جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق قانون خاص معمق

إعداد الطالبتين:
- **صبرين مشطن**
- **ربحة شرع**

إ شراف:
د/ صفاء هاجر خالدي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
بابا واسماعيل يوسف	أستاذ تعليم عالي	غرداية	رئيسا
صفاء هاجر خالدي	أستاذ محاضر "ب"	غرداية	مشرفا ومقررًا
حيفري نسيمة	أستاذ مساعد "أ"	غرداية	مناقشا

نوقشت بتاريخ: 2022/06/19م

السنة الجامعية:
2021م/ 2022م

جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق قانون خاص معمق

إعداد الطالبتين:
. صبرين مشطن
. ربحة شرع

إشراف:
د/ صفاء هاجر خالدي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
بابا واسماعيل يوسف	أستاذ تعليم عالي	غرداية	رئيسا
صفاء هاجر خالدي	أستاذ محاضر "ب"	غرداية	مشرفا ومقررًا
حيفري نسيمة	أستاذ مساعد "أ"	غرداية	مناقشا

نوقشت بتاريخ :2022/06/19م

السنة الجامعية:
2021م/ 2022م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفـــــــان:

نحمد الله تعالى ونشكره الذي وفقنا، وألهنا الصبر على المشاق ولإتمام هذا العمل المتواضع، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وسيد الأنبياء محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

نتقدم بعظيم الإمتنان وعميق الشكر والعرفان إلى:

الوالدين الكريمين، سندنا في الحياة ومصدر قوتنا ادامهم الله نور لدربنا.

واعترافا بالجميل نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الفاضلة "خالدي صفاء هاجر"، على قبولها الإشراف على إنجاز هذه المذكرة، وعلى كل ما قدمته لنا من نصح وإرشاد طيلة مدة إشرافها.

ونوجه شكرنا الخالص إلى من ترقبوا نجاحنا "إخوتنا حفظهم الله".

والشكر الموصول إلى كل معلم وأستاذ أفادنا بعلمه من أولى المراحل الدراسة حتى هذه المحطة.

كما نتقدم بجميل العرفان إلى أساتذة قسم الحقوق وموظفي مكتبة جامعة غرداية بأقطابها وموظفي مجلس القضاء غرداية.

ونشكر كل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد.

ونسأل الله أن لا يؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا إن قصرنا في الموضوع.

إهـــــــــداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

لطالما انتظرت هذا اليوم لأهدي تخرجي إلى أغلى وأعز شخصين على قلبي...

إلى أمي وأبي أولا، وثانيًا وثالثًا... وأخيرًا، ولإخوتي.

إلى من مهد لي طريق العلم والمعرفة، إلى القلب الكبير، أبي الغالي حفظه الله.

إلى جوهرتي الثمينة وقلبي النابض، إلى من كانت دعواتها سر نجاحي:

أمي الحبيبة، أطال الله في عمرها.

إلى من تسابقوا وقدموا لي الدعم والتشجيع، واحد تلو الأخر، إخوتي: أختي الغالية: 'فاطمة الزهراء"، وإخواني الأعزاء: "هشام"، " ياسين "،"فارس"، دمتم سند لي في الحياة، حفظكم الله ورعاكم

إلى روح جدتي الطاهرة "مداح حدة"، روح غالية فارقتني، جعل الله جنة الفردوس مثواك، ألف رحمة ونور وسلام عليك.

إلى من قاسمتني تعب الدراسة وحلوها، رفيقة دربي "فيروز".

إلى من سعت معي وشاركتني في إنجاز هذا البحث صديقتي "شرع ربحة".

إلى كل الأهل، وإلى كل صديقات ورفيقاتي، من كانوا بصحبتي من أول مشواري الدراسي لنهايته، وإلى جميع طلبة ماستر قانون خاص دفعة 2022م، بجامعة غرداية.

إلى نفسي شكر لإرادتي الحرة، لصمودي رغم كل التعثرات، لأني استحق بعد كل هذا العناء أن أقتطف لنفسي كلمة بعد هذا الجهد.

"ويتحقق في النهاية ما صبرت لأجله".

صبرين مشطن

إهـــــــــداء

أهدي سطور أناملي التي خطت هذا البحث في أيام معدودات

إلى جدي وأبي المجاهد الثوري، رحمه الله ونعمه فيما عنده

وإلى مكة والمدينة، أمي وجدتي

إلى شمعات حياتي أخواتي

إلى رائحة أمي، خالاتي.

وإلى سندي وفرحتي أخوالي وزوجاتهم.

وإلى حبيبات قلبي المؤنسات الغاليات، الصغيرات: نجوى، دنيا زاد، قطر الندى، فردوس، زهر، أحلام، جنى، مريم، ودائم الابتسامة إسحاق، وإلى اكثر مشاغبة في إعداد بحثي: طارق قصي.

وإلى كل عائلة شرع ومشطن.

وآخر قولي إلى جرح قلبي ومدمع عيني أبي ذكرته –طاعة لله–

ربحة شرع

قائمة المختصرات

الاختصار	العبارة
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ج	الجزء
ج.ر	جريدة رسمية
د.ج	دون جزء
د.ط	دون طبعة
د.ع	دون عدد
غ ش	غير منشور
ق.م	قسم مختص
م.ق	مجلة القضائية
ن. ق	نشرة القضائية
م.م.ع	مجلة المحكمة العليا
د.س.ن	دون سنة النشر
غ.أ.ش	غرفة أحوال الشخصية
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري
ق.إ.م.إ.ج	قانون إجراءات المدنية والإدارية
د.ل.م.ج	ديوان مطبوعات الجامعية

مقدمة

مقدمـــــــة

عند سماع مصطلح الحضانة، الذي يأخذنا مباشرة إلى ذلك الطفل البريء، ولا ترد هذه الكلمة إلا بعد فك الرابطة الزوجية، تسعى أولهم إليها والدة الطفل في كسبها لصالحها، فهذا الحق مخول لها شرعا وقانونا، وموضوع الحضانة من المواضيع التي تبنتها الشريعة الإسلامية ومن الأحاديث النبوية التي شرعها نبينا الكريم رحمة للطفل الذي واساه في عصفور مات له، فما بالك بحقه في الحضانة.

ومن خلال بحثنا لهذا الموضوع الحساس الذي يعاني فيه الكثير من الأولاد في كل مرحلة من عمرهم خاصة، عند انتهاك حقهم في الحضانة من قبل أحد الوالدين، وبالخصوص الأب الظالم الجاحف في حق أولاده من ملذات الحياة، ناهيك عن قلوبهم الوجلة المحطمة نفسيا من الظلم وتعسف في حقوقهم، والمشرع الجزائري لم يغفل عن حق الحضانة، فقد نص في بضع المواد من ق. أ .ج وذلك من أجل ضمان حق الأطفال بعد فراق والديهم.

وما يهمنا من موضوع الحضانة تبيان أحكامها في كلى من كفتي الميزان في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وإبراز أهم الأثار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، ومنها الحضانة التي تقوم على مصلحة المحضون ورعايته والقيام بتربيته، والسهر على حمايته، ومدى الانسجام بين أحكام ق أ ج من جهة وأحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى في هذا المجال.

ومن الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع هو معرفة حق المحضون الضائع، وما هو واجب الوالدين نحو أولادهم من هذا الحق المخول شرعا وقانونا، وحب الإطلاع إلى هذا الموضوع الذي يخصني بصفة خاصة انا شرع ، وما مصير الأولاد عند انتهاء حق الحضانة، وأن نبين من خلال بحثنا عن مدى توافق الشريعة الإسلامية لموضوع أحكام الحضانة مع وجهة نظر المشرع الجزائري لها من خلال محاولة إظهار التوافق والاختلاف بينهما.

وسبب دراستنا لهذا الموضوع والبحث فيه، هو كوننا قد درسناه في قانون الأسرة في السنوات الخالية، وتحديدًا هذا الموضوع لنعرف، ونُعرِّف صاحب الحق في الحصانة ونوضح

للقارئ الأساس الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري وما يجزيه الشرع عن هذا الحق للغوص فيه وإبراز أهم الحقوق التي نجهلها نحن كباحثين.

وهدفنا من هذه الدراسة هو:

- ليعرف صاحب الحق في الحضانة وتوابعها حقه فيها شرعا وما يميزه، وقانونا ما يطبقه ويسعى لتحقيقه.
- تبيان الأصلح للمحضون فيما يخص من تسُند إليه الحضانة ومن يختاره لحضانته وخصوصا بالغ سن من التمييز.
- وهدفنا أيضًا أن نعلم الأقربون للطفل أنهم ملزمون بحضانة حفيدهم وواجبة عليهم تبعاتها.
- وأن نوعي القارئ سواءً أستاذا أو طالب إذا تزوج، وقدر الله وتم الفراق (الذي هو أبغض الحلال)، أن لا يسلم في أطفاله ولا ينتهك حقهم في الحضانة، ويعرف ما هو واجب عليه، وما هو حق شرعا وقانونا، وأن لا يخل بهذا الالتزام فأولاده يفتقرون إليهم معنويا أكثر من ماديا.

من خلال دراستنا لموضوع أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري، وقفنا على بعض الدراسات السابقة التي كانت مرجعا هاما وعونا لنا في إنجاز بحثنا هذا، نذكر البعض منها:

- مذكرة لنيل شهادة الماجستير "عماري سناء"، التطبيقات القضائية وإشكاليتها في ق أ ج، والتي تمت مناقشتها بجامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، سنة 2014م/2015م، والتي كانت عونا لنا لاسيما فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي لدعوى الحضانة بالرغم من أنها تناولت موضوع الحضانة من ناحية التطبيقات القضائية وإشكاليتها، بصفة موسعة.
- مذكرة لنيل شهادة الماجستير "علال أمال"، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تمت مناقشتها بجامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2008م/2009م، والتي كانت مرجعا لنا في التمييز بين الحضانة والتبني.
- مذكرة لنيل شهادة الماجستير، "مداني هجيرة نشيد"، حقوق الطفل في الشريعة والقانون، والتي تمت مناقشتها بجامعة الجزائر، بن عكنون، سنة 2011م/2012م، والتي اعتمدنا

عليها لاسيما فيما يتعلق بتوفير سكن المحضون، بالرغم من أنها تناولت موضوع حقوق الطفل بصفة عامة وموسعة في الشريعة والقانون، وليس حق الطفل في الحضانة فقط.

فكانت هذه المذكرات عونا لنا في بيان وتوضيح بعض النقاط والمسائل المهمة في موضوعنا.

إلا إنه وبصدد إنجاز هذا البحث، واجهتنا بعض الصعوبات والمعيقات أثناء البحث، التي تسببت نوعا ما في عرقلة رسالتنا، ومن بينها تأثرنا بجائحة كوفيد19 في الفترة الأولى من وقت إنجاز هذا العمل، وذلك نظرًا لغلق المكتبات الخارجية لفترة من الزمن، الأمر الذي تسبب بحرماننا من الاستفادة والاضطلاع على بعض المراجع، بحيث توجهنا إلى التحميل الإلكتروني الذي واجهتنا فيه بعض الصعوبات أيضًا

- قلة المراجع المتعلقة بالموضوع في مكتبة الكلية، وخاصة المراجع المتخصصة في موضوع الحضانة.
- أغلبية المراجع قديمة، وتميز بالجانب الفقهي أكثر من القانوني، لأنه في هذا النوع من المواضيع يغلب الجانب الفقهي على القانوني.
- التشابه الكبير بين أغلب المراجع خاصة في الجانب المفاهيمي المستمد من الفقه الإسلامي.
- صعوبة الحصول على بعض المصادر الفقهية التي يمكن بواسطتها معالجة جانب من الموضوع والتي تغطي وتسد بعض الثغرات.
- ضيق الوقت اللازم لإعداد البحث، بالنظر لكون الموضوع ذو طبيعة شائكة يحتاج إلى فترة معتبرة للتمعن والاستيعاب.
- التقيد بعدد الصفحات المطلوبة من قبل إدارة الكلية، الأمر الذي قادنا إلى عدم التوسع في موضوع مهم وحساس مثل موضوع الحضانة، بحيث لم نتطرق إلى جميع المعلومات للإلمام بجوانب الموضوع.
- صعوبة التنقل والعناء في جمع المعلومات.

للتعريف بأهمية هذه الدراسة والوصول إلى أهدافها، قمنا بطرح الإشكالية الرئيسية الآتية:

فما هي أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية جملة من التساؤلات الفرعية على النحو التالي:

- ما المقصود بالحضانة في الفقه والتشريع الجزائري؟
- هل يسند حق الحضانة تلقائيا، أم ينبغي توفر بعض الشروط للاستفادة منه؟
- هل ترتيب مستحقو الحضانة مرتبط بمصلحة المحضون؟
- فيما تتمثل أثار الحضانة؟
- ماهي الإجراءات القانونية اللازمة لرفع دعوى الحضانة؟
- متى ينقضي حق الحضانة لدى كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟

اقتضت طبيعة البحث في هذا الموضوع على استخدام عدد من مناهج البحث العلمي التي تتماشى مع وضعية الدراسة، فتم الاعتماد على المنهج المقارن من خلال مقارنة بعض المسائل المتعلقة بالموضوع بين كل من التشريع الجزائري وما هو وارد في الفقه الإسلامي، وذلك من خلال مقارنة بين المذاهب الفقهية وذكر أدلة كل مذهب في بعض لجوانب ومدى توافق ق أ ج قبل التعديل وبعده من جهة أخرى، خاصة في مسألة ترتيب الحاضنين، كما وظفنا المنهج التحليلي فاستخدامه كان بغرض تحليل النصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا التي لها صلة بالموضوع ومعرفة مقصود المشرع الجزائري، بالإضافة إلى استعمالنا المنهج الاستقرائي من خلال استعراض التعاريف الفقهية والقانونية لمفهوم الحضانة، ومن خلال توضيح الشروط الواجب توافرها في مستحقين الحضانة ولمعرفة أسباب سقوط الحضانة.

واعتمدنا في سبيل الإجابة على الإشكالية المشار إليها وغيرها من التساؤلات الفرعية المرتبطة بها وإعمالا لمناهج المبينة أعلاه، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين أساسيين:

حيث تضمن الفصل الأول ماهية الحضانة في الفقه والتشريع الجزائري، والذي يندرج فيه مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم الحضانة، بينما تناولنا في المبحث الثاني شروط استحقاق الحضانة ومراتب الحاضنين.

أما الفصل الثاني فتضمن دراسة أثار وإجراءات دعوى الحضانة وسبل انقضائها، وتناولنا في المبحث الأول منه أثار الحضانة، بينما المبحث الثاني فخصصناه إلى إجراءات دعوى الحضانة وسبل انقضائها.

الفصل الأول :

ماهية الحضانة في الفقه والتشريع الجزائري

تمهيد :

تُعد الحضانة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية واهتماما خاصا، لما تنتجه من آثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة، كونها تختص بالطفل الذي يعد اللبنة الأساسية لتكوين الأسرة.

وموضوع الحضانة لا يكون مطروح إذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، لكون الأبوين يشرفان معا على تربية الأولاد، ولأن الطفل يولد ضعيف عاجز فهو بحاجة إلى عناية والديه ورعايتهما، لكن في انحلال أو فك الرابطة الزوجية يطرح مشكل الحضانة بحدة، مما يؤذي إلى نزاعات بين الزوجين في معظم الأحيان على الحق في الحضانة، فكلاهما يريد الاحتفاظ بحضانة الصغير، ولهذا السبب ضبط الفقه الإسلامي موضوع الحضانة بنصوص الشرعية واجتهادات الفقهاء، حتى لا يعيش الصغار في وسط صراعات الأبوين.

وأيضًا قد نظم ق. أ.ج الحضانة في المواد من 62 إلى 72، والتي ضبطت مجموعة من الحقوق لطفل المحضون[1].

وعليه سنتطرق في هذا الفصل لمفهوم الحضانة في (المبحث الأول)، ومن خلاله نتطرق إلى تعريف الحضانة وتفريقها عما يشابهها من مصطلحات، ومشروعية الحضانة وشروط استحقاقها، أما (المبحث الثاني) فسنخصصه لدراسة مراتب الحاضنين فقها وتشريعًا، وسنحاول معالجة هاته المواضيع من الناحية الفقهية أولا، ثم من الناحية القانونية ثانيا.

[1]– بن شويخ الرشيد، **شرح ق .ا .ج المعدل**، ط01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1429هـ/2008م، ص–ص 253–254.

المبحث الأول : مفهوم الحضانة

من أهم الآثار القانونية لانحلال العلاقة الزوجية هو وضع الولد عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه.

وتعتبر الحضانة ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، من خلال التكفل بالولد وتربيته على الطريقة الصحيحة والخلقية السليمة، ودراسة مفهوم الحضانة يحيلنا إلى دراسة كل من تعريف الحضانة وتفريقها عما يشابهها في (المطلب الأول)، وكذا التطرق إلى مشروعية الحضانة وشروط استحقاقها في ظل الفقه والتشريع الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تعريف الحضانة وتفريقها عما يشابهها

تعتبر الحضانة من أبرز وأهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وكذا التي نظمها ق .أ.ج، فالحضانة هي تلك الرعاية بالصبي من المرحلة الأولى في حياته، كما نجد أنه من الواجب حضانة الصبي والقيام بأمره لأن الطفل يهلك بغياب الحضانة لذا يجب حفظه عن الهلاك، ويتكفل أهل الصبي وقرابته بذلك.

وقسمنا هذا المطلب إلى فرعين، فتناولنا فيهما تعريف الحضانة لغة وفقها وقانونا في (الفرع الأول)، ثم تطرقنا بعدها إلى تعريف الحضانة عما يشابهها من المصطلحات كالكفالة والوصاية والتبني في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحضانة

اولا ، وَجب علينا معرفة المدلول اللغوي للحضانة، والتطرق إلى ما يقصد به من الناحية الشرعية عند الفقهاء على مختلف مذاهبهم الأربعة (ثانيا) ، ثم نتطرق إلى التعريف القانوني للحضانة (ثالثا).

أولاً: التعريف اللغوي للحضانة : "الحِضْنُ بالكَسرِ: ما دُونَ الإبطِ إلى الكَشْحْ* أو الصَّدْرُ وَالْعَضُدَانِ وَمَا بَيْنَهُمَا، وجانب الشيء وناحيته، جمع أحضانُ، وَحَضَنَ الصَّبِيَّ حَضْنًا وَحَضَانَةً،

* الكَشْح: بفتح الكاف والسكون الشيء، ما بين الخاصرة إلى الضلع من الخلف.

بالكسر: جَعَلَهُ فِي حِضْنِهِ، أو ربَّاهُ: كاحتَضَنَهُ، والطَّائِرُ بَيْضَهُ حَضْنَ وحِضانة بكسرهما وحضونًا رخم عليه لتفريخ"[1].

ومن هذا العرض يتضح لنا أن الحضانة في اللغة تطلق على الضم إلى الجنب، الحاصل من كل ضام بحسب حاله، فالأم تحضن ولدها فتحمله في أحد شقيها، فحضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه[2].

ثانيًا : التعريف الفقهي للحضانة

عَرف فقهاء الشريعة الاسلامية الحضانة تعريفات مختلفة الا انها تتفق في مدلولها ، وفي ما يأتي عرض لبعض هذه التعاريف:

1-عرفها الحنفية بقولهم: "هي تربية الولد لمن له الحق في الحضانة"[3].

2-أما المالكية فعرفوها بأنها: "حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده"[4].

3-وقد عرفها الشافعية بقولهم: "هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كالطفل والكبير المجنون ، "وتربية المحضون بما يصلحه تعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك"[5].

والمقصود بالتربية: أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه"[6].

---

[1]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، فصل حاء، دار الحديث، القاهرة-مصر، 1429ه/2008م، ص375.

[2]- رشدي شحاته أبو زيد ، **رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية**، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2011م، ص17.

[3]- ابن عابدين لنجل مؤلف، **رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج05، دار عالم الكتب، الرياض-السعودية، 1423ه/2003م، ص253.

[4]- التواتي بن التواتي، **المبسط في الفقه المالكي**، ط01، دار الوعي، الجزائر، 1430ه/2009م، ص860.

[5]- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ،ج04، دار المعرفة ، بيروت -لبنان ، د .س .ن ، ص 592.

[6]- وفاء معتوق حمزة ، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في فقه الاسلام ، ط01 ، مكتبة القاهرة للكتاب ، القاهرة - مصر،2000، ص466.

4-أما الحنابلة فعرفوها بأنها: "هي حفظ الصغير والمجنون والمعتوه وهو المختل العقل بما يضرهم ، وتربيتهم ف يعمل مصالحهم ونحوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحه"[1].

والمقصود بحفظهم: أي كغسل بدنهم وثيابهم، ودهنهم وتكحيلهم وربط الطفل بمهده وتحريكه لينام نحوه[2].

فمن خلال تعريف الفقهاء للحضانة يتبين لنا أنه وإن اختلفت ألفاظها لكن يبقى مدلولها واحد وهو العناية بالصغير والاهتمام به وتربيته، فتشابها بذلك الحنفية والشافعية في التعريف، غير ان فقهاء المالكية والحنابلة اتجهوا إلى القول أن العناية بالمجنون والكبير تعرف بالكفالة.

ثالثًا: التعريف القانوني للحضانة

إن دور المشرع هو وضع الأحكام وليس التعريف، والمشرع إذا عرف مسألة من المسائل فالأكيد أن سبب ذلك هو أهمية المسألة المعنية بالتعريف[3]، ونجد ان بعض التشريعات المغاربية قد عرفت الحضانة بأنها :

- مدونة الأسرة المغربية التي عرفت الحضانة طبقا لنص المادة 163 بأنها: "حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربية مصالحه ...."
- كما نصت المادة 54 من الأحوال الشخصية التونسية بأنها: "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"[4].
- وجاء تحديد معنى الحضانة في ق. أ.ج في المادة 62 منه، حيث نصت على أنها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بترتبيه على دين أبيه والسهر على حمايته

[1]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **الكاشف القناع عن متن الإقناع**، ج04، ط01، عالم الكتاب، بيروت-لبنان، 1417ه/1997م، ص432.

[2]- وفاء معتوق حمزة، **مرجع سابق** ، ص447.

[3]- لعميري ياسين ، **الحضانة كآلية لتحقيق الاستقرار الأسري بين التشريعات المغاربية والأصول الشرعية**، مجلة الدراسات قانونية المقارنة، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة-الجزائر، مجلد07، العدد01، 2021م، ص2120.

[4]- طاهري آسية ، **تنازع القوانين في الحضانة**، مجلة الفكر، جامعة الجزائر1، الجزائر، مجلد04، ع02، ص142.

وحفظه صحة وخلقا، ويشترط أن يكون أهلا للقيام بذلك"[1].

يتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري حَرصَ على أن يلفت الانتباه لمهام الحاضن وذلك بتوسعه في تعداد واجباته نحو المحضون[2].

"ونجده أيضًا نص على تنشئة الولد على دين أبيه، والمعروف أن دين الجزائر هو الإسلام، مما ينبغي عدم السماح بتنشئة الولد على غيره، وقد أصاب القانون الجزائري في ذلك عندما راعى وجوب عدم اختلاف العقيدة بين المحضون وحاضنته الغير مسلمة"[3].

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد وافق على ما جاء به الفقه الإسلامي في تعريف الحضانة بشكل عام"[4].

يرى البعض أن التعريف الذي ساقه المشرع الجزائري هو أحسن تعريف للحضانة برغم من احتوائه لأهداف وأسباب الحضانة، ولاسيما أنه جاء شاملا لمفهومها ولأفكار لم يشملها غيره، ومن حيث أنه في عمومه جمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل، فالطفل في صغره في أمس الحاجة لمن يتكفل برعايته وتربيته والسهر على صحته وتحسين أخلاقه"[5].

"وبالتالي يمكن القول أن تعريف الحضانة في ق. أ.ج يرتكز على عدة عناصر أساسية يمكن تلخيصها فيما يلي:

- تعليم الطفل المحضون وتربيته على دين بيه.
- السهر على حماية الطفل المحضون.

---

[1]– قانون رقم 84–11، المؤرخ في 09 رمضان 1404 هجري الموافق ل: 09 يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02، المؤرخ في 27 فبراير2005م، ج.ر، ع 15، الصادرة بتاريخ 28 يونيو 2005 م.

[2]– حداد فاطمة، **حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال ق.أ.ج**، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية–مصر، 2017م، ص89.

[3]– العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وق.أ.ج**، د.ط ، د.ل.م.ج، بن عكنون–الجزائر، 2014م، ص138.

[4]– العربط لمين، **الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة دراسة مقارنة بين الفقه وق.أ.ج**، مجلة جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة–الجزائر، مجلد34، ع03، 2021م، ص413.

[5]– حداد فاطمة ، **حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال ق.أ.ج**، مرجع سابق، ص89.

- حفظ الطفل المحضون من الناحية الصحية والخلقية"[1].

الفرع الثاني : تفريق الحضانة عن بعض المفاهيم المشابهة

بعدما تبين معنى الحضانة في اللغة والاصطلاح، اتضح لنا أن مفهوم الحضانة يختلط بمفاهيم أخرى، بحيث يتباذر في الذهن منذ الوهلة الأولى إلى أن الحضانة هي نفسها الكفالة أو الوصاية أو هي التبني بحد ذاتها، أما الواقع فهو خلاف ذلك، فكل منهما نظام مستقل بذاته وله شروطه وأحكامه خاصة به، وعليه ارتأينا في هذا الفرع التطرق إلى تمييز بعص المفاهيم ذات الصلة بمصطلح الحضانة تجلية وتوضيحًا لها.

أولاً: تمييز الحضانة عن الوصاية

الوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها وحفظها لمصلحة الصغير[2]، بينما الحضانة فهي إلزام شرعي وقانوني بتدبير شؤون الطفل ورعايته[3]. ووجه الصلة بين الوصاية والحضانة أن كلاهما فيهما معنى الحفظ والرعاية والتنمية[4]، وأن هدف كل منهما هو رعاية الطفل والقيام بمصالحه وحفظه من الهلاك.

أما الفرق بينهم فهو كالآتي:

- أن مقتضى الحضانة حفظ المحضون، وإمساكه عما يؤذيه وتربيته حتى يكبر، والقيام بجميع حاجياته ومتطلباته، وعمل ما هو في صالحه[5]، في حين أن مقتضى الوصاية هو حفظ وتنمية المال الموصى عليه بما يصلح له في الغالب وإن كانت تشمل في بعض الأحيان التصرفات المتعلقة بنفس القاصر.

---

[1]– العربط لمين ، مرجع سابق، ص–ص 413–414.

[2]– رشدي شحاته أبو زيد، **الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية**، ط01، دار الوفاء، الإسكندرية– مصر، 2009م، ص387.

[3]– حداد فاطمة ، **حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال ق.أ.ج**، مرجع سابق، ص89.

[4]– ربابعة عبد الله محمد ، **الوصاية في الفقه الإسلامي**، ط01، دار النفائس، الأردن، 1429ه/2009م، ص29.

