جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

-دراسة مقارنة-

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

من إعداد الطالبة سارة نوري

تحت إشراف الأستاذ مسعود هلالي

لجنة المناقشة :

1 – الدكتور / عباس عبد القادر. رئيسا.

2 – الأستاذ / هلالي مسعود. مقررا.

3 – الأستاذ / بشار رشيد . مناقشا.

الموسم الجامعي:2014/2013

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى

وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا

صدق الله العظيم

سورة الفرقان الآية 74

إهـــــــــداء

أهدي هذا العمل إلى:

من كان:

بطنها وعاء وثديها لي سقاء وحجرها لي حواء

إلى الحضن الدافئ والدتي الحبيبة أطال الله في عمرها

والى زوجي الغالـــــــــي

وإلى قرة عيني وفلذة كبدي سهير وعلي

وإلى كل أفراد عائلتي نسبا وصهرا حفظهم الله ورعاهم

وإلى كل أب وأم يربيان أطفالهم على الكلمة الطيبة والتربية الحميدة

وإلى كل أطفال الجزائر.

شكـر وعرفـــــان

إنني لأجد لزاما علي هنا,أن أبادر فأسجل شكري الخالص لأستاذي هلالي مسعود إذ تكرم بقبول الإشراف على إعداد هذه المذكرة, , وأمدني خلال ذلك من وقته الثمين,وتوجيهاته العلمية الدقيقة وملاحظاته القيمة.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى السادة الأساتذة الدكاترة المناقشين الذين لم يبخلوا علي بوقتهم الثمين لقراءة هذه المذكرة ومناقشتها .

وأتقدم بالشكر والإمتنان إلى زوجي العزيز الذي ساهم بشكل كبير في مساعدتي

كما أتقدم بشكري وامتناني الخالص لكل من ساهم من قريب أو من بعيد في مساعدتي على إنجاز هذه المذكرة.

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا

والحمد لله الذي علم بالقلم,علم الإنسان ما لم يعلم,أحمد الله سبحانه وتعالى,كرم الإنسان على سائر المخلوقات وجعله زينة الحياة الدنيا.

فإن الإنسان هو أساس الأسرة والأسرة هي الأساس في قيام المجتمع

الذي تتكون منه الشعوب والدول على اختلاف أجناسها وألوانها.

إن الطفولة تعاني اليوم مشكلا عميقا وخطيرا في تنشئتها ورعايتها.وهذا

المشكل جعل العقلاء ينادونا للحد منها, بإنشاء منظمات عالمية تهدف إلى حماية

هذه الطفولة وإعطائها مزايا تكفل لها حقوقها,وفي المقابل هذا نجد الشريعة

الإسلامية نبهت إلى أهمية تربية الطفل وتنشئته تنشئة صالحة, وأحاطته بسياج

قوي ومتين يحفظ كل حقوقه عبر مراحل حياته.

كما نبهت على أهمية الحضانة وخطورتها وتأثيرها على المحضون سلوكيا

وعقليا,لأن السلوك الفاضل أو الفاسد إنما ينبني على أساس الخلفيات الناشئة في

أدوار الطفولة ولأجل هذا اكتست هذه الأهمية لأن محورها وأساسها هو الطفل.

لأن طفل اليوم رجل الغد .

ارتأيت أن يكون عنوان مذكرتي على النحو التالي: **مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-.**

1 - الإشكالية :

فيما تتمثل مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي؟

وتحت هذه الإشكالية الأساسية تنطوي تساؤلات جزئية تسير في نفس المنحنى مصلحة المحضون باعتباره الطرف الضعيف .

1 – هل حاولت الاجتهادات الفقهية والقانونية تحقيق مصلحة المحضون ؟

2 – هل يمكن القول بأن قانون الأسرة الجزائري الجديد قد راعى مصلحة المحضون ومقارنتها بالفقه الإسلامي ؟

2- أسباب اختيار الموضوع :أ- الأسباب الشخصية:

إن اختياري لي موضوع الحضانة نظرا لي حساسيته وشدة ارتباطه بحياة الطفل في الأسرة خاصة إذا حصل تصدع لها بالطلاق الذي غالبا ما يذهب ضحيته الأطفال.

ومن المؤسف أن قضايا الطلاق هي القضايا الأكثر تداولا على محاكمنا منها المسائل المتعلقة بالحضانة باعتبارها مسائل تبعية لدعاوى الطلاق .

أن المشرع الجزائري علق معظم الأحكام الخاصة بالحضانة من حيث إسنادها أو إسقاطها على مبدأ مصلحة المحضون .

ومن بينها كذلك الأسباب التي دفعتنا للبحث في هذا الموضوع تتمثل في :

1 – معرفة أحكام الحضانة.

2 – الوزن الذي يحتله المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

3 – التعديل الجديد الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري في مسائل الحضانة والأساس الذي أعتمده المشرع .

ب – الأسباب الموضوعية :

نهدف من خلال موضوع بحثنا هذا إلى :

1 – بيان ما أولته الشريعة الإسلامية و القانون الأسرة الجزائري من اهتمام بالغ بالطفل عند انحلال الرابطة الزوجية.

2 – إبراز مكانة المحضون ومراعاة مصلحته في قانون الأسرة الجزائري الجديد.

3–أهميةالموضوع :

إن موضوع مصلحة المحضون هو موضوع يكتسي أهمية بالغة في حماية الطفل المحضون وصيانة حقوقه وذلك لأن الطفل هو الحلقة الأضعف في العلاقة الأسرية المنحلة لأن هذا الانحلال يؤثر عليه بشكل سلبي, الأمر الذي يستدعي بحث أحكام رعاية مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الإسلامي .

4- الصعوبات البحث :

من أشد الصعوبات التي واجهتني بصدد إعداد هذا البحث هو قلة المراجع المتخصصة وبالأخص المراجع المتعلقة بالقانون الجزائري فهي ضئيلة جدا.

كما أنني وجدت صعوبة في التعامل مع مواقع الانترانت في البحث عن بعض جزئيات الموضوع.

5- المنهج الدراسة :

إن المنهج المتبع في هذه الدراسة هو منهج وصفي وتاريخي حيث يتم بواسطته عرض ومناقشة مختلف المواد القانونية المتعلقة بالموضوع, إلى جانب استخدام المنهج المقارن مقارنته بالفقه الإسلامي في بعض الجوانب التي نراها تحتاج إلى المقارنة.

6- الدراسات السابقة :

لقد اشتملت الدراسات السابقة على موضوع الحضانة بصورة عامة, ولم تفرد مصلحة المحضون كبحث مستقل,حيث تطرق لها معظم الدارسين كونها جزئية من الحضانة ككل . ونجد أن المواد المعدلة لم تصدر بعد عنه الشروح ألا اجتهادات القضاة في القضايا المطروحة الخاصة بالحضانة.

7 – خطة البحث : وقد اعتمدت في دراسة هذا الموضوع الخطة التالية :

المقدمة :ضمنها العناصر المبينة أنفا .

الفصل الأول: أحكام الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

المبحث الأول : مفهوم الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول : تعريف الطفل المحضون والحضانة :

المطلب الثاني : شروط استحقاق الحضانة .

المبحث الثاني : مستحقي الحضانة وآثارها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول : مستحقي الحضانة .

المطلب الثاني : آثار الحضانة .

الفصل الثاني : حدود الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

المبحث الأول: مسقطات الحضانة وعودتها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول : مسقطات الحضانة .

المطلب الثاني : عودة الحضانة بعد إسقاطها .

المبحث الثاني : مدة الحضانة وتمديدها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول : مدة الحضانة .

المطلب الثاني : تمديد مدة الحضانة .

الخاتمة : وضمنها مجموع النتائج المتوصل إليها وبعض المقترحات .

الفصل الأول :

أحكـــام الحضانة بين الفقه الإسلامي

وقانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول : أحكام الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن الحضانة هي أهم أثر من الآثار القانونية لانحلال الرابطة الزوجية أو الطلاق,ووضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشئونه ويكفل الطفل ويحصل على التربية والرعاية الصحيحة .

فإن أحكام الحضانة جاءت في قانون الأسرة الجزائري لبيان أين تكمن مصلحة المحضون التي تناولها المشرع الجزائري بنصوص المواد الجزائري من 62 إلى 72 ق أ ج , ونجد الشريعة الإسلامية سبقت غيرها في التنبيه على أهمية الحضانة في تربية الطفل وتنشئته تنشئة صالحة كما جاءت بنصوص على خطورتها وتأثيرها المحضون في انحلال الرابطة الزوجية .

ويعد المحضون أي الطفل برعم الحياة وله حق الحياة ويتفرع منه العديد من الحقوق تحميه وتحيطه بالأمان لغاية تأهيله عقليا وجسديا لتولي زمام أموره والتعرف على واجباته نحو مجتمعه والآخرين.

وتناولت لدراسة أحكام الحضانة في هذا الفصل من خلال مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني : مستحقي الحضانة وآثارها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول : مفهوم الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لما تخلفه من آثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع.

إن القانون قد جاء بأحكام تتعلق بالحضانة, تقوم على مراعاة مصلحة المحضون,تم إقرار أحكام جديدة تهدف إلى وضع إطار جديد يتضمن حلول عملية لمشاكل حضانة الأطفال في حالة الطلاق.

كما أنه قد تبنى إنشاء ما يسمى بقضاء الأسرة, أي قضاة متخصصون في المسائل الأسرية نظرا لما تتطلبه هذه القضايا من تفكير وتركيز واجتهاد .

بعد استقلال الجزائر تبين جليا إن مساوئ النظام القانوني الاستعماري لم تقتصر على إبعاد أحكام الفقه الإسلامي في هذا المجال فحسب بل أستتبع ذلك تعدد القواعد والأحكام التي تطبقها كل جهة من الجهات القضائية.

مما دفع بالمشرع إلى تعديل مؤكدا بذلك التركيز على المنهجية المذهبية المقارنة.

وتناولت لدراسة هذا المبحث مطلبين هما :

المطلب الأول : تعريف الطفل المحضون والحضانة.

المطلب الثاني : شروط استحقاق الحضانة .

المطلب الأول : تعريف الطفل المحضون والحضانة.

الفرع الأول : نعرف الطفل المحضون والحضانة في الفقه الإسلامي:

يعد المحضون أي الطفل برعم الحياة, وغدا حقه في هذه الحياة حقا أساسيا يتفرع منه العديد من الحقوق تحميه وتحيطه بالأمان لغاية تأهيله جسديا وعقليا ونفسيا واجتماعيا لتولي زمام أموره والتعرف على واجباته نحو مجتمعه وتجاه الآخرين,وتشكل هذه الحقوق أهمية بالغة في حياة الطفل إذ فإن حمايته ومراعاته ولهذا ينبغي معرفة من هو الكائن الذي رتبت له هذي الحماية قبل معرفة الحضانة ولذلك تناولت فيه :

أولا : تعريف المحضون :

من هو هذا المحضون الذي توخي مصلحته الكثير,وسخرت بقية حمايته الأوراق والحبر ؟

كل ما يمكن أن نقوله الآن وكمقدمة أنه ذلك المخلوق الذي يعبر عنه بالطفل هذا الأخير استحوذ على مكانة بالغة من الاهتمام, وشغل فكر الكثير من المفكرين والفقهاء في شتى الدراسات .

1 – تعريف الطفل المحضون :

أ – التعريف اللغوي للطفل : الطفل بكسر الطاء مع تشديده :يعني الصغير من كل شئ عينا كان أو حدثا, والطفل بفتح الطاء الرخص النعم, والطفلة الصغيرة.

قال ابن الهيثم : قال الصبي يدعى طفلا حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم**(1).**

(1)إبن منظور,لسان العرب,المكتبة التوفيقية,القاهرة, لجزء الثامن, ص 198-199 .

ب – تعريف الاصطلاحي للطفل : اتفق جل الفقهاء على أن الطفل كائن ضعيف وقاصر بالطبيعة **(1)**.

ج – تعريف الطفل في الشريعة الإسلامية : واختلف الشريعة في سن الطفل إذا لم تظهر العلامات الطبيعية. ونجد الشريعة الإسلامية أولت اهتماما بالغا للطفل يبدأ قبل خروجه من بطن أمه في مرحلة تكوين الجنين وتنتهي بالبلوغ.
الطبيعي ببلوغ النكاح بأن تظهر في الغلام الرجولة والقدرة على النكاح,وفي الأنثى الحيض والاحتلام شئ من هذه العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن **(2)**.

2 – تعريف مصلحة المحضون :

إن المصلحة يتباين مفهومها بحسب الظروف الاجتماعية والثقافية والاقتصادية

لجأ إلى تعريف المصلحة العديد من الفقهاء على وجه الخصوص فقهاء الشريعة الإسلامية, ومن أجل ذلك سنعالج الموضوع من التعاريف هي :

أ – التعريف اللغوي للمصلحة : المصلحة لغة تعني المنفعة وهي مثلها لفظا,وإما

مصدر بمعنى الصلاح وتطلق أيضا حقيقة على المنفعة,مجازا على السبب

المؤدي إلى النفع.

---

(1)محمد أبوزهرة,الولاية على النفس,دار الفكر العربي, القاهرة,1994,ص9.

(2) فاطمة شحاته,أحمدزيدان,تشريعات الطفولة,دار الجامعة, الإسكندرية,2008,ص1

وكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة **(1)**.

ب – التعريف الاصطلاحي للمصلحة :ظهرت للمصلحة عدة تعاريف ,تتلخص أهمها في مايلي :

عرفها الخوارزمي :أنها المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق. وقال الإمام الغزالي هي جلب المنفعة ودفع المضرة . ومنها الشاطبي فقط بسط تعريفها وذكر معناها في الدين قال: وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية حتى يكون منعما على الإطلاق **(2)**.

ثانيا : تعريف الحضانة ومشروعيتها :

1– تعريف الحضانة :

أ – تعريف اللغوي للحضانة :الحضانة بفتح الحاء أشهر معناها لغة مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤنته وتربيته مأخوذة من الحضن .

أما الحضانة بكسر الحاء وهو الجنب, لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جنبها في الشرع حفظ الصغير. إن الحضانة مأخوذة من الحضن وهو الجنب,والمصدر

---

(1)حسن حامد حسان,نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي,مكتبة المتبني,القاهرة,1981,ص4.

(2)الشاطبي,الموافقات في أصول الشريعة,المكتبة التجارية,القاهرة, الجزء الثاني ,ص25.

حضن ومنه حضن الطائر بيضه وحضنت المرأة صبيها إذ جعلته في حضنها أي ربته,وتسمى المرأة الحاضنة والحاضن الموكلان للصبي يحفظانه ويربيانه **(1)**.

ب – التعريف الاصطلاحي للحضانة : عرفت الحضانة هي تربية الولد لمن له حق الحضانة,أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه كما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل كبير أو كمجنون,وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله في سن معينة ونحوها**(2)**.

