي 35
الفرع الثاني : نفقة المحضون في قانون الأسرة 37
الفرع الثالث : أجرة الحاضنة في الفقه وقانون الأسرة 39
الفرع الرابع : صندوق النفقة 40
المطلب الثاني : مسكن الحاضنة والانتقال منه في الفقه
الإسلامي وقانون الأسرة 43
الفرع الأول : تعريف مسكن الحضانة ومواصفاته في الفقه الإسلامي 43
الفرع الثاني : مسكن الحضانة في قانون الأسرة 44
الفرع الثالث : الانتقال الحاضنة من مسكن الحضانة في الفقه
الإسلامي وقانون الأسرة 47
المطلب الثالث : حق الزيارة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة 54
الفرع الأول : حق الزيارة في الفقه الإسلامي 54
الفرع الثاني : حق الزيارة في قانون الأسرة 58
المبحث الثاني : انقضاء الحضانة والجرائم المترتبة عن مخالفة أحكامها 61
المطلب الأول : انقضاء الحضانة بانتهاء المدة 61
الفرع الأول : انقضاء الحضانة في الفقه الإسلامي 62
الفرع الثاني : انقضاء الحضانة في قانون الأسرة 65
المطلب الثاني : انقضاء الحضانة بسقوطها عن من يستحقها 68
الفرع الأول : سقوط الحضانة وعودتها في الفقه الإسلامي 68
الفرع الثاني : : سقوط الحضانة وعودتها في قانون الأسرة 73

المطلب الثالث : الدعاوى المتعلقة بالحضانة والجرائم المترتبة
عن مخالفة أحكامها 80
الفرع الأول : الدعاوى المتعلقة بالحضانة في القضاء الجزائري 80
الفرع الثاني : الجرائم المترتبة عن مخالفة أحكام الحضانة 83
الخاتمة 90
الاقتراحات 92
قائمة المصادر و المراجع 93
الفهرس..... .101