[5]– إبراهيم راشد محمد الشديفات، **المقاصد الشرعية في الأحوال الشخصية**، دار يافا العلمية، عمان–الأردن، 1435ه/2014م، ص156.

- أن الوصاية تكليف والتزام، وبموافقة الموصي للوصاية يلتزم بحفظ مال الموصى عليه وتنميته بما يصلح له، في حين أن الحضانة متعلقة بالنفس لا المال، بخلاف الوصاية تتعلق بالمال والنفس معًا، كما أن تبوث الحضانة بالشرع وقد يكون الوصي حاضنًا، أما تبوث الوصاية إنما تكون بتفويض من الموصي للموصى أو القاصي[1].

فالمشرع خول لوالد الطفل تعيين وصي مختار لابنه القاصر ليدير أمواله[2]، بخلاف الحضانة فليس الصغير ملكا لأبيه ولا هو الذي أودع حاضنته؛ بل الشرع هو الذي سلطها على حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة أبيه ولا لمصلحة شخص آخر، بل للصالح العام[3].

ومما سبق يمكننا القول بأن الوصاية والحضانة للأطفال، وأنهما متقاربين من ناحية المصطلحات القانونية.

ثانيًا: تمييز الحضانة عن الكفالة

من خصوصيات ق.أ.ج أنه اهتم بالكفالة ونظمها منذ قانون رقم 84-11، المؤرخ في 1984/06/09م، المتضمن ق.أ، وهذا بحسب ضمن إيجابياته، ذلك أن كفالة اليتيم أو الضائع أو مجهول النسب هو البديل الحقيقي للتبني الذي هو حرام في الإسلام[4].

وعَرفت المادة 116 من ق.أ.ج الكفالة بأنها "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد القاصر من نفقة وتربية ورعاية وقيام لأب بابنه وتتم بعقد شرعي"[5].

---

[1]- ربابعة عبد الله محمد ، مرجع سابق، ص-ص 29-30.

[2]- المادة 92 من ق. ا .ج ، الصادر بالأمر رقم 84-11، نصت على أنه "جواز تعيين وصي للولد القاصر من طرف الأب أو الجد...أهليتها".

[3]- رشدي شحاته أبو زيد، **رؤية المحضون**، مرجع سابق، ص-ص 24-25.

[4]- بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح ق.أ.ج**، ج1، أحكام الزوج، ط06، د.ل.م.ج، الجزائر، 2012م، ص423.

[5]- المادة 116 من ق. ا. ج ، نصت على أنه "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي".

ويتضح من خلال ما سبق أن الكفالة تهدف لتحقيق مصلحة الأولاد والقيام بجميع حاجاتهم وشؤونهم وإمساك الأذى عنهم[1].

وتتفق الحضانة مع الكفالة من حيث تعلقها بالقاصر، بحيث يحتل الكافل للمكفول مرتبة أحد والديه[2]، وأن للكافل والحاضن الولاية القانونية على القاصر[3].

إذن فهما يشتركان في الغرض والغاية المرجوة منهما.

ولابد من معرفة الفرق بين الكفالة والحضانة، وذلك لأن بعض من الفقهاء جعلهما مترادفين، فهل حقا لا يوجد اختلاف بينهما؟.

أول ما يمكن البدء به لكشف الاختلاف بين الحضانة والكفالة هو التعريف اللغوي لكل منهما، يقال كفل " فلانا "بمعنى أنفق عليه وأعاله، "وحضن الصبي" جعله في حضنه وضمه إلى صدره، ومنه يمكن إجمال الفروقات بينهم كالتالي[4]:

1-الكفالة تحرر في وثيقة رسمية أمام المحكمة أو أمام الموثق' أما الحضانة فتسند بحكم قضائي[5].

---

[1]- أحمد نصر الجندي، **شرح ق.أ.ج**، د.ط ، دار الكتاب القانونية، مصر، 2009م، ص196.

[2]- علال امال، **التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، 2008م/2009م، ص31.

[3]- انظر: المادة 121 والمادة 87 من ق. ا. ج الصادر بالأمر 84-11، وتنص المادة 121 من ق.أ.ج على أنه "تخول الكفالة الولاية القانونية وجميع ....الأصلي". والمادة 87 من ق.أ.ج تنص على أنه "يكون الأب وليا على أولاده..... يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

[4]- علال امال، مرجع سابق، ص-ص 33-34.

[5]- انظر: المادة 64 من ق. ا. ج الصادرة بأمر 84-11 التي تنص على أنه "الأم أولى بحضانة ولدها،... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ...".

2-الكفيل ملزم بالإنفاق على المكفول[1]، في حين أن الحضانة غرضها تقديم الخدمات المادية والمعنوية للمحضون دون إلزام الحاضن بالنفقة عليه[2].

3- شرط الإسلام في الكافل ضروري، بحيث يكون متحد مع المكفول في الدين[3]، أما بشأن الحضانة فالمشرع الجزائري اكتفى باشتراط تربية المحضون على دين أبيه، بحيث لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون[4].

4-الكفالة مطلقة يكون فيها الكافل قريب للمكفول، وقد يكون أجنبي عنه لا تربطه به قرابة[5]، أما الطفل المحضون يكون في حضانة أمه وأبيه وأقاربه[6].

5-من خلال ما رأيناه من فرق بينهما يمكن القول بأن "الكفالة هي استكمال للحضانة من ولي النفس أو من يقوم مقامه"[7]، وبذلك لا تعتبر الكفالة حضانة.

ثالثًا : تمييز الحضانة عن التبني

"التبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب، مع علمه بعدم وجود أي قرابة تربطه به، ومع ذلك يتخذه ويعطيه اسمه"[8].

في حين أن الحضانة هي "رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، السهر على

---

[1]- المادة 116 من ق. ا. ج نصت على أنه "الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة ورعاية قيام الأب بإبنه، وتتم بعقد شرعي".

[2]- انظر: علال أمال، مرجع سابق، ص34.

[3]- المادة 118 من ق .ا .ج نصت على أنه "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا، أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادر على رعايته".

[4]- سعد عبد العزيز، **ق اج في ثوبه الجديد**، ط02، دار هومة، الجزائر، 2009م، ص139.

[5]- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص192.

[6]- انظر: علال أمال، مرجع سابق، ص35.

[7]- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص192.

[8]- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص250.

حمايته وحفظه صحة وخلقا"[1].

وهناك من يرى أن نظام التبني يخدم مستقبل الأطفال ويحمي مصالحهم، فبناء على هذا فإن التبني يتفق مع الحضانة، لأن كلاهما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا[2].

أما بخصوص الاختلاف الكائنة بينهم فهي كالآتي:

1-من حيث المشروعية:

الحضانة واجبة شرعا، ولأن في تركها تضييعًا للولد وهلاكه، فالحضانة مشروعة بالكتاب والسنة واجماع العلماء[3]، ومن أدلة مشروعيتها قوله تعالى: **﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾**[4]، أما التبني فهو محرما تحريما قطعيا ، فمن قوله تعالى: **﴿وما جَعَلَ أَدْعِياءَكُمْ أَبْناءَكُمْ ذلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْواهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آباءَهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ فِيما أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلكِنْ ما تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾**[5]. فإن المشرع أخذ بحكم الشريعة الإسلامية، فنصت المادة 46 من (ق.أ.ج) صراحة وبوضوح على أنه يمنع التبني شرعا وقانونا[6]، وبالتالي فالتبني محرم بنص صريخا سواء في الدين أو القانون، نقيض للحضانة التي أقرها كل من الفقه والقانون بتحديدهم أحكامها وتعليمهم شروطها.

2- المحضون شخص معلوم النسب، أما التبني يمكن أن يكون شخص معروف النسب أو مجهول.

---

[1]- المادة 62 من ق .ا .ج نصت على أنه "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا... للقيام لذلك".

[2]- علال أمال، مرجع سابق، ص22.

[3]- محمد عقلة الإبراهيم، **الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي**، ط01، دار النفائس، عمان-الأردن، 1435هـ/2014م، ص-ص314-316.

[4]- سورة البقرة، الآية رقم 233.

[5]- سورة الأحزاب، الآية رقم 4-5.

[6]- نصت المادة46 من ق. ا.ج، على أنه "يمنع التبني شرعا وقانونا".

3- الحضانة تحتفظ بنسب طفل المحضون، في حين التبني فيحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل اسمه، ومن ثم فإن التبني يقوم على تزيف شخصية الطفل المتبنى[1].

4 -يشترط أن يكون المتبني متزوجا[2]، أما زواج الحاضنة برجل أجنبي يسقط حقها في الحضانة[3].

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة

شرعت الحضانة فقها وقانونا لتولي أمر ضنا أي ألأولاد بمراحلهم من يوم ولادتهم إلى وقتهم المعلوم، فخصصنا هذا المطلب بفرعيه على دليل مشروعية الحضانة من القرآن الكريم والسنة النبوية (الفرع الأول)، ومن الإجماع والمعقول في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أدلة وجوب الحضانة من القرآن الكريم والسنة النبوية

سبق وعرفنا الحضانة أنها حق، بل وإنها تتمثل في القيام بإيواء الطفل وحفظه ورعايته ودفع الأذى عنه،[4] والدليل على وجوب الحضانة أثبته القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وكذلك الإجماع والمعقول.

أولا: من الكتاب

الحضانة بهذا المصطلح لم يلفظ ولم ينزل في آيات القرآن الكرم بهذا المصطلح، لكن يستشفى من شرح الآيات، والكلمات الواردة في قوله جلّ وعلى: " يكفل " وفي لفظ آخر " كما رباني صغيرا"، " يرضعن "، "كسوة"، وغيرها من الألفاظ.

---

[1]- علال أمال، مرجع سابق، ص22.

[2]- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص253.

[3]- المادة 66 من ق. ا.ج نصت على انه "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

[4] بختي العربي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**، ط01، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2013م، ص 255.

الدليل الأول:

أ) قوله تعالى: ﴿ **وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا** ﴾[1]، جاء تفسير هذه الآية أي أدع لهما بالرحمة أحياء وأمواتا على تربيتهما إياك صغيرا.[2]

ب) قوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** ﴾[3] تفسير آية سورة البقرة جاء فيها إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة وهي (سنتان) فلا اعتبار للرضاع بعد ذلك، ولهذا قال: " لمن أراد أن يتم الرضاعة" وذهب أكثر الأئمة إلى أنه لا يحرم من الرضاعة إلاّ من كان دون حولين، فلو رضع المولود وعمره فوقهما لم يحرم.[4]

الدليل الثاني:

ت) قوله تعالى:" هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون فرددناه إلى أمه كي تقر عينها ولا تحزن".[5]

شرح الآية جاء فيها: هذا جلّ غرضهم، فإنهم أحبوه حبا شديدا وقد منعه الله من المراضع فخافوا أن يموت، فلما قالت لهم أخته تلك مقالة المشتملة على الترغيب في أهل البيت بتمام حفظه وكفالته والنصح له، بادروا إلى إجابتها فأعلمتهم ودلتهم على أهل هذا البيت".[6]

الدليل الثالث:

ث) قوله تعالى: ﴿ **فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا** ﴾.[7]

---

[1] سورة الإسراء، الآية رقم 23- 24.

[2] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، **في تفسير كلام المنان**، د ج، ط01، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 2003م، ص 431.

[3] سورة البقرة، الآية رقم 231.

[4] إسماعيل ابن كثير، **مختصر تفسير ابن كثير**، المجلد الأول، دار الشهاب، الجزائر، البليدة –الجزائر، 1990م، ص 211.

[5] سورة القصص، الآية رقم 12- 13.

[6] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص 583.

[7] سورة آل عمران، الآية رقم 37.

تفسير الآية:

يخبر ربنا تعالى: أنه تقبلها من أمها نديرة، وأنه أنبتها نباتا حسنا، أي جعلها شكلا مليحا ومنظر بهيجا ويسر لها أسباب القبول، وقرنها بالصالحين من عبادة، تتعلم منهم العلم والخير والدين، فلهذا قال " كفلها زكرياء" أي جعله كافلا لها، قال ابن إسحاق: وما ذلك إلاّ أنها كانت يتيمة فكفل زكرياء مريم ولأنه زوج خالتها وقيل زوج أختها، كما ورد في صحيح، فإذا بيحيى وعيسى وهما ابنا خالة ويطلق على مذكره ابن إسحاق فعلى هذا كانت في حضانة خالتها.[1]

الدليل الرابع:

ج) قوله تعالى: ﴿ **وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ** ﴾.[2]

جاء في تفسير هذه الآية: أي الأقارب قربوا أو بعدوا فحكمه فيرث بعضهم بعضا، ويبرّ بعضهم بعضا.فهم أول من الحلف ونصرة وهذه الآية حبه على الولاية ذوي الأرحام في جميع الولايات.[3]

ثانيا: من السنة النبوية:

الحديث الأول:

– رواه أبو داود من قوله صلَّى اللهُ عليه وسلَّم للمرأة المطلقة من أي الطفيل حين قالت له: إنَّ ابني هذا كان بَطني له وِعاءً، وثَدْيي له سِقاءً، وحِجْري له حِواءً، وأنا له فداءً، فزعم أبوه أنه ينتَزِعَه منِّي، فقال: أنتِ أحَقُّ به ما لم تَنكِحي ".[4]

[1] إسماعيل بن كثير، مرجع سابق، ص 279.

[2] سورة الأحزاب، الآية رقم 6.

[3] عبد الرحمان بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص 628.

[4] محمد ناصر الدين الألباني، **صحيح السنن أبي داود**، مجلد 02، ط 01، مكتب المعارف للنشر والتوزيع، الرياض– السعودية ، 1419هـ/1998م، حديث 2276، ص 32.

- فدلّ الحديث على أن الأم أحقّ بحضانة ولدها إذا طلقها أبوه أو أراد أن يتركه منها، وأنها إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة، وتقديم الأم في الحضانة لولدها لأنها أشفق عليه وأقرب إليه ولا يشركها في القرب إلاّ أبوه وليس له مثل شفقتها ولا تولى الحضانة بنفسه.[1]

الحديث الثاني:

حدثنا عبيد الله بن موسى:" خرج النبي صلَّى اللهُ عليه وسلَّم، فتبعتهم ابنة حمزة يا عم، يا عم فتناولها عليّ فأخذ بيدها وقال لفاطمة عليها السلام: دونك ابنة عمك احمليها، فاختصم فيها علي وزيد، وجعفر، فقال علي:: أنا أحق بها وهي ابنة عمي وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد، ابنة أخي، فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال: " الخالة بمنزلة الأم"، وقال لعلي: أنت مني وأنا منك".[2]

الحديث الثالث:

قال النبي صلى الله عليه وسلم: أن من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"، وفي حديث آخر، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:" جاءت إمرأة إلى نبي الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إن زوجي يريد أن يذهب بإبني، فقال: يا غلام هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت"

دل الحديث الأول على من أهل محال التفريق بين الأم وولدها بل قضى الله ورسوله أرفق الولد بالأم، والحديث الثاني فدل على أن الغلام استغنى بنفسه يخير بين أبويه، إذا بلغ حدا يستطيع معه أن يعرب عن نفسه فمال إلى أحد أبويه، دل أنه أرفق به وأشفق عليه".[3]

الحديث الرابع:

---

[1] صالح بن فوزان الفوزان، **ملخص الفقهي**، د ج، ط01، دار ابن حازم، بيروت، لبنان، 2009م، ص 1122.

[2] محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، د ج، ط 01، دار ابن حازم، بيروت، لبنان، 2009، حديث 2699، ص 478.

[3] صالح بن فوزان الفوزان، مرجع سابق، ص –ص476– 477.

حدثنا ناصر علي: قال حدثنا سفيان، عن زياد بن سعيد، عن هلال بن أبي ميمونة، عن أبي عن أبي هريرة، أن النبي صلى الله عليه وسلم:" خير غلاما بين أبيه وأمه".[1]

الحديث الخامس:

أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حدثت قالت: جاءتني امرأة معها ابنتان تسألني، فلم تجد عندي غير تمرة واحدة، فأعطيتها فقسمتها بين ابنتيها، ثم قامت فخرجت فدخل النبي صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال:" من يلي من هذه البنتان شيئا، فأحسن إليهن كن له سترا من النار".[2]

الفرع الثاني: أدلة وجوب الحضانة بالإجماع والمعقول

أولا: من الإجماع

لا تختلف الأمة في وجوب الكفالة للأطفال، لأنه خلق ضعيف لا يقوى محتاج إلى من يرعاه ويكفله ويربيه لينفع نفسه ويستغني عن غيره ومن غير المعقول أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية، حتى تتوفاه المنية أو يضيع، وإذا قام به قائم عن غيره، والأب أولى به، والأم في حولي الرضاعة، في حال سقوط الأب أو هلاكه ولا يوجد مال، وأي مراضع تستأجر له منه، أو كان لا يقبل أن يرضع صدر سواها، فتجبر على إرضاعه.[3]

ومن الإجماع أيضا في زمن الصحابة: فيما روي أن عمر بن الخطاب فارق امرأته جميلة بعد أن أنجب منها عاصما، ثم شجر خلاف بين عمر ومطلقته بشأن الحضانة عاصم ابنها، كل يود أن يضمه إليه، ومن ثم رفع هذا النزاع إلى أبو بكر رضي الله عنه، فقضى بمنع

---

[1] ابن عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، سنن الترمذي وهو جامع الكبير، مجلد 02، ط 01، دار تأصيل مركز بحوث وتقنية المعلومات، بيروت– لبنان، 1435هـ/2015م، حديث رقم 1405، ص 466.

[2] محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، رقم حديث 5995، ص 2122.

[3] وهيبة الزحيلي،**الفقه المالكي الميسر** ،ج03، ط03، دار الكلام الطيب،دمشق–سوريا،2005م، ص 287.

عمر من ضم ابنه إليه وقال لعمر: ريحها ومسكها وريقها خير لها من شهد عندك، وكان الصحابة حين قال ذلك حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك فكان ذلك إجماعا".[1]

ثانيا: من المعقول:

إن الأم أشفق بابنها من الغير، وأصبر وتتحمل مشقة تربية أطفالها أكثر من غيرها لحنيتها على فلذة كبدها وتتحمل ما لا يتحمله غيرها وإن كان والد الطفل لا يتولى الأب حضانة طفله بنفسه بل يحتاج إلى من يعينه على غيره وبطبيعة الحال الأم الولودة أولى به.[2]

فلأنا الأولاد يولدون وهم أحوج لمن يقوم بهم في معيشتهم من كل ناحية لعجزهم عن القيام بذلك، فحضانتهم ضرورية لتنميتهم بقوة في جسدهم، وأخلاقهم، ودينهم، ودنياهم ليكونوا سندا صالحا في مجتمع الإسلامي.[3]

بعد ما عرفنا الشروط الواردة في الفقه واستوحته الشريعة الإسلامية من شروط في الجانب، وكذلك القانون الجزائري حتى شرط الحاضن الولد يتطرق إلى الشروط الواردة في القانون.

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين أحوال الشخصية**، ق م، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 2006م، ص 180.

[2] عزيز عبد الكريم ومن معه، **فقه الأسرة، مرحلة دراسات شرعية العامة**، د .ج، ط 04، مكتبة ضامري للنشر والتوزيع، سلطنة عمان– لأردن، 1998م، ص 190.

[3] محمد عقلة الإبراهيم، مرجع سابق، ص 316.

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة ومراتب الحاضنين وفقا للفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إن الحضانة محطة أساسية يعتمد عليها الصغير في مستقبله، ولها أيضًا الفضل في تكوين شخصيته، وعليه فلابد من توفر شروط تؤهل الشخص للحضانة، وإذا افتقد شرط منها أدى إلى سقوطها.

والأصل في الحضانة أنها حق للأبوين مادامت العلاقة الزوجية قائمة، أما بعد الطلاق فلابد من دفع المحضون إلى من يكفل راحته النفسية والجسمية، ويكون الأكثر قدرة على تربيته وحمايته، لأنه من طبيعة الحال لابد من أن يكون الحاضن مقربا من الولد عن غيره، ومن المعروف أن فقهاء الشريعة الإسلامية قدموا الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون، وجعلوا الإناث أولى بالحضانة، لأنهم الأصبر على القيام بها، ولأنهم أشفق وأرحم وأهدى إلى تربية، لكن اختلفوا أحيانًا في ترتيب درجات الحاضن بحسب مصلحة المحضون، ونجد أن القانون جاء أيضًا بترتيب لمستحقي الحضانة بإعتماده على أراء الفقه الإسلامي.

نعالج في هذا المبحث شروط استحقاق الحضانة فقها وقانون في (المطلب الأول)، ثم نتعرض لمراتب الحاضنين على ضوء كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الحضانة ولاية غرضها رعاية المحضون وتربيته، وتثبت لشخص الحاضن بعد توفره على شروط قد اشترطها الفقهاء، وشروط نص عليها المشرع الجزائري في المادة 62 من (ق.أ.ج).

وتفصيلا لذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: الشروط الفقهية للحضانة في (الفرع الأول)، والشروط القانونية للحضانة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الفقهية للحضانة

اشترط الفقهاء عدة شروط وجب توفرها في من يتولى الحضانة، سواء كان هذا الحاضن ذكرًا أم أنثى، وتنصب هذه الشروط لحماية مصلحة المحضون، ونجد ان كل مذهب من المذاهب الفقهية نص على شروط خاصة به ومنها من أجمع عليه أغلبية الفقهاء ومنها ما اختلفوا فيه.

هذا الفرع يحيلنا إلى التطرق أولاً إلى الشروط التي اشترطها كل مذهب على حدى، ثم نتطرق بعدها إلى الشروط المتفق والمختلف فيها بين الفقهاء.

أولاً: الشروط التي اشترطها كل مذهب على حدى:

إن كل مذهب اشترط شروط خاصة به، وعليه سوف نقوم بعرض مجمل للشروط التي اشترطها فقهاء كل مذهب على النحو التالي:

1-الأحناف: يشترط في الحاضنة عدة شروط منها:

- أن تكون حرة، بالغة، عاقلة، أمينة، قادرة على تربية المحضون.
- أن تخلو من الأمراض. وأن تخلو من الزواج الأجنبي عن المحضون.
- أن لا تكون مرتدة وأن لا تكون فاسقة بشكل يضيع فيه الولد
- وأن لا تكون ذات رحم محرم من الصبي' كما أن لا تمسك الولد في بيت من يبغضه.
- أن لا يكون الأب معسر، وامتنعت الأم عن حضانة الصغير إلا باجرة.
- والامر نفسه يشترط في الحاضن (الذكر) ماعدا الشرط المتعلق بالزواج.[1]

2-المالكية: اشترطوا شروط مشتركة بين الذكر والأنثى وشروط خاصة بكل منهما:

أ - الشروط التي تخص الذكر والأنثى.

- العقل، والقدرة على القيام بشؤون المحضون، الأمانة في الدين، الرشد،

[1]-انظر: ابن عابدين لنجل مؤلف، مرجع سابق، ص 253.

- حرز المكان، الخلو من الأمراض المعدية، أن لا ينتقل ولي المحضون إلى بلد آخر بعيد عن بلد الحاضنة[1]

ب –شروط الحاضن إذا كان ذكرًا:

ويشترط في الحاضن إذا كان ذكرًا علاوة على ما تقدم من الشروط ما يلي:

- أن يكون عنده من يتولى الحضانة من الإناث كالأم أو زوجة، أو مستأجرة أو متبرعة، لأن الرجل لا قدرة له على العناية بالأطفال.
- أن يكون محرمًا للمحضون الأنثى، لأنه إذا لم يكن محرما، فلا حضانة له[2].

ج–شروط الحاضن إذا كان أنثى:

ويزاد للأنثى الحاضنة، علاوة ما تقدم من شروط سابقة ما يلي:

- عدم سكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها.
- الخلو من زوج دخل بها
- أن تكون ذات رحم للمحضون، أن تكون الحاضنة محرمًا للمحضون[3].

3–الشافعية: اتفق الشافعية على عدة شروط منها:

- الحرية، أن يكون الحاضن عاقلاً، الإسلام.
- أن تخلو الحاضنة من الزوج الأجنبي وان أن يكون الحاضن رشيدًا، وأن لا يكون صغيرًا، وأن لا يكون الحاضن مغفلا.[4]
- أن يكون حاضن سليم البدن، فلا حضانة للأبرص وأجذم.

---

[1]–انظر: الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وادلته**، ج03 ، ط 01، دار ابن الحزم، بيروت– لبنان، 1429 هـ / 2008م ، ص–ص 161–162.

[2]– انظر: التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 880.

[3]– انظر: الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص 163.

[4]– وهبة الزحيلي، **الفقه الشافعي الميسر**، ج02، ط01، دار الفكر، دمشق–سوريا، 1429هـ/2008م، ص–ص 250–251.

- ألا يكون الحاضن فاسق وأن يكون صاحب الحق في الحضانة مقيما في بلد المحضون[1]

4-الحنابلة:

- شروط الحضانة عند فقهاء الحنابلة هي:
- ولا تثبت الحضانة الطفل، ولا لمجنون أو معتوه
- الاسلام ، الحرية وعدم الفسوق .
- ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي من الطفل وألا يكون عاجز كأعمى ولا أبرص ولا أجذم [2].
- إذا سافر الحاضن فالمقيم أحق بالحضانة الصغير وأن لا يكون الحاضن فاسقا.[3]

من خلال استعراض شروط الحضانة نجد أن كل من الفقهاء نظر إليها من وجهته، واختلاف المذاهب حول تحديد الشروط كان بهدف حماية المحضون ورعايته وتنشئته نشأة مستقيمة.

ثانيًا: الشروط المتفق والمختلف فيها بين الفقهاء

بالرجوع لأحكام الفقه نجد أن شروط ممارسة الحضانة، منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف حوله[4]، وسوف نعالج شروط استحقاق الحضانة التي اتفق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية بالإجماع أولاً، ثم نبين الشروط التي اختلفوا حولها.

---

[1]- خن مصطفى ومصطفى البغا، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، ج04، ط03، دار القلم، دمشق-سوريا، 1413ه/1996م، ص 196.

[2]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الأقناع**، مرجع سابق، ص435.

[3]مجد الدين ابي البركات ، **المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل** ، ج02 ، دار الكتب العربي ، لبنان ، د. س. ن، ص 120.

[4]- حداد فاطمة، **التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانون**، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، مجلد04، العدد01، 2018م، ص164.

1-الشروط المتفق عليها عند الفقهاء:

هي أربعة شروط، البلوغ ، العقل ، القدرة على الحضانة ، الخلو من الأمراض الجسدية، سوف ندرس كل شرط على حدى كالتالي :

أ- **البلوغ:** أجمع الفقهاء على أنه لا يأخذ بتصرفات الإنسان قبل بلوغه[1]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿**وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ**﴾[2]. إذ يجب أن يكون الحاضن بالغا.

قال الحنفية: "يشترط في الحاضنة أن تكو بالغة"[3].