2 – مشروعية الحضانة :

أ – حكمها : إنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك وتتطلب , الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق .

ب – الحكمة من مشروعية الحضانة : مشروعية الحضانة بالكتاب قال الله تعالى : " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ" ...سورة البقرة الآية223 **(3)**. وجه الدلالة فقد دلت هذه الآية الكريمة على أحقية الطفل في الرضاعة,ولا شك أن فترة الرضاع من مدة الحضانة.

ومشروعية الحضانة من السنة ما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال : إن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت :يارسول الله إن أباه طلقني,وأراد أن ينزعه عني **فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم** ":أنت أحق به مالم تنكحي".
الدلالة دل هذا الحديث على مشروعية الحضانة,لأن الأم أحق بها **أما الإجماع** فقد انعقد.

---

(1)عبد المطلب عبد الرزاق حمدان,الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي,دار الجامعة,القاهرة,2008,ص5.

(2)وهبة الزحيلي,الفقه الإسلامي وأدلته,أحوال شخصية ,دار الفكر,سوريا, طبعة2,1985, جزء7 , ص717.

(3)سورة البقرة:الآية223.

الإجماع على مشروعية الحضانة,لمصلحة الولد ولذلك وجبت إنجاء للطفل من الهلكة.

الفرع الثاني : تعريف الطفل المحضون والحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

يعد المحضون أي الطفل برعم الحياة,وله العديد من الحقوق تحميه وتحيطه بالأمان وتأهله جسديا,ولذا ينبغي معرفة من هو الكائن الذي خصصت له الحضانة قبل التطرق لتعريف الحضانة.

أولا : التعريف القانوني للطفل المحضون :

لقد اختلفت التشريعات الوضعية في تعريفها للطفل وذلك لاختلافها في تحديد كل من سن التمييز وسن الرشد وهذا يرجع إلى عدة عوامل سواء كانت طبيعية أو اجتماعية أو ثقافية . إن تعريف المحضون لم يرد إلى قليلا مقارنة مع تعريف الحضانة الذي دون فيه الكثير,وحسب رأينا يمكن التوصل إلى تعريفه عن طريق الاستنتاج من تعاريف الحضانة سواء الصادرة من الفقه أو عن التشريع.

1 – تعريف الطفل في القانون الدولي العام:

لقد أدرك المجتمع الدولي الدور الذي يلعبه الطفل في مصير الإنسانية **(1)**. وتفهم عمق المسألة وخطورتها ,ومن أجل هذا اهتم بالطفل أحسن اهتمام وأعتبره شخصا من أشخاص القانون الدولي العام,فسخر له الإعلانات والمواثيق والاتفاقيات .

لتذيع حقوقه وتظهرها وتدافع عنها,وقد كرست هذه النصوص مفهوم الطفل بالسن. البروتوكول الملحق باتفاقيات الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية في المادة3,واتفاقية لاهاي 1993,والإطار العربي لحقوق الطفل سنة 2001 في بنده الأول, والميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته 1990 في المادة 2,اتفقت كلها على

---

(1)محمد أبوزهرة,الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي,جزء1,ص337.

أنه كل إنسان لم يتجاوز18سنة.

وقد انعرج عن هذا الإجماع اتفاقية لاهاي 1956 المتعلقة بالغداء والتي حددت الحد الأقصى للطفل ب 21سنة وكذا ميثاق حقوق الطفل العربي 1983 والذي يبين في مقدمته أن السن الأقصى للطفولة هي 15سنة . يمكن القول بأن المجتمع الدولي بالرغم من مجهوداته المبذولة في سبيل رعاية الطفل وترقيته لم يستطيع أن يوحد تعريفه,وأنه لم يعرف الطفل أو تقسيمات وإنما كان ذلك بتحديد سنه.

2– تعريف الطفل في القوانين الوطنية :

أ – تعريف الطفل في القوانين المختلفة : بادئ ذي بدء نشير إلى أن التشريعات تتباين في التسميات التي تعطيها للطفل,بل وتختلف أيضا حتى داخل الدولة الواحدة حسب الموضوع المنظم ولعلى حتى السلطة المختصة فأحيانا يعبر عنه بالطفل وبالقاصر وتارة بالحدث,وطورا بالصغير وحتى الصبي وبالغلام تسميات كثيرة لشخص واحد.

ورجوعا إلى ما نحن خوض البحث عنه,نقول أن القوانين العربية سارت على درب القانون الدولي بشأن تعريف الطفل ,حيث اعتمدت هي الأخرى على السن بفصل الطفل عن غيره من الفئات. وتجدر الإشارة أن المشرعين الجزائري و المغربي لم يفكرا بتخصيص قانون للطفل كما فعل المشرع التونسي,وبهذا نضطر إلى البحث عن تعريف له.

الملاحظة أنه كما تعددت التسميات, تعددت سنوات المحددة للطفولة, حدد القانون المدني الجزائري سن الرشد19سنة كاملة **(1)**.

أما قانون العقوبات جزائري فإن سن الرشد الجنائي المسؤولية الجنائية فيه هي18 سنة كاملة . أما مجلة حماية الطفل التونسية نفس سن الرشد الجنائي ب 18 سنة.

---

(1)أنظر,نص المادة40من القانون المدني الجزائري,ص5.

ب – تعريف الطفل المحضون في القانون الأسرة :عرف الأستاذ أحمد محمد بخيت بأن المحضون هو من لا يستقل بأموره في ما يصلحه ولا يتوقع ما يضره حقيقة أوتقريرا **(1)**.

كما عرف إبن رشد وهو من لا يستقل بأمور نفسه بسبب صغر سنه أو عدم سلامة عقله أو بسبب عزوبته .وانطلاقا من هذه التعاريف نتوصل إلى أن المحضون هو كل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء طلاق أو وفاة,سواء هذا القصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله.

لم يجد المشرع التونسي في مجلته,سن المحضون ,أي مدة انتهاء الحضانة على خلاف المشرعين الجزائري والمغربي والمصري الذي عالجه .

3 – التعريف القانوني لمصلحة المحضون :

أ – تعريف الفقه القانوني للمصلحة : عرف العميد جوس ران المصلحة على أنها في اللغة العامة كما هي في اللغة القانونية وخاصة أنها تعني المنفعة الشخصية للفرد و قد أيد الإمام أبو زهرة هذا التعريف في شطره الأول ولكن خالفه في الثاني .

على أن المصلحة منفعة المجموع . وأكد البعض أن المصلحة هي الغاية من الحق وليست الحق ذاته **(2)**.

إنقسم مفهوم المصلحة عند فقهاء قانون الإجراءات إلى نظريتين :الأولى : عرفها بأنها كل ما يصلح به المرء من شأن بمنفعه تأتيه إذا هو مارس حقا أو أقام دعوى,أو أنها السبب الذي من أجله يرفع المتقاضي دعواه,فرفع الدعوة بما يطلبه المدعي يحقق له مصلحة بصيانة حق قانوني أو مركز قانوني يخصه.

---

(1)أحمد محمد بخيت,إسكان المحضون في الفقه الإسلامي,دار النهضة,القاهرة,2005,ص56.

(2)عبد الفتاح عبد الباقي,نظرية الحق, ,مطبعة النهضة الجديدة,القاهرة طبعة2, 1965,ص303.

الثانية : فتلك المتعلقة رأوا أن المصلحة هي طلب التعويض عن الضرر الذي يصيبنا,وكلتي الصورتين تعتبر المصلحة أحد شروط رفع الدعوى.

ب – تعريف قانون الأسرة للمصلحة : إن التشريعات الأسرية,فإنها لم تعطي تعريفا للمصلحة,وإنما وظفت تارة لفظ المصلحة,وتارة أخرى شملت فكرتها دون ذكر المصطلح . نلاحظ أن المشرع الجزائري من بين التشريعات العربية لم يعرف المصلحة وإنما تركها للفقه.

بينما الملاحظ على التشريعات العربية اتفقت أنها على توظيف المصلحة في نفس المسألة من بعض المواضيع. نجد أنه المشرع المغربي من المادة 20منه والمادة 7 ق أ ج,عالج فيه الإذن بالزواج دون السن القانوني وقيده بمصلحة الطرفين, وكذا ولاية الزواج,أما المشرع التونسي فإنه احتوى هذه المصلحة ضمنيا بكلامه عن القاصر وتقييد زواجه بموافقة الولي .

ثانيا :التعريف القانوني للحضانة :

1 – تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

نجد أن قانون الأسرة الجزائري الجديد جاء بتحديد معنى الحضانة في المادة 62 ق أ ج /1 :"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا..... "**(1)**.

يعتبر تعريف التشريع الجزائري على رغم احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر

---

(1) القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04-05-2005 المتضمن الموافقة على الأمر 02-05 المؤرخ في 27-04-2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11-84 المؤرخ في 09-06-1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري,الجريدة الرسمية رقم43 .

أحسن تعريف من حيث شمول حاجيات المحضون الصحية والدينية والخلقية والتربوية .**(1)**

لذلك يعتبر من نافلة القول أنه يجب على القاضي عندما يحكم بالطلاق ويفصل فيحق الزيارة والحضانة أن يراعي هذه العناصر كلها ومن أهمها حاجيات المحضون ومصلحته .

2– أهداف الحضانة من خلال تعريف قانون الأسرة :

وخلافا لما ألفه وتعود عليه المشرع الجزائري ففي المادة 62 منه عرف الحضانة ولم يتركها للاجتهاد,ومما تقدم فإن أهدافها تظهر فيمايلي :

أ – تعليم الولد : ويقصد به التعليم الرسمي والتمدرس الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا أو إجباريا إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانيته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي **(2)**.

ب – تربيته على دين أبيه :ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة30ق أ ج أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة,فالقاضي يمنح لها حق الحضانة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل.

ج – السهر على حماية المحضون : تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المادية والمعنوية,فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء جسدي كالضرب والمعنوي كالشتم,كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية في حدود ما يسمح به الشرع .

(1) عبد العزيزسعد,قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق,دار الهومة,الجزائر طبعة3, 2011,ص139

(2) باديس ذيابي,أثار فك الرابطة الزوجية,دار الهومة,الجزائر,2008,ص51.

د – حماية الطفل من الناحية الخلقية :فهي تتطلب وترتبط مدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا سويا وحمايته من مخاطر الشارع .

هـ – حماية المحضون صحيا :فيكون على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها,وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك .

بينما نجد التشريعات العربية أيضا عرفت المحضون منها المشرع المصري في المادة 20 هي حق الصغير في أن يكون في رعاية أمه حتى سن الاستغناء عن خدمة النساء ببلوغه سنا معينا وهي15 سنة. أما المشرع المغربي عرفها في المواد 136و229و236هي حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه على الحاضن'أن يقدم المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه,والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي وفي حالة الضرورة إذا خيفا ضياع مصالح المحضون . أما المشرع الأردني هي القيام بحفظ الصغير غير المميز وغير القادر على الاستقلال بأموره لتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه,وتكون عادة للنساء .أما المشرع التونسي في الفصول 54و67 بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته والحضانة هي من حقوق الأبوين.....

المطلب الثاني :شروط استحقاق الحضانة :

إن الحضانة خلافا لباقي توابع الطلاق,ليستا حقا بحثا للشخص المسندة إليه بل هي حقا للمحضون كون أنها شرعت من أجل رعايته وتربيته وحفظه صحة وخلقا,ويجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط استحقاقها ويحقق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون . ونجد شرط الشارع في استحقاقها أمورا باجتماعها يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة وفقدان واحد منها يتطرق الخلل إلى تربية الطفل الصغير وتضيع مصالحه وجاءت الحضانة لرعاية هذه المصالح وصيانتها .ومن خلال هذه الشروط لدراستها اقترحت فيها أولا في الفقه الإسلامي والثاني في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول : شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي:

أولا: تعريف الشرط في اللغة والاصطلاح

1 – تعريف الشرط في اللغة: الشرط بسكون الراء إلزام الشيء والتزامه. أما بفتح الراء معناه العلامة ويجمع على أشراط ومنه أشراط الساعة أي علاماتها .

2 – تعريف الشرط في الاصطلاح :هوما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولاعدم لذاته,او هو ما يتوقف عليه وجود الشيء , وليس مؤثرا فيه ولا موصلا إليه**(1)**.

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في المحضون والحاضن :

1 – شروط الواجب توافرها في المحضون: المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه,كطفل وكبير كمجنون أو معتوه,فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعتوه,فأما البالغ الراشد فلا حضانة عليه وإليه الخيرة في الإقامة عند من يشاء من أبويه فإن كان رجل فله الإنفراد بنفسه لاستغنائه عنهما,ويستحب أن لا ينفرد عنهما,ولا يقطع برهما **(2)**.

2 – الشروط الواجب توافرها في الحاضن: تنقسم إلى نوعين هما :

أ **– الشروط العامة في النساء والرجال:** وهي الشروط الواجب توفرها في الحاضن هي : – **البلوغ والعقل** : فلا حضانة للصغير ولو كان مميزا لأنه عاجز عن رعاية شؤونه بنفسه. فلا حضانة لمجنون ولا لمن له طيش أوعته**(3)**.

---

(1)عبد المطلب عبد الرزاقحمدان,الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي,المرجع السابق,ص29–30.

(2)وهبةالزحيلي,الفقه المالكي الميسر , دارالكلم,بيروت ,طبعة2 ,2003, جزء3,ص290.

(3)محمد الخطيبالشربيني,مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج, دار الفكر,ص454–455.

- **الرشد** : فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا مال المحضون يتلف .

- **الإسلام** : أن شرط الإسلام فقد اختلف فيه الفقهاء على قولين هما :

- **القول الأول** : **عدم اشتراط الإسلام** : نجد أن الحنفية والمالكية والظاهرية لم يشترطوا الإسلام يبقى المحضون مع الحاضنة غير المسامة عند المالكية إلى انتهاء المدة شرعا(**1**).

القول الثاني : **اشتراط الإسلام** : عند الشافعية والحنابلة فلا حضانة لكافر على مسلم إذ لاولاية عليه لأنه ربما فتنة عن دينه,وتثبت للكافر على الكافر وللمسلم على الكافر بالأولى أن فيه مصلحة له .

-**الحرية** : يشترط الحرية في الحاضن قال به الحنفية الشافعية والحنابلة لا حق لأمة وأم الولد في حضانة الولد الحر لأن الحضانة ضرب من الولاية(**2**).

-**الأمانة في الدين والأخلاق** : فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه كالفاسق رجل أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا,قال الحنابلة لا حضانة لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها أما الشافعية لا حضانة لرقيق ومجنون وفاسق لأنه لا يلي ولا يؤتمن لأن المحضون لا حضن له في حضانته لأنه ينشأ على طريقته وتكفي العدالة(**3**).

