وزارة التعليم العالي والبحث والعلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم حقوق

جامعة سعيدة

تحت عنوان:

سقوط الحضانة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الأسرة

من إعداد الطلبة:

- ملال كريمة

تحت إشراف الأستاذ:

- عثماني عبد الرحمن

لجنة المناقشة:

أ. عبو تركية.....رئيسا

أ. نعار زهرة.....مناقشا

أ. بوسماحة أمينة.....مشرفا

أ. عثماني عبد الرحمن..... مشرفا ومقررا

السنة الجامعية 2016 -2017

السنة الهجرية 1437 - 1438

بسم الله الرحمن الرحيم

"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ
لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ
وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ
بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا
فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ
أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ
ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

صَدَقَ اللهُ العَظِيمُ

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ﴿أَلَا كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ، وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ، وَالْعَبْدُ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ، أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ﴾

رواه الترميذي

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

(قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون)

إلا هي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

بومق الرياحين وعطر الزهور كتبت كلماتي لأعبر من أشجى امتناني وأسمى خفقات القلب التي لا يقوى على وضعها أي قلم أو بيان

إلى أغلى ما أملك في هذا الوجود أمي الغالية والرفيقة الحبيبة امي الثانية أهديك أجمل وأروع ما تتمنين لي "نجاحي" تحية وتقدير وعرفان رعاك الله وصانك وأطال في عمرك.

إلى أبي يا من أحمل اسمك بكل فخر إلى من كلت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة يا لو مدحتك الدهر لما استطعت أن أوفي بحق إلى من بهم ومعهم تحلو الحياة اخوتي: وسيلة، رفيقة، نذير، علي شيخ مصطفى، أمين، نبيلة، ايمان، فتيحة حفظهم الله ورعاهم وابعد عنهم كل سوء.

إلى أحباء قلبي ورفقاء حياتي وأجمل ما قدمته لي دنياي أهديكم جميعا ثمرة نجاحي

إلى كل هؤلاء أهدي العمل المتواضع راجية من المولى عز وجل أن يقبل مني وأن يجازيهم عني أحسن

والله ولي التوفيق

شكر وتقدير

نشكر الله عز وجل المستحق للحمد والثناء على فضله ونعمه منا ما يليق بأقلامنا ومنه ما يليق بكرمه

لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " من لم يشكر الله لم يشكر "

أتوجه بالشكر والتقدير إلى سندي أمي وأبي اللذان ربياني وعلماني ولم يبخلا على بأي شيء، فأسأل الله العلي القدير أن يجازهما خير الجزاء.

كما أتقدم بجميل الشكر و العرفان إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في إيصالنا إلى هذه المرحلة العلمية وأخص بالذكر فضيلة الدكتور " عثماني عبد الرحمن " الذي تكرم بالإشراف على هذه الرسالة وعلى ما قدمه لي من توجيهات و ملاحظات قيمة فأسأل الله القدير على ان يجعل ذلك في ميزان حسناته و ينفع المسلمين بعمله كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء اللجنة الموقرة التي يشرفني بقبولها للمناقشة هذه المذكرة ، و أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من يبخل علي بالمعارف والتوجيهات و قدم لي يد العون في إتمام عملي أسأل الله العلي القدير التوفيق لرد بعض فضلهم و أتضرع إليه و أدعوه أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم.

وشكرا

مقدمة

مقدمة

إن الإنسان في أبرز محطة من محطات حياته وهي الطفولة يكون دوما وفي حاجة ماسة إلى من يرعاه ويسهر على حمايته وتنشأته تنشأة صحيحة لأن الأطفال ذخر المستقبل رجالا ونساءا وعليهم يعتمد هذا الوجود.

لذا تعتبر علاقة الزواج من أنبل الروابط لأنها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين الأسرة أساسها المودة و الرحمة لقوله تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون "[1]

فقوام الحياة الزوجية هو التماسك والمودة والرحمة والتسامح والتفاهم واحترام الزوجين لبعضهما لأن الفرد الصالح هو أساس الأسرة الفاضلة، والاسرة الفاضلة هي نواة المجتمع الخير

والأطفال هم نتاج الرابطة الزوجية التي أحلها الله لعباده لعمارة هذا الكون وهذا ما شرعته جميع الشرائع السماوية والأعراف وخاصة الشريعة الإسلامية التي حددت العلاقة الزوجية فيما بينهما وأعطت الزوجة حق رعاية وحضانة الطفل وعلى الأب حق النفقة

[1] سورة الروم الآية 22

والولاية وما يظهر بشكل جلي أن الوالدان هما المسؤولين عن نوع التربية المقدمة للأولاد لقوله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته "

فالبيت هو المحيط الأول الذي يكتسب فيه الطفل قواعد التربية والمهارات والطفل في مدخل حياته الأولى يكون محل تأثر تام بما يحيط به في أجواء الأسرة أو خارجها، فهو يولد صفحة بيضاء والمجتمع يكتب عليها ما يشاء وقد نبه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة فقال: "كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمحصانه "

- إلا أن البيت يعتبر هو الأهم لأن الطفل يقضي معظم أوقاته فيه، لذلك كان على الزوجين أن يتعاونا من أجل تنشئته على أسس دينية وأخلاقية سليمة.