أما المالكية، في واقع الأمر أن الإمام مالك في مدونته تطرق إلى الكفاية والحرز، لكن البعض الأخر من فقهاء المالكية عدو البلوغ فردًا من أفراد الرشد، وبناء على هذا فالبلوغ من الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وأجمع الشافعية على أن البلوغ شرط لزوم لأن خاصية المقدرة والرشد لا تكون إلا به[4]، وكذا الحنابلة: على الرغم أنهم لم ينصوا عليه، لكن يفهم ذلك من أقوالهم "لا تثبت الحضانة لطفل"، وبالتالي الحضانة تكون للشخص البالغ[5].

ب- **العقل:** اتفق كل من الفقهاء على أن العقل شرطا يلزم توفره في الحاضن، فلا تثبت الحضانة للصغير أو المجنون أو المعتوه، لأنهم لا يحسنون رعاية أنفسهم، ولأن الحضانة تقدم ما فيه النفع لصغير وفاقد العقل لا يستطيع بطبيعة الحال التميز بين الضرر والنفع[6]. فالحنفية يرون أنه "يشترط في الحاضنة أن تكون عاقلة"[7].

---

[1]- محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، ط01، دار الثقافة، عمان-الأردن، 1431هـ/2010م، ص 81.

[2]- سورة النور، الآية: 59.

[3]- ابن عابدين، مرجع سابق، ص 253.

[4]- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص-ص83-84.

[5]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كاشف الإقناع عن متن الإقناع**، مرجع سابق، ص435.

[6]- حداد فاطمة ، **التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا**، مرجع سابق، ص 164.

[7]- ابن عابدين لنجل مؤلف، مرجع سابق، ص 253.

ووافقهم في ذلك المالكية "فاشترطوا في الحاضن ذكرًا أو أنثى العقل، فلا حضانة لمجنون ولو كان يفيق في بعض الأحيان"[1].

بينما يقول الشافعية "والمجنون فلا حضانة له ولو كان جنونه متقطعا[2].

وأخذ به فقهاء الحنابلة من خلال منعهم حضانة المجنون والمعتوه، ويتضح أنهم اعتبروا العقل شرط من شروط التي يجب توفرها في الشخص الحاضن، بقولهم: "ولا حصانة لمجنون"[3].

واشترط الفقهاء للعقل لاختلاف فيه، حتى تتوفر أهلية الحضانة.

ج- **الخلو من الأمراض الجسدية:** اتجه غالبية الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن من شروط الحاضن أن يكون سليما من الأمراض الضارة والمعدية للغير، وبالتالي فإنه لا حضانة لمن به برص أو جذام أو مرض معدي[4]، ويمكن أن يلحق ضرر بالمحضون، لان الهدف من الحضانة هو الحفظ والرعاية لا الهلاك.

د- **الأمانة:** اشترط جمهور الفقهاء في الحاضن أن يكون مأمون على تربية المحضون، لكنهم اختلفوا في مدى ما يكون به الفسق مانعا من الحضانة[5].

تقر الحنفية بأن: "الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد، عندها سقط حقها في الحضانة"[6].

ووافقهم المالكية إذ جاء عنهم: "الأمانة الحاضن في دينه إذا كان مسلما، فلا حضانة لفاسق، يشرب الخمر ومشتهر بالزنا"[7].

---

[1]- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص 161.

[2]- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 595.

[3]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ص 435.

[4]- محمد عقلة إبراهيم، مرجع سابق، ص 323.

[5]- حداد فاطمة، **التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا**، مرجع سابق، ص 164.

[6]- ابن عابدين لنجل مؤلف، مرجع سابق، ص 254.

[7]- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص 161.

كما يفهم من قول الشافعية أنه: "لا حضانة لفاسقة أو خائنة، لأن الحاضنة ولاية، ولا أمان أن تخون في حفظه وينشأ على طريقتها". "ولا يشترط تحقق العدالة الباطنة، بل تكفي العدالة الظاهرة"[1]، فذهب الحنابلة الى أنه "لا حضانة لفاسق"[2].

2-الشروط المختلف فيها بين الفقهاء:

بعد أن بَيَنا شروط الحضانة المتفق عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، سوف نتطرق بعد ذلك لمعرفة الشروط التي اختلفوا بخصوصها، فنجد بعض الفقهاء اشترطوا في الشخص الحاضن شروط معينة، أما البعض الأخر فلم يشترطها من الأساس، وهذه الشروط هي الإسلام والحرية، وخلو الأم من الزوج الأجنبي.

وعليه سوف نتطرق لكل شرط من هذه الشروط السابقة بالتفصيل كالآتي:

أ- **الإسلام:** نجد أن الفقهاء اختلفوا في اشتراط الإسلام في الأم لكي تستحق حضانة صغيرها المسلم، واختلافهم كان كما يلي:

- أولاً: إن المسلمة والكافرة والذمية والمجوسية كلهن سواء في استحقاق الحضانة، وهو ما أخذ به الحنفية والمالكية.
- ثانيًا: إن المجوسية والذمية والكافرة كل منهن لا تستحق حضانة ولدها الصغير، وبسبب كفرها يسقط حقها في الحضانة، وهو ما أخذ به الشافعية والحنابلة[3].

ولقد كان لكل فريق أدلته:

فاستدل أصحاب القول الأول على أن المسلمة والكافرة والذمية والمجوسية، كلهن سواء في استحقاق الحضانة بالآتي:

قال فقهاء المالكية: الإسلام ليس شرط في الحاضن، سواء كان رجل أو امرأة[4]، فإن خيف

---

[1]- وهبة الزحيلي، **الفقه الشافعي الميسر**، مرجع سابق، ص-ص249-250.

[2]- مجد الدين أبي البركات، مرجع سابق، ص 120.

[3]- وفاء معتوق حمزة، مرجع سابق، ص 461.

[4]- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص 164.

على إفساد المحضون ضمت حاضنته إلى المسلمين ليراقبوها دون نزع الولد منها[1].

أما الحنفية فقالو: "تثبت الحضانة للأم النسبية ولو كتابية أو مجوسية أو بعد الفرقة إلا أن تكون مرتدة حتى تسلم لأنها تحبس أو فاجرة فجورًا يضيع الولد به، كالزنا والسرقة[2].

القول الثاني: يرى أن المجوسية والذمية والكافرة، كل منهما لا تستحق حضانة الطفل الصغير، وبسبب كفرها يسقط حقها في الحضانة، فاستدلوا على ذلك بالتالي:

قوله تعالى: **﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾**[3].

ومما سبق يبدو أن الحق ما قاله المانعون لحضانة الغير مسلم على المسلم، وذلك لتأثر المحضون به وبأخلاقه الذي يشكل خطر عليه.

ب- الحرية: اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط على قولين:

القول الأول: يرى أن الأمة لا تستحق الحضانة، وهو ما ذهب إليه كل من الحنفية الشافعية والحنابلة.

القول الثاني: يرى أن الأمة تستحق حضانة ولدها كالأم الحرة سواء بسواء، وهو ما ذهب إليه جمهور المالكية والظاهرية

ولقد كان لكل فريق أدلته:

القول الأول: استدلوا على أن الأمة لا تستحق حضانة ولدها بالآتي:

- إذا كان الحاضن رقيق فهو مقيد، وكل طاقته ملك سيده، ومسألة الحضانة تقتضي إذن سيده وهو أمر غير مضمون.
- انشغال الأمة والعبد بخدمة سيدهما عجز مضرًا بالولد، فما دام أحد الوالدين رقيا فالحر منهما أولى به.

[1]- التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 880.

[2]- ابن عابدين لنجل مؤلف، مرجع سابق، ص 253.

[3]- سورة النساء، الآية: 141.

القول الثاني: فاستدلوا على قولهم بأن الأمة تستحق حضانة ولدها كالأم الحرة سواء بسواء، بذلك: "ما روي عن النبي –صلى الله عليه وسلم– حيث قال: « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»[1].

مما سبق يتبين لنا أنه: تستحق الأم الأمة حضانة صغيرها، لأنها تبقى في الأخير أمًا وتحمل من الرحمة والشفقة لولدها مثل جميع الأمهات، لذا لا يجب حرمانها من حفظ ورعاية صغيرها وتربيته، فقط لكونها مملوكة لسيدها.

الفرع الثاني: الشروط القانونية للحضانة

أولا: الشروط الواجب توفرها في المحضون

قبل معرفة الشروط الواجب توفرها في المحضون لابد من معرفة من هو المحضون؟ ومتى يكون محضون؟ كثير من الأزواج يتم الطلاق بينهم في مرحلة كبر سن أولادهم عن الحضانة، ممّا يطرح التساؤل التالي:

– هل تجب لهم الحضانة أو لا ؟

لقد عمل المشرع الجزائري على تحديد سن الحضانة ونص عليها في المادة 65 ق أ ج.

1. مفهوم المحضون: إذا المحضون كل ما يمكن أن نقوله أنه ذلك الشخص الذي يعبر عنه بالطفل حُضيا بالرفعة والمكانة عند كثير من المفكرين والفقهاء، في كثير من الدراسات والمشرع الجزائري لم يصرح بمعنى الطفل إلاّ أنه حدّد سن الرشد بـ 19 سنة كاملة[2]، وأم دون ذلك فهو

[1]– أبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة، **الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي**، ج03، ط01، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر،1906هـ/1937م، ص 580.

[2] داود حنان، **الحضانة في ق. ا. ج**، مجلة الإسناد الباحث لدراسات القانونية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، مجلد 04، ع 02، 2019م، ص 227.

عديم الأهلية فاقد التميز لصغر السن حسب المادة 82 ق أ ج[1]، والمادة 42 قانون المدني الجزائري[2]، وفي المادة 438 نص على ناقص الأهلية من ق م ج[3].

وبالنسبة للمشرع الجزائري على فمرحلة الطفولة كحد اقصى هي ما قبل كمال 19 سنة كاملة هذا بالنسبة للمحضون.

2. سن المحضون: نص المشرع الجزائري على سن المحضون في المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري، ورغم تضارب المذاهب عن سن المحضون، إلا أنه حدده في نص المادة تنص على:" ... حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة، أمّا لم تتزوج ثانية....".[4]

وما ينتقد أيضا من المادة، بالنسبة لسن الذكر بلوغه عشر سنوات، بعد هذه الفترة قد لا يكون قادرا على القيام بكل حاجاته لعجز أو مرض أو سوى ذلك، لكن من جهة أخرى أعطى القاضي في الاجتهاد في ذلك بما يكون في مصلحة المحضون.[5] ولحديث عن طلاق الأزواج في مرحلة كبر أولادهم عن الحضانة هل يجب لهم أولا؟ إجابة " عن هذا الطرح نقول أنه حدد المشرع سن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، أمّا البالغ الراشد فلا حضانة عليه، وهو الذي يختار إقامته عند من شاء من أبويه، فإن كان الشخص رجلا فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عن أبويه، وإن كانت أنثى لم يكن لها الانفراد ولأبيها منهما منه.[6]

---

[1] انظر: المادة 82، من ق. أ. ج، مرجع سابق.

[2] المادة 42 من ق. م. ج نصت على انه :" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عن المجنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

[3] المادة 43 من ق .م .ج نصت على انه : "كل كم لم يبلغ بين التمييز ولم يبلغ بين الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أودا غفلة يكون ناقص الاهلية".

[4] المادة 65 من ق. أ .ج، مرجع سابق.

[5] بختي العربي، **نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظام القانونية القديمة**، د. ج، ط 01، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015م، ص 227. (بتصرف).

[6] بن حرز الله عبد القادر، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق بين الفقه الإسلامي وق. ا .ج**، ، ط01، دار الخلدونية،2007م، ص 358.

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في الحاضن

بدايتا لابد من معرفة من هو الحاضن للحديث عن شروطه اللازم فيه.

1. **الحاضن:** هو من يقع عليه عبء رعاية الولد وتربية[1]، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[2]، وهو كل شخص يتولى شؤون المحضون فيقوم بتدبير طعامه وشرابه وملبسه ونظافته وتأديبه وتثقيفه[3]، وقد يكون الشخص الحاضن أم، ثم أب، ثم الجدة للأم، ثم الجدة للأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون[4]، في من يجب أن يكون حاضن وهو الأمر الذي يختص بتحديده القاضي.

2. شروط الحاضن : ا لحضانة الطفل او الولد لابد من توفر شروط في الحاضن وقانون الاسرة الجزائري لم يتناول شروط الحضانة وخصها في مادة معينة تنص على الشروط الواردة في الحاضن الذي يسند له حق الحضانة من طرف الهيئة المختصة في حكم الحضانة الولد الصغير، بالرجوع إلى المادة 62 من قانون الأسرة في الفقرة (2) نجد أنها حددت شرط واحدا بعد ما عرفت الحضانة نصت على: " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للدلك".

والملاحظ أنه اكتفى بشرط واحد وصرح به وهو أهلا، ولم ترد بصريح العبارة شروط أخرى في هذا النص من هذه المادة فلا بد لنا من بحثنا عن شروط الفقهاء باختصار وموقف المشرع الجزائري منها.

- **شروط الحاضن العامة (ذكرا أو أنثى) العقل:** يرى الفقهاء أنه تحرم الحضانة على المجنون سواء كان جنونا متواصلا أو متقطعا، فكلاهما من موانع الحضانة[5]، فلا حضانة

---

[1] بختي العربي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص 265.

[2] المادة 62 من ق .أ. ج، مرجع سابق.

[3] المصري مبروك، **الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري**، د .ج، د .ط، دار الهومة للنشر وتوزيع، الجزائر 2010م، ص 506.

[4] المادة 64 من ق .أ .ج، مرجع سابق.

[5] باحكاية كمال، **الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وق. ا.ج**، مجلة الاجتهاد للدراسة القانونية والاقتصادية، جامعة وهران، مجلد 07، ع 06، 2018م، ص 420.

لمعتوه أو مجنون[1]، أمّا المشرع الجزائري فنص على شرط العقل من خلال المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري المعدل على الحضانة هي الولاية عن النفس ولا يمكن لمجنون لا تصح تصرفاته أن يكون وليا على آخر ويوقع تصرفاته[2].

- **البلوغ:** لأن الصبي وإن كان مميزا في حاجة لمن يتولاه فلا يتولى هو أمره غيره هذا ما سنته الشريعة الإسلامية، أي أن يكون الحاضن بالغا.

وسن الرشد الذي بينه المشرع الجزائري الواجب توفره في الحاضن هو 19 سنة كاملة، وهذا طبقا للمادة 40 من قانون المدني الجزائري.[3]

- **الأمانة:** اتفق الفقهاء على شرط الأمانة في الحاضن، أي أن يكون الحاضن أمينا أو أمينة عليه وعلى نفسه، وأدبه وخلقه ودينه، فإن كان فاسقا أو فاسقة فلا حق لفاسقا في الحضانة.

أمّا عن موقف المشرع الجزائري فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء في عدم إسناد الحضانة للفاسق، وهذا ما صدر عن قرار المحكمة العليا: أنه في قضية الحال ان الحاضنة مدعى عليها كانت في مسكن وزوجها غائب منذ شهر فكانت في هذا المسكن مع شخص آخر إرهابي، ممّا يعتبر خيانة زوجية ممّا يسقط حق الحضانة عنها، بعد ذلك تبين لطاعن هذه خيانة فأثار دفوع أمام قاضي لإقدام المدعي عليها بزواج عرفيا بالإرهابي وهي في ذمة زوجها طاعن ثم رفض قضاة الموضوع طعن المدعي لأن حجته ضعيفة لم يقدم إثبات على إدعاء بالخيانة حتى أنه شك في نسب أولاده بسبب الخيانة زوجته له رغم أن زوجها سهد عليه كافة الناس بزواجها من الإرهابي فقرارا قضاة الموضوع في إسناد الحضانة لأم بحجة أن لا إثبات بينها واعتبروا أن زوجها متعسفا في حقها، إلاّ أن قرارهم مخالف لأحكام شريعة الإسلامية خاصة أن زوجها الإرهابي شهد الناس وغفلوا عن هذا أو نسبوا الحضانة لها دون مراعاة مصلحة المحضون التي تقضي

---

[1] طاهري حسين، **الأوساط في شرح ق. ا. ج** ، د .ج، ط 01، دار خلدونية ،الجزائر، 2009م، ص 152.

[2] المادة 87، ق. أ. ج نصت على انه :" يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل محله قانونا...القيام بأمور مستعجلة معلنة بالأولاد".

[3] المادة 40 من ق. م .ج نصت على انه :" وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

حفظه وترتبيه أخلاقه الحسنة التي تقضي الأمانة كيف لها أن تكون مع زوج إرهابي وأجنبي غير محرم ما ينفي نسب حضانة لها.[1]

-**القدرة على التربية:** يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لشخص أقعده المرض، ولا أعمى ولا لمن كان في أرذل العمر وبلغ من الكبر عتيا كالمرأة التي بلغت سن الشيخوخة، أو رجل هرم ولا الأصم ولا أخرص ومشلول ومن مثلهم في ضعف وعدم كفاءة، لأنهم لا يحققون مقصود الحضانة.[2]

أمّا المشرع الجزائري فقد اشترط أن يكون الحاضن قادرا على تربية المحضون وصيانته والمحافظة عليه، ولا تثبت الحضانة لعاجز ولا لمريض وغيرها وهذه الحالات قاضي الدعوى هو من يقدرها، وهذا ما أكده في نص المادة 62 من خلال تعريف الحضانة.[3]

-**الإسلام:** اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط الحضانة وعلى الحاضن أن لا يكون مرتدا عن الإسلام، فالذكر المرتد مستحق القتل إذا لم يتب، والأنثى مستحقة للحبس حتى تتوب وترجع إلى الإسلام، فالمذهب الحنفي أشار إلى أن يكون الحاضن متحدا مع المحضون في الدين[4]، والمالكية أيضا لا يشترطون إسلام الحاضن.[5]

المشرع الجزائري ساير المذهب المالكي في اتجاه القائل بأن الإسلام ليس شرط لممارسة الحضانة، والدليل ما ورد في المادة 62 من قانون أسرة... بعبارة:" القيام بتربيته على دين أبيه".

خشيتا على دينه من الحاضنة لحرصها على تربيته وإنشاءه على دينها ويصعب بعد ذلك أن يتحول عنه.[6]

---

[1] قرار محكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في: 2006/2/8م، ملف رقم: 339255، نقلا عن الأستاذ طاهري حسن، مرجع سابق، ص-ص 543- 546.

[2] بختي العربي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص 260.

[3] أحمد ناصر الجندي، مرجع سباق، ص 152.

[4] بختي العربي، **أحكام وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي الطلاق** ، مرجع سابق، ص 261.

[5] وهبة الزحيلي، **فقه المالكي ميسر**، مرجع سابق، ص 289.

[6] طاهري حسين، مرجع سابق، ص 153.

شروط الحضانة الخاصة بالنساء

1. أ ن لا تكون والدة المحضون قد تزوجت برجل أجنبي عن الطفل من محارمه، لأن ابن غير مأمون ولا سيما على الأنثى، فإذا تزوجت المرأة بأجنبي عن الطفل فقدت حقها في الحضانة[1]، هذا ما اتفق عليه الشرع.

- وتبنى المشرع الجزائري شرط أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري نص على:" يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محروم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون[2]"، فإن تزوجت بأجنبي سقط حقها في الحضانة.[3]

2. أن لا يكون الحاضن مهملا، أو منشغلا عن الصغير، كان يخرج في كل وقت ويتركه ضائعا عرضة للخطر، أو أن تكون الحاضنة عاملة تغيب عنه وقتا طويلا، ممّا يترتب عنه عدم إيفاء المحضون حقه من الرعاية.[4]

- والمشرع الجزائري في المادة 67 من قانون الأسرة لم يعتبر خروج المرأة للعمل وترك الولد عند حاضن سواها سببا من منعها الحضانة أو أن تسقط منها[5]، ونص في هذه المادة أنه:" لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

3. أن لا تمسكه عند ذي محرم منه كالأخت لأم تمسكه عند أبيها وهو أجنبي عنه، أي أنه لا حضانة لغير محرميه محارم المحضون، لأن ذلك يؤثر على الكفل خاصة إذا كانت بنت مشتاه، فنفس أمارة بسوء، فلا حضانة لبنت العم وابن العم يعتبر من غير محارم[6]، هذا ما أكده فقهاء مذاهب أربعة لا حضانة لغيره حرم.

---

[1] بختي العربي، **أحكام طلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص 260.

[2] المادة 66 ق. أ .ج، مرجع سابق.

[3] المصري مبروك، مرجع سابق، ص 510.

[4] بختي العربي، **أحكام طلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص 261.

[5] بختي العربي، **نظام الأسرة في الإسلام وشرائع ونظام قانونية القديمة**، مرجع سابق، ص 274.

[6] المصري مبروك، مرجع سابق، ص 510.

وذلك ما نوه عليه المشرع الجزائري في المادة 70:" تسقط الحضانة عن الجدة أو الخالة، إذا سكتت بمحضونها مع أم محضون متزوجة بغير قريب محرم"[1]، وهذا المصلحة المحضون من فتن الحياة.

شروط الحضانة الخاصة بالرجال:

ما زاده الفقهاء في الشروط الخاصة بالرجال أن يكون الرجل الحاضن محرم للأنثى أيضا أن يكون قادرا على تربية الصغير وان يكون أمينا على أخلاق المحضون، فإذا فاسقا لا يكون حاضنا، وان يكون موافقا لدين المحضون، ويشترط في الحاضن من العصبات المحارم، وإذا لم يوجد للصغير حاضن ذو رحم أو وجد ولم يكن أهلا انتقلت إلى أقاربه من الرجال ذو رحم، وإذا لم يوجد حاضن من أقاربه فللقاضي أن يضع من يثق به.[2]

والمشرع الجزائري لم يتكلم عن شرط اتحاد الذين بين الحاضن والمحضون، إذا كان الحاضن ذكرا لأنه يمنع زواج مسلمة من غير مسلم وذكر في المادة 30 ق أج فقرة الأخيرة، وبالنسبة لأن يكون الحاضن محرم نص عليه المشرع في المادة 64 من ق أ ج، ولم ينص عليه المشرع ولكن جعله عاما في مصلحة المحضون".[3]

ما يستخلص من الشروط القانونية أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على شروط الحاضن في المادة، إلاّ أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجد أن المشرع استمد شروط الحاضن منها وبصفة غير مباشرة ولم يدرجها في نص واحد بل أدخل هذه الشروط في مواد منفصلة كالمواد 30- 62- 64- 66- 81- 87 من ق ا واكتفى بشرط واحد وهو الأهلية فهي تشمل نوعا ما بعض الشروط المنصوص عليها شرعا. ترك ذلك الباب الواسع لاجتهاد القاضي الجزائري بالرجوع إلى أحاكم الشريعة الإسلامية وذلك من خلال نص المادة 222 ق .أ .ج.

[1] المادة 70 من ق .ا.ج، مرجع سابق.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 189.

[3] باحكاية كمال، مرجع سابق، ص 487.

المطلب الثاني: مراتب الحاضنين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فقهاء الشريعة الإسلامية رتب الحاضنين وفق أولويات مصلحة المحضون واختلفوا في ترتيب الدرجات بحسب مصلحة المحضون من النساء والرجال، غير أنه قانون المشرع الجزائري قد وضع ترتيب خاصا في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري رقم: 84/ 11 المعدل ومتمم بالأمر الرقم: 05/ 02 محددا مراتب الحاضنين مراعيا بذلك مصلحة المحضون، فخصصنا (الفرع الأول) ترتيب الحاضنين في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: مراتب الحاضنين في الفقه

تقع مسؤولية الحضانة على الحاضن وأحقية الحضانة تكون بعد فراق الزوجين[1]، لذلك رتب الفقه الإسلامي درجات الحاضنين، ويختلف ترتب الحاضنين من مذهب لآخر، وأخذ كل مذهب ترتيب خاص به.

1. مذهب المالكية: ترتيب الحاضنين النساء عند المالكية: الم، ثم الجدة، ثم الخالة، ثم جدة الأب، وإن علت، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الخ، ثم الوصي، ثم الأفضل من العصبة.[2]

ترتيب الحاضنين من الرجال: إن لم يكن هناك إحدى الإناث سابقات تنتقل الحضانة للوصي، والأولى بالحضانة أخو الطفل، شقيقا أو لأم أو لأب، فإن لم يكن له أخ فالأولى به جده لأبيه وإن علا وإن لم يكن للمحضون أخ ولا جد ولا أب انتقل الحق أخا شقيقا أو لأم أو لأب، فإن لم يكن فالأحق ابن الجد وهو العم المحضون مطلقا، إن لم يكن ابن عمه كذلك ولا حضانة لجد أي لأم ولا للخال هذا في شرح الصغير، لكن قال للمحي: الجد للأم له الحضانة لأن أشفق وحنون.[3]

---

[1] بختي العربي، **أحكام طلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص 256.

[2] وهبة الزحيلي، **فقه المالكي ميسر**، مرجع سابق، ص 288.

[3] سيد عثمان بن حنين برى الجعلي المالكي، **سراج المسالك شرح أسهل المسالك**، ج01، ط01، دار صادر، بيروت– لبنان، 1994م، ص–ص 377– 378.

2. مذهب الشافعي: ترتيب الحاضنين: الأم أولى ثم أمهاتنا مدليات بإناث، ثم أم الأب وجدته المدليات بإناث ثم أم الجدة وجداته ثم أم الأب الجدة وجداته ثم الأخوات ثم الخالات ثم بنات الأخوة ثم العمات، والأنثى لا محرمية لا حضانة لها كا بنت الخالة وبنت العمة لا حضانة لها فان ثبتن فبنات الخالات مقدمات على بنات العمات.[1]

ترتيب الرجال الحاضنين: وإن اجتمع الرجال، وهم من أهل الحضانة، وليس معهم نساء قدم الأب لأن له ولادة وفضل الشفقة، ثم انتقل الى آبائهم، الأقرب فالأقرب وتعصيب فان عدم الأجداد، انتقل الى من بعدهم من العصبات من أصحابهم من الأصحاب الفقيه قال الشافعي عنهم ومن أصحابه من قال: لا يثبت لغير الآباء والأجداد من العصبات، لانهم لا معرفة لهم في الحضانة، ولا لهم من ولاية لأنفسهم ولم تكن لهم الحضانة كا الأجانب.[2]

3. مذهب الحنفية: ترتيب النساء الحاضنات: الأم ثم أم الأم أولى من أم الأب فان لم تكن أم الأم، فأم الأب أولى من الأخوات فإن لم تكن الجدة، فالأخوات أولى من العمات، والخالات تقدم من العمات، ينزلنا كما ينزل الأخوات، ثم العمات ينزلنا كذلك، وكل من تزوجت من هؤلاء، سقط حقها إلا الجدة ان كان زوجها الجد.[3]

ترتيب الرجال: الحاضنين: لا تثبت الا للعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب، الاب ثم الجد أبوه وأن علا، ثم أخ لأب وأم، ثم أخ لأب، ثم أخ لأب وأم، ثم ابن الأخ الاب، ثم العم لأب ولأم، ثم العم لأب، ثم أبن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب، وإن كان الصبي غلام وأن كانت جارية لا تسلم إليه، لأنه ليس بمحرم.[4]

---

[1] ابي حماد محمد الغزالي، **الوجيز في فقه المذهب الإمام الشافعي**،ط01، دار الكتاب العلمية، بيروت- لبنان،1425هـ /2004م،ص376.