القدرة على الحضانة والخلو من المرض : هي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه فلا حضانة للعاجز لكبر سنه أو مرض فالمرأة العاملة إن كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون أهلا للحضانة ولكن لا يسقط حقها في الحضانة .

---

(1)وهبة الزحيلي,الفقه الإسلامي وأدلته,المرجع السابق,جزء 7,ص726.

(2)علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني,بدائع الضائع في ترتيب الشرائع,المرجع السابق,جزء4,ص42.

(3)محمد الخطيب الشربيني,مغني المحتاج إلى معرفة المنهاج,المرجع السابق,جزء3,ص455.

ب – الشروط الخاصة في النساء والرجال :

1 – الشروط الخاصة بالنساء : يشترط في المرأة الحاضنة الشروط التالية :

-**أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه :** أن جمهور الفقهاء إتفق على هذا الشرط على الحديث هو:أنت أحق به مالم تنكحي, لأن الصغير يعامل بقسوة وكراهية فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه فلا يسقط حقها في الحضانة لأن من تزوجته له حق في الحضانة وشفقته تحمله على رعايته .

-**أن تكون ذات رحم محرم من المحضون :** فيشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم محرم للطفل كأمه,أخته,خالته,جدته,لأن مبنى الحضانة على الشفقة وذات الرحم المحرم هي المختصة(**1**).

-**أن لا تقيم الحاضنة مع التي سقطت حضانتها :** فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت إلا إذا انفردت بالسكن عنها وهذا شرط عند المالكية . أما

الشافعية والحنابلة إذا كان المحضون رضيعا أن ترضعه الحاضنة فإن لم يكن لها لبن أو امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها .

2 – الشروط الخاصة بالرجال : إذا كان ممكن له حق الحضانة رجلا اشترط فيه بالإضافة إلى ما تقدم من الشروط العامة التالية مايلي :

-**أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى :** فذهب المالكية إلى كونه محرما كأب أو أخ وإلا فلا مأمونا ,أما عند الحنفية فقالوا .....ثم ابن عم لأب أن كان كان الصبي غلاما وإن كانت جارية فلا تسلم إليه لأنه ليس بمحرم منها لأنه يجوز لهو نكاحها فلا يأتمن عليها(**2**).

---

(1)عبد المطلب عبد الرزاق حمدان,أثار الحضانة في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي,المرجع السابق,ص41.

(2)علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني ,بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع,المرجع السابق,جزء4,ص4.

-**أن يكون وليا للمحضون أو من عصبته** : سواء كان رحما محرما كالعم,والجد أورحما غير محرم كابن العم أولا .

-**أن يكون عنده من الإناث من تصلح للحضانة** : أن يكون عنده من يحضن من الإناث,كأم أو زوجة أو خالة...لأن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كالنساء فإن لم يكن للرجال من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة**(1)**.

ومن كل هذه الشروط نجد أن أنظار الأئمة واجتهاداتهم كلها تنصب على العناية بالطفل ويحيطه في نفسه وبدنه في جميع أطواره وأحواله .

الفرع الثاني :شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

في ضوء الحقائق السابقة, يجب أن نقول إن تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ومقدرة معينة ودفع كل ما يلحق به من ضرر, وفي كل ذلك أنه يشترط في استحقاقها شروط باجتماعها يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة وتحقيق المصلحة المسطرة, ولا يكفي في الحاضن البلوغ والرشد لكي يكون أهلا للحضانة و وإنما تملي مصلحة المحضون شروط أخرى تتعداهم إلى السلامة العقلية والجسدية والأمانة والخلق مع أن هناك شروط أخرى, وغن كانت ذات طابع ديني. فالمشرع الجزائري خلافا للتشريعات العربية الأخرى, لم يسرد شروط الحضانة في مادة واحدة, وإنما أحملها في عبارة واحدة .

أولا : الشروط العامة الواجب توفرها في الحاضن :

فالمشرع الجزائري نجد أنه لم يسرد شروط الحضانة في مادة واحدة وإنما أجملها في عبارة واحدة أهلا للقيام بذلك, وهذا ما أشارت إليه المادة 02/62ق أج:"ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" **(2)**.

---

(1)أحمد الدردير,الشرح الصغيرعلى مختصر أقرب المسالك, مؤسسة العصر,الجزائر,1992, جزء ثاني, ص220.

(2) قانون رقم :09-05المعدل والمتمم للأمر:11-84المتضمن قانون الأسرة .

1 – الأهلية المشترطة في مستحق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

أ – المقصود بالأهلية : الأهلية في اللغة هي الصلاحية للأمر أو صلاحية الشخص لصدور الأمر عنه وطلبه منه .

أما في الاصطلاح عرفها بأنها قدرة الإنسان على الالتزام وعلى مباشرته شخصيا ما يترتب من تصرفه من حقوق وواجبات.

ب – المقصود بالأهلية من خلال فقهاء الجزائريين:عرفها الأستاذ لشعب بأنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات والقيام بالإعمال والتصرفات القانونية التي يترتب عليها كسب هذه الحقوق أو التحمل بهذه الالتزامات.

ثانيا : الشروط الخاصة الواجب توافرها في الحاضن :

يشترط أن تتوفر فيها صفات معينة أي خاصة حتى تكون في حضانته منفعة للصغير,سواء كانت في النساء أو الرجال, بالرجوع لنص المادة 222 ق أ ج فيشترط أن تتحقق فيها الأوصاف التالية هي :

1 – العقل والبلوغ : وذلك لان الحضانة ولاية, وغير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى شؤون غيره م81 ق أج, فلا حضانة لمجنون لأنه في حاجة لمن يرعى شؤونه**(1)**.

وأن الصغير والصغيرة لا يستطيعان أن يقوما برعاية أنفسهم,فلا تصلح لرعاية غيره فلا حضانة للصغير الغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤونه بنفسه وسن البلوغ حسب القانون الجزائري هو 19 سنة .

2 – القدرة : وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته أي بمعنى أن تكون الحاضنة صحيحة الجسم قادرة على القيام بمتاعب الحضانة فلو كانت

---

(1)العربي بلحاج,قانون الأسرة الجزائري,الزواج والطلاق, د.م.ج,الجزائر, طبعة واحد ,2002, جزء واحد ص382.

عاجزة عن ذلك لمرض أو عاهة أو شغل أو لم تكن أهلا للحضانة أو مرض معدي وكان وجود الطفل خطر على حياته(**1**).

3 – الأمانة والاستقامة : فلا حضانة للمرأة لغير آمنة على تربية الولد وتقويم أخلاقه والفاسدة التي لا تقوم للأخلاق الفاضلة ولا المهملة لأن الطفل تتطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه ويحاكيه فينشأ على أخلاقها السيئة .

4 – أن تكون قريبة للطفل : وتكون ذات رحم محرم منه, فلا حضانة لغير القريبة وان لا تكون المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير .

أما بالنسبة للرجل فيشترط فيه لاستحقاق الحضانة أن يكون عصبة للصغير,على الترتيب في الإرث وأن يكون محرما فلا حضانة لابن العم بالنسبة للأنثى أما حضانة له بالنسبة للصبي .

5 – الإسلام اشترط المشرع الجزائري في المادة 62 أن تكون التربية الدينية للمحضون طبقا لدين أبيه .

من تفحص النصوص القانونية يتبين أن الحلول التي تضمنتها التشريعات العربية فقد اختلفت بوجه عام وتباينت . وقد كان تباينها جوهريا من حيث الصياغة التي جاءت بها نجد أنه اشترط المشرع التونسي في مستحق الحضانة أن يكون (مكلفا) بينما كان المشرع المغربي في لباسه القديم يشترط الحضانة العقل والبلوغ بينما المشرع الجزائري اكتفى بالقول ان يكون أهلا لتولي الحضانة ...

وقد جاء في المادة 155 قانون الأحوال الشخصية الأردنية بخصوص شروط الحضانة يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة, عاقلة ,أمينة,لا يضيع الولد عندها لإشغالها عنه, وقادرة على تربيته وصيانته وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وألا تمسكه في بيت مبغضه .

---

(1)عبد القادربن حرزالله ,الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق, دار الخلدونيه, طبعة واحد ,ص359 .

كما اشترط في الرجال البلوغ, والعقل والقدرة على رعاية المحضون والأمانة,وأن يحضن الصغير في مكان أمن, ويكون راشدا,وأن لا يكون مصاب بمرض منفر وان يكون عند الحاضن من يحضن من الإناث**(1)**.

---

(1)أحمد محمد علي داود,الأحوال الشخصية المقارن بالقانون الأردني, دار الثقافة للنشر والتوزيع,الأردن,2009, الجزء3,ص32-33.

المبحث الثاني : مستحقي الحضانة وأثارها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري :

في حالة الطلاق بين الزوجين فإن مشكل الحضانة يطرح بحدة وكثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة فكل واحد منهما يريد الحضانة و نجد أن النصوص الشرعية والقانونية قد راعى فيها مقدرة كل من الأبوين على القيام بهذه المهمة وبالتناوب بينهما كما أعطى الأولوية لجهة النساء عموما قبل الرجال وأعطى الترتيب اهتماما بالغا للأشخاص الأقرب للطفل والأكثر جودا للعطف والشفقة, بل الأكثر حرصا على تربية الصغير وتأديبه وتعليمه وذلك لمصلحة المحضون,كما رتب المشرع الجزائري أثار لممارسة الحضانة لكلا الزوجين المنفصلين فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته النشأة الصالحة فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون, وكون الحاضنة تبذل مجهودات مادية ومعنوية في سبيل تربية المحضون والسهر على مصالحه.

فمن خلال هذا المبحث لدراستنا له خصصت فيه مطلبين هما :

المطلب الأول : مستحقي الحضانة.

المطلب الثاني : آثار الحضانة.

المطلب الأول : مستحقي الحضانة .

لقد اعتمد المشرع الجزائري مبدئيا على المنهجية الفقهية في تحديد الأشخاص المستحقين للحضانة, رغم التعدد في النصوص والاختلاف في الأحكام, فإننا لا نستطيع التوصل إلى النتيجة المتماشية مع مبدأ مصلحة المحضون نستعرض من جهة إلى بسط الترتيب المتشعب للحواضن الذي جاء به الفقه الإسلامي مع تبيين المبادئ التي بني عليها أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم ثم من جهة أخرى ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الأول : مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي :

صاحب الحق في الحضانة : نجد أنه اختلف فيه بين الفقهاء فقيل : إن الحضانة حق للحاضن وهو رأي الحنفية والمالكية لأن له أن يسقط حقه ولو كانت الحضانة حقا للغير لما سقطت بإسقاطه. وقيل : بأنها حق للمحضون فلو أسقطها هو سقطت.

والظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا حق الحاضنة وحق المحضون وحق الأب أو من يقوم مقامه وتفرع عن ذلك الأحكام :

-تجبر الحاضنة على الحضانة إذا تعينت عليها, بأن لم يوجد غيرها.

-لا تجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تتعين عليها .

-إذا إختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج .

-لا يصلح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق بالحضانة(**1**).

أولا : أصحاب الحق في الحضانة وأصحاب من ليس لهم الحق فيها :

---

(1)وهبة زحيلي,الفقه الإسلامي وأدلته,المرجع السابق,جزء7,ص718.

1 – أصحاب الحق في الحضانة : الحضانة تكون للنساء والرجال المستحقين لها إلا أن النساء يقدمن لآن المرأة عادة أشفق على الصغير وأقدر على خدمته,ثم تصرف للرجال لأنهم على الحماية والصيانة أقدر(**1**).

أصل ترتيب أصحاب الحق في الحضانة : اتفق الفقهاء على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال, وحجتهم في ذلك أنه إذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب يقتضي القياس أن تكون للنساء أولا دون الرجال .لأن النساء أليق بالحضانة لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها, وأشد ملازمة للأطفال (**2**).

الأم : هي أحق بالولد وبكفالته بعد الفرقة بالطلاق أو الوفاة بالإجماع, إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة فجور يضيع الولد كالزنا... وكذلك الأم أشفق عليه وأقرب ولا يشاركها في القرب إلا الأب, وليس له مثل شفقتها, ولا يتولى الحضانة لنفسه وإنما يدفعها إلى آمراته, وأمه أولى به من امرأة أبيه(**3**).

الأصل رواه أبو أيوب قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها, فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة(**4**).

---

(1)عبد المطلب عبد الرزاقحمدان,الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي,المرجع السابق,ص12.

(2)علاء الدين أبي بكر بن مسعودالكساني,بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع,المرجع السابق,جزء4,ص41.

(3)موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمودبن قدامة,المغني, دار الكتاب العربي,بيروت,1983, الجزء11,ص518.

(4)الترمذي,سنن الترمذي, دار الفكر,بيروت,1983, جزء2,ص376.

أما الاختلاف يأتي في ما بعد الأم من النساء والرجال :

-**قول الحنفية** : ذهب الحنفيةأنهاإن لم توجد الأم أو وجدت ولم توجد فيها شروط الحضانة فالحضانة تستحقها أم الأم فإن لم توجد فأم الأب ثم الأخوات الشقيقات ثم لأم ثم لأب والخالة وتقدم الخالة الشقيقة على لأم ثم لأب وتقدم بنت الأخ الشقيق على بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ثم العمات تقدم العمة الشقيقة على لام ثم لأب وبنات الأخ مقدمات على العمات ثم تأتي خالة الأم ثم لأب. أما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حقا لهن في الحضانة . أما العصبة إذا لم يكن للصغير امرأة من محارمه النساء اللاتي ذكرنا ترتيبهن فالحضانة للعصبات أي الولد الصغير على ترتيبهم في الإرث أول العصبات الأب ثم الجد وإن علا ثم الاخالأخ الشقيق ثم لأب ثم لأم ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب وإن نزل ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم لأم إذا لم يكن للصغير عصبة تدفع إلى الأخ لأم ثم إلى والده ثم إلى العم لي أم, ثم غلى الخال لأب ولأم, ثم لأب ثم لأم .

الترجيح عند التساوي في الدرجة : إذا اجتمع المستحق الحضانة في درجة واحدة كإخوة وأعمام فأولى بالحضانة أصلحهم وإن تساووا فأحسنهم .

-**قول المالكية** : إن لم توجد الأم بأن ماتت فأمها وإن لم توجد الجدة وإن علت.. إن لم يوجد فخالته, وإن لم توجد فخالتها خالة الأم,إن لم يوجد فعمتها, ثم جدته لأبيه,ثم أم أمها وإن علت, ثم أبوه, فأخته أي أخت المحضون, فعمته, فعمت أبيه, فخالته أي خالة أبيه, فبنت أخيه شقيقة أو لام أو لأب, فالأخ الشقيق اي من جهة الأب الأقرب, فابن

الأخ, فالعم, فابنه, وقدم في الحضانة الشخص الشقيق ذكرا كان أو أنثى على الأخرى للأم من كان من جهة الأم أشفق ممن كان على جهة الأب **(1)**.