ولكن هذا البيت قد لا يخلوا من المشاكل والنزاعات بين الزوجين هذه الأخيرة يمكن تفادي بعضها أو حل البعض منها إلا أنه هناك نزاعات ومشاكل قد تستمر ولا يجد لها الزوجين حلا فتتحول الحياة الزوجية من نعمة إلى نقمة وهذا ما يؤدي إلى استحالة استقرار حياة الزوجين مع بعضهما البعض في ظل هذه الظروف.

- لذا نجد أن من أهداف الزواج الإنس والراحة والطمأنينة بين الزوجين.

وإن حفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له الأثر الفعال في سلوك أبنائهم وحسن تكييفهم وتوافقهم النفسي والعقلي، غير أن التماسك والأنس والمودة والرحمة والتفاهم الذين هم وعامة الرابطة الزوجية ليست بالأمر الهين، وقد تعصف مشاكل الحياة ببناء الأسرة وتؤدي إلى التنافر.

- و حتى لا تصبح الحياة مستحيلة وحتى لا يهضم حق طرف على حساب طرف آخر و بالرغم من اعتبار المولى عز وجل أن الزواج هو ميثاق غليظ قوله تعالى : " وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض و أخذن منكم ميثاقا غليظا"[1]

أباح الإسلام الطلاق وشرع للزوجين وسيلة يمكن إنهاء المشاكل بواسطتها وهي الطلاق مع أنه اعتبره أبغض الحلال إلى الله وذلك لضرورة قاهرة وإلى ظروف استثنائية والتي تجعله دواءا وعلاجا للتخلص من شقاء محتم قديم يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعها.

- وإذا كان الطفل يستمد هذا الشعور بالأمان والاستقرار والتوافق النفسي من تفاهم وارتباط وتماسك إليه فإن هذا الشعور يزعزع بمجرد الانفصال أو الطلاق وهذا لضرورة ابتعاد أحد الزوجين عن الآخر فيجد الطفل نفسه أمام غياب أحد الدعائم الأساسية لحياته النفسية والمادية.

[1] - سورة النساء 21

مما يؤدي إلى نقص المتابعة الدائمة.

- فالطفل يعتبر أكبر متضرر من الطلاق لأنه في مرحلة الطفولة يكون في حاجة ماسة إلى والديه
- ومن أهم و أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج و المشاكل التي تطردها حول مصير الأطفال ومن يكفلهم مع تحديد من يقع عليه عبئ التربية ؟
- فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ الولادة حتى البلوغ حيث اتخذها العلماء أساس لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم حتى يبلغوا أشدهم وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع.

فالحضانة هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه ،ذلك برعاية شؤونه وتدبر طعامه وملبسه ونومه وغسله لثيابه في سن معينة[1] فهي إذا حفظ الصغير مما يضره بقدر المستطاع والقيام بتربية ومصالحه من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته.

[1] - رمضان علي السيد نباضي ، أحكام أسرة في شرعية إسلام ، القسم الأول ، عقد الزواج في الإسلام ، مكونات العقد ، حقوق و واجبات الزوجية ، الدار الجامعية د.ب.ن.2001 ، ص39

وهذا الحق أقرته الشريعة الإسلامية و أحاطته بمجموعة من الضمانات حماية الصغير كما أن المشرع الجزائري خصص مواد 26 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري [1] مقرا فيه حق الطفل في الحضانة.

وإننا نجد الشريعة الإسلامية هي السابقة في الاهتمام بالطفل والعناية بمصالحه

وباعتبار الحضانة حق المحضون على أهله وأقاربه فالوالدين هما أحق وأجدر بالقيام بهذه المهمة وعليه نجد الحضانة في مرحلة الطفولة موجهة للنساء لأن المحضون في هذه الفترة يكون في حاجة إلى الرقة والشفقة والنساء أحسن له وبعدها يكون الحق للرجال للإشراف والعناية وتسديد خطاه في الحياة لأنهم أقدر على توجيه لمستقبل أفضل.