[2] ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي شيرازي أبو إسحاق، **المهدب في الفقه الإمام الشافعي**،ج04،ط01،دار القلم، دمشق-سوريا،1418هـ/1996م، ص-ص644-645.

[3] أبي الحسين أحمد بن محمد القادوري، **مختصر القادوري**، مجلد06، ط02، دار السيراج ، بيروت، لبنان، 1435هـ /2014م، ص264.

[4] علاء الدين ابي بكر مسعود بن أحمد الكساني الحنفي، **بدائع صنائع بترتيب الشرائع**، ج07، ط02، دار الكتاب العلمية، بيروت -لبنان،1406هـ /1986م، ص43.

4. مذهب الحنابلة: ترتيب النساء الحاضنين: أحق الناس بالطفل أمه، ثم أمهاتها، وإن علو ثم أمهات الأب، ثم أمهات الجد، ثم الأخت من الأب، ثم الأخت من الأم، ثم الخالة ثم الهمة، ثم الأقرب فالأقرب من النساء، ولا حضانة لفاسقة، ولا إمراه مزوجة لأجنبي من الطفل، فإن زالت الموانع منهن عاد حقهن في الحضانة.[1]

ترتيب الرجال الحاضنين: للرجال من العصبات مدخل في الحضانة وأولهم الأب، ثم الجد أبو الأب، وإن علا ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن سلفوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة، ثم بنوهم كذلك، ثم عمومة الأب ثن بنوهم إلا أن ابن العم لا تسلم إليه الجارية إذا بلغت سبعا لأنه ليس محرم.[2]

وما استنتجناه أو ما يستنتج من المذاهب الأربعة في مراتب الحاضنين تقدم الأم بالمرتبة الأولى في كل في كل المذاهب، لأحقية حضانتها لأطفالها سواء كان بالفراق من طلاق أو الوفاة، وحظيت بهذه المكانة لشفقتها وتحملها عبئ العناء والتربية لفطرتها وحنيتها وقدمها رسولنا الكريم من خلال الحديث الشريف:" أنت أحق به إن لم تنكحي"[3] يمنح لها درجة الأولوية ثم يليها النسوة ويكون ذلك بتقديم الأقرب فالأقرب درجة منهن ثم يأتي ترتيب العصبة من الرجال واختلف المذاهب في ترتيب العصبة ومن يحرم منهم من حق الحضانة.

الفرع الثاني: مراتب الحاضنين في التشريع الجزائري

بعد ما شرعت الشريعة الإسلامية أحقية الحضانة للطفل ورتبت كل حسب درجته في القرابة لحضيه المحضون، الا أن التشريع الجزائري بما أنه يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية أدرج في قانونه ترتيب الحاضنين وخصه في قانون الأسرة وبهذا سوف نتكلم عن تحديد الحاضنين من قبل التعديل وبعد التعديل لقانون الأسرة الجزائري.

---

[1] موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة مقدسي، **عمدت الفقه في مذهب الحنبلي**، د .ج، د .ط، مكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، 1423هـ /2003م،ص112.

[2] ابن قدامة، معجم الفقه الحنبلي، **من كتاب المغني**،ج01،د. ط، دار كتاب العربي، بيروت– لبنان،1393هـ/ 1973م.

[3] محمد ناصر الدين الالباني، مرجع سابق،ص32.

1-تحديد مراتب الحاضنين قبل التعديل قانون والقضاء (11/84):

- لقد أعطى قانون الأسرة الجزائري (11/84) قبل تعديل حق لحضانة الوالد لأمه حسب المادة64 التي نصت على" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".[1]

جعل المشرع الجزائري قبل التعديل الأم أولى بحضانة طفلها أو ولدها لأنها أحن وأشفق على صغارها، وما يستنتج من هذه المادة أيضا أنه منح الحضانة بترتيب جهة الأم ثم جهة الأب ثم الأقرب درجة، وفي اجتهاد من المحكمة العليا في نص المادة 64 من قانون الأسرة القديم وإن ذكر ترتيب الحاضنين، إلا أنه لم يجعل حصرا يقتضي الاتباع في كل الحالات بل جعل ذلك مرهون بمصلحة المحضون التي يجب مراعاتها في المقام الأول وفي كل الحالات.[2]

حيث جاء في هذا القرار الصادر مجلس القضاء يوم 2004/04/17،جاء فيه أن مرتبة الأب التي هي الرابعة من هذه المادة أعطيت للمدعي عليه لأقرب درجة في ثاني مرتبة مما أنجز عنه نقص وأن الهيئة التي أعطت له الحق المحكمة العليا رفضته وأن الأب الولى حسب معطيات المنصوص عليها في القرار خولت للأب أحقيت الحضانة، إذ أن هذا الترتيب لا يعد من نظام العام ويمكن مخالفته إذا كان في مصلحة المحضون، وما يعد خرقا للقانون إسنادها للحضانة لجد عاجز لا يقدر على الحضانة وهذا ما لا ينقص من قرارهم.

و يتضح لنا مما سبق من المادة 64 مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهب المالكي الذي قدم الإناث من جهة الأم على جهة الأب، كما أنهم دون سواهم من يقدم الخالة على الأب والمشرع الجزائري لم يخالف الفقه المالكي إلا في فكرة واحدة وهي تقديم أم الأب على الأب.[3]

---

[1] المادة 64 من القانون رقم11/84 المؤرخ في يونيو 1984، المتضمن ق أ ، ج ر، ع24، بتاريخ 12 يونيو1984.

[2] محكمة العليا، غ.ا.ش، قرار بتاريخ 2006/10/21، ملف رقم 364371، عن الأستاذ طاهري حسين، مرجع سابق،ص-ص551 -554.

[3] عبد السلام نور الدين، **استحقاق الحضانة في قانون الجزائري**، مجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مجلد 06، ع01،2022م،ص266.

تحديد الحاضنين بعد التعديل قانون والقضاء(02/05): لقد أحدث المشرع الجزائري تغيير في قانون الآسرة مما دفعه الى هدا التغيير عدة ظواهر اجتماعية والى طبيعة المعيشة بين الأسر لأن أغلب الأزواج يقومون في الغالب مع الأبوين مما دفع المشرع الجزائري في إعادة النظر في ترتيب الحاضنين في نفس المادة 64 على اثر تعديلها بموجب القانون الرقم 2005/02/05م تنص على أن:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة للام ، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك، على القاضي عندم يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".[1]

إلا انه المشرع الجزائري بمزجه لمستحقي الحضانة في صورة النساء مرة والرجال مرة قد أثر تحقيق المساوات في تقسيم حق الحضانة بين الوالدين، وما يلاحظ من نص المادة قبل وبعد التعديل ان الثابت من النص هو مصلحة المحضون النفسية والاجتماعية والتربوية والمادية، بقى مركزا عليها على غرار ترتيب الحاضنين الذي لم يجعله من النظام العام ولم يلزم القاضي به، ورأى المشرع في تعديله أن إسناد الحضانة لنساء إجحافا في حق الأب لا سيما أنه هو المنفق على المحضون.[2]

لكن المشرع اكتفى بتحديد خمسة أشخاص بعد الأم في الترتيب المذكور في نص المادة دون بيان الأقربون درجة بعد هذا التعديل الأمر الذي حتما يستوجب الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية في تحديد الأقربين وفقا للإحالة الواردة في المادة222[3] من قانون الآسرة، وعلى القاضي اختيار الأصلح للحضون.[4]

"غير أنه مما سبق لا يوجد في أي مذهب فقهي من يعطي للوالد حق الحضانة ولده بعد الأم مباشرة، واذ كان القانون يحرص على حماية الولد من الأذى النفسي والعقلي كان الأولى

---

[1] المادة64 من ق .أ.ج، مرجع سابق.

[2] احمد هلتالي ، **استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحادير المنح**، مجلة استاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، مجلة، م ج، ع2018،11م،ص382.

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

[4] طاهري حسين، مرجع سابق، ص-ص151-153.

به ان ينص على أن الحضانة الوالد لأولاده لا تكون بعد بلوغهم السن الذي يستطيعون فيه الاعتماد على أنفسهم أما قبل ذلك فالنساء أولى بحضانتهم وأليق".[1]

إلا انه أخد المشرع الجزائري بالمذهب الجعفري الذي يسند الحضانة للأم ثم الأب مخالفا رأي الجمهور، من الفقهاء الذين يغلبون جانب النساء على الرجال في مسائل الحضانة لأنهن أكثر حنانا وشفقة وصبرا على مشاكل الأطفال.[2]

وما استنتجناه من مراتب الحاضنين فقها وقانونا أن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة كان يعمل بترتيب المذهب المالكي الذي يقدم الأم من جهة النساء الأقرب اليها فرأي بإسناد حق الحضانة لنساء جهة الأم عن الأب إجحافا في حقه وأضطر الى تعديل المادة64 من ناحية التقديم الأب بموجب الأمر الرقم 02/05 بتقريب الأب وجعله ثاني درجة مباشرة بعد الأم عملا بالمذهب الجعفري الذي يقدم الأب بعد الأم بخلاف المذاهب الأربعة مما أثار جدلا بالقول ان المشرع الجزائري خرج عن أحكام الشريعة الإسلامية الا انه برر قراره: بأن هذا الترتيب أخد به بعض التشريعات العربية منها المغربي والمصري والتونسي[3] ضف الى ذلك راي من غير المنطق ان يكون الأب والد المحضون الطفل وهو المسؤول الرئيسي عن تبعات الحضانة أولاده ويقدم النساء قبله، فمنحه الدرجة الثانية بعد الأم مركزا على مصلحة المحضون التي تبقى قائمة وخولها للقاضي في اختيار الحاضن تحت السلطة التقديرية المجتهد فيها.

---

[1] نقلا عن بختي العربي: **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق،ص259.

[2] نقلا عن محروق كريمة، **دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث في التشريعات الاسرة**، د. ج، ط01، منشورات الفا للوثائق، قسنطينة،الجزائر،2019م،ص138.

[3] أنظر: أحمد الشامي، **التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ، دراسة فقهية ونقدية مقارنة**، رسالة للحصول على الماجستير في الحقوق، ،كلية الحقوق قسم الشريعة، جامعة الإسكندرية، مصر،2008م/2009م،ص–ص211–212.

خلاصة الفصل:

من خلال ما قدمناه في هذا الفصل يمكننا القول أن موضوع الحضانة يعتبر من بين الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الطفل وقضاء شؤونه وحسن تنشئته.

وهناك أنظمة أخرى تتشابه مع نظام الحضانة في كون محلها هو القاصر، وتتمثل في نظام الوصاية، والكفالة، ونظام التبني، لكن لكل نظام ما يميزه عن الحضانة كما اتفق جمهور الفقهاء على جملة من الشروط التي يجب توفرها في شخص الحاضن حتى تصح حضانته، وهذه الشروط منها المتفق عليها ومنها المختلف فيه، لكن كلها تدور حول رعاية مصالح المحضون.

وبالرجوع إلى ق أ ج نلاحظ أن المشرع اكتفى بالإشارة إليها في المادة 62 من ق أ ج بالقول أنه "يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً"، فقد أجمع شروط الحضانة في جملة واحدة وهي الأهلية، وأغفل بذلك عن ذكر الأوصاف المتعلقة بها، ما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء، وبذلك اتبع المشرع منهج الشريعة الإسلامية في مسألة شروط الحضانة.

وتبث الحضانة للنساء والرجال على ما هو أنفع للمحضون وأصلح له، لكن النساء الأجدر بها، لأنهن أشفق وأهدى إلى تربية، وأصبر على القيام بها، وقد اختلف الفقهاء في ترتيب مستحقي الحضانة، فلكل مذهب ترتيب الخاص به، لكنهم اتفقوا على تقديم الأم على جميع، للحضانة الصغير إذا اجتمعت فيها الشروط السالفة الذكر، أما المشرع الجزائري فقد وضع ترتيب خاص، وذلك بمقتضى المادة 64 من ق أ ج المعدل، التي يتضح من خلالها أنه قدم الأب على سائر نسوة بعد الأم.

الفصل الثانـي :

آثار وإجراءات دعوى الحضانـة وسبل انقضائـها

بعد تعرضنا في الفصل الأول لمفهوم الحضانة، وكذا شروط استحقاقها وترتيب مستحقيها، سنحاول التطرق في الفصل الثاني إلى الآثار المترتبة عن الحضانة وإلى إجراءات رفع دعوى الحضانة أمام القضاء، مع أسباب انقضائها، وذلك وفقا للفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

وتفصيلا لذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين؛ المبحث الأول تناولنا فيه آثار الحضانة، أما المبحث الثاني تناولنا فيه إجراءات دعوى الحضانة وسبل انقضائها.

المبحث الأول: آثار الحضانة

قد رتب الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري بعده؛ آثار لممارسة الحضانة لكل من الأبوين المنفصلين، وتتجلى هذه الأثار لما تتطلبه الحضانة من نفقة المحضون، بالإضافة إلى كون الحاضنة تبذل جهد كبير في سبيل رعاية المحضون وحفظه، فهي تستحق أجرة كعوض لها عن ذلك. بالإضافة إلى هذا يوجد بعض الحقوق يتمتع بها المحضون يجب توفرها من طرف الأبوين، ومنها حقه في السكن من أجل أن ينشأ في بيئة سليمة ويحضى بالرعاية اللازمة فيه، والحاضن زيادة على الدور الذي يقوم به من رعاية وتربية وحماية، إلا أنه يقع عليه أن لا يمنع المحضون من زيارة المحضون له، ولا المحضون له من زيارة المحضون.

وفي هذا المبحث تم تخصيص المطلب الأول للآثار الحضانة وفقا للفقه الإسلامي، في حين تناولنا في المطلب الثاني أثار الحضانة وفقا للتشريع للجزائري.

المطلب الأول: آثار الحضانة في الفقه الإسلامي

بعد حدوث الفرقة بين الأبوين تنشأ بعض الأثار متعلقة بحق الحضانة، من حق المحضون في النفقة، وإمكانية توفير مسكن لحميته، وحق الزيارة للاطمئنان عليه ولمعرفة أحواله.

وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب الذي ينقسم إلى فرعين، سوف نتطرق في الفرع الأول إلى نفقة المحضون وأجرة الحاضنة، أما في الفرع الثاني إلى سكن ورؤية المحضون.

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة

إن الولد بحاجة إلى العناية والاهتمام من طرف حاضنه، بما ينطوي عليه من غذاء وكسوة وسكن ونحوه، وكل ما يستلزمه المحضون من حاجات ضرورية لعيشه وتربيته في أجواء مناسبة وتنشئته التنشئة الصحيحة، الأمر الذي يتطلب مجهودات مالية التي تتجلى في نفقة المحضون، فهل لهذه الأخيرة أن تنطوي على مقابل من تبذله الحاضنة من جهود في سبيل

العناية بالمحضون وحسن تربيته؟ أم أن هذه المجهودات تستحق جزاء مستقلا عن نفقه المحضون بما يعرف بأجرة الحاضنة؟

من خلال هذا الفرع تناولنا (أولاً) نفقة المحضون، ثم تطرقنا بعده إلى أجرة الحاضنة (ثانيًا).

أولاً: نفقة المحضون

تعتبر النفقة على الولد حق من حقوقه الأساسية التي أقرتها الشريعة الإسلامية له، وذلك بفرضها على الآباء، فهي بذل وعطاء من الأب إلى ابنه.

1-والنفقة شرعا: "هي ما يكفي من الطعام والكسوة، والسكن وقبل الإدرار على الشيء، بما به بقاؤه". وقد اتفق فقهاء المسلمون على وجوبية نفقة الأب الموسر على ولده[1]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ [2].

2-موقف الفقهاء: كانت آراء الفقهاء حول هذه المسألة نحو التالي:

قال الحنفية، فيما يخص نفقة الأولاد أنه "لا فرق بين أن يكون الولد ذكرًا أو أنثى، فإن كان ذكرًا فإن نفقته تجب على أبيه وذلك إذا لم يكن للولد مال، أو لم يبلغ الحلم"[3].

ويرى المالكية بأنه: يجب على والد المحضون أن يدفع للحاضنة سواءً كانت أم أو غير أم، ما يحتاج إليه الولد من نفقة وغطاء وكسوة ونحوه، وليس للأب أن يقول لها أرسليه ليأكل عندي ثم يعود إليك، لأن ذلك يعود بالضرر على المحضون والحاضنة[4].

أما في ما يخص فقهاء الشافعية والحنابلة، فيعتبرون أن نفقة الأولاد واجبة على أبيهم، وذلك أن يكون الابن صغيرً وحرًا فإن مملوك نفقته على مالكه، وأن يكون الأولاد فقراء[5].

---

[1] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص232.

[2] سورة الطلاق، الآية: 6.

[3] انظر: احمد الشامي ، **ق. أ .ج طبقا لأحدث التعديلات**، د.ط ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2010م، ص320.

[4] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص178.

[5] انظر: أحمد الشامي، ق .أ .ج **طبقا لأحدث التعديلات**، مرجع سابق، ص-ص 325-324.

3-تقدير النفقة: وتقدير النفقة على والد المحضون بقدر الاجتهاد وبحسب ما يناسب حاله، كأن يقدر له شهريا، أو أسبوعيا أو نحو ذلك[1]، ويراعى فيها حال الحاضنة، وقرب وبعد بيتها، وسلامة المكان[2].

ثانيًا: أجرة الحاضنة

تتمثل الحضانة في خدمة الصغير والقيام بشؤونه، فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض منه بالمال، ويعرف ذلك العوض لدى الفقهاء بأجرة الحضانة، إلا أن ذلك العوض ليس أجرة خالصة بل فيه شبه بالنفقة، وعليه وكيفما كان فلمن يكون؟[3].

اختلف الفقهاء حول أجرة الحاضنة على أقول مختلفة، فالبعض منهم أوجبها أما البعض الأخر منعها، وعرف الفقه الإسلامي أراء مختلفة في حق الحاضنة للأجرة، وفرق بذلك حسب حالة الحاضنة ما بين كونها أم المحضون أو إن كانت غيرها من الحاضنات على النحو الأتي:

1- إن كانت الحاضنة هي أم الصغير:

نجد أراء الفقهاء تمحورت في ذلك وفق ما يلي:

أ) **مع قيام الزوجية:** فقهاء الحنفية قالوا: إن كانت أما؛ وكانت زوجيتها بالولد المحضون قائمة، فلا تستحق أجرة الحضانة، أما الشافعية فأخذو بما ذهب إليه الحنفية[4].

أما المالكية قالوا: أن الحاضنة لا تستحق أجرة الحضانة، ولم يفرقوا إن كانت متزوجة للأب أو منفصلة عنه، باستثناء إذا كانت الحاضنة أم قفيرة فإنه، ينفق عليها من مال الصغير لأجل فقرها لا لحضانتها[5].

ب)**في حال الانفصال والفرقة بين الزوجين:** إن الفقهاء، قد اختلفت أقوالهم فالبعض، نص على استحقاق الأم المطلقة أجرة الحضانة، والبعض الآخر رأى بعدم استحقاقها، القائلون بأن الأم المطلقة تستحق أجرة على الحضانة جعلوها كالأجنبية، أما القائلون بعدم

---

[1] التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص875.

[2] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص172.

[3] محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ط04، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1403ه/1983م، ص767.

[4] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص223.

[5] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص172.

الاستحقاق فيرون أنه: "لا يجوز لها أن تأخذ الأجر لأنها مستحقة للنفقة والسكن في حال قيام العدة، فلا يجوز لها الأجر"[1].

2- إن كانت الحاضنة أجنبية:

لم يختلف فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة على أن الحاضنة الأجنبية مستحقة للأجرة الحضانة، وذلك لقيامها بعمل محكوم بعقد واتفاق بين والد الطفل وبينها[2]؛ فقال الحنابلة: "ولو استؤجرت المرأة للرضاع والحضانة لزامها بالعقد"[3]، أما الشافعية فقالوا: "وإن تمانعا أستأجر الحاكم من تحضنه وألزمها الأجرة"[4].

الفرع الثاني: سكن ورؤية المحضون

الحضانة هي العناية بالولد وتربيته وحفظ شؤونه، فمن واجب ابيه توفير كل الظروف المناسبة، من أجل أن ينشئ الصغير في بيئة سليمة ويحضى بالعناية اللازمة، إذ يعتبر المسكن من المتطلبات اللازمة للحضانة، ليعيش الصغير مع الحاضن سواءً كان أبيه أو أمه، لأنه في حال عدم توفير السكن فمصير الصغير هو الهلاك والضياع بسبب الإخلال بهذا الحق، وهذا ما سنستعرضه (اولاً).

ويعتبر حق رؤية المحضون من بين أهم الحقوق المترتبة عن أثار الحضانة، فهي حق مكفول لكل من الأبوين المنفصلين والأشخاص الذين يرغب المحضون برؤيتهم أو أشخاص راغبين هم في رؤيته، إذ نجد أن الفقهاء حددوا لها مكان وزمان معين؛ وهذا ما سنتطرق إليه (ثانيًا).

---

[1] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص-ص 226-227.

[2] المرجع نفسه، ص222.

[3] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، مرجع سابق، ص434.

[4] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص222.

أولاً: سكن الحضانة والانتقال منه

رعاية المحضون والقيام بشؤونه، وحفظه في صحته وحمايته من التشرد والهلاك هي أمور شاقة ملقاة على عاتق من يقوم بالحضانة، فالحاضنة إذا لم يكن لديها سكن تنتمي وتحتمي تحت سقفه مع صغيرها، فكيف لها أن تتمكن من القيام بالحضانة؟

1-المقصود بشكل الحضانة ومواصفاته الشرعية:

أ) **يقصد بالسكن بوجه عام** بأنه "كل مكان يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة وسواءً كان ساكنه أو مستأجر له أو يقيم فيه مجانا[1].

ب) **المواصفات الشرعية لسكن الحضانة:** أقر فقهاء الشريعة الإسلامية مواصفات معينة يجب أن يتصف به سكن الحضانة؛ إذ يجب أن يكون مسكن الحضانة ملائم، ومستقلا لا يشترك فيه الآخرون مع المحضونين والحاضنة، كما يجب أن يكون يشتمل على مستلزمات المعيشة (غذاء، أثاث، أفرشة)، وأن يكون أيضًا آمن وبين جيران صالحين، خاصة إن كانت الأنثى هي المحضونة[2].

ج)**آراء الفقهاء من سكن المحضون:** نجد أنه كانت آراء الفقهاء مختلفة حول ذلك، سوف نبينها على النحو التالي:

فقهاء الحنفية قالوا أن سكن الحضانة أو أجرة السكن غير واجبة، وهو ما ورد لدى كل من الشافعية والحنابلة ، وفي رواية ثانية يرون أن أجرة السكن في الحضانة واجبة من مال المحضون، أو من مال من تجب عليه النفقة، شرط أن لا يكون للحاضنة مسكن[3].

واتفق فقهاء المالكية على أنه: يجب على الأب إسكان الحاضنة أو دفع أجرة مسكن كامل لكونها فقيرة ولا تقدر على إسكان نفسها، ولأن الحضانة واجبة عليه إذ لا تتم إلا بذلك[4].

---

[1] حداد فاطمة ، **حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال ق .أ .ج**، مرجع سابق، ص100.

[2] المرجع نفسه، ص-ص 102-104.

[3] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص253.

[4] صادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص172.

2-انتقال الحاضنة من مسكن الحضانة:

قد يلجأ الشخص الحاضن سواء كان أب أو أم، للسفر والانتقال بالمحضون سواء برغبته أو مضطر على ذلك وهذا بقصد إقامة دائمة او مؤقتة، فما هو مصير المحضون؟ وأين تكمن إقامته؟

قد اختلفت آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة، حول ما كان انتقال الحاضنة أو انتقال الأب، وعليه سوف نتناول أولا انتقال الحاضنة بالمحضون ،تم نتطرق بعده إلى انتقال الأب بالمحضون على نحو لأتي:

أ) انتقال الحاضنة بالمحضون:

قد علمنا سابقا أن الحاضنة إما أن تكون ام للمحضون، وإما أن تكون غيرها من الحاضنات، فلكل من الحالتين حكم مستقل عن الآخر، وعليه سوف نبين ذلك كما يلي:

أ-1) انتقال الأم: أقر الفقهاء في ذلك خمسة حالات:

- **الحالة الأولى: إن كانت العلاقة الزوجية قائمة:** فمكان الحضانة هو بيت الزوجية، حيث يقيم الأب، فلا يجوز للأم الانتقال بالصغير للإقامة بمكن آخر[1]. ووافق فقهاء الأحناف والمالكية والشافعية على أن إقامة المحضون حيث يقيم أبواه، إن كانت الزوجية قائمة بين لأبوين[2].

- **الحالة الثانية: إن كانت ضمن العدة:** مكان الحضانة هو بيت الزوجية، والأم ملزمة شرعا بالإقامة في مسكن الزوجية حتى تنقضي عدتها، ولا يحق لأحد إخراجها[3]، لقوله تعالى: **﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ ۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾**[4].

---

[1] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص158.

[2] محمد عليوي الناصر.المرجع السابق، ص161.

[3] محمد بن أحمد بن صالح الصالح، **مستحقو الحضانة، ندوة في أثر المتغيرات العصر في احكام الحضانة**، المجمع الفقه الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة-السعودية، 1436هـ، ص29.

[4] سورة الطلاق، الآية: 01.

- **الحالة الثالثة إن كانت منقضية العدة:** فقهاء الحنفية في هذه المسألة قد قالوا إنه: "ان لها الخروج بالولد والانتقال إلى بلد أو قرية قريبة، بحيث يمكن للأب الذهاب إلى الولد ورؤيته والعودة في نفس اليوم[1]، ويمكن أن تنتقل الأم إلى البلد الذي كان عقد النكاح تم فيه، سواءً كان مصر أو قرية[2]، ورأوا أن تمنع من الانتقال بالصغير، إن تم عقد النكاح في مصر وليس بمصرها[3].

- **الحالة الرابعة: الانتقال لقضاء حاجة:** يرى الحنابلة أنه "إن سافرت الأم لحاجة غير قصد الإقامة ثم تعود، فالمقيم أحق بالصغير، وهو ما أخذ به فقهاء الشافعية[4]، أما المالكية كان لهم رأي مختلف عن الشافعية والحنابلة[5].

- **الحالة الخامسة انتقال للإقامة:** يرى المالكية: إن سافرت الأم لنقله لغرض إقامتها في بلد آخر، يوجب سقوط الحضانة، ويكون الصغير عند الأب[6]، أما الشافعية قالوا أنه: إن سافرت الأم لنقله إلى مكان يقصر في صلاة من غير خوف فالأب المقيم أحق بالصغير[7].