---

(1)أحمدالدردير,الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك,المرجع السابق,جزء2,ص220.

الترجيح عند التساوي : قدم في التساوي كأختين وخالتين بالصيانة والشفقة .

– **قول الشافعية : اجتماع النساء دون الرجال وهن من أهل الحضانة** : الأم أحق من غيرها ثم تنتقل إلى من يرث من أمهاتها لمشاركتهن الأم في الولادة والإرث ويقدمن على أمهات الأب,عدم حضانة أمهات الأم تنتقل الحضانة إلى الأخت والخالة ويقدمن على أم الأب . وتكون الأخت من الأب والأم, الخالة ثم لأب الأب ثم لأخت من الأب ثم للعمة .

اجتماع الرجال دون النساء : *كالأب والجد وإن علا, والأخ لأبوين أو لأب والعم* . الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم لأب, وكذلك ذكر وارث غير محرم كابن عم وأن له الحضانة(**1**).

إجتماع الرجال والنساء في الحضانة : الأم وإن علت, ثم الأب, ثم الأم لأب وإن علت, ثم تقدم على الأب الخالة والأخت وأخت الأم لإدلائها بالأم فيسقط بيهما

–**قول الحنابلة** : يرى أن الأحق بالحضانة هم الأم, ثم أمهاتها, وإن علت, ثم الأب ثم أمهاته, ثم الجد ثم أمهاته, ثم الأخت لأبوين ثم لأم ثم لأب, ثم الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب , ثم العمة , ثم بنت الأخ, ثم بنت عم لأب, ثم باقي العصبة الأقرب بالأقرب .

2 – أصحاب من ليس لهم الحق في الحضانة :

أ – الرقيق : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الحضانة لا تثبت للرقيق لأن للحضانة ولاية ولا ولاية للرقيق

---

(1)محمد الخطيب الشربيني,مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج,المرجع السابق,جزء3,ص453.

. ذهب المالكية إلى ثبوت الحضانة للأم الرقيقة فهي أحق بولدها الحر لأنها أم مشفقة **(1)**.

ب – الفاسق : اتفق الفقهاء على أن الحضانة لا تثبت لفاسق وذلك لان الفاسق لا يوثق به فهولا يلي ولا يؤتمن على المحضون, لأن الولد ينشأ على طريقته .

ج – الكافر على المسلم :لا تثبت له الحضانة للكافر على المسلم لأن الحضانة ولاية ولا ولاية لكافر على مسلم مصدقا **قال الله تبارك تعالى** :وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا – سورة البقرة آية 141 **(2)**.

د – المتزوجة من أجنبي : فلا تثبت الحضانة للمرأة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون حتى ولو رضي الزوج لئلا يكون الطفل في حياته أجنبي مع وجود المستحق .

ثانيا : علاقة الوالد بالمحضون وهو عند حاضنته وحق زيارته :

اتفق الفقهاء على أنه لكل أبوي المحضون حق رأيته وزيارته إذا افترق, قال الحنفية أنه : متى كان الولد عند أحد الأبوين, فلا يمنع الأخر من رؤيته وزيارته وتعهده إن أراد ذلك **(3)**.

1 – حضانة الولد لا تعني انقطاع علاقة الوالد به : إذا آلت الحضانة للأم فهذا لا يعني انقطاع الأب بها, فالأب هو الملتزم بنفقته وبأجرة حضانته وله الحق في رؤيته ورقابته ولا يحق للحاضنة منعه من ذلك .

---

(1)عبد المطلب عبد الرزاقحمدان,الحضانةوأثارها لتنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي,المرجع السابق,ص24.

(2) سورة البقرة:الآية141.

(3) محمد أمينبن عابدين,حاشية ابن عابدين, دار الكتب العلمية,بيروت,1994, جزء3,ص571.

2 – للأب زيارة ولده عند حاضنته : من حق الأب أن يزور ولده المحضون عند حاضنته في بيتها على أن تكون هذه الزيارة بالحدود الشرعية .

قال ابن قدامة :إذا كانت الجارية عند الأم أو الأب فإنها تكون عنده ليلا ونهارا, ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الأخر من غير أن تخلو الزوج بأمها ولا يطيل ولا ينبسط لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الأخر **(1)**.

3 – للأب أن يأخذ المحضون ليعلمه والمبيت عند حاضنته : أن الأب له حق القيام بجميع أمور ولده وله أن يختته في داره ثم يرسله لأمه**(2)**.

4 – لاتقوم الحاضنة بما يمنع الأب من زيارة ولده عندها : إذا كان من حق الأب أن يزور ولده عند حاضنته ليطمئن على حاله فلا يجوز للأم الحاضنة أن تمنعه من زيارته .

الفرع الثاني : مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

أولا : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة :

نجد أن المشرع الجزائري ذكر أصحاب الحق في الحضانة أشخاص عديدون ولهم مراتب ودرجات محددة في القانون .

نصت المادة 64 ق أ ج : "الأم أولى بحضانة ولدها, ثم الأب ثم الجدة لأم,ثم الجدة لأب,ثم الخالة,ثم العمة,ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

---

(1)موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمودبن قدامة,المغني,المرجع السابق,جزء11,ص226.

(2)أبو هبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربيالحطاب,مواهب الجليل شرح مختصر خليل, ,دار الفكر, طبعة3 ,1992 جزء4,ص215.

في كل ذلك, وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة(**1**)".
ويتضح من خلال المادة أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين فيهاحسب الترتيب الذي وضعهم فيه القانون, وهذا الترتيب ليس إلزاميا على المحكمة, أن القاضي يبحث عن الشخص والمكان الملائم لإسناد الحضانة وأن لا يتقيد بالترتيب, كما أنه لا يسند الحضانة للقريب البعيد ويترك الأقرب منه درجة للصغير مع دائما مصلحة المحضون(**2**).

قد سار المشرع الجزائري في هذه المبادئ الفقهية الإسلامية, حيث عمد إلى ذكر أصحاب الحق في الحضانة ورتبهم على منوال في نص واحد في المادة المذكورة أعلاه .

1 – أولوية الأبوين مبدأ راع لمصلحة المحضون :من باب الواقع, تنادي مصلحة المحضون كما أشرنا إليه, أن يقدم للولد العناية الكاملة ويوفر له الاهتمام الكافي .

أ – حق الأم في الحضانة بين الأولوية والمساواة :إذا كانت النساء أولى بالحضانة, فإن أم المحضون تتصدرهن وتسبقهن, هذا ما اعترف به المشرع الجزائري نستنتج أن مبدأ أولوية الأم في الحضانة في صورتها القديمة والتي شاهدها الفقه الإسلامي منذ زمن كبير مازالت تجد لها مكانا فسيحا وأرضا حضيه في القضاء الجزائري

ب – تقدم الأب عامل أخر لتحقيق مصلحة المحضون : أن التشريع الجزائري أكد أهمية الأب في الحضانة وأولويته ليس على الحواضن الرجال فحسب بل والحواضن النساء, ذلك لكون الأب يحرس على مصلحة ولده أكثرمن غيرهؤلاء وتجمع أغلبية علماء النفس على الدور الفعال الذي يلعبه الأب في حيات الطفل .

2 – مدى تحقق مصلحة المحضون مع الحاضن من غير الأبوين :

أ – أولوية قرابة الأم استثناء لتحقق مصلحة المحضون : ويترتب إعطاء

---

(1) قانون رقم :09-05المعدل والمتمم للأمر:11-84المتضمن قانون الأسرة .

(2)الرشيد بن الشويخ,شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل, دار الخلدونية,الجزائر,طبعة2 ,2008,ص257.

الأم حق الأولوية في الحضانة في التشريع الجزائري, أن تعطي أيضا وبحكم القانون للحواضن من جهتها اللواتي تقدمن على من يدلي إلى الأب بقرابة هكذا إذا انتقلت الحضانة عن الأبوين, فتفضل أم الأم على أم الأب ذلك لأن صلة أم الأم الأقوى **(1)**.

ب – الحواضن الرجال ومصلحة المحضون : نستخلص من أن التشريعات الأسرة لم تنص في هذا المجال على الترتيب الذي جاء به الفقه الإسلامي, بل اكتفى المشرع الجزائري بالتنصيص في المادة 64 ق أ ج على الأب دون باقي الرجال الحواضن سواء قبل التعديل او بعده .

ج – الأقربون درجة : نجد أن المشرع ذكر بعض أصحاب الحق في الحضانة ورتبهم درجة فدرجة,فإنه مع ذلك ترك البعض الأخر دون ذكر صفاتهم ولا نوعية قرابتهم من المحضون , بل اكتفى بوصفهم بالأقربون . نستنتج أن المشرع قصد الأقربين النساء الأخت والعمة وابنة الأخت وابنة الأخ, وإنما في الحضانة . كما يمكن أن نقول أنهما أراد بهم الرجال سواء كان من المحارم العصبة أومن المحارم من غير العصبة .

ثانيا : حق الزيارة أداة لرقابة مصلحة المحضون :

أسمى لون من ألوان التربية هو تربية الطفل في أحضان والديه, إذ ينال من رعايتهما وحسن قيامهما عليه ما يبني جسمه وينمي عقله ويزكي نفسه, وإذا افترق الأبوين فالحضانة تؤول لمن تتحقق معه مصلحة المحضون, وللام في هذا حق الأولوية من الأب, ما لم يقم بها مانع يمنع تقديمها, غير أن الشخص الذي لم تسند إليه الحضانة لا يقطع جذريا من المحضون, بل يبقى له حقا لفائدته ولفائدة المحضون,وهو حق زيارة هذا الأخير .نجد المشرع لم يعرف الزيارة وإنما تركها للفقه . **الزيارة لغة** هي الذهاب عند الشخص بقصد الالتقاء به, أو أنها الذهاب عند شخص لرؤيته والبقاء معه مدة معينة أوإستقبال زائر **(2)**.

---

(1)عبد الرحمن الصابوني,أحكام الزواج والطلاق,دار الهدى,الجزائر,2006,ص218.

((2)عبد العزيزسعد,قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق,المرجع السابق,ص141.

أما اصطلاحا : عرفها بعض الفقه على أنها رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون.

1 – مصلحة المحضون أساس حق الزيارة : نستكشف من تحليل النصوص القانونية ان المحكمة من تقرير حق الزيارة تتجلى من الناحية التطبيقية, في هدفين يبرر وجوده, في خلق علامات عاطفية وتوطيد روابط الأسرة اللتان تعدان ضروريتان وملحتان للنمو العاطفي العادي للمحضون .

أ – حق الزيارة أداة لتقوية العلاقات الأسرية : ما ينبغي الإشارة إليه في بداية هذه الدراسة هو أن تبادل الزيارات بين الأشخاص,كماهو مسطرفي باب المجالات لايمكن لأحد أن يفرضها على الأخر,فهي التزام أدبي أو ديني تخرج عن كل جزاء ديني . ولكن هذه الحقيقة لا يمكن تطبيقها على المحضون الذي هو بحاجة ماسة إلى رؤية والديه أوأقاربه, هذه الزيارة تعتبر بالنسبة إليه مصدرا للحنان والعطف.

أن المشرع بإقحامه حق الزيارة ضمن المادة المرتبة لأصحاب الحق في الحضانة يدل على أن هؤلاء فقط يحق لهم طلبه, فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم فإنه يقضي بحق الزيارة بحق الطرف الأخر الذي نازع الحاضن**(1)**.

ب – حق الزيارة أداة لرقابة مصلحة المحضون : قلنا في ما سبق أن حق الزيارة قرر إلى جانب دوره في متن الروابط العائلية, برقابة المحضون, أي أنه أداة لرقابة تربية المحضون على دين أبيه وتعليمه وتفقد صحته وخلقه, وهو كذلك وسيلة غير مباشرة لرقابة الحاضنة في ممارستها اليومية للحضانة . وهو الشيء الذي يؤكده هو أن رفض زيارة المحضون من أبيه أو من أمه ممنوع إطلاقا,سواء كان هذا المنع مصدره القانون أوالشرع **(2)**.

2 – مدى دور المحكمة في تنظيم حق الزيارة :

(1)العربي بالحاج,الزواج والطلاق,المرجع السابق,جزء1,ص384.

(2)عبد العزيزسعد,قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق,المرجع السابق,ص141.

أ – تنظيم حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري : حسب الفقرة الثانية من المادة 64 ق أ ج :"وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ."ويتضح من خلال هذه الفقرة أنه يقدم عادة نقاط قانونية تترأسها فكرة تجمعها في أن القاضي الجزائري له حرية تصرف جد واسعة في مجال الزيارة في حكم واحد يقضي بإسناد الحضانة للأهل بها, ويمنح للطرف الأخر المتنازع حق زيارة المحضون وذلك من تلقاء نفسه وإلا عرض حكمه للالتماس لإعادة النظر, وسكوت المشرع لم يكن متبطية لجهود القضاء, بل بالعكس دفعته أن يجتهد في تحديد مدة الزيارة, فقد حددتها المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل, وكذلك بشأن مكان الزيارة .

ب – مكان رؤية المحضون : فإن المجلس القضائي لم قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط ان لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج,فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع,ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه . وكذا ماحكمت به المحكمة العليا بخصوص مكان الزيارة في قرارها 15 ديسمبر 1998 قضت فيه : من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوجة في بيت الزوج المطلق, ومتى تبين في قضية الحال ان قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضده فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة .

في حالة ما إذا تولى القاضي تحديد مكان وميقات الزيارة, فإنه ينبغي عليه أن يحترم الشروط التالية : –أن يكون المكان المحدد من الأماكن التي تشيع فيها الطمأنينة في نفس المحضون, أي ان يكون المكان يتسم بالهدوء والأمان .

–أن لا يكون في المكان المحدد قضائيا مايكبد طرفي الخصومة عبء ومشقة .

–أن تكون الزيارة قدر الإمكان في نهاية الأسبوع وفي أيام العطلات والمناسبات والأعياد وذلك تقريرا لأعمال الناس سواء كان من بيده الطفل أو من له الحق في الزيارة, وينبغي أن يراعي ان لا يكون في وقت الدراسة إذا كان المحضون من المتمدرسين .

3 – حماية المحضون من جريمة الامتناع عن تسليم الطفل : إن منطق الأمور يقود إلى القول بأن ممارسة حق الزيارة لا يجب أن يعرقل باي حال من الأحوال ممارسة حق الحضانة, كما لا يجب أن ينفذ جبرا, حفاظ على نفسية

المحضون, وبالمقابل ليس بصاحب حق الزيارة التعسف في استعمال حقه كأن يحتفظ بالمحضون عنده أكثر من المدة المحددة قضاء**(1)**.