وقد تعهدت جل التشريعات الوصفية بعديد من الأحكام تتعلق بمصير الولد وحمايته وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض فقد حثت هذه الاتفاقية حقوق الطفل ونحن ندرك تمام الإدراك أن الحضانة هي من أهم الأولويات التي يجب أخذها على محمل الجد

[1] – قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 25 المؤرخ 27 فبراير 2005 الصادر بجريدة رسمية عدد 15 صادرة بتاريخ 2005/02/27

إذن لا يحق أن نحمل الأطفال تبعات النزاع الحاصل بين والديهما والذي لا ذنب لهم فيه لو تم انفصال الزوجين فمن سيكفل الأطفال بعد الطلاق؟ ومن هم أصحاب الحق في الحضانة

كما ترجع الأهمية إلى هذا الموضوع يطرح عدة إشكالات في الواقع العملي الناتجة عن عدم احترام كل من الزوجين لحقوق والتزاماته مما يؤدي إلى عدة نزاعات ونهدف من خلال هذا الموضوع أن نبين أهمية الحضانة والمقصود بها من أهم أصحاب الحق فيها؟ وما هو ترتبهم وما هي أسباب سقوطها؟

ولهذا ارتأينا تقسيم هذه المذكرة إلى فصلين

- **الفصل الأول**: سقوط الحضانة في شريعة الإسلامية
- **الفصل الثاني**: سقوط الحضانة في القانون الجزائري

الفصل التمهيدي

نحن نعلم أن الطفل عند ولادته حيا، تثبت له ثلاث ولايات ولاية التربية وولاية على النفس وولاية عن المال، أما ولاية التربية فيكون الدور فيها للنساء وهذا ما يسمى بالحضانة، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق إلى حكم الحضانة ودليلها وحكمها وخصائص الحضانة

المبحث الاول: حكم الحضانة ومشروعية

في هذا المبحث تضمنا، حكم الحضانة، ومشروعية الحضانة، وادلتها، ومقصد الشارع من اثباتها.

المطلب الاول: حكم الحضانة

الحضانة واجبة شرعا ، لأن الطفل يهلك بتركه، و يضيع لضعفه ، لذا وجب حفظه من الهلاك كوجوب نفقته[1].

وتكون واجبة وجوبا عينيا إذا لم يوجد الا حاضنة واحدة ولو اجنبيا عن المحضون ومنه إذا وجد الطفل لقيط وجب التقاطه وحضنه وتكون واجبة وجوبا كفائيا عند وجود أكثر من حاضن.

لقول ابو الحسن المنوفي: حضانة الصغير فرض كفاية، فلا يحل ان يترك الطفل بغرض رعاية فاذا قام به قائم سقط عن الباقين وعينة في حق الأب والأم في حولي الرضاعة إن لم يكن له أب، ولا مال له او كان له مال ولكن لا يقبل غير امه.

استعرض مجلس أوروبي الافتاء، والبحوث عن حكم الحضانة بعد مداولة قرر ما يلي:

[1] - المذهب من الفقة المالكي و أدلته محمد سكحالا لمجاجي ، عالم المعرفة الجزائر دار القلم ، دمشق ، ... 1433هـ 2012 م (12 145)

الحضانة فرض عين في حق أحد الوالدين، أو أقربائهم ضمن أولويات ذكر فقهاء تفصيلا فان لم يوجد من تجب عليه الحضانة أو وجد ولكنه امتنع لأي سبب فان الحضانة تصبح فرض عين على مسلمين وتحقيقا لهذا الواجب فان على مراكز الاسلامية قيام به باعداد المحاضن المناسبة.

وقال النفراوي : الحضانة واجبة وجوبا عينيا على الام ، ومن هو بمنزلتها ان لم يوجد الا حاضن واحد ولو أجنبيا من المحضون، لذا اذا وجد جماعة طفلا منبوذا وجب عليهم التقاطه وحضنه بحيث اذا قام به البعض سقط عن غيره من الناس كسائر فروض الكفالة[1] .

ومنه لا يحل للجماعة المسلمة ترك الصغير عرضة للهلاك فان تركوه فهم آثمون وعاصون لله ورسوله صلى الله عليه وسلم.

والحضانة تكون في النساء وفي الرجال الا أن الحضانة النساء مقدمة على حضانة الرجال لتوفر شفقة والحنان عند النساء لأن مقصود من الحضانة قيام بمؤونة طفل ومصالحه لأنه خلق ضعيف.

وفي هذا يقول ابن عاصم " وصرفنا الى النساء أليق... لأنهن في امور أشفق[2]"

فان انعدام النساء ممن في الحضانة انتقلت الى الرجال ممن له الحق في حضانة الطفل[3]

[1] - كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، على بن خلف المنوفي (939-857 هـ) و بهامشه حاشيه العدوي للشيخ علي الصعيدي العدوي ت ح ، أحمد حميدي امام

[2] - مصدر نفسه (3 ، 271)

[3] - المذهب من الفقه المالكي وأدلته محمد المجاجي (2 / 146)

المطلب الثاني: ادلة حضانة

ويمكن ان يستدل على أصل وجوب الحضانة في الجملة بأدلة أربعة والأصل في مشروعية الحضانة ما ورد في كتاب الله وسنه نبيه صلى الله عليه وسلم

واجماع الأمة.