أ-2) انتقال غير الأم:

فقهاء الحنابلة قالوا: "ومن أراد أحد الأبوين النقلة البلد مسافة القصر فأكثر... " [8] فيرون أن انتقال حق يخص للأبوين فقط، وهو ما ورد لدى فقهاء الشافعية بقولهم، "وإن افترق الزوجان، ولهما ولد، فأراد أحدهما أن يسافر بالولد... فالمقيم أحق به"[9].

---

[1] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص159.

[2] مرجع نفسه، ص159.

[3] مرجع نفسه، ص160.

[4] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الاقناع**، مرجع سابق، ص436.

[5] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص167.

[6] محمدعليوي الناصر.المرجع السابق، ص165..

[7] وهبة الزحيلي، **الفقه الشافعي الميسر**، مرجع سابق، ص521.

[8] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الاقناع**، مرجع سابق، ص436.

[9] وهبة الزحيلي، **الفقه الشافعي الميسر**، مرجع سابق، ص251.

ب-2) انتقال الأب: يميز فقهاء الشافعية بين حالتين في انتقال الأب ، فإن كان سفر الأب لحاجة كالتجارة أو الحج، فلا يجوز له أخذ الصغير معه، أما إذا كان القصد منه الانتقال هو الإقامة كان له أن يجعله مع نفسه[1]، والأمر نفسه أخذ به فقهاء الحنابلة.

وتبقى مسألة السفر والانتقال بالمحضون، لا يوجد لها أدلة صريحة من شرع، لدى اختلفت وتعددت آراء الفقهاء، في تفصيلهم لمسألة الانتقال، ونجد أنهم استعانوا في تعليل أقوالهم بما يرون فيه مصلحة المحضون وحمايته وتأدية حقوقه بأقل الأخطار.

ثانيًا: رؤية المحضون:

سوف نتطرق إلى موقف الفقهاء من رؤية المحضون أولاً، ثم نتطرق بعدها إلى ميعاد الزيارة على النحو الآتي:

1-موقف الفقهاء: اتفق الفقهاء على أنه لكل من والدين المحضون حق رؤيته وزيارته إذا افترقا، ولهم في ذلك تفصيل وفقا لما يلي:

يرى فقهاء الحنفية أنه: إن كان الصغير عند أمه، فللأب الحق في رؤيته، وتخرج الصغير إلى مكان يمكنه أن يراه فيه كل يوم، أما إن كان الصغير عند أبيه، فيقوم بإخراجه إليها لتتمكن من رؤيته[2].

والحنابلة كالشافعية قالوا أنه: إن اختار الصغير أباه، كان عنده ليلا ونهارًا، وليس له أن يمنعه من زيارة والدته، ولا تمنع والدته من تمريضه، وإذا اختار أمه، كان عندها ليلا، وكان عند أبيه نهار لتعليمه وتأديبه، أنا الأنثى فتكون عند أبيها بعد اتمامها سبع (7) سنوات حتى زواجها وللأم زيارتها وتمريضها، في أوقات خروج الأب إلى معاشه، لكي لا يسمع كلامها، وإذا مرضت البنت، يمكن للأم أن تقوم بتمريضها في بيت الأب، لحاجته إليها[3].

---

[1] شمس الدين محمد الخطيب، مرجع سابق، ص600..

[2] مجد الدين أبي البركات، مرجع سابق، ص 120-121.

[3] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سابق، ص741.

2- ميعاد الزيارة: اتفق الفقهاء على أن للأبوين الحق في رؤية المحضون، لصلة الرحم، لكنهم قد اختلفوا حول زمان رؤيته إذا كانت أرائهم مختلفة نسيبا، فنجد الأحناف يرون أن زيارة المحضون تكون كل يوم، وكحد أقصى مرة في الأسبوع، وتتم الزيارة عند المالكية بقولهم : "فالأم زيارة أطفالها الصغار مرة كل يوم، وأطفالها الكبار مرة في الأسبوع، وينطبق ذلك نفسه على الأب، فللأب مطالعة الصغير من حين لأخر"[1].

يرى فقهاء الشافعية بأنه: ميعاد زيارة فالعادة ما يكون في كل يومين فأكثر لا كل يوم، فالأب زيارة ابنه مرة أو مرتين في الأسبوع[2]، أما في حال ما إذا كانت المسافة بين منزل الأم ومنزل المحضون قريبة فلا مانع من زيارتها كل يوم[3].

وأشار فقهاء الحنابلة إلى أنه: للولد زيارة أمه على ما جرت به العادة، مرة في الأسبوع[4].

المطلب الثاني : آثار الحضانة وفق التشريع الجزائري

للحضانة آثار قانونية أدرجها المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة وحددها في بضع مواد، سن فيها حق المحضون من نفقات ومأوى وزيارة، كما حفظ حق الحاضن عند حضانة الطفل فوفر له أجرة وسكن مع المحضون وغيرها من حقوق سنتناولها لاحقا.

الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة

أولاً: نفقة المحضون:

الطفل المحضون بعد أن ثبت حقه في الحضانة ومن يحضنه، يبقى محتاجا إلى أمور تقتضيها الحياة المادية والمعنوية، تكمن في غذائه ومشربه وملبسه ودراسته وراحته النفسية، وفي نومه في مكان آمن وغيرها من ملذات الحياة شملها المشرع الجزائري في مصطلح النفقة أو النفقات المحضون، ونص عليه في المادة 78 على ما يلي: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من ضروريات في العرف والعادة"[5].

---

[1] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سابق، ص740

[2] وهبة الزحيلي، **الفقه الشافعي الميسر**، مرجع سابق، ص254.

[3] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سابق، ص741.

[4] منصور بن يونس إدريس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الاقناع**، مرجع سابق، ص737.

[5] المادة 78 من ق. أ .ج، مرجع سابق

وكل هذه النفقات تلقى على عاتق الأب لأنها واجب عليه كون الطفل من نسبه وهي لصالح أولاده من ذكور وإناث[1].

وكل ما تعنيه النفقة ما يحتاج إليه المحضون لإقامة حياته، وفقته تعدله لازمة على الأب إذا لم يكن للولد مال أو لكونه صغير لا يقوى على قوت يومه أو مريض عاجز بعاهة أو في إطار دراسة يزاولها، وفي كبره يستغني عنها بالكسب هذا للذكور، أما للبنات فهي تظل نفقتهن قائمة إلى حين زواجهن[2]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 75[3] من قانون الأسرة حدد مدة النفقة لكل منهما.

وجاء في قرار مؤرخ في 1989/12/25م ما يلي: "من المقرر قانونا أنه تجب نفقته الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون، لما كان ثابت في قضية الحال أن قرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن بالغ من العمر 21 سنة لمدة سابقة يكون مخالف للقانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[4].

ويشار إلى أنه إذا كانت البنت أو الولد قصر، ولهم مال يكفيهما لمعيشتهما فإنه لا نفقا لأب عليهما.

وفي حال كسب المال عن طريق منحة تمنحها مصلحة اجتماعية مثاله كان المحضون معاقا جسديا وعقليا ويأخذ منحة اجتماعية فإنها لا تعتبر كسبا يكتفي به، بل هي مجرد إعانة لا تغطي احتياجاته، ولا تعفي الأب من الإنفاق على ولده[5].

---

[1] لحسن بن شيخ آت ملويا، **المرشد في ق .ا.ج**، ط03، دار هومة، الجزائر، 2015م/2016م، ص269.

[2] عبد الكريم نذير ، **الحضانة في التشريع الجزائري**، مجلة علوم قانونية واجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، مجلد06، ع04، 2021م، ص476.

[3] المادة 75 من ق. أ .ج نصت على انه : "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتشتمل في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا لدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

[4] قرار مؤرخ في 1989/12/25م، ملف رقم 572، م ق، ع04، 1991م، ص106، نقلا عن عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفق أحكام قانون الأسرة، دارة هومة، عين مليلة–الجزائر، 2004م، ص54.

[5] لحسن بن شيخ آت ملويا، مرجع سابق، ص–ص 270–272.

ويعفى الأب من حق الإنفاق على أولاده إذا عجز عن دفعها ولا يقدر على توفير ما هو ملزم به أو أعسر بسبب عاهة أو مرض أقعده الفراش عن الكسب، أو تم فصله من عمله، أو أنه بحث ولم يجد منصب للعمل وكانت الزوجة ميسورة الحال فينتقل واجب نفقة الأولاد إليها لأنها أولى الناس بأطفالها وحرصًا عليهم وتوفير لقمة عيشهم إن كانت قادرة على ذلك[1].

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 76 التي جاء فيها: "في حال الأب تجب نفقة الأول على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"[2]، ما يقصد من هذه المادة أنه إذا كانت الأم عاملة والأب عاجز فإن النفقة تعود عليها لصالح أولادها المحضونين، أما إذا كانت عاجز أيضًا فإن واجب الإنفاق ينتقل إلى أقارب الأولاد الأخرين[3]، لأن الأقارب هم معنيين بحق النفقة على أحفادهم خاصة إذا كانوا محضونين لأن هذا الحق منصوص عليهم في ترتيب المادة 64 فواجب الإنفاق عليهم.

نفقات المحضون: شملتها كلها المادة 78 على أنه:

- على الأب أن يوفر للمحضون لقمة عيشه.
- أن يوفر له لباس يواري سوءاتهم يقيه برد الشتاء وحر الصيف.
- وأن يعالج ولده المحضون في مرضه.
- عليه أيضًا توفير مسكن لائقا يرتاح فيه، آمن من مخاطر الحياة.

تقدير نفقة المحضون:

ولحديثنا عن تقدير نفقة المحضون، فهذا الأمر تركه المشرع الجزائري للقاضي حسب اجتهاده في ذلك، حيث تقدر نفقة الأولاد الصغار على أبيهم مراعيا حالة الأب من حيث يسر وارتفاع مستوى المعيشة، وغلاء الأسعار ومراعاة الحاجة[4].

---

[1] ديب جمال، **نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وق .ا.ج**، مجلة الآفاق، مجلد11، ع01، 2019م، ص22.

[2] المادة 76 من ق .أ .ج، مرجع سابق.

[3] لحسن بن شيخ آت ملويا، مرجع سابق، ص276.

[4] شحاتة أحمد زيدان، فاطمة، **تشريعات الطفولة**، د ج، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2008م، ص51.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 79 على أن: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"[1].

ولتقديرها لابد للقاضي الاستعانة بالخبرة في ذلك، وللقاضي مراجعة تقديره مع مطلع كل سنة جديدة ابتداءً من النطق بالحكم المقدر للنفقة أو الحكم المراجع لها[2]. "ومسألة تقدير النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع"[3].

غير أنه لا تسمح دعوى زيادة أو نقصان قبل مضي سنة على الحكم بالنفقة إلا في حالات استثنائية مستعجلة لأن الغالب أنه لا تتغير في أقل من تلك المدة[4].

والملاحظ أن المشرع الجزائري في مسألة تقدير النفقة تركها "لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"[5].

وبعدما عرفنا أن تقدير النفقة أمر يجتهد فيه القاضي ويحدد أمر لا مقابل له، إلا أن إشكال النفقة لازال يثور على أبواب المحاكم، فالمرأة الحاضنة تشتكي عدم كفاية المبلغ المقدر للإنفاق على الأطفال المحضونين أو إعسار الأب على الإنفاق ولا دخل لها تتقفه عليهم.

وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى إنشاء صندوق النفقة، أدرجه في قانون رقم 15-01 مؤرخ في 4 يناير 2015، رغبة في حماية المحضون، ولم يرد تعريف لصندوق النفقة للتفصيل فيه إلا بالرجوع إلى أحكام هذا القانون فان هذا الصندوق احتياطي يتولى دفع مستحقات النفقة للطفل المحضون تقبضها الحاضنة بعد تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة بسبب الامتناع عن الدفع أو عجز المدين عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته[6].

---

[1] المادة 79 من ق .أ. ج، مرجع سابق.

[2] لحسن بن شيخ آت ملويا، مرجع سابق، ص-ص285-286.

[3] قرار مجلس قضاة، مؤرخ في 1990م، رقم ملف 44630، نقلا عن صقر نبيل، قانون الأسرة نصا، فقها وتطبيقا، د.ج. د.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2006م، ص277.

[4] حيفري نسيمة آمال، **نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في ق .ا.ج**، مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة وهران، ع27، 2017م، رقم تهميش 08 .

[5] قرار مجلس القضاء مؤرخ في 1989م، رقم ملف 32158، نقلا عن صقر نبيل، مرجع سابق، ص278.

[6] احمد شامي ، **نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام الأمر 05-01 والقانون 15-01**، مجلة المعيار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت-الجزائر ، ع18، 2017م، ص63.

ثانيًا: أجرة الحضانة (حاضنة):

أجرة الحضانة تختلف عن نفقة المحضون، فهذه الأخيرة تسدد لتغطية حاجيات المحضون، أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة مقابل خدمتها إذا طالبتها[1]. والحاضنة إما أن تكون أم للمحضون أو غيرها من سائر الحاضنات[2].

وإذا عدنا إلى مواد قانون الأسرة الجزائري من المادة 65 إلى 78 لا نجد المشرع الجزائري نص عن أجرة الحاضنة، مما يدفعنا إلى العودة إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: حق المحضون في المأوى والزيارة

لا يخلو بيت من أطفال وعائلة وزيارات أقارب، هذه هي سنة الحياة، وبعض البيوت عند فراق الزوجين يتشتت كل ما في البيت، ويكون الضحية الطفل الصغير ألا وهو المحضون، يبقى يحنوا إلى تلك العشرة من حنان أبيه وأمه وضمهم في كل حين، ولكي يظل الوصال قائم بعد الفراق نظم المشرع الجزائري حق المحضون في سكناه وزيارته ضمن قانون الأسرة، وهذا ما سنتناوله في أولاً حق المحضون في مسكن، وثانيًا حق زيارة المحضون.

أولاً: حق المحضون في المأوى

يجب للمحضون الحق في السكن، كما له الحق في النفقة، فلا بد من مكان يأويه مع من يحضنه وفق ظروف آمنة واحترازية، فهذا الحق لمصلحة الولد المحضون والحاضنة أيضًا قصد تمكينها من ممارسة الحضانة[3]، ونص عليها المشرع على سكن محضون في المادة 72 من ق أ على انه: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر فعليه دفع بدل لإيجار"[4].

---

[1] عبد الكريم نذير ، مرجع سابق، ص477.

[2] شحاتة أحمد زيدان فاطمة، مرجع سابق، ص43.

[3] لحسن بن شيخ آت ملويا، **رسالة في طلاق الخلع، دراسة مقارنة فقهية وقضائية مقارنة**، د .ج، د .ط، دار هومة، الجزائر، 2013م، ص226.

[4] المادة 72 من ق.أ.ج، مرجع سابق.

وبخصوص الحاضنة فقد نص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن". فمسكن الحضانة يعتبر من نفقة الصغير على أبيها إذا لم يكن للصغير مال لذلك أوجب المشرع على والد الطفل المحضون أن يوفر له مسكن لحاضنته[1]. حتى ينمو الطفل نمو سليم سواءً جسديا أو عقليا أو نفسيا فلا بد أن يوفر ويؤمن الاستقرار النفسي ويلبي حاجته الفطرية للعطف والحنان[2].

وبالتالي فحق المحضون في السكن مقرر له قانونا ويستفيد منه بموجب حكم قضائي باعتباره حق شخصي، والأب ملزم بتوفير سكن للمحضون حفظًا من التشرد والضياع، وإذا تعذر على الأب توفير سكن فإنه يدفع بدل إيجار والهدف من ذلك عدم حرمان المحضون من حقه، فإذا كان الأب مالك لسكن وأراد بيعه فإن له الحق في ذلك دون اعتراض من الحاضنة، وما عليها إلا رفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة[3]. أما إذا صدر الحكم بإلزام الأب بتوفير مسكن الحضانة ولم يوفي بالتزامه تبقى الحاضنة مع محضونها في بيت الزوجية حتى ينفذ حكم القاضي[4].

كما يكون توفير السكن أو دفع بدل الإيجار حق للمحضون ولو كان للحاضنة سكن ولا يسقط هذا الحق حتى إذا أقامت الحاضنة عند أهلها[5]. وفصل في ذلك القضاء حيث جاء في قرار من المحكمة العليا: "في قضية الحال أن طابق السفلي ممنوح للممارسة الحضانة قام الزوج بهبته هذا الطابق لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تهربا واحتيال قصد حرمان الطاعنة من ممارسة الحضانة وعليه فإن القرار منتقد عندما ألغى الحكم المستأنف فيما يخص سكن الممنوح للطاعنة في الفيلا التي يملكها المطعون ضده، مما ستوجب نقض القرار جزئيا في ما يخص السكن"[6].ولا بد أن يكون المسكن تتوفر فيه كل وسائل العيش من ماء وكهرباء وأن لا يكون منعزل عن السكان، او أنه يعرض سكن غير ملائم لممارسة الحضانة فهنا يحكم

---

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص160.

[2] محروق كريمة ، مرجع سابق، ص133.

[3] سعودي مناد، **حق المحضون في مسكن الحضانة**، مجلة الحقوق والحريات، كلية العلوم الإنسانية، جامعة الجزائر1، مجلد09، ع02، 2021م، ص1246.

[4] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص160.

[5] مداني هجيرة نشيد، **حقوق الطفل بين الشريعة والقانون**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011م/2012م، ص153.

[6] المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1998/03/17م، ملف رقم 1719558، م ق، د ع، 2001م، ص210.

القاضي عليه بأن يدفع بدل الإيجار الشهري، ويحدد مقداره طبقا للحال الطرفين[1] إذا يمكننا القول أن حق المحضون في السكن مع الحاضنة لكون حسب الحالات التي حددتها المادة 72:

_ في حالة طلاق الأبوين يصدر القاضي الحكم بسكن ملائم للمحضون مع أمه.

_ وفي حالة تعذر الأب توفير مسكن، فإنه يدفع بدل الإيجار لسكن المحضون مع الحاضنة.

_ وفي حالة عدم توفير الأب مسكن الحضانة تبقى الحاضنة في بيت الزوجية مع محضونها.

2- مكان الحضانة والاستيطان بالمحضون (الانتقال):

بعد إنحلال الزواج يتضارب المنفصلين عن مكان الولد المحضون، أين يستقر وأين يتوطن، خاصة في حالات الطلاق بين الولايات أو (البلدان الأجانب)

فهناك ينشب صراع حول مكان المحضون فقانون الأسرة تناول موضوع مكان المحضون بعد فراق الزوجين سواءً داخل البلاد أو خارج البلاد، فنص على ذلك في نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

مكان الحضانة:

مكان حضانة الطفل الصغير يكون في بيت الزوجية ولا ملجأ لمكان آخر لإقامة الحضانة، ولا يحل الانتقال منه مع الولد حتى وإن كان بإذن الزوج[2]؛ أي الطليق، "حتى ينفذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن"، هذا حسب المادة المذكورة سلافا (72)، فمناط هذا أن مكان الحضانة مكان لابد أن يكون ملائم للعيش كما قلنا سالفا، أن تتوفر فيه كل الحاجيات الملائمة للاستقرار المعيشي، فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان لمكان آخر سيعيش اضطرابات نفسية حادة لا محال[3].

---

[1] لحسن بن شيخ آت ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، مرجع سابق، ص242..

[2] صقر نبيل، مرجع سابق، ص245.

[3] محروق كريمة ، مرجع سابق، ص133.

الاستيطان بالمحضون (الانتقال):

الاستيطان بالمحضون أو الانتقال والسفر به من مكان إلى آخر يرجع إلى القاضي الذي يراعي مصلحة المحضون لأن المسألة مرتبطة بمدى صعوبة مراقبة أحوال المحضون الناتجة عن الانتقال إلى بلد أجنبي، إلا أنه يحرم الأب الذي هو مسؤول عن المحضون عن الولاية عليه وكذلك القاضي[1].

حيث جاء في قرار من المجلس الأعلى أنه: "في قضية الحال ان قرار المطعون فيه أن حضانة ولدي هذه الأخيرة والطاعن الأول أسندت لأمها ووالد المحضونين يسكن بمدينة خروب (ولاية قسنطينة) والأم تقيم في فرنسا، حيث أن بعد المسافة بين الحاضنة وولي المحضونين تعد مانع لوالد المحضونين من الرقابة عليهم، وفي حال نفقات وتعويضات المنفق جرت قاعدة قضائية أن هذه النفقات تقدر على حسب حالة المنفق المادية والاجتماعية، حيث أن قضاة المجلس المستأنف لم يذكروا في قرارهم سبب تقديرهم المبالغ المادية للمستأنفة وولديها مما يتعين نقض القرار جزئيا في ما يخص حضانة ونفقة والتعويض[2].

ومن الحقوق الهامة التي يتولى تنظيمها القانون الذي يحكم الحضانة حق والد المحضون في رؤية المحضون ويقيد هذا الحق حركة الحاضنة الأجنبية في السفر بالمحضون إلى دولة أجنبية أخرى لا يعيق ذلك حق الأب في رعاية أبنائه، ومع ذلك يلجأ الوالد الذي ليس له الحق في الحضانة إلى خطف المحضون ونقله إلى بلد آخر[3].

وتفاديا لمثل هذه المشكلات أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي أكدت على حق الطفل في الاستقرار أثناء فترة حضانته وإعادته إلى موطنه المعتاد، ومنها اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل واتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص[4].

---

[1] عبد الكريم ندير، مرجع سابق، ص479.

[2] مجلس أعلى ،غ أ ش، قرار بتاريخ 1986/09/22م، ملف رقم 43594 م ق.ع 44، 1989م، ص177. نقلا عن لحسن بن شيخ آت ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، مرجع سابق، ص-ص 234-235.

[3] طاهري آسية، مرجع سابق، ص152.

[4] المرجع نفسه، ص152.

تسند الحضانة لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواءً أم أو أب، فإن سكنا معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة"[1].

و"مسألة الحضانة في حال وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصم على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا ان الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها"[2].

وقد تكون مصلحة المحضون في الانتقال والاستيطان إلى بلد أجنبي يوفر له فرصة العيش الرغيد، وكذا الدراسة في أحسن مدارس والحصول على جنسية تلك الدولة وفرصة عمل خاصة وأن العلم أصبح متوفر مع وسائل الاتصال[3].

فالمشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون الأسمى وفق كل اعتبار وأعطى كل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون[4].

ولكي لا يظلم الحاضن في منعه من الاستيطان بالمحضون قد يكون الانتقال به لصالحه، فلم يحد عليه المشرع الجزائري حد المنع من الانتقال به ولا يجرم ذلك بل رأى مصلحة المحضون في ذلك هي الأولى وما على الحاضن إلا الرضوخ لذلك.

ثانيًا: حق المحضون في الزيارة.

1-حق الزيارة:

للمحضون الحق في الزيارة من قبل الوالدين والأقربين وكل من له حق فيه، فهو حق لصيق بالنفقة والمسكن ومخول له شرعا وقانونا، فمن واجب من له حق الزيارة رؤيته والاطمئنان عليه وعلى ظروفه المادية والمعنوية وحالته النفسية، المشرع الجزائري أوجب حق

[1] بن سعيد عمر، مرجع سابق، ص49.

[2] صقر نبيل، مرجع سابق، ص258.

[3] عبد الكريم ندير، مرجع سابق، ص479.

[4] محروق كريمة، مرجع سابق، ص133.

الزيارة في المادة 64 من قانون الأسرة في آخر فقرة يوجب على القاضي أن يمنح حق الزيارة بعد إسناده لحق الحضانة مباشرة.

هذا ما أخذنا للبحث عن أهم العناصر في حق الزيارة، لذلك ارتأينا أن نعرفكم أولا بالمقصود بحق الزيارة ثم أهم العناصر المخولة للمحضون في هذا الحق.

1-المقصود بالزيارة:

يقصد بالزيارة الذهاب إلى المحضون ولقاءه ورؤيته والبقاء معه مدة معينة والإطمئنان على أموره وحاجياته المادية والمعنوية، ومتابعة أخباره وأحواله[1].

وزيارة الأطفال حق مخول لمن هو غير حاضن من الأب او الام، فله الحق في التمتع برؤية والدة الغير حاضن وعلى القاضي الحكم وجوبيا بحق الزيارة عندما ينطق بإسناد الحضانة لأحد الوالدين أو لغيرهما[2]. وفي الغالب تكون للأم باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون وهذا ما يجعل فجوة (جفاء) بين المحضون وأبيه، مما يستدعي إيجاد وسيلة للحفاظ على الوصال الدائم بين الطفل والوالد وعدم الإضرار بهما من جهة أخرى وذلك بتمكينه من الزيارة ورؤيتهما لبعض (المحضون وأبيه) [3].

كما أن هذا الحق يقرر له مكان وزمان يحدده القاضي طبقا للمادة 64: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". فهو من يحدد مكان وزمان اللقاء حسب العرف والعادة وهذا ما سنتطرق له ضمن عناصر زيارة المحضون.

2-مكان وزمان زيارة المحضون:

أ) **المكان المحدد لزيارة المحضون:** مكان زيارة المحضون هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر عدة ساعات بشرط أن لا يسبب حرجا للمطلقة

[1] بن عامر يزيد، **زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 01،ع06، 2019م، ص154.

[2] لحسن بن شيخ اث ملويا، **رسالة في الخلع**، مرجع سابق، ص288.

[3] بوغرارة صالح، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة**، د ج، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2013م، ص-ص128-129.

لأنها أصبحت أجنبية عنه[1]، وبدون تضيق أو تقيد أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبني شيء على تخوف بل على حق وحده، في استعمال حق الزيارة[2].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1998/12/15، ملف رقم 214290. انه: "من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة ومتى تبين... في قضية الحال–أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن بيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق مما استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة[3].

وإن بالإقامة بالخارج من قبل الحاضن يُعذر على أن المحضون من الإشراف على أبنائه المقيمين بالخارج وحقهم في الزيارة ذلك ببعد المسافة[4].

وفي حالة عدم اتفاق المنفصلين على مكان رؤية الطفل يعين القاضي موعدًا دوريًا ومكان مناسبا، ويراعي في تحديد المكان أن يتمكن فيه بقية أهل الولد من رؤيته ذلك من باب صلة الرحم، ووصية خاتم النبيين لمصلحة المحضون النفسية أملاً أن يتمته المحضون مع زواره أو زائريه في قضاء يومه معهم بفرح وسرور خاصة إذا كان صغيرًا[5].

وبالرجوع إلى حق الزيارة في نص المادة 64 نجد أن المشرع الجزائري خص القاضي بحكم حق الزيارة بعد إسناد الحضانة، إلا أنه يرى الأستاذ لحسن بن شيخ آت ملويا: "ويجب على التنصيص في الحكم على المحضون حق الزيارة بالساعة واليوم مع مراعاة بين الطفل وقدرته على الخروج من منزل الحضانة أو (الحاضن)، وكذا مراعاة ظروف الطرف الذي له

---

[1] بشيري عبد الرحمان وعمور راضية، **سلطة القاضي في تقرير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في تشريع الجزائري**، مجلة علوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة،الجزائر، مجلد06، ع06، 2021م، ص866.

[2] بن سعيد عمر، مرجع سابق، ص45.