وهكذا إذا حاولت الأم الحاضنة عرقلة زيارة الأب ابنه أو العكس حاول الأب إذا كان حاضنا ذلك, رفع الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة . وهذا الإجراء عرفه القضاء المغربي واستقر عليه العمل, على خلاف المشرع التونسي لم يرد القضاء التونسي في موضوع زيارة المحضون مسألة مستعجلة حسب ما جعله أمر اختياريا حسب أحكام الفصل 126 من المجلة .

أما المادة57 مكرر ق أ ج :" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق....الزيارة "**(2)**. وصيانة لحقوق المحضون وحماية مصالحه وضمانا للاحترام الفعلي لهذه القواعد, خصصت قوانين العقوبات تكملة لقوانين الأسرة عالجت فيها حالة عدم تسليم الطفل إذا جرمت هذا الفعل وعاقبت مرتكبه . وتنفيذا لذلك مادة327 ق ع ج :" كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من 2 إلى 5 سنوات". وقد جاء في المادة 328 "منه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من 500 إلى 5000دج الأب أو الأم أو أي شخص أخرلا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به

---

(1)عبد العزيز سعد,قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق,المرجع السابق,ص297–298.

(2) قانون رقم :09–05المعدل والمتمم للأمر:11–84المتضمن قانون الأسرة .

وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أومن الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف وتزاد عقوبة الحبس إلى 3سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية" . إلا أن القضاء الجزائري والتونسي لم يعتبر الامتناع عن تسليم المحضون سببا من الأسباب المسقطة للحضانة بالرغم من أن مرتكبه يعاقب على فعله جزائيا .

قضت محكمة تلمسان في حكمها في 13 مارس 1999 ...يبقى للأم حق الزيارة كل يوم خميس وجمعة وفي الأعياد الدينية والوطنية إبتداءا من الساعة 9 صباحا إلى غاية الساعة6 مساءا...نجد أن المسار المشرع من ناحية أصحاب الحق في الحضانة سار عليه أيضا القضاء المغربي, حيث أكد في العديد من قراراته أولوية الأم في الحضانة,وذلك ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر7/12 1982...الحضانة للأبوين مادامت الزوجية قائمة فإذا انقطعت فالأم أولى بحضانة ولدها...كما رتب أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الأردني حسب المادة154منه الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة, ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء, حسب ترتيب مذهب أبي حنيفة, وقد نص القانون الأردني على اختيار الأصلح للمحضون حين تعدد أصحاب الحضانة في درجة واحدة في المادة157 منه**(1)**.

بينما المشرع التونسي لم يعطي للأم هذه الأولوية بصفة مطلقة وإنما ترك الأمر لتقدير القاضي طبقا لما تمليه عليه مصلحة المحضون**(2)**.

---

(1)أحمد محمد داود,قانون الأحوال الشخصية الأردني,المرجع السابق,جزء3,ص20.

(2)عبد الرحمن الصابوني,أحكام الزواج والطلاق,دار الهومة,الجزائر,2006,ص218.

إن الولد متى كان عند أحد الأبوين فلا يمنع الأخر من مشاهدته, وهذا متفق عليه وقد جاء في المادة 163ق أ ش الأردني "يتساوى حق الأم وحق الولي في مشاهدة الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حضانته ". وعند الاختلاف في مشاهدة الصغير تحدد رؤيته للأم والولي مرة كل أسبوع, ولي أجداد لأم وجدات مرة في الشهر, ولباقي من لهم حق الحضانة مرة في السنة . وللقاضي تحديد زمان المشاهدة ومكانها, حسب مصلحة الصغير **(1)**.

كما هذه الفرضية لم يحققها المشرعان المغربي والتونسي, بحيث لم توسع المدونة المغربية ولا المجلة التونسية أصحاب حق الزيارة وإنما تقتصر على الأبوين فقط .

كما نصت المادة 20 من القانون الأحوال الشخصية المصري ولكن من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك, وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا نظمها القاضي على أن يتم في مكان لا يضر بالصغير نفسيا...وبالفعل ما قضى به المجلس الأعلى الجزائري في قراره 8-10 – 1969 من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزمن محدد خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية وبما يتفق مع مصلحة المحضون الطفل .

غير المشرع المغربي في المادة 185منه حق الزيارة لجميع الأجداد ودون أن تكون الوفاة قيدا ولا سببا في إنعام المحضون برؤية أجداده أما المادة 182منه في حالة عدم اتفاق الأبوين, تحدد المحكمة في قرار إسنادها فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ تراعي المحكمة في كل ذلك ظروف الأطراف والملابسات الخاصة بكل قضية, ويكون قرارها قابلا للطعن .

---

(1)أحمد محمد داود,قانون الأحوال الشخصية الاردني,المرجع السابق,جزء,ص83.

المطلب الثاني: أثار الحضانة:

لقد رتب الشرع والقانون أثارا لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا من الزوجين المنفصلين . فالحضانة لما تتطلب من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته النشأة السوية, فهي تتطلب نفقة لصالح المحضون, ونجد أن الفقهاء أعطوا أهمية للجانب المادي, إن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح,لأن العناية لكل طفل تتطلب حتما تعطيه حاجته الضرورية وهي تكاليف لابد منها, ما وفر العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاجه, أحس المحضون براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن ولذلك لدراستنا لهذا المطلب اقترحت فيه الفرعين الأول أثار الحضانة في الفقه الإسلامي والثاني في قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الأول: أثار الحضانة في الفقه الإسلامي

أولا :نفقة المحضون :

علما بأن واجب الإنفاق يشمل أيضا كل ما يتبع الإنسان من الرقيق والحيوان والنبات والزرع ودور الأراضي منعا من الضياع والتلف وإضاعة المال الحرام وقبل التطرق للنفقة يجب معرفة معنى النفقة في اللغة والاصطلاح.

ولذا إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية وكسوة وعلاج وتربية وسكن وكل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته وتنشئته التنشئة الصحيحة, كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال .

1 – تعريف النفقة في اللغة والاصطلاح :

أ – تعريف النفقة في اللغة : وهو الإخراج(1).

وهي ما ينفقه الإنسان على عياله, وهي في الأصل الدراهم من الأموال .

---

(1)وهبة الزحيلي,الفقه المالكي الميسر , دار الكلم الطيب,بيروت,2003, الجزء3,ص765.

ب – تعريف النفقة في الاصطلاح : وهي كفاية ممن يمونه من الطعام والكسوة والسكنى . نجد الطعام يشمل الخبر والشرب أما الكسوة تشمل السترة والغطاء بينما السكنى تشمل البيت ومتاعه ومرافقه من الماء والدهن والمصباح وآلة التنظيف.....

2 – المكلف بنفقة المحضون : اتفق الفقهاء على أن نفقة الحضانة تكون من مال المحضون, فإن لم يكن له مال, فعلى الأب أو من تلزمه نفقته لأنها من أسباب الكفايا والحفظ والإنجاء من المهالك(**1**).

ثانيا : أجرة الحضانة :

1 – الأجرة على الحضانة : الحضانة عمل تؤديه الحاضنة للصغير فتستحق عليه أجرة, وهذه الأجرة تجب على الأب,كما تجب عليه نفقته من هذه النفقة أجرة حاضنته وتفصيلها في مايلي :

اختلف الفقهاء في استحقاق الحاضنة أجرة على قيامها للحضانة على النحو التالي :

–**القول الأول** : ذهبوا الحنفية والمالكية إلى أن الحاضنة لا تستحق أجرة على حضانتها, إذا كانت زوجة أو معتدة لأبي الولد المحضون (**2**).

–**القول الثاني** : ذهبوا الحنابلة والشافعية إلى إن الحاضنة تستحق الأجرة على الحضانة, أن أجرة الحاضنة تجب في مال الولد إذا كان له مال فإن لم يكن له مال فإن الأجرة تكون على من تجب نفقته إذا كان موجود, أما إذا لم يكن موجود فإنها تجب على غيره من الأقارب(**3**).

---

(1)وهبة الزحيلي,الفقه الإسلامي وأدلته,المرجع السابق,جزء7,ص736.

(2)عبد المطلب عبد الرزاق حمدان,الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي,المرجع السابق,ص58.

(3)محمد أبي زهرة, أحوال الشخصية, دار الفكر,القاهرة,طبعة3,ص409.

2– أجرة مسكن الحضانة : اختلف الفقهاء في وجوب أجرة المسكن للحاضنة**على التفصيل مايلي:**

–**القول الأول : المختار عند الحنفية والمشهور عند المالكية :** وجوب أجرة مسكن الحضانة للحاضن والمحضون, لأن أجرة المسكن من النفقة الواجبة للصغير فتجب على من تجب عليه نفقته باجتهاد القاضي أو غير حسب حال الأب**(1)**.

أما الحنفية : على الأب سكنى للحاضنة, وآخرون لا تجب أجرة السكن للحاضنة إذا كان للصبي مال وإلا فعلى من تجب نفقته **(2)**.

وقال المالكية ما يخص المحضون من أجرة المسكن فهو على الأب باتفاق والخلاف في ما يخص من أجرة المسكن, والفتوى إن أجرة المسكن على الأب للمحضون والحاضنة معا **(3)**.

–**القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة** إلى أن السكنى من النفقة فمن تجب عليه نفقة الحضانة يجب عليه إسكانها .

الفرع الثاني: أثار الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

أولا: نفقة المحضون:

إن من الحقوق التي يقررها القانون للطفل والمحضون علة وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغره ولعجزه أو لسبب التعليم .

---

(1)وهبة الزحيلي,الفقه الإسلامي وادلته,المرجع السابق,جزء7,ص736.

(2)محمد أمين بن عابدين,حاشية إبن عابدين,المرجع السابق,جزء3,ص562.

(3)سمش الدين محمد بن عرفة الدسوقي, الكبير حاشية الدسوقي على الشرح, دار الفكر,جزء2,ص533.

1 – تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري: حسب نص المادة 78منه":تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته, وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة "**(1)**. نجد أن المشرع الجزائري حدد مدى شمولية النفقة بوضوح وألزم القاضي الذي سيصدر الحكم بالنفقة أن يراعي الحالة الاقتصادية والاجتماعية والظروف المعيشية للطرفين عندما يقدر مبلغ النفقة التي سيحكم بها لطالبها .إن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج وسكن وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة وهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده بحسب المتعارف عليه بين الناس, وحسب وسع الزوج النفقة تجب للفروع على الأصول, فما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج, والأصل في النفقة تعود لسببين هما الزواج والقرابة **(2)**.

وبخصوص نفقة المحضون فإن المشرع استمد وجوبها من مال أبيه إذا لم يكن له مال.

2 – وجوبية النفقة : نفقة المحضون فإن المشرع استمد وجوبها من مال أبيه إذا لم يكن له مال,وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والمذاهب الأربعة,وذلك الأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب المادة75": منه تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال, فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية, أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"**(3)**.

3– مسكن المحضون : اعتبر المشرع الجزائري مسكن المحضون من مشتملات النفقة, وخاصة أن المحكمة العليا في الجزائر أكدته في 1998/7/21 .

ثانيا : وجوبية توفير مسكن للحاضنة المطلقة لممارسة الحضانة :

---

(1) قانون رقم :09–05المعدل والمتمم للأمر :11–84المتضمن قانون الأسرة .

(3)عبد العزيز سعد,قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق,المرجع السابق,ص156.

(2)العربي بلحاج,الزواج والطلاق,المرجع السابق,جزء1,ص387.

1– مسكن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري : يعتبر مسكن الحضانة من أهم المسائل في مجال الحضانة و نظرا لما يؤديه من دور في ضمان حماية المحضون أواستقراره, وكذلك ضمان راحة الحاضن في الاستقلال بالمسكن الخاص به وبالمحضون وهذا نصت عليه المادة 72 منه:" في حالة الطلاق يجب على الأب آن يوفر في ممارسة الحضانة سكن ملائما للحاضنة, وعند تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"**(1)**.

2 – شروط مسكن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري : –شرط الاستقلالية.
وهو أن تكون الحاضنة والمحضون في بيت مستقل أو منفرد ولا يشاركهما أحد فيه وذلك ضمانا لراحة الحاضنة والذي يرجع بالإيجاب على المحضون.

–أن يصدر حكم قضائي بطلاقها يتضمن إسنادها حق الحضانة إليها .

–أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون **(2)**.

–أن يكون للأب مسكن ملائما يمكن ان يمنحه لمطلقته للحضانة وان لم يكن له مسكن يجب عليه بدل الإيجار .

نجد إن المشرعون الجزائري والمغربي والتونسي والأردني والمصري لم يغفلوا في تحديد مشتملات النفقة نجد المشرع المغربي ذكرها في المادة 189 منه والتونسي في الفصل 50من المجلة, وقد اتفقت القوانين على اعتبا الغذاء و الكسوة إحدى مشتملاتها, بينما نجد المدونة المغربية لم تضم السكن بصريح العبارة ضمن مشتملات النفقة, حسب المادة 186 منه . التي جعلت تقدير سكن المحضون مستقلا عن النفقة **(3)**.

أما المشرع التونسي في المادة 65 لا تأخذ الحاضنة أجرة إلا على خدمة شؤون

---

(1) قانون رقم :09–05المعدل والمتمم للأمر :11–84المتضمن قانون الأسرة .

(2)الرشيد بن شويخ,شرح قانون الأسرة المعدل,المرجع السابق,ص260.

(3)أحمد بخيت.المحضون في الفقه الإسلامي,دار النهضة,القاهرة,2001,ص37.

المحضون أما في القانون الأردني في المادة 159منه نصت على أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير, بينما في المادة 160منه لا تستحق الأم أجرة الحضانة حال قيام الزوجية أوفي عدة طلاق الرجعي**(1)**.

أما المشرع التونسي في الفصل 56أبدى حرصه على حق المحضون في السكن **(2)**.

.

(1)أحمد محمد علي داود,قانون الأحوال الشخصية الأردني,المرجع السابق,جزء3,ص70.

(2)فاطمة شحاته,زيدان,تشريعات الطفولة,دار الجامعة,القاهرة,2008,ص22.

الفصل الثاني:

حدود الحضانة بين الفقه الإسلامي

وقانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني: حدود الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن الحضانة تتميز بالتأقيت, فبمجرد فوات وانتهاء مدتها فهي تسقط عمن تكون لصالحه,كما أنها تسقط عنهم في بعض الحالات بالرغم من عدم انتهاء المدة الممنوحة .

إذا وقعت الحضانة مستوفية مقوماتها وشروطها كانت صحيحة يجوز لمستحقيها أن يتولاها بمجرد الحكم بها, بينما قد يحدث ما يعرقل نفاذها فيسقطها ويسمى مسقطا ومسقطات الحضانة كثيرة تعرضت لها النصوص الشرعية والقانونية .