[3] لوعيل محمد لمين، **الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق تعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي**، د.ط ، دار هومة، الجزائر، 2010م، ص87.

[4] صقر نبيل، مرجع سابق، ص258.

[5] بن عامر يزيد، مرجع سابق، ص164.

حق لزيارة من جهة مكان إقامة ومدى بعده عن مسكن الطفل المحضون، والتنصيص إن كانت في مسكن هذا الأخير أو بأخذه ورده وكذا بشأن اقتسام أيام العطل السنوية والدراسة إلى غير ذلك من التفاصيل تفاديا لأي إشكال في التنفيذ"[1].

ب) الزمان المحدد لزيارة المحضون:

زمان زيارة المحضون هي تلك المدة التي يستغلها المستفيد من الزيارة لأنها غير محددة في القانون كما قلنا أعلاه، لكن من مقرر القضاء أن حق الزيارة يمنح في العطل الأسبوعية الموسمية والأعياد أو المناسبات الدينية والوطنية، كما تتم الزيارة نهارًا أو ليلا مرة في الأسبوع بالنسبة للأم ومرة كل شهر لغيرها، وفي حالة التنازع يقوم القاضي بتحديد مدة الزيارة ومكانها[2].كذلك يتم تحديد الفترة والوقت حسب سن الأبناء في استخدام حق الزيارة ولو لساعات محدودة، فإذا كان الطفل رضيع فلا يجوز أخذه والاحتفاظ به لوقت طويل[3]. وجاء ذلك في قرار من المحكمة العليا فيما يخص النهي عن حق الزيارة، "قرر قضاة الموضوع في الحكم بحق الزيارة يكون ذلك عن بلوغ المحضون سن 4 سنوات، رغم أن هذا الشخص لا يقد إلا بما قيده القانون، وزيارة الأب حق لابنه بمجرد إسناد الحضانة لغيره وليست مقيدة أو مرتبطة بمدة معينة[4]. مما يتعين نقض قرار قضاة الموضوع في تحديد سن حق الزيارة رغم أن هذا الحق غير مقيد ولا مرتبط بسن في حق الزيارة وهذا يعتبر انتهاكًا لهذا الحق دون ذكر أسباب ذلك.

إن فترة الزيارة عادة ما تكون يوما في عدد من الأيام، ولا تكون يومية، لكن لا بأس أن تزور الأم ابنها أو طفلتها يوميا إذا كان منزلها قريب وإذا كانت الأم مع الطفل بمنزل الزوج لها فإنه يجب أن يأذن بذلك زوجها لكي يتمكن الأب من زيارة ابنه لن هذا حقه، فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد احواله ويباشر شأنه[5]، فإذا اتفق الطرفان على

---

[1] لحسن بن شيخ آت ملويا، **رسالة في الطلاق الخلع**، مرجع سابق، ص228.

[2] بشيري عبد الرحمان وعمور راضية، مرجع سابق، ص866.

[3] دلاندة يوسف، دليل **المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (زواج، طلاق)**، ط01، دار هومة، الجزائر، 2008م، ص75.

[4] المحكم العليا، غ .أ.ش، مؤرخ في 2006/01/04م، ملف رقم 350942، م .م .ع، ع01، السنة 2006م، ص162459. نقلاً عن لحسن بن شيح آت ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، مرجع سابق، ص–ص212–213.

[5] حنان ملية، **مطبوعة محاضرات في قانون الأسرة، مخصصة لطلبة ثانية حقوق وماستر قانون الأسرة**، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة نور البشير، البيض، سنة الجامعية 2013م/2014م، ص–ص178–179.

مواعيد الزيارة وكيفية ممارستها ورأى القاضي أن في ذلك مصلحة المحضون قام باحترام موقفهما، وهذا ما تركه القانون لتنظيم حق الزيارة بالاتفاق فيما بين الوالدين بتحديد مكان وزمان الزيارة، لكي لا تضار والدة بولدها ولا مولد له بولده، ولا يضار المحضون من حق الزيارة. فالمشرع الجزائري لم يحدد زمن الزيارة ساعة أو عدة ساعات فترك ذلك للقاضي بالسلطة التقديرية بأن يراعي العرف والعادة وكما ذكرنا سابقا أن القاضي عادة ما يحكم بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذا المناسبات الدينية والوطنية وفي أيام العطل الدراسية عن كان مزاولا في الدراسة[1]. وفي قرار المحكمة العليا درس هذه الحالة جاء فيه أنه: "في مذكرة جواب المطعون ضدها المقدمة في جلسة تاريخ 2010/02/21م طلب بتمكين من أخذ الابن المشترك في أيام العطل الجمعة والسبت من العطل المدرسية، وأن المجلس لم يتطرق إلى دراسة هذا الطلب ولم يناقشه مما يكل إغفالا عن الفصل في الطلب ويعرض القرار للنقض. وبالرجوع إلى الحكم المستأنف المؤيد لقرار المطعون فيه بالنقض يتبين ان المحكمة استجابت لطلب الطاعن في الزيارة وقضت له حق الزيارة كل يوم جمعة ومن الساعة التاسعة صباحًا إلى السادسة مساءً وهي فصلت في الطلب بما يتوافق مع مصلحة الابن"[2].

ونظرًا للأهمية البالغة في الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون فإن حق الزيارة من الحقوق المحمية قانونا، بل ورتب عقوبة جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به[3]. إذ نصت المادة 328 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب من شهر إلى سنة وبغرامة 20.000 إلى 100.000 دينار الأب والأم، أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له حق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته او من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو

[1] بن عامر يزيد، مرجع سابق، ص-ص161-162.

[2] محكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 2012/10/11م، ملف رقم 121304، غ م، نقلاً عن لحسن بن شيخ آن ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، مرجع سابق، ص219.

[3] بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص129.

حمل الغير على خطفه ومنعه او إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت لسلطة الأبوية عن الجاني"[1].

وفي نهاية المطاف تجدر الإشارة فيما يتعلق بحث لزيارة أن المشرع الجزائري لما كلف القاضي عند الحكم بالطلاق وإسناد الحضانة إلى الأب أو الأم أو غيرهم الأقرب درجة حسب المادة 64 أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه المنفصلين فالمشرع في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي تقضي أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلب به الخصوم، وكان على المشرع عندما ألزم القاضي بالحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة[2]

[1] الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386هجري الموافق ل: 20 يونيو 1966م، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، صادر في ج ر، ع49، المؤرخة في 1966/06/11م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02، المؤرخ في 19 يونيو 2016م، ج ر، ع 37، المؤرخة في 22 يونيو م2016م.

[2] بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص130.

المبحث الثاني: إجراءات دعوى الحضانة وسبل انقضاءها

للمطالبة بحق الحضانة لابد من إجراءات قانونية لطلبها والحصول عليها، ونص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية محددًا كيفية إجراء هذا الحق ضمانا لمصلحة المحضون.

ويكون هذه الإجراءات منصبة في دعوى لتقديمها للهيئة المختصة بها، فلابد من إتباعها من طرف المطالب بها، كما يمكن إنهاء هذا الحق بعدة طرق تنقضي بها الحضانة.

ولهذا خصصنا هذا المبحث لمعرفة كيفية اتخاذ الإجراءات القانونية لدعوى الحضانة (المطلب الأول)، وسبل انقضاء الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الإجراءات القانونية لدعوى الحضانة

نظم المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجموعة من الإجراءات لابد منها لقبول دعوى المدعي في المطالبة بحق الحضانة، وخصها في عدة مواد، وهنا تناولنا هاته الإجراءات في (الفرع الأول)، تحت عنوان إجراءات رفع دعوى الحضانة، و(الفرع الثاني) إجراءات سير دعوى الحضانة.

الفرع الأول : إجراءات رفع دعوى الحضانة.

في بداية الأمر نتعرض للمقصود بالدعوى، وهل هي دعوى ككل الدعاوي المعروضة أمام الجهات المختصة؟ أو هي دعوى خاصة بذاتها؟

يقصد بالدعوى المطالبة بالحق أو حمايته، وهي وسيلة للدفاع عن الحق، والرغبة المشروعة فإننا في التعبير عن هذا الحق لبداء بإيداع عريضة افتتاح دعوى ثم تكليف الخصوم بالحضور في الزمان والمكان المعنيين، وه تختلف عن الخصومة التي تتشكل من مجموعة إجراءات تتمثل في الشق العملي والتنفيذي للممارسة الحق[1].

إن دعوى الحضانة يختص بها قسم خاص ينظر فيه القاضي المخول قانونا لها، ومنح قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقاضي سماه المشرع قاضي شؤون الأسرة صلاحيات في

[1] بربارة عبد الرحمان، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ط02، دار بغدادي، رويبة–الجزائر، 2009م، ص32.

القضايا المعروضة عليه وذلك باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية والوقائية أثناء دعوى الحضانة[1]. من أجل ذلك نظم المشرع الجزائري هذه الإجراءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي بمقتضاه ترفع الدعوى بموجب عريضة افتتاحية[2].

أولاً: افتتاح العريضة

إن رفع الدعوى لا يخلوا من عريضة افتتاحية، ولا ترفع الدعوى إلا بشروط محددة في هذا القانون، تبنى بها الدعوى وتنقسم إلى قسمين شروط شكلية وشروط موضوعية نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية

1-**شروط قبول الدعوى:** لرفع دعوى لابد من توفر شروط، وهي الصفة والمصلحة لقبول الدعوى، وأحيل عنصر الادن إلى القاضي أن يشير تلقائيا انعدامه لو ما اشترطه القانون، بينما اعتبر الأهلية مسألة موضعية أدرجها ضمن الدفع بالبطلان وخصها المشرع في نص المادة 13 لتميز بين شروط الشكلية والموضوعية لقبول الدعوى، فخص الصفة والمصلحة في شروط الشكلية وأحال الأهلية كشروط موضوعي في لمادة 64 من هذا القانون[3]. فنصت المادة 13 على ما يلي: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون[4].

- الصفة: يقصد بها الحق بالمطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي[5].
- أما المصلحة يقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، ولا دعوى من دون مطالبة سواءً كانت هذه المصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون[6].

---

[1] مزيان محمد، **دعوى الحضانة وموقف المشرع الجزائري**، مقال، كلية الحقوق ،جامعة مستغانم، ، ع01، سنة 2011م، ص70.

[2] المرجع نفسه، ص71.

[3] بربارة عبد الحمان، مرجع سابق، ص33.

[4] قانون08-09، المؤرخ في 18صفر1429هجري الموافق ل:25 فبراير سنة 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر،ع21، المؤرخ بتاريخ 23ابريل2008م.

[5] بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص34.

[6] المرجع نفسه، ص38.

- أما شرط الأهلية فهو شرط موضوعي منصوص عليه في المادة 64، اعتبره المشرع من شروط الموضوعية، جاء في نص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجرائية من حيث موضوعها محدد على سبيل الحصر فيما يلي: انعدام الأهلية"[1]، إن الأهلية وضع غير مستقر قد يتوفر قيد الدعوى وقد تغيب أو تنقطع أثناء سير الخصومة لذلك استبعد هذا الشرط المتصل برفع الدعوى[2].

بدون صفة ومصلحة لا تقبل دعوى الحضانة وهذا ما أكدته المادة 67[3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

"وخلاصة القول في هذا المجال هو أنه لا يمكن قبول أية دعوى من دعاوي الأحوال الشخصية أو غيرها من الدعاوي المدنية إذا لم يكن المدعي متمتعا بالصفة القانونية لممارسة الدعوى أو إذا لم تكن له مصلحة في رفع الدعوى أو لم يكن من المدعي والمدعى عليه يتمتع بأهلية الكاملة للتقاضي"[4].

ومن هنا يمكننا القول أنه ترفع دعوى الحضانة بتوفير الشروط المتعلقة برفع الدعوى بموجب عريضة افتتاحية والتي تسمى صحيفة الدعوى أو عريضة رفع دعوى، هي الوسيلة القانونية التي يعدها المدعي لإخبار المدعي عليه، وإحاطته علما بما يدعه وبما يقدمه من طلبات.

وبدون تسليمها إلى الخصم لا يمكن أن تنشأ أو تنعقد الخصومة ما تتفتح بها دعوى المتعلقة بشؤون الأسرة أمام قسم خاص بها بالمحكمة وهي تختلف عن الدعاوي العقارية والاجتماعية والتجارية بصفة خاصة[5].

---

[1] المادة 64 من ق إ م إد، مرجع سابق.

[2] بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص39.

[3] المادة 67 من ق إ م إد نصت على انه:"الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي كإنعدام الصفة وإنعدام المصلحة والتقادم وإنقضاء الأجل المسقط وحجية شيء المقتضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

[4] نقلاً عن سعد عبد العزيز، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية**، دار هومة، الجزائر، 2013م، ص55.

[5] سعد عبد العزيز،**إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية** ، مرجع سابق، ص155.

إذ ترفع الدعوى بموجب عريضة افتتاحية مصحوبة بنسخ عدد الأوراق ، وتتضمن ما أقرته أحكام المادة "14-15"[1] من حيث الشكل والمضمون اشترطها المشرع الجزائري، إضافة إلى شروط رفع الدعوى التي ذكرناها في الأعلى فتودع العريضة الافتتاحية بصندوق المحكمة بعد دفع الرسوم القضائية المقدرة بمبلغ رمزي وتسجل حالا في سجل خاص وتحدد لها أول جلسة ويقوم المدعي بالاستدعاء عن طريق محضر قضائي في غضون 20 يوم على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور طبقا لأحكام المادة 16 من ق إ م إ د"ما لم ينض القانون خلال ذلك"[2]، ثم يتم إيداع الوثائق لدى كاتب أمين الضبط، ويتأكد من صحة الوثائق او النسخ طبق الأصل، ويحرر وصل على ذلك ويتم إيداع الوثائق ويتم جردها طبقا للمادة "21-22"[3] من نفس القانون[4].

وينظر في الدعاوي المتعلقة بالنفقة والحضانة وحق الزيارة قسم شؤون الأسرة، وهذا طبقا لأحكام المادة 423 من ق إ م إ أعطت لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات واسعة في اتخاذ أي إجراء يراه ضروري لحماية الأسرة وخاصة مصلحة الطفل المحضون، فهو يمارس صلاحيات قاضي الاستعجال[5]، وهذا طبقا للمادة 57[6] من قانون الأسرة الجزائري أجاز له التدخل في الفصل على وجه الاستعجال بموجب عريضة فيها جميع التدابير المؤقتة لاسيما فيما يتعلق بالحضانة وتوابعها[7].

كما أن الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف غير دعاوي المتعلقة بالطلاق، فهي غير قابلة للاستئناف فيما عد جوانبها المادية هذا طبقا لأحكام المادة 57 مذكورة سالفا.

---

[1] انظر: المادة 14-15 من ق إ م إد، مرجع سابق.

[2] انظر: المادة 16 من ق إ م إد، مرجع سابق.

[3] انظر :المادة 51-22 ق إ م إد، مرجع سابق.

[4] مزيان محمد، مرجع سابق، ص71.

[5] لوعيل محمد لمين، مرجع سابق،ص- ص11-12.

[6] انظر: المادة 57 من ق .أ. ج، مرجع سابق.

[7] مزيان محمد، مرجع سابق، ص71.

إلا أنه يطرح السؤال أين تجري هذه الإجراءات لرفع دعوى؟ وأين ترفع هذه الدعوى؟ إذ لابد من مقر يؤول إليه طالب حق الحضانة، لذلك نظم المشرع الجزائري في القانون كيفية اللجوء إلى القضاء في باب الاجتهاد النوعي والإقليمي لإقامة دعوى الحضانة.

ثانيًا: الاختصاص النوعي والإقليمي لدعوى الحضانة.

لقبول دعوى قضائية لابد من تحديد اختصاصها الذي يعتبر من المسائل المهمة، بحيث إذا تجاوزت الجهة القضائية أو المحكمة حدود الاختصاص يكون حكمها معيب لعدم الاختصاص ويكون قابل للإلغاء[1].

1-الاختصاص النوعي لدعوى الحضانة.

يسند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون إلى مضمون قانون الأسرة الذي يضبط الجانب الموضوعي الذي يتعلق بقضايا الأسرة[2]، أما عن الاختصاص النوعي لدعوى الحضانة فتقام أمام قسم شؤون الاسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى (عادة ما تسمى المحكمة الابتدائية للقضاء العادي والاختصاص النوعي من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه[3].

ورأى المشرع الجزائري أن دعاوي الحضانة تكون في المحكمة الكائن بدائرتها المحضون وأن تكون الدعوى في الجهة القضائية المعنية يدخل ضمن ولاية اختصاصها ونص على ذلك في المادة 423 عقد لها الاختصاص النوعي "في دعاوى المتعلقة بالنفقة والحضانة وحق الزيارة".

ومعنى هذا الكلام أن الاختصاص النوعي خوله المشرع لكل محكمة مختص بالفصل في نوع من الدعاوي، فبالنسبة لقسم شؤون الأسرة ينظر في الدعاوي المتعلقة بالأسرة لاسيما توابع انحلال الزواج دون سواه من الأقسام الأخرى، وإذا حصل وسجلت دعوى لقسم آخر أمام قسم شؤون الأسرة، فهذه الحالة خاطئة، وهي ليست من اختصاصه النوعي ولا يمكنه الفصل فيها ولا

[1] طواهري محمد، **إجراءات التقاضي في دعاوي شؤون الأسرة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، مجلد07، ع01، سنة 2021م، ص399.

[2] بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص328.

[3] دلاندة يوسف، مرجع سابق، ص78.

أن يحكم بعدم الاختصاص النوعي؛ بل عليه أن يحيلها عن طريق أمانة الضبط إلى قسم المختص بأمر تنظيمي يخطر رئيس المحكمة بذلك[1].

2-الاختصاص الإقليمي لدعوى الحضانة:

الاختصاص الإقليمية لدعوى الحضانة تحدده المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقسم شؤون الأسرة، إما في موطن المدعى عليه أو موطن المدعي أو بناء على اختيار الطرفين[2]، ونص المادة 426 يقضي بأنه: "تكون المحكمة المختصة إقليما في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخصة الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة"[3]، هذا يعني إذا وقع طلاق بين الزوجين وحكم بإسناد حق حصانة الأطفال إلى الوالدين، أو أحد الأقربون درجة للمحضون، ضمن نفس الحكم الذي قضى بالطلاق لأي سبب من الأسباب، ثم قام خصام بين لحاضنة وبين الحاضن او شخص آخر ممن لهم الحق الحضانة شرعا فإن المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الحضانة في أي موضوع كان النزاع عليه بخصوص الحضانة، ي المحكمة التي تمارس الحضانة ضمن دائرة اختصاصها الإقليمي دون سواها[4].

إذًا يمكن القول أنه يؤول الاختصاص في الدعوى المتعلقة بالحضانة أو زيارة الطفل المحضون والمتعلقة بالرخص الإدارية مسلمة للمحضون إلى المحكمة التي يقطن في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة وذلك إسنادًا للمادة 426 من ق إ م إد[5].

---

[1] سعد عبد العزيز، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية** ، مرجع سابق، ص38.

[2] بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص329.

[3] المادة 426 من ق إ م إد، مرجع سابق

[4] سناء عماري، **التطبيقات القضائية للحصانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائرية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، 2014م/2015م، ص14.

[5] طواهري محمد، مرجع سابق، ص404.

الفرع الثاني: إجراءات سير دعوى الحضانة

بعد معرفتنا في الفرع السابق، إجراءات رفع دعوى الحضانة، الأمر الذي يحيلنا للتطرق إلى المرحلة التي تليها، والمتمثلة في سير الدعوى، فقد نظم ق م إ د ج طرق سير دعوى الحضانة، إذ يجب تقييد وتبليغ الدعوى، بالإضافة إلى إجراء التحقيق فيها.

ومن خلال هذا الفرع قمنا بالتطرق إلى قيد وتبليغ الدعوى (أولاً)، ثم تطرقنا إلى إجراء التحقيق (ثانيًا).

أولاً: قيد وتبليغ الدعوى

إن عريضة افتتاح الدعوى في مسائل شؤون الأسرة مثل غيرها من الدعاوى، فبعد إيداع المدعي للعريضة أمام المحكمة[1]، فإنها تقيد حالا في سجل المخصص لتسجيل دعاوى[2]، وذلك بعد دفع الرسوم المحددة قانون ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[3]، وهو ما قضت به المادة 16 والمادة 17 من ق إ م ا د ج.

بعد قيد الدعوى، استوجب المادة 16 من ق إ م إ د ج سالفة الذكر، أنه على المدعي تكليف المدعى عليه للحضور في الجلسة المحددة، مع القيام بتسليمه نسخة من العريضة الافتتاحية المقدمة لدى أمانة الضبط[4]، ويتم ذلك عن طريق المحضر القضائي الذي يقوم بتحرير محضر التكليف بالحضور الذي استلمه المدعي عليه إلا أن المشرع قد استلزم توافره على بعض البيانات وذلك طبقا لنص المادة 18 من ق إ م ا د[5]، والأمر نفسه بالنسبة للمحضر الذي يحرره لإثبات عمليه تسليم التكليف بالحضور للخصوم وهو ما نصت عليه المادة 19 من ق إ م إ د[6].

---

[1] ربيع زهية، **محاضرات إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة، مقدمة لطلبة السنة الثانية ماستر**، تخصص ق أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة 2020م/2021م، ص15.

[2] نصت المادة 17 من ق إ م إ د، ج على انه: "لا تقيد القضية إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

[3] انظر: المادة 16 من ق إ م إ د ج، مرجع سابق، ص04.

[4] ربيع زهية، مرجع سابق، ص15.

[5] انظر: المادة 18 من ق إ م إ د ج، مرجع سابق، ص04

[6] انظر: المادة 19 من ق إ م إ د ج، المرجع نفس، ص04

وللنيابة العامة حق في مباشرة الدعوى العمومية وتحريكها، وذلك باعتبارها طرف أصلي في جميع شؤون الأسرة وذلك وفقا لنص المادة 3 مكرر من ق أ ج[1]، إذ يجب على المدعي إضافة لتبليغه للخصوم أن يبلغ النيابة العامة رسميا وذلك بنسخة من العريضة الافتتاحية ويكون هذا إما من خلال المحضر القضائي أو عن طريق أمانة الضبط[2].

ثانيًا: التحقيق

حتى يتوصل القاضي لإصدار حكم حول إسناد الحضانة، ويتمكن من تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة المحضون فإن المشرع خول للقاضي سلطات واسعة وفقا ق إ م إ د، فلا بد له أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل الإجراءات الازمة لتحقيق، حيث نصت المادة 75 من ق إ م إ د على أنه "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه، أن يأمر شفاهة أو كاتبة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون"[3].

ومن بين إجراءات التحقيق ما يلي:

1-الانتقال للمعاينة والاستماع لأفراد العائلة:

يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراءات المعاينة وهو ما قضت به المادة 146 من ق إ م إ د في فقرتها الأولى[4].

والمشرع قد منح للقاضي إمكانية أن يستدعي أي شخص من أفراد العائلة من أجل الاستماع إليه حول الظروف الاجتماعية للعائلة ولظروف القاصر[5]، وهو ما نصت عليه المادة 463 من ق إ م إ د بقولها "يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده وأمه أو الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا..." [6].

---

[1] نصت المادة 3 مكرر من ق .ا.ج، على أنه :"تعد النيابة العامة طرف أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

[2] ربيع زهية، مرجع سابق، ص16.

[3] انظر: المادة 75 من ق إ م إ د ج، مرجع سابق، ص20.

[4] انظر: المادة146 من ق إ م إ د ج، مرجع سابق، ص34.

[5] مزيان محمد، مرجع سابق، ص710.

[6] انظر: المادة 463 من ق إ م إ د ج، مرجع سابق، ص106.

ويمكن أيضًا إجراء تحقيق جماعي وفقا لنص المادة 426 من ق إ م إ د ج وإمكانية اتخاذ التدابير المؤقتة اللازمة لحماية القاصر، كإسناد الحضانة المؤقت إلى أحد الأبوين أو إلى شخص يكون أهلا للحضانة، وذلك بحسب الترتيب المعمول به في نص المادة 64 من ق إ ج الجديد[1].

2-مساعدة المرشدة الاجتماعية:

إضافة إلى كل ما سبق نجد أن المادة 1/425 من ق إ م إ د ج قد منحت سلطات واسعة لقاضي شؤون الأسرة، بإمكانه اتخاذ إجراءات التي يراها لازمة لحماية الأسرة، لكونه يمارس الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجالي، بحيث يمكن له في مجال التحقيق أن يستعين بأهل الاختصاص سواءً في المجال الطبي أو الاجتماعي، وأن يلجأ إلى الاستشارة كتعيين، مثلا طبيب نفساني[2]، كما يلاحظ أن المشرع قد استعمل مصطلحا جديدا وهو مصطلح المحقق، وقد أعطى للمحقق صلاحية اقتراح الحول، لكن مع ذلك لم يبين المشرع طبيعة العمل الذي يمارسه هذا المحقق وصلاحياته وحدوده، وإن كان المشرع يعطي الصلاحية في المراقبة لقاضي شؤون الأسرة[3].

المطلب الثاني: انقضاء الحضانة

إن الغرض من الحضانة هو العناية المحضون وحفظه على الوجه المطلوب، إلا أنها غير مقررة على سبيل الدوام، ولذلك قد تنقضي الحضانة بانتهاء مدى معينة أو بسقوطها عن من يستحقها إذا توافرت موجبات لذلك.

وعلى هذا قمنا بتخصيص الفرع الأول لانقضاء الحضانة بانتهاء مدتها وفقا للفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري، أما الفرع الثاني تناولنا فيه انقضاء الحضانة بسقوطها عن من يستحقها وفقا للفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

[1] مزيان محمد، مرجع سابق، ص71.

[2] انظر: المادة 425 من ق إ م إ د ج، مرجع سابق، ص98.

[3] ربيع زهية، مرجع سابق، ص09.

الفرع الأول: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها

الحضانة حق للأبوين مادامت الزوجية قائمة بينهما، وما دام يقيمان في بيت واحد، لكن في حال حدوث فرقة أو انفصال بينهم، فإن الحضانة تنتقل إلى صاحب الحق فيها.

المعلوم أن الحضانة تبدأ من وقت ولادة المحضون، غير أن كل من الفقه الإسلامي والقانون نصا على مدة معينة تنقضي فيها، وتختلف على حسب ما إذا كان المحضون ذكر أو أنثى وعليه سوف نقوم بدراسة هاته المسألة من الناحية الفقهية أولاً، ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري ثانيًا.

أولاً: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها في الفقه الإسلامي

فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا في تحديد مدة انقضاء الحضانة، بالنظر إلى احتياج الصغير العناية من جهة وقدرته للاستقلال بنفسه من جهة ثانية.

1-آراء الفقهاء في انتهاء الحضانة:

فقهاء الحنفية: فقد فرقوا بين إن كان المحضون ذكرًا أو انثى، فبالنسبة للذكر ببلوغه سن السبع (07) أو تسع (09) سنوات تنقضي حضانته، أما بخصوص الأنثى فتنقضي حضانتها ببلوغها تسع (09) سنوات، أو إحدى (11) عشرة سنة، والأم والجدة أحق بالصغيرة إلى حين ظهور علامات البلوغ[1].

أما المالكية: فيرون بأن حضانة الذكر تنتهي بمجرد بلوغه ولو كان مجنونا، أما الأنثى فتنتهي حضانتها بالزواج ودخول الزوج بها[2].

ويرى الشافعية أنه: تنتهي حضانة الذكر أو الأنثى بقدرته على التمييز، والمقصود بالتمييز أن يستقل الولد بشؤونه، وبعد إتمام الولد السبع (07) سنوات من العمر، تنتهي حضانته عند ذلك[3].

[1] ابن عابدين، مرجع سابق، ص267.

[2] التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص-ص 869-870.

[3] الخن مصطفى، والبغا مصطفى، مرجع سابق، ص-ص 194-195.

أما عند فقهاء الحنابلة فقالوا: تنتقضي الحضانة للذكر برشده، والأنثى إلى أن تتزوج، بإكمال الصبي سبع (07) سنوات تنقضي حضانته مع إمكانية تخيره بين أبويه، اما الأنثى بإتمامها السبع (07) سنوات تكون مع أبيها إلى زفاف[1].

ومن خلال هذه الآراء الفقهية يتضح لنا أن الفقهاء جعلوا انقضاء الحضانة مرتبط باستغناء الولد بنفسه وقدرته على القيام بشؤونه دون حاجته إلى غيره وهو أمر غير كاف، بل يجب توفير للمحضون الأمن والاستقرار مع حاضنته، فهم بذلك لم يراعوا مصلحة المحضون.

ويتبين لنا أيضًا أن الفقهاء لم يتفقوا في تحديد مدة انقضاء المحضون سواء كان ذكر أو أنثى.

2- تمديد مدة الحضانة:

إن الفقهاء رغم تقديرهم لمدة الحضانة إلا أن هذا لا يمنع من تمديدها، وعليه سوف نتناول ما تطرق إليه الفقه في ذلك:

وذهب فقهاء الحنفية إلى عدم تخيير بقولهم: الأم أحق بالغلام حتى يستغني بنفسه، فإذا استغنى بنفسه فالأب أحق بالذكر والأم أولى بالأنثى، ووافقهم المذهب المالكي في عدم التخيير[2].

وقال الشافعية :إذا افترق الزوجان ولهما ولد مميز، ذكر أم أنثى، وله سبع سنين أو ثمانية، وصلح الأبوين للحضانة، وتنازعا فيه خير بينهما، يكن عند من اختاره[3]. والحنابلة ذهبوا إلى ما قاله الشافعية.

ثانيًا: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها في التشريع الجزائري

في هذا المقام نص المشرع الجزائري على ما يلي:

يتضح من خلال الاضطلاع على نص المادة 1/65 من ق إ ج، أن الحضانة تنقضي ببلوغ الذكر العشر (10) سنوات من عمره، أما الأنثى ببلوغها سن الزواج القانوني.

---

[1] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج05، ط01، مؤسسة الرسالة، د .ب. ن ، 1421هـ/2002م، ص-ص 699-700.

[2] التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص872.

[3] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج07، ط01، دار الفكر، دمشق-سوريا، 1404هـ/1984م، ص743.

كما يلاحظ أن المادة 65 من ق إ ج نصت أيضًا على إمكانية تمديد الحضانة من قبل القاضي بالنسبة للذكر إلى غاية ستة عشرة (16) سنة من العمر[1].

فالمشرع قد جعل نهاية حضانة الولد خاضعة للقاعدة العامة، إلا أن الاستثناء يجوز تمديدها إلى أكثر من ذلك في حال ما رغبت الحاضنة في استمرار حضانته، ويكون ذلك وفقا للشروط التالية:

1.أن يكون طلب التمديد من الأم الحاضنة دون سواه، فإن أم المحضون هي وحدها التي تستطيع طلب تمديد حضانة ولدها الذكر إلى غاية ستة عشر (16) سنة، ولا يمكن لغيرها من الحاضنات ذلك[2].

2.أن ترفع الحاضنة طلبها إلى المحكمة لاستصدار حكم بتمديد مدة الحضانة، فالأم ملزمة بتقديم الطلب إلى المحكمة لتمديد الحضانة خلال سنة من تاريخ انتهاء الحضانة، وإلا سقط حقها في التمديد ،الا إذا قامت دليل شرعيا مقبولا[3].

وقد جاء ذلك في نص المادة 68 من ق إ ج بقولها "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"[4].

3.أن تكون الأم غير متزوجة، فالأم التي تتزوج للمرة الثانية، لا حق لها في طلب التمديد لسقوط حقها بالزواج، إلا إذا كان زوجها غير أجنبي عن المحضون، فتعفى من توافر هذا الشرط[5].

وفترة التمديد يأخذ فيها أمرين بعين الاعتبار وهما:

- إلا يتجاوز التمديد كحد أقصى ستة عشر (16) سنة، وبالتالي للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من ذلك.

---

[1] نصت المادة 65 من ق .أ.ج على أنه :"تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون" .

[2] فضيل سعد، **شرح ق .ا. ج في الزواج والطلاق**، ج01، د.ط ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986م، ص377.

[3] مرجع نفسه ، ص377.

[4] المادة 68 من ق إ م إ د ج، مرجع سابق، ص910.

[5] فضيل سعد، مرجع سابق، ص378.

- أن ينظر إلى مصلحة المحضون، ولو كان عدم التمديد أفضل له قضى به القاضي ورفض بذلك طلب الأم[1].

إن المشرع تحدث عن تمديد مدة انقضاء الحضانة من خلال نص المادة 65 من ق إ ج، إلا أنه لم يتطرق إلى مصير المحضون بعد أن تنقضي مدة حضانته؟ على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين فصلوا في ذلك، والراجح أن المحضون سواء كان ذكر أم أنثى، أنه يختار لإقامة في مسكن أحد أبويه الذي يستأنس إليه وتكون مصلحته في جانبه[2].

الفرع الثاني: انقضاء الحضانة بسقوطها عن من يستحقها

بعد معرفتنا في الفرع السابق أنه تنقضي الحضانة بانتهاء مدتها، فإنه يمكن أن تنقضي بوجود مانع يمنع استحقاقها، أو باختلال أحد شروطها، مع إمكانية عودتها في بعض الحالات.

وسوف نتطرق من خلال هذا الفرع إلى انقضاء الحضانة بسقوطها وفقا للفقه الإسلامي (أولاً)، وإلى انقضاء الحضانة بسقوطها عمن يستقها في التشريع الجزائري.

أولاً: انقضاء الحضانة بسقوطها وفقا للفقه الإسلامي

سوف نقوم بالحديث عن أسباب سقوط الحضانة من وجهة نظر الفقه الإسلامي، ثم بعدها نتطرق إلى عودة الحضانة.

1- أسباب سقوط الحضانة:

الحضانة أداء أوجبه الشرع، فهي لا ثبتت لأبد، لدى قد أوردت الشريعة الإسلامية أسباب مسقطة لها، والتي تكمن في أسباب اختيارية وأسباب غير اختيارية (الاضطرارية)، على النحو التالي:

أ) الأسباب غير الاختيارية (الاضطرارية):

أ-1) الأمراض العقلية والجسدية:

ذكرنا فيما سبق في شروط الحضانة، أن يكون الحاضن سليم البدن خالي من الأمراض المعدية، بحيث افتقاده لهذا الشرط يكون غير أهلا للحضانة، ويسقط حقه في ممارستها، وعليه فهل كل حالة مرضية تطرأ للحاضن تهدد حقه بالسقوط؟

---

[1] مرجع نفسه، ص378.

[2] حداد فاطمة، **التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا**، مرجع سابق، ص180.

قال الشافعية :إن كان بالحاضن مرض دائم كالسل والفالج، فإنه يسقط حق في الحضانة[1]، أما الحنابلة فيرون أنه: إذ كان بالأم برص أو جذام سقط حقها في الحضانة"[2].

ففي الواقع أن غالبية الفقهاء قد ركزوا في هذه المسألة على أن يكون المرض معدي، حتى تسقط الحضانة[3].

ب- الأسباب الاختيارية:

ب-1) زواج الحاضنة بأجنبي:

اشترط الفقهاء في الأم الحاضنة أن تخلوا من الزواج بأجنبي عن المحضون، وذلك خوف عليه، وبوجود ذلك يتعرض حقها للسقوط، وعليه سوف نتطرق إلى بعض من أراء الفقهاء حول ذلك كالتالي:

المالكية يرون أنه: تسقط الحضانة بزواج الحاضنة برجل أجنبي، غير محرم للمحضون ودخول زوج بها[4]، وهو ما أخذ به فقهاء الحنابلة بقولهم لا حضانة للمرأة متزوجة لأجنبي من الطفل من حين العقد[5].

ب-2) تنازل الحاضنة:

للأم الحاضنة إسقاط حقها في الحضانة، وهو ما قال به فقهاء الحنفية أن الأم وغيرها لا تجبر على الحضانة، إذا امتنعت أو تنازلت عنها، إلا إذا لم يوجد غيرها للحضانة، وقد ورد هذا عند كل من فقهاء الشافعية والحنابلة[6].

ب-3) سكوت الحاضن:

لو تزوجت الحاضنة بأجنبي، أو طلقت أو مات زوجها، قبل مطالبة من له الحق في الحضانة، استمرت الحضانة لها، وكذلك إن كان على علم بزواجها وسكت عن أخذ الولد سنة، فلا ينزع الولد منها، لأنه بسكوته طيلة هذه الفترة، يسقط حقه بطلب الحضانة[7]، فقال المالكية

---

[1] التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص878.

[2] شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص597.

[3] منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، **كشاف الاقناع عن متن الاقناع**، مرجع سابق، ص435.

[4] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص168.

[5] منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، **كشاف الاقناع عن متن الاقناع**، مرجع سابق، ص435.

[6] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سابق، ص733.

[7] المرجع نفسه، ص734.

أنه إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها فإن حقه يسقط، إن كان على علم بحقه في الحضانة أو كان يعلم بأن سكوته طول هذه المدة يسقط حقه فيها، أو بفوات سنة أو أكثر من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة[1].

ب-4) المساكنة:

إن سكنت الحاضنة مع من سقطت حضانتها، فإن بذلك يسقط حقها في الحضانة، وهذا ما جاء به الفقه لمالكي بقولهم "إن صارت الحضانة إلى الجدة وسكنت مع أم المحضون المتزوجة، سقطت حضانة الجدة كذلك"[2].

ب-5) اختلال أحد الشروط اللازمة للحضانة:

وقد قام فقهاء الشريعة الإسلامية بتحديد شروط الحضانة، والتي بدونها يسقط حق الحاضن في الحضانة من بينها:

- **عدم فسوق الحاضن:** معظم الفقهاء اتفقوا على عدم صحة حضانة الفاسق، فقال المالكية: "فلا حضانة لفاسق، فالمرأة الفاسقة أو الرجل السكير لا يستحقان الحضانة، من فساد للأخلاق المحضون ولما يتعرض له من إهمال"[3]، وقد ورد نحو ذلك عند الحنفية والشافعية والحنابلة.

- **القدرة على حماية المحضون وحفظ صحته:** فأغلب الفقهاء متفقون على ذلك، "فلا حضانة لعاجز عن القيام بخدمة المحضون لأنه لا تتحقق رعاية الطفل بحضانته"[4].

ب-6) السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي:

- اتجه فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقا للشروط معينة تختلف على حسب كل مذهب إلى إسقاط الحضانة، إن كانت الأم الحاضنة وانتقلت بالمحضون إلى مكان آخر، وإلى عدم إسقاطها عن الأب إن كان هو الحاضن.

---

[1] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص158.

[2] المرجع نفسه، ص163.

[3] التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص879.

[4] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص161.

واتجه البعض منهم إلى حد جعل حضانة الأم تسقط برحيل الأب واستيطانه في مكان بعيد[1]، بحيث كانت آراء الفقهاء حول ذلك:

فالمالكية قالوا: يسقط حق الحاضنة إن سافرت بالمحضون إلى بلدة أخرى، ليس فيها أب المحضون أو وليه، وذلك شرط أن يكون انتقالها مسافة 72 ميلا فأكثر[2]، وأن يكون سقوطها للإقامة والاستيطان لا للقضاء حاجة أو تجارة، ويرون أيضًا أنه: إن أراد الولي السفر من بلدة إلى بلدة أخرى قصد للإقامة والاستيطان، فله أخذ المحضون من حاضنته، وبذلك فإنه يسقط حق الحاضنة في الحضانة في حال لم ترض بالسفر معه، أو كان سفره قصد الانتقال والاستيطان وأن يكون سفره إلى بلد تبعد عن بلد الحاضنة مسافة ستة برد فأكثر[3]. أما الحنابلة فيرون انه متى أراد أحد الأبوين الانتقال بالمحضون إلى بلد أمن، مسافة القصر فأكثر للإقامة، فيسقط حق الحاضنة بذلك، ويكون الأب أحق ما لم يكن المراد من انتقاله الإضرار بالحاضنة[4].

وقد انتقد ابن الحزم من الظاهرية موقف الفقه على أساس أنه لم يأتي نص في القرآن والسنة بذلك[5].

2) مدى إمكانية عودة حق الحضانة بزوال سبب سقوطها:

اختلف فقهاء المسلمين حول عودة الحضانة إلى الحاضنة، بعد سقوطها، فانقسموا بذلك إلى فريقين، اتجه الفريق الأول إلى القول بعودة الحضانة بعد زوال المانع، بينما ذهب الفريق الثاني إلى أنه تعود الحضانة في حالات، وعدم عودتها في حالات أخرى، وسوف نبين ذلك وفق لما يلي:

الفريق الأول:

قد ضم كلا من فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، حيث قالوا يعود الحق في الحضانة مطلق بزوال سبب سقوطها وتعليلهم لذلك هو أن الحكم إذا أثبت بعلة زال بزوالها[6].

---

[1] أعرب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في ق.أ.ج والفقه الإسلامي المقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، ع01، 1994م. ص55.

[2] التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص883.

[3] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص162.

[4] التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص883.

[5] منصور بن بونس بن إدريس البهوتي، **شرح منتهى الارادات**، مرجع سابق، ص697.

[6] اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص55.

الفريق الثاني:

فقد ضم فقهاء المالكية، حيث كانت آرائهم حول ذلك على النحو التالي:

يرون أنه لا تعود حضانة المرأة بعد الطلاق أو وفاة الزوج، حتى بموت الحاضنة جديدة، فلا ترجع الحضانة إلى الأم، لأن حقها سقط بزواجها، وإما تنتقل الحضانة إلى الخالة أو من بعدها. ويرون أيضًا أن الحاضنة إذا سقطت حضانتها لعذر وأخذ الحضانة من يليها مرتبة، فإن الحضانة تعود لها بزوال ذلك العذر[1].

ثانيًا: انقضاء الحضانة بسقوطها عند المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري على أسباب سقوط الحضانة عن الأشخاص الذين أوكلت إليهم، إن لم يكونوا أهلا لذلك، كأن تتزوج الأم بغير قريب محرم، أو عدم مطالبة بها مدة تزيد عن سنة، غيرها من الأسباب والموانع الأخرى، وقد نص أيضًا على عودتها إن زال سبب سقوطها، وعليه سوف نبين أسباب سقوطها تم نتطرق بعد ذلك إلى عودة الحضانة وفق التالي:

1-أسباب سقوط الحضانة:

يسقط حق الحضانة بسبب من الأسباب الآتية:

أ) زواج الحاضنة بغير قريب محرم:

هو أول سبب لسقوط حق الحاضنة[2]، فنصت المادة 66 من ق. أ. ج على أنه "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ..." [3]، فإن النص لم يستثني الأم الحاضنة ولم يميز بين حاضنة وأخرى، وبذلك فهو يسري على كل امرأة متزوجة بأجنبي عن المحضون لوجود العلة نفسها[4].

ومنه فإن كل حاضنة اسند لها حضانة أولادها، فإن حقها يسقط في الحضانة بمجرد عقد زواجها مع شخص أجنبي عن المحضون، فإذا قام الأب أو غيره ممن لهم حق الحضانة الذين ورد ذكرهم في نص المادة 64 من ق إ ج برفع دعوى أمام المحكمة لطلب إسقاط حق حضانة الأم، فالمحكمة بدورها تستجيب لذلك حتما وتقضي بإسقاط حقها في الحضانة وتمنحها إلى

---

[1] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني ،مرجع سابق، ص170.

[2] سعد عبد العزيز، **ق. أ .ج في ثوبه الجديد**. مرجع سابق ،ص141.

[3] انظر: المادة 66 من ق .أ .ج، مرجع سابق، ص10.

[4] حيدرة محمد ، **زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وق. إ .ج، مجلة الأكاديمية للدراسات الإنسانية**، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم–الجزائر، ع20، جوان 2018م، ص196.

مقدم طلب الحضانة[1]،وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها "متى كان مقررًا في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة.

لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"[2]. والجدير بالذكر أن المشرع عندما أسقط عن الأم المتزوجة من غير محارم الصبي المحضون حق الحضانة، فهو بذلك لا يعاقب المرأة المطلقة، أو يحرمها من أولادها، أو يخيرها بين زواجها والأمومة، وإنما لمراعاته لمصلحة الولد التي تبقى اهتمامه الأول والأخير[3].

ب)تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة:

يسقط حق الحاضنة في حضانة صغيرها بتنازلها، ويكون أما لوجود حاضنة أخرى أو تنازل لأبيه، وسواء كان ذلك بمقابل أو بدونه[4].

إذا كان المشرع الجزائري قد أقر التنازل عن الحضانة في نص المادة 66 من ق إ ج بأنه "يسقط... وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"[5]، إلا أنه قيد هذا الحق يشرط أن لا يكون هذا التنازل ضار بمصلحة المحضون، فإن كان تنازلها في غير مصلحة المحضون رفض القاضي طلبها هذا وبقي الحق قائما في حق المتنازلة[6].

ج) اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق إ ج.

إن الحق في الحضانة يسقط عن صاحبه، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62، فالمشرع أورد في المادة 1/67 من ق أ ج على أنه "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه..." [7]. وبذلك الإخلال بالواجبات المنصوص

---

[1] العربط لمين ، مرجع سابق، ص437.

[2] قرار م ع، غ أ ش، ملف رقم 40438 بتاريخ 1986/05/05م، م ق، ع02، 1989م، ص75.

[3] سعد عبد العزيز، **ق .أ. ج في ثوبه الجديد**، مرجع سابق، ص141.

[4] فضيل سعد، مرجع سابق، ص379.

[5] المادة 66 من ق إ ج، مرجع سابق، ص10.

[6] لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2136.

[7] المادة 67 من ق. ا. ج، مرجع سابق، ص10.

عليها في المادة 62 من ق إ ج تستخلص في أهلية الحاضن، فالمشرع قد اشترط سلامته العقلية والجسدية والالتزامات المتعلق بالحضانة كتوفير الرعاية الصحية والخليقة[1]، والتربية ... الخ، اللازمة لمهمة الحضانة، مع أخذ القاضي مصلحة المحضون بعين الاعتبار[2].

يتضح من خلال نص المادة 67 سالفة الذكر أن المشرع، قد أضاف حالة أخرى بتوفرها سقط حق الحاضن أو الحاضنة في ممارسة الحضانة ورعاية المحضون، وهذه الحالة تتعلق بتخلف أحد الشروط الواجب توافرها في الشخص الحاضن ليكون أهلا لممارسة الحضانة[3].

ويثور الإشكال في هذا المقام حول، هل يشكل عمل المرأة عائق يمنعها من ممارسة حقها في الحضانة؟.

نصت المادة 2/67 من ق إ ج على أنه "...ولا يمكن المرأة أن يشكل سبب من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة..." [4]، يتبين من خلالها أن عمل الحاضنة خارج سكن الحضانة ليس سبب من أسباب سقوط الحضانة، فالمرأة العاملة لها الحق في حضانة صغيرها، إذا ما أسندت إليها الحضانة، ولمشرع قد احتاط بربطه لهذا الشرط بمصلحة المحضون ومفاد هذا وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سبب من أسباب سقوط الحضانة كقاعدة عامة، فإنه كاستثناء ولهذه القاعدة يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على المرأة العاملة في حال كان عملها، يؤدي إلى تقصير في حق المحضون ويحرمه من العناية وغيرهم مما يخل بمصلحة المحضون[5].

د) سكوت الحاضن عن المطالبة بالحضانة:

يعد حق الحضانة كسائر الحقوق يخضع لمدة زمنية، وعليه فإن وقع الطلاق بين الزوجين[6]، وبقي الصغار مع والدهم ولم تطالب الأم أو من يليها بالحضانة في مدة تزيد عن سنة بدون عذر فإنه يسقط حق الأم ومن يليها في الحضانة[7]، ويبقى لمن احتفظ بالمحضونين

---

[1] انظر: المادة 62 من ق. ا.ج، مرجع سابق، ص10

[2] فضيل سعد، مرجع سابق، ص380.

[3] لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2136.

[4] انظر: المادة 67 من ق .ا .ج، مرجع سابق، ص10.

[5] عبد العزيز سعد، **ق. أ .ج في ثوبه الجديد**، مرجع سابق، ص142.

[6] محروق كريمة، مرجع سابق، ص149.

[7] لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2136.

الحق في حضانتهم بقوة الشرع والقانون[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 68 من ق إ ج بقولها "إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"[2]، إلا أنه قد توجد حالات يمكن فيها تجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع هذا لا يسقط الحق فيها، في حال إثبات المعين وجود عذر مقبول منطقا وعقلا[3].

ويعتبر السكوت بأنه بدون عذر في حال، علم صاحب الحق في الحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها، أو أن يكون على علم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة[4].

و) الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي:

إن المشرع لم ينص صراحة على مسافة معينة ينقضي عندها حق الحاضن في اصطحابه للصغير، إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 69 من ق إ ج والتي تقضي على أنه "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"[5]، وعليه فإن رغب من أسند أوكل إليه الحق في الحضانة، الاستيطان في بلد أجنبي خارج الجزائر، فإن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إثبات حق الحضانة له أو إسقاطه عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون[6]، أما في حال ما انتقل الحاضن بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن من شمال إلى جنوبه أو العكس فلا مجال للحديث عن السقوط[7].

وجاء في قرار للمحكمة العليا أنه "من المستقر عليه فقهاء، وقضاء، أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد خطأ في تطبيق القانون. فلما كان من الثابت –في قضية الحال– أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد على ألف كيلو متر

---

[1] محروق كريمة ، مرجع سابق، ص149.

[2] المادة 68 من ق .إ .ج، مرجع سابق، ص11.

[3] بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص138.

[4] اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص53.

[5] المادة 69 من ق . ا.ج، مرجع سابق، ص11.

[6] محروق كريمة، مرجع سابق، ص147.

[7] عبد العزيز سعد، **ق .أ .ج، في ثوبه الجديد**، مرجع سابق، ص142.

فإن قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا اخطئوا في تطبيق هذا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

هـ) مساكنة الجدة أو الخالة مع الأم المتزوجة بأجنبي:

إذا كان زواج الأم بغير قريب محرم يسقط عنها حقها في الحضانة، فإن مساكنة الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بهذا الأجنبي يأخذ نفس الحكم من الناحية المنطقية، وذلك حماية للطفل المحضون مما قد تتسبب فيه مساكنة زوج أمه الأجنبي[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من ق أ ج بقولها "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع الأم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"[3].

وتجدر الإشارة إلى ان إسقاط الحضانة على إحدى الحاضنتين بمقتضى النص السابق، يستدعي توفر بعض الشروط، ومن بينها، أن تكون الحاضنة جدة للطفل من الأم أو خالته، وثانيا أن تقيم الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة إقامة دائمة ومستمرة[4] لأنه في حال ما كانت زائرة أو كانت إقامتها مؤقتة لما أمكن من الادعاء بسقوط حضانتها[5]، وأخيرًا أن تكون الأم متزوجة مع غير قريب محرم للمحضون[6]. وبتوفر كل هذه الشروط المذكورة أعلاه، فإن حق الخالة أو الجدة يسقط بقوة القانونّ، ويحق لمن تتوافر فيه الشروط الشرعية والقانونية من غيرهما، برفع طلب أمام المحكمة لمطالبته بإسناد الحضانة إليه وسقوطها على أية واحدة منهما[7].

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لما بين لنا الغاية المرجوة من جعل الحضانة تسقط بالسكن مع أم المحضون في الخالة والجدة دون غيرهما من الحاضنين؟

2-عودة الحضانة:

[1] قرار م ع، غ أ ش، ملف رقم 43594، بتاريخ 1986/09/22م، م ق، ع04، 1992م، ص41.

[2] العربط لمين، مرجع سابق، ص441.

[3] المادة 70 من ق. ا. ج، مرجع سابق، ص11.

[4] العربط لمين، مرجع سابق، ص440.

[5] لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2137.

[6] العربط لمين، مرجع سابق، ص441.

[7] لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2137.

جاء في نص المادة 71 من ق إ ج على أنه: "إن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"[1]، ويتضح من خلالها أن المشرع بقوله غير اختياري، فإنه بذلك قد فرق بين الأسباب الاختيارية وغير الاختيارية التي تؤذي إلى سقوط الحضانة وعودتها.

فإن كان للشخص الحق في الحضانة وسقط منه لسبب من الأسباب القانونية، بأن يكون غير قادر على الرعاية والعناية بخلقه وتعليمه، فإن حق الحضانة يمكن أن يعود إليه بعد زوال السبب الذي سلبت الحضانة منه لأجله[2]، فمن حق الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانة بتقديم عريضة وفقا للقانون لدى المحكمة المختصة، ويطالب فيها بإعادة حق الحضانة له ، ويجب عليه ذكر مكانته من الطفل موضوع الحضانة وأسباب سقوطها عنه، وبيان صريح يثبت زوال السبب الذي كان أساس لسقوط حقه في الحضانة[3]. أما إن تسبب مستحق الحضانة بتصرفه في سقوطها، فإن حق الحضانة لن يعود إليه أبدًا بعد سقوطه،[4] ومثاله في حالة زواج الحاضنة بأجنبي فالأصل فالزواج أنه أمر اختياري، وبالتالي فلن يعود حقه في الحضانة حتى بعد زوال هذا الواجب[5].

[1] المادة 71 من ق. ا.ج، مرجع سابق، ص11.

[2] لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2137.

[3] عبد العزيز سعد، **ق. ا .ج في ثوبه الجديد**، مرجع سابق، ص143.

[4] لعميري ياسين، مرجع سابق، ص2137.

[5] العريط لمين ، مرجع سابق، ص437.

خلاصة الفصل:

من خلال هذا الفصل تناولنا جانبين مهمين في الحضانة، يتمثل الجانب الأول في الآثار المترتبة عن إسناد الحضانة لمستحقيها، بحيث تساهم في ممارسة الحضانة على أكمل وجه، والتي تتمثل في النفقة على المحضون وأجرة للحاضنة مع إمكانية توفير مكان لممارسة الحضانة والحفاظ على نفسية المحضون وذلك بإسناد حق الزيارة،، أما الجانب الثاني يتمثل في إجراءات دعوى الحضانة وسبل انقضائها.