وأوجبت التشريعات الفقهية والقانونية توافر جملة من الشروط ترجع في حقيقتها إلى المحافظة على الطفل وتوفير راحته وصحته من نحو عقل الحاضن وأمانته وقدرته على التربية ولعلى سلامته من الأمراض المعدية مما يؤدي هذا المنع إلى المساس بمصلحة المحضون أسقطت الحضانة عن صاحبها . كما هناك مدة معينة حث عليها الشرع والقانون تنتهي بمدة الحضانة بمدة معينة .

لدراسة حدود الحضانة تناولت في هذا الفصل خصصت فيه مبحثين التاليين هما :

المبحث الأول: مسقطات الحضانة وعودتها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: مدة الحضانة وتمديدها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول : مسقطات الحضانة وعودتها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

إن استحقاق الحضانة يستلزم توافر شروط معينة, سبق ذكرها, كما أن بقاء الحضانة واستمدادها واستمرارها يستلزم بقاء توافر شروطها, وإذا لم تتوافرها أوفقدت بعد أن ثبتت الحضانة لمستحقيها سقط حق الحضانة .

كما أن مسقطات الحق في الحضانة عند اختلال أحد شروط الحضانة من خلال النصوص الشرعية والقانونية التي جاءت وحثت عليها .

تناولت لدراسة هذا المبحث مسقطات الحضانة وعودتها وذلك من خلال مطلبين وهما :

المطلب الأول: مسقطات الحضانة.

المطلب الثاني: عودة الحضانة بعد إسقاطها.

المطلب الأول: مسقطات الحضانة.

الفرع الأول: مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي:

أولا : أسباب سقوط الحق في الحضانة :

1 – سفر الحاضن إلى مكان بعيد : إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة وانقطاع من بلد إلى بلد لا كتجارة, مقداره6برود, أو أكثر أي أن شرط مسافة سفر الولي أوالحاضنة أن يكون 6 فأكثر فللولي نزعه وتسقط حضانته, فإذا كان أقل من 6 برود لا تسقط به الحضانة وليس للولي نزعه وهذا أتفق عليه جميع الفقهاء**(1)**.

2 – تسقط الحضانة بإسقاط مستحقها يجوز لمن يستحق الحضانة أن يسقطها لغيره بناءا على أنها حق للحاضن,لكن لا يصح الإسقاط إلا إذا كان بعد الاستحقاق –إذا سقطت الأم حضانتها للأب بعد طلاقها, ولإسقاطها له وهي في عصمته لأن الحق لها– إذا أسقطت الجدة حضانتها بعد إسقاط ابنتها مقابل خلعها**(2)**.

3 – تسقط الحضانة عن مستحقها بسكوته عن طلبها سنة كاملة : كزواج الحاضنة مثلا ولم يطلب الحضانة وسكت المطالبة بحق سنة كاملة من يوم علمه سقطت حضانته . تزوج الحاضنة ودخولها,بأن تتزوج عما له فلا تسقط .

4 – كذلك تسقط الحضانة عند الشافعية والحنابلة بالكفر.

5 – كما تسقط بضرر في بدن الحاضن كالجنون أو البرص وافقهم الحنابلة والمالكية .

ثانيا: سكوت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها :

قال المالكية إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها, يسقط حقه بالشروط

---

(1)أحمد الدردير,الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك,المرجع السابق,جزء2,ص221.

(2)شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي,حاشية الدسوقي على الشرح الكبير,المرجع السابق,جزء2,ص532

الشروط الآتية هي :

1 –أن يعلم بحقه في الحضانة : فإذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلبها الحضانة لا يسقط حقه,مهما طالت مدة سكوته .

2 – أن يعلم سكوته يسقط حقه في الحضانة فإن كل يجهل ذلك فلا يبطل حقه في السكوت .

3 –أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة **(1)**.

الفرع الثاني : مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

أولا: أسباب سقوط الحضانة :

1 – الزواج بأجنبي عن المحضون : نصت المادة: 66:" على أن الحضانة تسقط بالتزوج بغير قريب محرم وكذا بالتنازل, مالم يضر ذلك بمصلحة المحضون"**(2)** .إذ أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد من مسقطات الحضانة . هذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانةاذا لم يضر بمصلحة المحضون التي قد ركز المشرع الجزائري عليها في اسناد الحضانة وكذا عند اسقاطها وذلك , بحكم القانون بمجرد أنها تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم كل علاقة زوجية معهم وأن المحكمة ستحكم بسقوط الحضانة عنها وتمنحها إلى غيرها.

2 – تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة : نصت المادة 2/66 :"من أسباب سقوط الحضانة تنازل الحاضنة عن الحضانة"**(3)**.

---

(1)وهبة الزحيلي,الفقه الإسلامي وأدلته,المرجع السابق,جزء7,ص734.

(2) قانون رقم :09–05المعدل والمتمم للأمر :11–84المتضمن قانون الأسرة .

(3) الرشيد بن الشويخ,شرح قانون الأسرة المعدل,المرجع السابق,ص261.

3– اختلال أحد الشروط : نصت عليه المادة 67 نجد أن بعد التعديل أصروا على ذكر أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوط الحضانة واحتياطيا ربطوا هذا الشرط بمصلحة المحضون, إلا أنه يجوز الحكم بإسقاطه للعاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية مما يخل مصلحة المحضون.

4 – عدم المطالبة بالحضانة سنة كاملة: نصت عليها المادة68 يتضح من هذه أنه إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلى عندها ضمنيا ولم يطلبها, وفي الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة فإنه يسقط حقه **(1)**.

5 – الانتقال بالمحضون نصت عليه المادة 69 نستنتج منها في حالة ما إذا أنتقل الحاضن بالطفل المحضون إلى بلد أجنبي فيمكن أن يكون هذا سببا من أسباب سقوط الحضانة عنه .

6 – إقامة الحاضنة الجدة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم نصت عليه المادة70ق أ ج:" على أن تسقط الحضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم "**(2)**.

ثانيا : التنازل عن الحضانة :

1 – التنازل الصريح عن الحضانة : أ – التنازل بإرادة الحاضن المنفردة : نجد أن للحاضنة حق التنازل عن حضانتها حسب المادة 66 لكن ينبغي لإحداث هذا الأثر أن يكون التنازل غير مضر لمصلحة المحضون, ويأتي من قبل مستحقي الحضانة . **(3)**.

---

(1)عبد العزيزسعد,قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق,المرجع السابق,ص301.

(2)العربي الحاج,الزواج والطلاق,المرجع السابق,جزء1,ص387.

(3) قانون رقم :09–05المعدل والمتمم للأمر :11–84المتضمن قانون الأسرة .

ب – التنازل الإتفاقي : – اتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين

–التنازل على الحضانة كمقابل للخلع : نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى هذه المسألة في الحضانة .

–التنازل على الاتفاق بالطلاق بالتراضي يمكن للزوجة أن تشترط على زوجها في الطلاق ان يمارس هو الحضانة ويكون غير ضار بمصلحة الأولاد .

2 – التنازل الضمني : أ – سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها : اشترط على المتقاضي للمطالبة بحقه بأن يحترم مواعيد محددة .

ب – زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون: والمعمول به شرعا هو أن تزوج الحاضنة لغير قريب محرم يعتبر تنازلا منها على حضانتها ومسقطا.

ج – مساكنه الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانته : المساكنة التي تسقط بها حق الحضانة .

د – مدى تأثير انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أخر على مصلحة المحضون

–**ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني** قرر المجلس الأعلى أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة والرقابة لا يعد مبررا موجبا لسقوط حق الحضانة عن الأم ولا يمنع بإستعمال حق الزيارة, بفضل الوسائل الحديثة للمواصلات والنقل بمسافة 6 برود **(1)**.

–**انتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني** وهذا نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري.

–نجد أن التشريعات العربية للأسرة قد اشترطت في الحاضن السلامة العقلية والجسدية, حتى تجعل حقه مهددا بالسقوط بحيث المدونة المغربية كانت في صياغتها

---

(1)عبد الرحمن الصابوني,أحكام الزواج والطلاق,المرجع السابق,ص263.

الأصلية أكثر فصاحة من القانون الجزائري بينما يتضح من الاجتهاد التونسي والجزائري غير محدد مفهوم المرض العقلي,ولم يعالج المشرع التونسي والمغربي عمل الحاضنة على خلاف الجزائري والسوري الذين اعتبروا عمل الحاضنة ليس مسقطا للحضانة . وقد جاء القانون الأردني حسب المادة 156 أن زواج الحاضنة يسقط حقها في الحضانة أما المادة 164 منه لا يؤثر سفر الولي بالصغير إلى داخل المملكة كما لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة **(1)**.

أما القانون المصري والسوري أشار إلى أن تزوج الحاضنة ومنع ولي الطفل في بقائه تحت حضانتها فللقاضي منع الحضانة عن المتزوجة إذا رأى استمرارها.

---

(1)أحمد محمد علي داود,قانون الأحوال الشخصية الأردني'المرجع السابق,جزء3,ص32.

المطلب الثاني : عودة الحضانة بعد إسقاطها

الفرع الأول : عودة الحضانة بعد إسقاطها في الفقه الإسلامي

أولا : عودة الحضانة بعد إسقاطها إذا زال المانع :

-**قول الحنفية** : قال ابن عابدين من سقط حقها بالتزوج يعود إذا طلقت الزوج وبانحلال الرابطة الزوجية لأن المانع زال . وقالوا تعود الحضانة بالفرقة البائنة لزوال المانع **(1)**.

-**قول الشافعية** : إن مقتضى الحضانة ثم وجد كان كأن كلمة ناقصة بأن أسلمت كافرة, أو تابت فاسقة أوأفاقة مجنونة أوأعتقت رقيقة أوطلقت منكوحة بائنا أورجعيا صارت أهلا للحضانة لزواج المانع . قالوا إذا زال المانع عاد الممنوع **(2)**.

-**قول الحنابلة** : قالوا متى زالت الموانع مثلا كالرقيق,أسلم كافر,عقل مجنون عاد حقهم في الحضانة لأن سببها قائم وإنما امتنعت لمانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم كالزوجة إذا طلقت فإنه يعود حقها من الحضانة **(3)**.

ثانيا: عودة الحضانة بعد إسقاطها تمييزالعذرالإجباري عن الاختياري : لقد فرق المالكية بين العذر الإجباري عن الاختياري في زوال حق الحضانة على **النحو التالي** :

1- العذر الإجباري:إذا زالت الحضانة عن الحاضن لعذر إجباري كمرض أو سفر مما يصعب على الحاضن القيام بأعمال المحضون ثم زال المانع عاد حق الحضانة للحاضن لأن المانع هو العذر .

2- العذر الاختياري: لاتعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد

---

(1)محمد أمين بن عابدين,حاشية إبن عابدين,المرجع السابق,جزء3,ص266.

(2)محمد الخطيب الشربيني,مغني المحتاج إلي معرفة ألفاظ المنهاج,المرجع السابق,جزء3,ص456.

(3)موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة,المغني,المرجع السابق,جزء11,ص522-523.

بعد الطلاق أو موت زوجها أوبعد فسخ النكاح الفاسد بعد البناء . كما قالوا لا تعود إليها الحضانة لأنها حق للحاضن . وهناك من قال بأنها تعود بناء على أن الحضانة حق للمحضون **(1)**.

الفرع الثاني : عودة الحضانة بعد إسقاطها في قانون الأسرة الجزائري :

أولا :عودة الحضانة بعد إسقاطها لعذر إجباري : لقد نص المشرع الجزائري عليه في المادة 71 ق أ ج : "على أن يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الغير الاختياري"**(2)**. نستنتج من خلال هذا النص أنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلبت منه هذا الحق لسبب من الأسباب القانونية, فإن حق الحضانة سيعود إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه والذي سلب منه حق الحضانة من أجله **(3)**.

ثانيا : عودة الحضانة بعد إسقاطها لعذر اختياري حسب الاجتهاد القضائي

إذا كان سبب الحضانة ناتجا عن تصرف من مستحق الحضانة وبناءا على رغبته واختياره فإن حق الحضانة سوف لا يعود إليه أبدا بعد سقوطه **(4)**.

م-ع-غ-أ-ش-5-1998 من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها الغير اختياري . بينما هناك قرار صدر بإسناد الحضانة لزوجة,يعد تصرفا رضائيا واختياريا, يكون قد خالف القانون م-ع-غ-أ-ش-1990.

نجد أن قانون الأردني فقد نص يمكن العودة الحق في الحضانة بعد إسقاطها إذا زال السبب في المادة 158.

---

(1)أحمد الدردير,الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك,المرجع السابق,جزء2,ص532.

(2) قانون رقم :09-05المعدل والمتمم للأمر :11-84المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

(3) عبد العزيز سعد,قانون الأسرة الجزائري الجديد الزواج والطلاق,المرجع السابق,ص303.

(4)الرشيد بن الشويخ,شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل,المرجع السابق,ص263.

البحث الثاني :مدة الحضانة وتمديدها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون, فمدتها تحدد بقدر حاجته إليها تحقيقا لمصلحة المحضون لها, وتنتهي هذه المدة المحددة بانتفاء الحاجة إليها وذلك عند استغناء المحضون عن حاضنته, وذلك بقضاء حاجته وشؤونه بنفسه, كما أن الحضانة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا .

كما يمكن تمديدها حسب مصلحة المحضون إذا كان المحضون بحاجة إليها أوأن يكون فاقدا للتمييز .

ونجد أن الشرع والقانون فرق بين مدة حضانة الجنس بين الذكر والأنثى, كما فرق بين التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل واحد منهما . **ولدراسة هذا المبحث تناولت فيه مطلبين هما :**

المطلب الأول : مدة الحضانة .

المطلب الثاني : تمديد الحضانة .

المطلب الأول : مدة الحضانة :

الفرع الأول : مدة الحضانة في الفقه الإسلامي :

أولا :انتهاء مدة الحضانة عند الفقهاء : لقد اختلف الفقهاء في مدة انتهاء الحضانة على قولين هما نقطتين :

1 – موقف الجمهور مدة الحضانة إلى سبع سنين :

أ – مدة حضانة الصغير إلى حين استغنائه عن الحاضنة : قال الحنفية بأن الحاضنة أما أوغيرها أحق بالغلام حتى يستغنيا عن النساء بأن يأكل ويشرب ويستنجي وحده أي الطهارة بأن يتطهر بالماء, وقيلا مجرد الاستنجاء هو التطهير من النجاسة وإن لم يجدر على تمام الطهارة أي الطهارة الشاملة للوضوء**(1)**.

بينما قال أن سن استغناء الصغير عن الحاضنة سن البلوغ هو سبع سنين أما الجارية فهي أحق بها حتى تحض .

ب – مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون سبع سنين : قال الحنابلة إذا بلغ الغلام سبع سنين, خير بين أبويه, فكان مع من اختار منهما إذا لم يكن معتوقا وتنازع فيه, فمن اختاره فهو أولى به . وعلل الجصاص انتهاء مدة الحضانة الذكر ببلوغه سبع سنين بقوله بأن الغلام إذا بلغ الحد الذي يحتاج فيه إلى التأديب, **كقول النبي صلى الله عليه وسلم :** أمروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين ..**(2)**.