ونستخلص مما سبق أن هناك إجراءات يجب على من يطالب بالحضانة إتباعها لرفع دعوى الحضانة أمام القضاء، كما تجدر الإشارة إلى أن حق الحضانة لا يكون بصفة دائمة وهو أمر مؤقت، فقد نص المشرع في المادة 65 من ق أ ج على مدة انقضاء الحضانة بالنسبة للمحضون (ذكر والأنثى) مع إمكانية تمديد مع مراعاة مصلحة المحضون، ويمكن أن تنقضي الحضانة قبل انتهاء السن المحدد لاكتمال أهلية المحضون، وذلك بأن يكون الحاضن غير أهلا للحضانة، بعجزه أو افتقاده لشرط من الشروط اللازمة للحضانة، أو تنقضي للأسباب راجعة لتصرفات مستحقو الحضانة، فقد اتجه الفقه والمشرع إلى إمكانية عودتها في بعض الحالات.

خاتمة

خاتـمة

وفي الختام تبين لنا أن موضوع أحكام الحضانة، موضوع واسع ومفتقر قانونيا في بعض الحالات التي لا يقبلها العرف والعادة لبلادنا ولا شرعا، فموضوع الحضانة من المواضيع التي تغزو المحاكم، خاصة في هذه الآونة التي انتشر فيها الطلاق، راح فيها الطفل ضحية في تحديد مصيره.

وأخيرًا قمنا بالإجابة عن التساؤلات التي طرحناها سابقا من خلال دراسة الفقهية قانونية مقارنة وتوصلنا إلى جملة من النتائج نستعرضها على النحو التالي:

- من خلال تحليل بعض النصوص ق. أ. ج فيما يخص الحضانة يتبين لنا أن المشرع الجزائري هو الذي جاء بأحسن تعريف فيما يخص الحضانة ولاسيما من ناحية شموليته للأفكار عن غيره من التشريعات الأخرى وذلك بجمعه لكل ما هو في صالح المحضون من الناحية الصحية والخلقية والتربية.
- إن كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري قد حرصوا على أن يتوفر في الشخص الحاضن بعض الشروط اللازمة ليكون أهلا للحضانة.
- إن المشرع الجزائري في المادة 64 حدد ترتيب الحاضنين مساويا بين الوالدين فقبل تعديل المادة كان ينسب الطفل للأم ونساء من جهتها قبل الأب والنساء من جهته، فهو بذلك خالف الشريعة الإسلامية، الذين لا يجزون الأب بعد الأم مباشرة لعدم توفيقه بين العمل والتربية لأولاده.
- إصرار المشرع على أن عمل الحاضنة ليس سبب من أسباب سقوط حق في الحضانة كقاعدة عامة، والاستثناء منها انه يجوز الحكم بإسقاطه عنها الحضانة العاملة في حال ما كان عملها يحرم من المحضون من العناية مما يخل بمصلحة المحضون.
- ضمن المشرع الجزائري حق الحاضن لمطالبته بحقه في الحضانة وفق إجراءات معينة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- توصل المشرع الجزائري في انقضاء الحضانة ما توصل إليه الفقه حفاظا على مبادئ الشريعة الإسلامية موضح وجهة نظره في كل قرار.

وبعد دراستنا لموضوع أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري بدت لنا إدراج بعض الاقتراحات والتوصيات، نقدمها على النحو التالي:

- يجب على المشرع إعادة النظر في المادة 62 من ق. إ. ج لتحديد شروط الحاضن من أجل تخفيف العبء على القاضي في سيرورة القضاة في شؤون الأسرة بصفة مستعجلة لمصلحة المحضون، لا للعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.
- يجب على المشرع إعادة النظر بالنسبة لترتيب الحواضن الذي جاءت به المادة 64 من ق. إ .ج، بخصوص تقديم الأب على بقية النساء، فهو بذلك خالف الفقه الإسلامي، ونحن هنا لا نقصد حرمان الأب من ابنه، بل نراعي مصلحة المحضون التي هي قبل كل شيء، لأن زوجة أبيه ستضره وخاصة إذا كان الصغير رضيعا، لأنها لا تكون حنونة عليه من خالته، أو جدته.
- قاعدة مصلحة المحضون التي عممها المشرع في بعض النصوص المتعلقة بالحضانة كان عليه وضع تعريف لها وأن يحدد لنا معايير تقديرها.
- في المادة 65 من ق. إ. ج مدة الحضانة بشأن الطفل 10 سنوات ظلم للصغير، فهو أحوج إلى أمه حتى وإن تزوجت أين مصلحة المحضون هنا، على المشرع إعادة النظر في سن الذكر وتصحيح مصطلح زواج البنت بعبارة إلى حين زواجها تنقضي.
- يجب الفصل في نص المادة 66 من ق. إ .ج حيث لا يمكن إعتبار زواج الأم بغير قريب محرم عن المحضون سبب سقوط حقها في الحضانة وذلك لأن الخالة والجدة كذلك يتزوجون بغير قريب محرم، فالمشرع بذلك لم يكن منصف في حقها، الأمر الذي يجعلها تتحايل على القانون بالزواج العرفي الذي يتسبب هو بدوره في مشاكل أخرى.
- إغفال المشرع على بعض النقاط كعدم تحديده لمكان وزمان الزيارة ومدتها في نص قانوني مما يتسبب في نزاعات بين الأبوين.

- بالعودة إلى المادة 72 من ق. إ .ج فنلاحظ انه متناقض بحيث يرى أن الزوجة تبقى في بيت الزوجية وهي مطلقة أجنبية عنه، ومن جهة أخر يمنع الأب من حق الزيارة في بيت زوجة لأنها أجنبية، فيجب على المشرع تدارك الأمر لأن هذا لا يجوز شرعا.
- وما يلاحظ كذلك أن المشرع قد أغفل التحدث عن مصير المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة إذ نجد انه لم يعطي صلاحية للمحضون في أن يكون له الحق في اختيار مع من يريد البقاء، بخلاف فقهاء الشريعة الإسلامية فقد ترك ذلك لسلطة التقديرية لقاضي.
- وما يمكن قوله على الرغم من تعديل المشرع لبعض الجوانب المتعلقة بأحكام الحضانة إلا أنه مع ذلك يجب عليه أن يتدارك بعض النقائص بإعادته النظر في المواد أو تعديلها أو بتخصيص مواد جديدة وذلك لتمكن لسد هذه الثغرات من أجل مصلحة المحضون.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القرآن الكريم رواية ورش عن نافع.

السنة النبوية الشريفة.

1. أبى عيسى محمد بن عيسى، **الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي**، ج03، 01، مطبعة مصطفى البابي الحلبى وأولاده، مصر، 1906هـ/1937م.

2. ابن عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، **سنن الترمذي وهو الجامع الكبير**، مجلد02، ط01، دار التأصيل مركز بحوث وتقنية المعلومات، بيروت- لبنان،1435 هـ/2015م.

3. الإمام الحافظ ابى عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، **صحيح البخاري** ، ط01، دار ابن الحزم ، بيروت – لبنان، 1430هـ/2009م.

4. محمد ناصر الدين الألباني، **صحيح السنن ابى داود**، مجلد 02، ط01 ،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض – السعودية ،1419هـ/1998م.

03) المعاجم:

. مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي، **قاموس المحيط**، د.ط، دار الحديث، القاهرة – مصر، 1429هـ/2008م.

04) النصوص القانونية:

1. أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر،1386هـ الموافق ل : 20 يونيو،1966م ،يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم،ج.ر،ع49، المؤرخة في 11 يوليو 1996م.

2. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل:26 سبتمبر 1975م،يتضمن قانون المدني الجزائري ،ج.ر،ع 49 ،المؤرخة في30 سبتمبر 1975م،المعدلة والمتممة، بقانون 07-05المؤرخ في 13 مايو 2007م.

3. قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل:09 يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 ،المؤرخ في 27 فبراير 2005م ،ج.ر،ع 15، الصادرة بتاريخ 28 يونيو 2005م.

4. القانون رقم 08-09، المؤرخ في18صفر 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21، المؤرخ بتاريخ 23 ابريل2008م.

05) القرارات والأحكام القضائية:

1. قرار مجلس القضاة، بتاريخ 1989م، ملف رقم 32158.
2. قرار مجلس القضاة ، بتاريخ 1990م ،ملف رقم 44630.
3. قرار م ع، غ أ ش، ملف رقم 40438 بتاريخ 1986/05/05م، م ق، ع02، 1989م.
4. قرار ،بتاريخ 1986/09/22م،ملف رقم 43594،ع44 ،1989م.
5. قرار، بتاريخ 1989/12/25م، ملف رقم 572، م ق، ع 04، 1991م.
6. قرار م ع،غ ا ش،ملف رقم43594 ،بتاريخ 1986/09/22م، م ق،ع04 ،1992م.
7. قرار، بتاريخ 1998/03/17م، ملف رقم 1719558، م ق ، د ع ،2001م.
8. قرار م ع،غ ا ش ، بتاريخ2006/01/04م،ملف رقم 350942 م م ع ،ع01، 2006م.
9. قرار م ع ،غ ا ش ، بتاريخ 2006/02/08م ،ملف رقم 339255 .
10. قرار م ع، غ ا ش، بتاريخ 2006/10/21م، ملف رقم 364371.
11. قرار م ع ،غ ا ش بتاريخ 2012/10/11م.،ملف رقم 121304،غ م.

ثانيا: المراجع:

01) الكتب المتخصصة:

1. بوغرارة صالح، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة**، د .ج، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2013م.
2. محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، ط01 ،دار الثقافة ،عمان -الأردن، 1431هـ/2010م.

02)الكتب العامة:

ا) كتب الفقهية:

1. ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي شيرازي ابو إسحاق، **المهدب في الفقه الإمام الشافعي**،ج04،ط01، دار القلم، دمشق–سوريا،1418ه/1996 م.
2. ابي الحسين احمد بن محمد القادوري، **مختصر القادوري**، مجلد **06**، ط02، دار السيراج، بيروت– لبنان،1435ه/2014م.
3. ابي حماد محمد الغزالي،**الوجيز في فقه المذهب الإمام الشافعي**، ط01 ،دار الكتاب العلمية ،بيروت –لبنان،1425ه/2004م.
4. ابن عابدين لنجل المؤلف، **رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج05، دار عالم الكتب، الرياض–السعودية، 1423ه/2003م.
5. ابن قدامة، معجم الفقه الحنبلي، **من كتاب المغني**،ج01،د. ط، دار كتاب العربي، بيروت– لبنان،1393ه/ 1973م.
6. إسماعيل ابن كثير، **مختصر تفسير ابن كثير**، المجلد 01، دار الشهاب، البليدة – الجزائر، 1990م.
7. بختي العربي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**، ط01، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع الأبيار، الجزائر، 2013م.
8. بختي العربي ،**نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظام القانونية القديمة** ،د.ج ،ط01 ،مؤسسة الكنوز الحكمة للنشر والتوزيع ،الابيار – الجزائر ،2015م.
9. التواتي بن التواتي، **المبسط في الفقه المالكي**، ط01، دار الوعي، الجزائر، 1430ه/2009م.
10. خن مصطفى ومصطفى البغا، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، ج04، ط03، دار القلم، دمشق–سوريا، 1413ه/1996م.
11. ربابعة عبد الله ،**الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة** ، ط01، دار النفائس الأردن، 1429ه.

12. رشدي شحاتة ابوزيد، **رؤيـة المحضـون** ، ط01 ، مكتبـة الوفـاء القانونيـة ،لإسكندرية – مصر ،2011م.

13. رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين أحوال الشخصية**، ق م، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 2006م.

14. سيد عثمان بن حنين برى الجعلي المالكي، **سراج المسالك شرح أسهل المسالك**، ج01، ط01، دار صادر، بيروت– لبنان، 1994م.

15. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج** ،ج04، دار المعرفة ، بيروت - لبنان ، د .س. ن.

16. عبد الرحمان بن ناصر السعدي ، **في تفسير كلام المنان** ، د.ج، ط01 ، دار ابن الحازم ، بيروت –لبنان ،2003م.

17. علاء الدين ابي بكر المسعود بن احمد الكساني الحنفي، **بدائع صنائع بترتيب الشرائع** ، ج07، ط02 ،دار الكتاب العلمية ، بيروت – لبنان ،1046هـ /1986م.

18. عزيز عبد الكريم ومن معه، **فقه الأسرة مرحلة الدراسات الشرعية العامة**، د.ج ،ط04 ،مكتبة ضماري للنشر والتوزيع ،سلطنة عمان ،1998م.

19. الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، ج03 ، ط 01، دار ابن الحزم، بيروت– لبنان، 1429 هـ / 2008م .

20. صالح بن فوزان الفوزان، **ملخص الفقهي**، د. ج، ط01، دار ابن حازم، بيروت– لبنان، 2009م.

21. مجد الدين ابي البركات ، **المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل** ، ج02 ، دار الكتب العربي ، لبنان ، د س ن.

22. محمد عقلة الابراهيم ، **الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي** ، ط01، دار النفائس ، عمان – الأردن ،1435هـ/2014م.

23. محمد مصطفى شلبي ،**أحكام الأسرة في الإسلام** ، ط04 ،الدار الجامعية ، بيروت – لبنان ،1403هـ/1983م.

24. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، **شرح منتهى الإرادات**، ج 05،ط01 ، مؤسسة الرسالة ، د. ب.ن،1421هـ/2000م.

25. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، **كشاف الإقناع عن متن الإقناع** ،ج04 ،ط01 ،عالم الكتب ،بيروت –لبنان ،1417هـ/1997م.

26. موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقداسي ،**عمدت الفقه في مذهب الحنبلي**،د.ج ، د.ط،مكتبة العصرية للطباعة والنشر ،بيروت – لبنان،1432هـ/2003م.

27. وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ،ج07، ط01، دار الفكر ، دمشق – سوريا،1413هـ/1982م.

28. وهبة الزحيلي، **الفقه الشافعي الميسر**، ج02، ط01، دار الفكر، دمشق–سوريا، 1429هـ/2008م.

29. وهيبة الزحيلي، **الفقه المالكي الميسر احكام الاسرة** ،ج03، ط03، دار الكلام الطيب ، دمشق –سوريا،2005م.

30. وفاء معتوق حمزة، **طلاق وأثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي**،ط01،مكتبة القاهرة للكتاب،قاهرة –الجمهورية مصر العربية 2000م.

ب) الكتب القانونية:

1. إبراهيم راشد محمد الشديفات، **المقاصد الشرعية في الأحوال الشخصية**، دار يافا العلمية، عمان–الأردن، 1435هـ/2014م.

2. أحمد نصر الجندي، **شرح ق. أ. ج**، دار الكتاب القانونية، د.ط ،مصر، 2009م.

3. بختي العربي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،د.ط د.ل.م.ج ،الجزائر 2014م.

4. بربارة عبد الرحمان، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ط02، دار بغدادي، رويبة–الجزائر، 2009م.

5. بن حرز الله عبد القادر، **الخلاصة في أحاكم الزواج والطلاق بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ، ط01، دار الخلدونية،2007م.

6. بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الإجراءات الجزائية المعدل**، ط01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1429هـ/2008م.

7. بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج01، (أحكام الزواج)، ط06، د.ل.م.ج، الجزائر، 2012م

8. حداد فاطمة ، **حق المطلقة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري**، ط04 ،مكتبة الوفاء ،الإسكندرية –مصر ،2017م.

9. دلاندة يوسف، دليل **المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (زواج، طلاق)**، ط01، دار هومة، الجزائر، 2008م.

10. رشدي شحاته أبو زيد، **الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية**، ط01، دار الوفاء، الإسكندرية– مصر، 2009م

11. سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، ط02، دار هومة، الجزائر، 2009م.

12. سعد عبد العزيز، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية**، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2013م.

13. شامي احمد، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات**، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية–مصر، 2010م.

14. شحاتة أحمد زيدان، فاطمة، **تشريعات الطفولة**، د. ج، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية–مصر، 2008م.

15. صقر نبيل، **قانون الأسرة نصا، فقها وتطبيقا**، د.ج. د.ط، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر، 2006م.

16. طاهري حسين، **الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، د ج، ط 01، دار خلدونية ،الجزائر، 2009م.

17. عمر بن سعيد، **الاجتهاد القضائي وفق أحكام قانون الأسرة**، د.ط ،دار هومة، عين مليلة–الجزائر، 2004م.

18. فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، ج01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986م.

19. لحسن بن شيخ آت ملويا، **المرشد في قانون الأسرة الجزائري**، ط03، دار هومة، الجزائر، 2015م/2016م.

20. لحسن بن شيخ آت ملويا، **رسالة في طلاق الخلع، دراسة مقارنة فقهية وقضائية مقارنة**، د. ج، د .ط، دار هومة، الجزائر، 2013م.

21. لوعيل محمد لمين، **الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق تعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي**، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2010م.

22. محروق كريمة، **دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث في التشريعات الاسرة**، د. ج، ط01، منشورات الفا للوثائق، قسنطينة–الجزائر،2019م.

23. المصري مبروك، **الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري**، د .ج، د .ط، دار الهومة للنشر وتوزيع، الجزائر 2010م.

03) **الرسائل والمذكرات:**

ا) رسائل الماجستير:

1. سناء عماري، **التطبيقات القضائية للحصانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائرية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، 2014م/2015م.

2. الشامي أحمد، **التعديلات الجديدة لقانون الآسرة الجزائري، دراسة فقهية ونقدية مقارنة**، رسالة للحصول على الماجستير في الحقوق ،كلية الحقوق، قسم الشريعة، جامعة الإسكندرية، مصر،2008م/2009م.

3. علال امال، **التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،** رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان–الجزائر، 2008م/2009م.

4. مداني هجيرة بشير، **حقوق الطفل بين الشريعة والقانون،** رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011م/2012م.

04) المقالات العلمية :

1. أعرب بالقاسم ،**مسقطات الحق بالحضانة في القانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي مقارن** ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق ، جامعة باتنة، الجزائر ،ع01 ،1994م.

2. باحكاية كمال، **الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري،** مجلة الاجتهاد للدراسة القانونية والاقتصادية، جامعة وهران، مجلد07،ع06،2018م.

3. بشيري عبد الرحمان وعمور راضية، **سلطة القاضي في تقرير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في التشريع الجزائري** ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور – بالجلفة ، الجزائر، مجلد06، ع06،2021م.

4. بن عامر يزيد، **زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري،** مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، ع06، 2019م.

5. حداد فاطمة ،**التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانون،** مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، مجلد04،ع01، 1439هـ/ 2018م.

6. حيدرة محمد، **زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري،** مجلة الأكاديمية للدراسات والإنسانية ، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم،الجزائر،ع20، 2018م.

7. حيفري نسيمة أمال ، **نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري** ،مجلة دراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية ولاجتماعية ،جامعة وهران ،ع27. 2017 م.

8. داود حنان، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة الإسناد الباحث لدراسات القانونية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، مجلد 04، ع 02، 2019م.
9. ديب جمال، **نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة الآفاق، مجلد11، ع01، 2019م.
10. سعودي مناد، **حق المحضون في مسكن الحضانة**، مجلة الحقوق والحريات، كلية العلوم الإنسانية، جامعة الجزائر1، مجلد09، ع02، 2021م.
11. شامي أحمد، **نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام الأمر 05-01 والقانون 15-01**، مجلة المعيار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت-الجزائر، ع18، 2017م.
12. طاهري أسية، **تنازع القوانين في الحضانة**، مجلة الفكر، جامعة الجزائر1، الجزائر، مجلد04، ع 02،2020م.
13. طواهري محمد، إجراءات **التقاضي في دعاوي شؤون الأسرة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، مجلد07، ع01، سنة 2021م.
14. عبد السلام نور الدين، **استحقاق الحضانة في قانون الجزائري**، مجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مجلد 06، ع01، 2022م.
15. عبد الكريم نذير، **الحضانة في التشريع الجزائري**، مجلة علوم قانونية واجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، مجلد06، ع04، 2021م.
16. العربط لمين، **الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة الجامعية الأمير عبد القادر، قسنطينة-الجزائر، مجلد34، ع03، 2021م.
17. لعميري ياسين،**الحضانة كآلية لتحقيق الاستقرار الأسري بين التشريعات المغاربية والأصول الشرعية** ،مجلة الدراسات القانونية المقارنة ،جامعة اكلي محند اولحاج البويرة-الجزائر ،مجلد07،ع01،2021م.
18. مزيان محمد، **دعاوى الحضانة وموقف القضاء الجزائري**، كلية حقوق،جامعة مستغانم،ع01 ،2011م.

19. هلتالي أحمد، **استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحادير المنح**، مجلة استاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، مجلة، م ج ،ع11، 2018م.

05) الندوات العلمية:

1. محمد بن أحمد بن صالح الصالح، مستحقو الحضانة ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أم القرى – مكة المكرمة، السعودية، 1436هـ.

06) المحاضرات الجامعية:

1. ربيع زهية، **محاضرات إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة**، مقدمة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2020م/2021م.
2. حنان ملية، **مطبوعة محاضرات في قانون الأسرة**، مخصصة لطلبة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة نور البشير، البيض، السنة الجامعية 2013م/2014م.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

شكر وعرفـــــــان

إهـــــــــــداء

مقدمـــــــة 1

الفصل الأول : ماهية الحضانة في الفقه والتشريع الجزائري

تمهيد : 7

المبحث الأول : مفهوم الحضانة 8

المطلب الأول : تعريف الحضانة وتفريقها عما يشابهها 8

الفرع الأول: تعريف الحضانة 8

الفرع الثاني : تفريق الحضانة عن بعض المفاهيم المشابهة 12

أولاً: تمييز الحضانة عن الوصاية.....12

ثانيًا: تمييز الحضانة عن الكفالة 13

ثالثًا : تمييز الحضانة عن التبني 15

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة.....17

الفرع الأول: أدلة وجوب الحضانة من القرآن الكريم والسنة النبوية 17

أولا: من الكتاب.....17

ثانيا: من السنة النبوية:.....19

الفرع الثاني: أدلة وجوب الحضانة بالإجماع والمعقول.....21

أولا: من الإجماع 21

ثانيا: من المعقول: 22

المبحث الثاني : شروط استحقاق الحضانة ومراتب الحاضنين وفقا للفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.....23

المطلب الأول : شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري 23

الفرع الأول: الشروط الفقهية للحضانة 24

أولاً: الشروط التي اشترطها كل مذهب على حدى:.....24

ثانيًا: الشروط المتفق والمختلف فيها بين الفقهاء 26

الفرع الثاني: الشروط القانونية للحضانة 31
أولا: الشروط الواجب توفرها في المحضون 31
ثانيا: الشروط الواجب توفرها في الحاضن 33
المطلب الثاني: مراتب الحاضنين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.....38
الفرع الأول: مراتب الحاضنين في الفقه الاسلامي 38
الفرع الثاني: مراتب الحاضنين في التشريع الجزائري.....40
خلاصة الفصل: 44
الفصل الثاني : آثار وإجراءات دعوى الحضانة وسبل إنقضائها
المبحث الأول: آثار الحضانة.....47
المطلب الأول: أثار الحضانة في الفقه الإسلامي 47
الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة 47
أولاً: نفقة المحضون.....48
ثانيًا: أجرة الحاضنة.....49
الفرع الثاني: سكن وروية المحضون.....50
أولاً: سكن الحضانة والانتقال منه. 51
ثانيًا: رؤية المحضون: 54
المطلب الثاني : آثار الحضانة وفق التشريع الجزائري 55
الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحضانة 55
أولاً: نفقة المحضون:.....55
ثانيًا: أجرة الحضانة (حاضنة): 59
الفرع الثاني: حق المحضون في المأوى والزيارة.....59
أولاً: حق المحضون في المأوى 59
ثانيًا: حق المحضون في الزيارة.....63
المبحث الثاني : إجراءات دعوى الحضانة وسبل انقضاءها 69
المطلب الأول : الإجراءات القانونية لدعوى الحضانة 69
الفرع الأول : إجراءات رفع دعوى الحضانة. 69

أولاً: افتتاح العريضة.....70
ثانيًا: الاختصاص النوعي والإقليمي لدعوى الحضانة.....73
الفرع الثاني: إجراءات سير دعوى الحضانة.....75
أولاً: قيد وتبليغ الدعوى.....75
ثانيًا: التحقيق.....76
المطلب الثاني: انقضاء الحضانة.....77
الفرع الأول: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها.....78
أولاً: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها في الفقه الإسلامي.....78
ثانيًا: انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها في التشريع الجزائري.....79
الفرع الثاني: انقضاء الحضانة بسقوطها عن من يستحقها.....81
أولاً: انقضاء الحضانة بسقوطها وفقا للفقه الإسلامي.....81
ثانيًا: انقضاء الحضانة بسقوطها عند المشرع الجزائري.....85
خلاصة الفصل:.....91
خاتمة.....92
قائمة المصادر والمراجع.....96
فهرس الموضوعات.....106
ملخص

ملخص:

تهدف دراستنا إلى تسليط الضوء على أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري، والحضانة من بين المواضيع ذات الصلة المباشرة بالأسرة والمجتمع بأكمله، وأن المشرع قد وضع أحكام خاصة تضبط الحضانة باعتبارها من المسائل الجوهرية المؤثرة في كيان الأسرة، وتبيان مواقفها الشرعية بين الفقهاء.

ولتحقيق غرض الدراسة اعتمدنا المنهج التحليلي والمقارن من خلال استعراض أهم آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، وموقف المشرع الجزائري منها، وأخيرًا تم التوصل إلى بعض النتائج التي توضح في مجملها بأن الحضانة من المواضيع التي لا تقبل الجمود ولا الوقوف على آراء الفقهاء، بل هي موضوع متجدد في كل زمان ومكان، مما يستلزم على المشرع الجزائري السهر على تطبيق أصول الشريعة الإسلامية من خلال إضافة تعديلات وتغييرات مناسبة على أحكام القانونية المتعلقة بهذه المسألة.

الكلمات المفتاحية: حضانة، فقهاء الشريعة، جوهرية، جمود.

Abstract:

Our study aims to shed light on the provisions of custody between jurisprudence and Algerian legislation, and custody is among the topics directly related to the family and society in its implementation, and that the legislator has established special provisions that control custody as one of the fundamental issues affecting the family entity, and to clarify its legitimate positions among jurists. To achieve the purpose of the study, we adopted the analytical and comparative approach by reviewing the most important opinions of Islamic Sharia jurists on this issue, and the position of the Algerian legislator regarding it. A renewed issue at all times, which requires the Algerian legislator to ensure the application of the principles of Islamic law by adding appropriate amendments and changes to the legal provisions related to this issue.

Keywords: Nursery, Sharia jurists, intrinsic, rigidity.