ج – مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون سن التمييز : قالوا الشافعية سن التمييز غالبا ما يكون مع سبع سنين أو ثمان تقريبا وقد يتقدم على السبع أو يتأخر فهذه الحضانة إلى بلوغ الذكر والأنثى حد التمييز, فتنتهي الحضانة في الصغير بالتمييز.

---

(1)محمد امين بن عابدين,حاشية ابن عابدين, المرجع السابق,جزء3,ص267.

(2)أبوبكر أحمد بن علي الرازي الجصاص,أحكام القرآن,دار الفكر,جزء1,ص405.

2 – مدة الحضانة إلى البلوغ :

أ – حضانة الذكر إلى البلوغ : قال المالكية أن الحضانة تنتهي إلى البلوغ للذكر, فإذا بلغ زمنا أو سقطت عن الأم واستمرت نفقته على الأب أما حضانة الأنثى فتكون للأم حتى يدخل بها زوجها(**1**).

ب – مدة الحضانة إلى البلوغ : قال الظاهرية أن الأم أحق بحضانة الولد الصغيرو والابنة الصغيرة حتى يبلغ المحيض أو الاحتلام, أو الإنبات مع التمييز وصحة الجسم . فمدة الحضانة عندهم إلى البلوغ الصغير والصغيرة بظهور علامات البلوغ فيها كالحيض (**2**).

ثانيا : التخيير في الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة : اختلفت الآراء الفقهية حول تخيير ا لمحضون بعد انتهاء مدة الحضانة هي :

1 – تخيير الغلام دون الجارية بين أبويه :

أ – تخيير الغلام عند انتهاء حضانته : قال الحنابلة إذا بلغ الغلام سبع سنين خيير بين أبويه فكان مع من اختار منهما, فمن اختاره منهما فهو أولى به . بينما إذا تنازع الأبوين فيه خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما .

ب – لا تخيير للجارية : الجارية لا تخيير بين أبويها عند انتهاء حضانتها, لأن الشرع لم يأتي بها ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى حفظ كحاجتها إليه .

2– تخيير الغلام والجارية بين أبويهما : قال الشافعية إن المحضون ذكرا أوأنثى عند انتهاء مدة الحضانة يخير بين ابويه, فأيهما اختاره يكون عنده . ودليلهم في ذلك . والمعرفة لأسباب التخيير تعني معرفة الغلام أو الجارية مايدعوهما إلى الاختيار من كون

---

(1)شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي,حاشية الدسوقي,المرجع السابق,جزء2,ص526.

(2)أبو محمد علي,بن أحمد بن سعيد الأندلسي ابن حزم, المحلي بالآثار, دار الكتب,بيروت,جزء10,ص143.

المختار منهما يحقق مصلحتهما بما يقوم به من رعايتهما وتلابيتهما, فإذا رأى القاضي التخيير جاز له ذلك, ولكن لا تطول مدة التأخير **(1)**.

3 – لا تخيير للمحضون عند انتهاء مدة الحضانة : أصحاب هذا القول هم المالكية والظاهرية والحنفية قالوا إذا انتهت مدة الحضانة فلا خيار للغلام أوالجارية يعني إذا بلغ السن الذي يكون الأب أحق به كسبع سنين أخذه الأب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك **(2)**.

واستدلوا الحنفية على هذا الرأي لأن الصبي في العادة يختار ما يفسده لأنه يختار من لا يؤدبه ولا يمنعه من شهوته **(3)**.

القول الأرجح : الرأي الراجح لتخيير المحضون بين أبويه عند إنتهاء مدة الحضانة بالقيود التي ذكرها الآخرون بالتخيير من الحنابلة والشافعية فالمشرع جاء بهذا التخيير لأنه أراد به مصلحة المحضون .

الفرع الثاني : مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

أولا : انتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها, لأن المحضون لا يبقى صغيرا غير مميز وغير مستغني عن خدمات الحاضن . وكذلك من الطبيعي أن تختلف أيضا مدة حضانة الأنثى عن مدة الذكر لتباين التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل واحد منهما .

هذان الاعتباران بنى عليهما المشرع الجزائري مواده, وخرج بقاعدة تتمثل في أن

---

(1)عبد الكريم زيدان,المفصل في أحكام المرآة والبيت المسلم, مؤسسة الرسالة,بيروت,طبعة2 ,1994 ,جزء10,ص80.

(2)إبن الهمام,الفتوى الهندية, دار الفكر,مصرٍ, طبعة2 ,1991,جزء1,ص373.

(3)شمس الدين السرخسي,المبسوط, دار المعرفة,بيروت,1986, جزء3,ص208.

حضانة الذكر تنقضي مدتها ب10 سنوات والأنثى بسن الزواج وهو 19 سنة طبقا لنص المادة7منه(**1**).

ونصت عليه المادة 65 /1:منه" تنقضي مدة الحضانة للذكر لبلوغه 10 سنوات والأنثى لبلوغها سن الزواج ..."(**2**). ويتضح من هذه الفقرة أن الحضانة لها مدة معينة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا كما أن المشرع فرق بين حضانة الذكر عن الأنثى.

ومعنى ذلك إن في التشريع الجزائري حق التخاصم على حضانة الأولاد يكون قبل بلوغ السن المحددة ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون هذا كأصل عام

ثانيا :التخيير في الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة :

نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة . وللعلم فبانتهاء مدة الحضانة يفقد الولد صفة المحضون .

ولذلك إذا أردنا إقرار تخيير المحضون أو استماعه في قانون الجزائري, فإن ذلك يحصل أثناء مدة الحضانة التي يكون فيها النزاع على المحضون محلا ويتضح من النصوص القانونية لم يشير إليها, فكثير ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش والانتقال إلى الجهة التي يسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة .

هنا يكون للقاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين هما : الأول إما تطبيق النص القانوني بحكم انتهاء حضانة الأم وبالتالي تعود الصغير على العيش مع أبيه من جهة حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه أما الثاني : الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الإنتقل من عدمه الأخذ في الحسبان مصلحته(**3**).

---

(1)عبد العزيز سعد,قانون الأسرة الجزائري الجديد في الزواج والطلاق,المرجع السابق,ص298.

(2) قانون رقم :09-05المعدل والمتمم للأمر :11-84المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

(3)الرشيد بن الشويخ,شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل,المرجع السابق,ص258.

وقد تأكدت هذه النظرة في القضاء الجزائري بمناسبة قرار أصدره المجلس الأعلى في 11-10-1970 قضى بأن سماع الأولاد المحضونين والنظرة في اختيارهم أحد الوالدين هو وجه غير سديد لأن الشرع يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية كما أنه ليس هناك نص يلزم سماع الأولاد في هذا الموضوع .

نجد أن القانون المغربي حدد مدة انتهاء الحضانة في المادة186 منه ب18سنة أما المشرع التونسي في المادة 67 وعلى القاضي عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون أما في القانون الأردني في المادة 162 حددها بالبلوغ كما نجد المشرع المغربي جعل تخيير المحضون لحاضنه حال قيام الحضانة. أما المشرع التونسي سكت عن مسألة تخيير المحضون في نصوصه أما القانون الأردني من خلال نصوصه نجده سكت عن تخيير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة **(1)**.

---

(1)أحمد محمد علي داود,شرح قانون الأردني,المرجع السابق,جزء3,ص40.

المطلب الثاني : تمديد مدة الحضانة

الفرع الأول : تمديد مدة الحضانة في الفقه الإسلامي :

أولا : موقف الفقهاء من تمديد مدة الحضانة : -قول الحنفية قال ابن عابدين من بلغ معتوها كان عند الأم سواء كان ابنا أو بنتا ومعنى ذلك أنه إذا كان الصغير مفسدا مجنونا أو معتوها, فإنه يبقى عند الأم وصار في حضانتها إلى أن يشفى .

-**قول الحنابلة** : قال البهوتي إن اختيار ابن سبع سنين أباه ثم زال عقله رد إلى أمه لحاجته إلى من يتعهده كالصغير وبطل اختياره**(1)**.

وقال ابن قدامة إذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار, إذا لم يكن معتوها أو مجنونا....**(2)**.

-**قول الشافعية** ك ومن التمييز غالبا إن الحضانة تنتهي بالتمييز ولا تمدد بينما ذا كان غير مميز كالجنون فإن الحضانة تمدد بالنسبة للصغير المميز .

-**قول الظاهرية** :قال أن الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة حتى يبلغ المحيض والاحتلام مع التمييز وصحة الجسم **(3)**.

-**قول المالكية** : تستمد الحضانة في الغلام إلى البلوغ على المشهور ولو مجنونا أومريضا,وفي الأنثى إلى الدخول بها .

---

(1)منصور بن إدريس البهوتي,كشاف القناع عن متن القناع, دار الفكر,بيروت,1982, جزء5 ,ص501.

(2)موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة,المغني,المرجع السابق,جزء11,ص524.

(3)أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي ابن حزم,المحلي بالآثار,المرجع السابق,جزء10,ص143.

الفرع الثاني : تمديد مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري :

أولا : تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون : رأى المشرع الجزائري إمكانية تمديد الحضانة إلى سن التمييز, أي 16 سنة وذلك بطلب من الحاضنة . وخص هذا الحكم للذكر دون الأنثى التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها إلى مابعد 19 سنة . كما أن الذكر لا يستغني عن حضانته وهو في سن العاشرة ولا يزال يحتاج إلى عناية نسوية من حيث العطف والتربية حتى ولو كان قد تعلم القيام ببعض مصالحه بمفرده وإن كانت هذه العناية ليست بنفس الدرجة التي هو بحاجة إليها في سن أقل منها ومصلحة المحضون يجب أن يقدرها القاضي .

ومن خلال الفقرة الثانية من المادة 65 ق أ ج:"....وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانيا, وعلى القاضي أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون" **(1)**.

ويتضح من هذه الفقرة أن المشرع أورد استثناء لهذا المبدأ وهو تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون فيكون للقاضي السلطة التقديرية في تمديدها. وأن في هذه المسألة بالغة الأهمية بتعلقها في مصلحة المحضون فهنا يمكن تمديدها إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك **(2)**.

إذا كان هذا المحضون مازال يحتاج إلى رعاية حاضنته فإنه يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على عارضة تمديد مدة الحضانة في مصلحة المحضون**(3)**.

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الحاضن طالب التمديد في قانون الأسرة الجزائري .

---

(1) قانون رقم :09-05المعدل والمتمم للأمر:11-84المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

(2) الرشيد بن الشويخ,شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل,المرجع السابق,ص261.

(3) عبد العزيزسعد,قانون الأسرة الجزائري المعدل أحكام الزواج والطلاق,المرجع السابق,ص141.

نستنتج حسب الفقرة الثانية من المادة 65 منه أن سلطة القاضي غير مطلقة بل مقيدة بالشروط القانونية بالنسبة لطالب تمديد الحضانة **الشروط التالية هي :**

1 – يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى, فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن طلب تمديد من أجل انتهاء حضانتها.

2 – أن يكون الحد الأقصى للتمديد هو 16 سنة إذ يمكن للقاضي أيضا أن يمدد مدة الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون نلاحظ هنا أن المشرع قد اختار هذا السن على أساس أنه السن المعدل التي يبلغ فيها الذكور غالبا وفيها يقلد الرجال ويتبع سلوكهم ويركن إلى الاحتكاك بهم أكثر .

3 – أن تكون الحاضنة الأم, أما غيرها فلا يجوز لها طلب تمديد الحضانة مهما كانت الحجة التي تستند عليها.

4 – أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة. بينما هناك من يرى أنها لا يسقط حقها في طلب تمديد الحضانة إذا تزوجت بقريب محرم .

5 – أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية 10 سنوات فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها يسقط حقها في المطالبة بالتمديد .

نجد أن المشرع التونسي أخذ بتمديد الحضانة ضمنيا عندما سكت عند تحديد مدة الحضانة فإنه فضل أن يترك السلطة التقديرية للقاضي حسب المادة 67 منه أما المشرع المغربي فقد نصت المادة 166 منه تدل على دلالة قطعية بأنه لم يأخذ بتمديد الحضانة إلا ما بعد سن الرشد لأنه حدد مدة الحضانة ب 18 سنة أما المشرع الأردني حسب نصوص مواده فإنه لم يأخذ بتمديد مدة الحضانة حسب المادة 162 منه أن الحضانة مدة

انتهائها إلى البلوغ أما بالنسبة لحضانة غير الأم فهو حددها بسن معين ولكن لن يذكر لهم تمديد الحضانة**(1)**.

---

(1)أحمد محمد علي داود,قانون الأحوال الشخصية الأردني,المرجع السابق,جزء3,ص40-41.

الخاتمـــة

تعتبر مصلحة المحضون من الدراسات الهامة والمتميزة, لأنها تجمع بين أصول الكيان الأسري والقانون . وترتبط بارتباط وثيق بكافة فروع العلوم الاجتماعية . وهي في نفس الوقت من الدراسات الشيقة, غير أنها تحتاج إلى قراءة مستفيضة واسعة في الفكر لملاحظة الأصول الشرعية والتشريعية لمبدأ هذه المصلحة ودراسة أبعادها من حيث تكوين رجل الغد .

1 – إن الحضانة حق للطفل في الطور الأول من أطوار حياته إلى أن يبلغ سن ليستغني عنها .

2 – أن الحضانة حق للطفل سواء خلال قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها.

3 – كما أنها جزء من الولاية على نفس الطفل تتخصص به الأم أو من يختص بها بعدها وذلك تحت إشراف الولي الطبيعي أي الأب وبمشاركته خلال قيام الزوجية وعلى نفقته بعد انتهائها .

4 – نجد أنها حق مزدوج للطفل والحاضنة بالنسبة للأم ولا يجوز التنازل عنها من أيهما وإنما يجوز سلب هذا الحق من الحاضنة أو الحاضن إذا لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة في الحضانة.

5 – كما نجد أنها حق للحاضنة وفي نفس الوقت التزام وواجب تلتزم بأدائه ولو جبرا عنها .

6 – أن المشرع أخذ جل أحكام الحضانة من الشريعة الإسلامية.

7 – أن المشرع راعى مصلحة المحضون في أغلب نصوصه.

8 – خول لكل حاضن الحق في المطالبة في حقه متى توافرت الشروط المطلوبة وكذا طلب استعادة حقه في ذلك وإسقاطه عن غيره متى أثبت ما يدعي به.

التوصيات :

1 – تغيير قانون الأسرة الجزائري إلى قانون الأحوال الشخصية بما أنه يشمل أحكام الأسرة وكل العلاقات المنبثقة عنها.

2 – إقامة برامج وجلسات يشرف عليها أخصائيين نفسيين لمعالجة أطفال الناجمين عن فك الرابطة الزوجية نظرا للمأساة التي يعيشونها أثناء وبعد انفصال الولدين وإعادة دمجهم في المجتمع.

3 – مراعاة قاعدة المحضون فوق كل الظروف من قبل القاضي.

4 – لا يمكن فصل الحضانة عن مصلحة المحضون.

5 – أن مصلحة المحضون أصل عظيم وقاعدة أساسية يجب على القاضي مراعاتها عند بيان أحكام الحضانة.

الفهارس الفنية

فهرس الآيات :

الآيات	رقم الآية	السورة	الصفحة
"وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا".	141	البقرة	25
"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ".	223	البقرة	7

فهرس الأحاديث :

الحديث	الصفحة
"أنت أحق بهم الم تنكحي".	7
"أمروا أولادكم بالصلاة وهم سبع سنين وضربوهم عليها وهم أبناء عشر".	51
"من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة".	23

فهرس المصادر والمراجع

1-المعاجم: 1 – ابن منظور,لسان العرب المحيط,دار لسان العرب,بيروت,1988,جزء1.

2 – الكتب : المصادر والمراجع :

1 – بخيت أحمد محمد ,المحضون في الفقه الإسلامي,مكتبة المتبني,القاهرة,2001.

2 – بلحاج العربي,الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري,ديوان المطبوعات الجامعية,1993, جزء1 .

3 – البهوتي منصور بن إدريس,كشاف القناع عن متن الإقناع,دارالفكر,بيروت,سنة 1982,جزء5.

4 – الترمذي, سنن الترمذي ,دار الفكر,بيروت,1983, الجزء2.

5- الجصاص أبوبكر أحمد بن علي الرازي , أحكام القرآن, دار الفكر, بدون سنة, الجزء1.

6 – بن حرزالله عبد القادر,الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق,دار الخلدونية, طبعة1, 2005 .

7 – ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي,المحلي بالآثار,دار الكتب العلمية,بيروت,بدون سنة,جزء10.

8 – حسان حسن حامد,نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي,مكتبة المتبني, القاهرة,1981.

9-الحطاب أبوهبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي,مواهب الجليل شرح مختصر خليل,دار الفكر,طبعة3, 1992,جزء4.

10 – حمدان عبد المطلب عبد الرزاق,الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي,دار الجامعة الجديدة للنشر,القاهرة,2008.

11 – داود أحمد محمد علي ,شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني,دار الثقافة للنشر,الأردن, 2009.

12– الدردير أحمد ,الشرح الصغيرعلى مختصر أقرب المسالك,مؤسسة العصر,الجزائر,1992 ,جزء2 .

13 –الدسوقي شمس الدين محمد بن عرفة , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير,دار الفكر,بدون سنة,جزء2 .

14 – ذيابي باديس,صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر,دار الهدى,الجزائر,2007.

15 – الزحيلي وهبة,الفقه الإسلامي وأدلته,دار الفكر,سورية,طبعة2, 1985 ,جزء7.

16 – الزحيلي وهبة,الفقه المالكي الميسر,دار الكلم الطيب, بيروت,طبعة2 ,2003,جزء3.

17 – أبو زهرة محمد, الولاية على النفس,دار الفكر العربي,القاهرة,1994.

18 –أبو زهرة محمد, الشخصية الأحوال,دار الفكر العربي,القاهرة, طبعة3, بدون سنة.

19 – أبو زهرة محمد, الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي,دارالفكرالعربي, القاهرة,بدون سنة, جزء1 .

20– زيدان عبد الكريم,المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم, ,مؤسسة الرسالة,بيروت, طبعة2 ,1994 ,جزء 10.

21 – السرخسي شمس الدين,المبسوط,دار المعرفة,بيروت,1986,الجزء3.

22– سعد عبد العزيز,قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق,دار الهومة,الجزائر,طبعة3, 2011.

23– الشاطبي,الموافقات في أصول الشريعة,المكتبة التجارية,القاهرة,جزء2.

24 – شحاتة فاطمة,تشريعات الطفولة, دار الجامعة.القاهرة,2008.

25 – الشربيني محمد الخطيب,مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج, دار الفكر,بدون سنة,جزء3.

26 – بن شويخ الرشيد, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة, دار الخلدونية ,الجزائر, طبعة2 ,2008.

27 – الصابوني عبد الرحمن , أحكام الزواج والطلاق, دار الهدى, الجزائر, 2006.

28 – بن عابدين محمد أمين,حاشية ابن عابدين,دار الكتب العلمية,بيروت 1994,جزء3.

29 – عبد الباقي عبد الفتاح,نظرية الحق, مطبعة النهضة الجديدة, القاهرة,طبعة2, 1965 .

30 – بن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود,المغني, دار الكتاب العربي,بيروت,1983,جزء11.

31 – الكساني علاء الدين آبي بكربن مسعود,بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, دار الكتاب العربي,بيروت, طبعة2, 1982,جزء4 .

33 – لشعب محفوظ,المبادئ العامة للقانون المدني,ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر,1992.

34 – ابن الهمام,الفتاوى الهندية,دار الفكر,مصر,طبعة2, 1991,جزء1.

2 – القوانين :

القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04-05-2005 المتضمن الموافقة على الأمر 02-05 المؤرخ في 27-04-2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11-84 المؤرخ في 09-06-1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري,الجريدة الرسمية رقم43.

فهرس الموضوعات

مقدمة : .....أ– د

فصل الأول :أحكام الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....1

المبحث الأول:مفهوم الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الج.....3

المطلب الأول:تعريف الطفل المحضون والحضانة.....4

الفرع الأول:تعريف الطفل المحضون والحضانة في الفقه الإسلامي.....4

أولا: تعريف الطفل المحضون.....4

1 – تعريف الطفل المحضون.....4

أ – التعريف اللغوي للطفل.....4

ب – التعريف الاصطلاحي للطفل.....5

ج – تعريف الطفل في الشريعة الإسلامية.....5

2 – تعريف مصلحة المحضون.....5

أ – التعريف اللغوي للمصلحة.....5

ب – التعريف الاصطلاحي للمصلحة.....6

ثانيا: تعرف الحضانة ومشروعيتها.....6

1 – تعريف الحضانة.....6

أ – التعريف اللغوي للحضانة.....6

ب – التعريف الاصطلاحي للحضانة.....7

2 – مشروعية الحضانة.....7

أ– حكمها.....7

ب –الحكمة من مشروعية الحضانة.....7
الفرع الثاني:تعريف الطفل المحضون والحضانة في قانون الأسرة الج.....8
أولا: التعريف القانوني للطفل المحضون.....8
1 – تعريف الطفل في القانون الدولي.....8
2 – تعريف الطفل في القوانين الوطنية.....9
أ – تعريف الطفل في القوانين المختلفة.....9
ب – تعريف الطفل المحضون في قانون الأسرة.....10
3 – تعريف القانوني لمصلحة المحضون.....10
أ – تعريف الفقه القانوني للمصلحة.....10
ب – تعريف قانون الأسرة الجزائري للمصلحة.....11
ثانيا: التعريف القانوني للحضانة.....11
1 – تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....11
2 – أهداف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....12
المطلب الثاني:شروط استحقاق الحضانة.....13
الفرع الأول:شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي.....14
أولا: تعريف الشرط في اللغة والاصطلاح 14
1 – تعريف الشرط في اللغة.....14
2 – تعريف الشرط في الاصطلاح.....14
ثانيا:الشروط الواجب توافرها في المحضون والحاضن.....14
1 – الشروط الواجب توافرها في المحضون.....14

2 – الشروط الواجب توافرها في الحاضن.....14
أ – شروط العامة في النساء والرجال.....14
ب – شروط الخاصة في النساء والرجال.....16
الفرع الثاني شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....17
أولا: الشروط العامة الواجب توافرها في الحاضن.....17
1 – الأهلية المشترطة في مستحق الحضانة في قانون الأسرة.....18
ثانيا: الشروط الخاصة الواجب توافرها في الحاضن.....18
المبحث الثاني:مستحقي الحضانة وأثارها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....21
المطلب الأول:مستحقي الحضانة.....22
الفرع الأول:مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي.....22
أولا: أصحاب الحق في الحضانة وأصحاب من ليس لهم الحق فيها.....22
1 – أصحاب الحق في الحضانة.....23
2 أصحاب من ليس لهم الحق في الحضانة.....25
ثانيا: علاقة الوالد بالمحضون وهو عند حاضنته وحق زيارته.....26
1 – حضانة الولد لا تعني انقطاع علاقة الوالد به.....26
2 – للأب حق زيارة ولده عند حاضنته.....27
3 – للأب أن يأخذ المحضون ليعلمه.....27
4 – لا تقوم الحاضنة بما يمنع الأب من زيارة ولده.....27
الفرع الثاني: مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....27

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.....27
1 – أولوية الأبوين مبدأ راع لمصلحة المحضون.....28
أ – حق الأم في الحضانة بين الأولوية والمساواة 28
ب – تقدم الأب عامل أخر لتحقيق مصلحة المحضون.....28
2 – مدى تحقق مصلحة المحضون مع الحاضن من غير الأبوين.....28
أ – أولوية قرابة الأم استثناء لتحقيق مصلحة المحضون.....28
ب – الحواضن الرجال ومصلحة المحضون.....29
ج – الأقربون درجة 29
ثانيا: حق الزيارة أداة لرقابة مصلحة المحضون.....29
1 – مصلحة المحضون أساس حق الزيارة.....30
أ – حق الزيارة أداة لتقوية العلاقات الأسرية.....30
ب – حق الزيارة أداة لرقابة مصلحة المحضون.....30
2 – مدى دور المحكمة في تنظيم حق الزيارة.....30
أ – تنظيم حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري.....31
ب – مكان رؤية المحضون.....31
3 – حماية المحضون من جريمة الامتناع عن تسليم الطفل.....32
المطلب الثاني:أثار الحضانة.....35
الفرع الأول:أثار الحضانة في الفقه الإسلامي.....35
أولا: نفقة المحضون:.....35
1 – تعريف النفقة في اللغة والاصطلاح.....35

أ – تعريف النفقة في اللغة.....35
ب – تعريف النفقة في الاصطلاح.....36
2 – المكلف بنفقة المحضون.....36
ثانيا: أجرة الحضانة.....36
1 – الأجرة على الحضانة.....36
2 – أجرة مسكن الحضانة.....37
الفرع الثاني: أثار الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....37
أولا: نفقة المحضون.....37
1 – تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري.....38
2 – وجوبية النفقة.....38
3 – مسكن المحضون.....38
ثانيا:وجوبية توفير مسكن للحاضنة المطلقة لممارسة الحضانة.....38
1 – مسكن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....39
2 – شروطه.....39
الفصل الثاني:حدود الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الج.....41
المبحث الأول: مسقطات الحضانة وعودتها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....43
المطلب الأول: مسقطات الحضانة 44
الفرع الأول: مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي.....44
أولا: أسباب سقوط الحق في الحضانة 44

1 – سفر الحاضن إلى مكان بعيد 44
2 – تسقط الحضانة لإسقاط مستحقيها.....44
3 – تسقط الحضانة عن مستحقيها بسكوته عن طلبها سنة كاملة.....44
ثانيا: سكوت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها.....44
1 – أن يعلم بحقه في الحضانة.....45
2 – أن يعلم أن سكوت يسقط حقه في الحضانة.....45
3 – أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة.....45
الفرع الثاني: مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....45
أولا: أسباب سقوط الحضانة.....45
1 – الزواج بأجنبي عن المحضون.....45
2 – تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة.....45
3 – اختلال أحد الشروط 46
4 – عدم المطالبة بالحضانة سنة كاملة.....46
5 – الانتقال بالمحضون.....46
6 – إقامة الحاضنة الجدة مع أم المحضون المتزوجة.....46
ثانيا: التنازل عن الحضانة.....46
1 – التنازل الصريح عن الحضانة 46
أ – التنازل لإرادة الحاضن المنفردة.....46
ب – التنازل الإتفاقي.....47
2 – التنازل الضمني.....47

أ – سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها.....47
ب – زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون.....47
ج – مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها.....47
د – مدى تأثر المحضون بالانتقال به إلى بلد أخر.....47
المطلب الثاني: عودة الحضانة بعد إسقاطها.....49
الفرع الأول: عودة الحضانة بعد إسقاطها في الفقه الإسلامي.....49
أولا: عودة الحضانة بعد إسقاطها إذا زال المانع.....49
ثانيا: عودة الحضانة بعد إسقاطها تمييز العذر والإجباري عن الاختياري.....49
1 – العذر الإجباري.....49
2 – العذر الاختياري.....49
الفرع الثاني عودة الحضانة بعد إسقاطها في قانون الأسرة الجزائري.....50
أولا: عودة الحضانة بعد إسقاطها لعذر إجباري.....50
ثانيا: عودة الحضانة بعد إسقاطها لعذر اختياري حسب الاجتهاد القضائي.....50
المبحث الثاني: مدة الحضانة وتمديدها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....51
المطلب الأول: مدة الحضانة 52
الفرع الأول:مدة الحضانة في الفقه الإسلامي.....52
أولا: إنتهاء مدة الحضانة عند الفقهاء.....52
1 – موقف الجمهور لمدة الحضانة إلى سبع سنين.....52
أ – مدة الحضانة للصغير إلى حين استغنائه عن الحاضنة.....52

ب – مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون سبع سنين.....52
ج – مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون سن التمييز.....52
2 –مدة الحضانة إلى البلوغ.....53
أ – حضانة الذكر إلى البلوغ 53
ب – الحضانة مدتها إل البلوغ.....53
ثانيا: التخيير في الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة.....53
1 – تخيير الغلام دون الجارية بين أبويه.....53
أ – تخيير الغلام عند انتهاء حضانته 53
ب – لا تخيير للجارية.....53
2 – تخيير الغلام والجارية بين أبويهما.....53
3 – لا تخيير للمحضون عند انتهاء مدة الحضانة.....54
الفرع الثاني:مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....54
أولا: انتهاء مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....55
ثانيا: التخيير في الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة.....55
المطلب الثاني: تمديد مدة الحضانة.....57
الفرع الأول: تمديد مدة الحضانة في الفقه الإسلامي.....57
أولا: موقف الفقهاء من تمديد مدة الحضانة.....57
الفرع الثاني: تمديد مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....58
أولا: تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون.....58

ثانيا: شروط الواجب توفرها في الحاضن طالب التمديد في قانون الأسرة الجزائري.....58

الخاتمة:.....60-62

الفهارس الفنية:.....63

فهرسالآيات 64

فهرس الأحاديث.....65

فهرس المصادر والمراجع..... 66

فهرس الموضوعات.....69-77