أ– من الكتاب: آيات كثيرة دالة على مشروعية الحضانة نذكر منها:

أولا: قول الله تعالى

"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ " 233 سورة البقرة [1]

وجب الاستدلال بالآية:

أن قطع الطفل عن أمه وفصله عنها كما أن فصل الأم عن ولدها فيه غاية الضرر النفسي وفيه غاية الحرج.

لهذا نجد أن الله عز وجل نها عن ذلك لقوله:" لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " فدل ذلك على أن الأم أحق بولدها مادام صغير ولو بعد الفطم ما لم تتزوج لفضل حنانها وشفقتها.

[1] - سورة البقرة الاية233

أما في السنة: فهي أخبار كثيرة منها قول الصادق (عليه السلام) في مقبرة آبي الصباح الكناني (فهي أحق بإبنها حتى تفطمه).

- قول إبن العربي : قال علماؤنا " الحضانة بدليل هذه الآية للأم والنصرة للأب لأن الحضانة مع الرضاع ..."[1]
- قول أبو بكر الحصاص:" الأم أحق بإمساك الولد مادام صغيرا وإن استغنى عن الرضاع بعد ما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع كقلبه."
- قول إبن رشيد : " الأم أحق برضاعة إبنها وكفالته إلى أن سيتغنى عنها بنفسه [2] " فدل على مشروعية الحضانة.

ثانيا:

قوله تعالى " وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا " **الإسراء 64**.

" أي وقل: يا رب اعطف عليهما برحمتك كما عطفا علي في صغري وربياني صغيرا.

ومن جملة تربية الأولاد ورعايتهم من مسؤولية الوالدين في حال قيام الحياة الزوجية والمنفصل أبويه من باب أولى أن يحضن فلا يترك للهلاك فدل ذلك على مشروعية حضانته.

ثالثا:

لقوله تعالى: في مريم بنت عمران " وكفلها زكريا " آل عمران

قال القرطبي : **قوله تعالى** : " وكفلها زكريا " أي ضمها إليه.[1]

---

[1] – أحكام القران ، أحمد بن علي بكر الرزي ، الحصاص الحنفي (متوفي 370 هـ) تح : عبد سلام محمد علي شاهين) دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ط (1415هـ 1994م 1/ 490)

[2] - المقدمات الممهدات ، ابو الوليد محمد بن رشد القرطبي متوفي 520هـ) ، دار الغرب الإسلامي ط 8 ، 114 هـ ، 1988 م 562 1)

قال ابن كثر: أي جعله كافلا لها ... أنها قدر الله كون زكريا كافل لسعادتها لتقتبس منها جما نفعا وعملا صالحا، ولأنه كان زوج خالتها على ما ذكره ابن إسحاق وابن جرير.

وغيرهما و قيل : زوج أختها كما ورد في صحيح :" فإذا بيحيى وعيسى وهما ابنا الخالة [2] " فعلى هذا كانت في حضانة خالتها، وقد تبث في صحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عمارة بنت حمزة ، أن تكون في حضانة خالتها إمرأة جعفر بن أبي طالب وقال :" الخالة بمنزلة الأم[3] " فدل على مشروعية الحضانة[4].

رابعا :

قال تعالى:" وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون " آل عمران 44.

قال القرطبي: **قوله عز وجل**: "أيهم يكفل مريم " أي يحضنها، فقال زكريا، أنا أحق بهذا، خالتها عندي وكانت عنده أشيع بنت فاقود أخت منه بنت فاقود أم مريم وقال بنو إسرائيل نحن أحق بها، بنت عالمنا فاقترعوا عليها وجاء كل واحد بقلمه واتفقوا أن يجعلوا الأقلام في الماء الجاري فمن وقف قلمه ولم يجره الماء فهو حاضنها قال النبي صلى الله عليه وسلم:" فجرت الأقلام وعال قلم زكريا" وكانت آية له، لأنه نبي تجري الآيات عل يديه وقيل غير هذا فدل ذلك على مشروعية الحضانة.

- **ب – من السنة:**

---

[1] - تفسير قرطبي 794

[2] - أخرجه البخاري، في صحيحه كتاب المناقب، باب المعراج، ج 3887، (5 / 52)

[3] - أخرجه البخاري كتاب صلح، باب الكتاب هذا: ما صلح فلان بن فلان بن فلان و ان لم ينسبه الى قبيلته أو نسله، ج 2699، 3 / 184)

[4] – تفسير القران ، أبو اسماعيل بن عمر بن كثر القرشي البصري الدمشقي المتوفي (774 هـ)

- ما ثبت من الصحيح أن عليا وزيدا وجعفر رضي الله عنهم اختصموا في الحضانة بنت حمزة فقال علي: أنا أحق بها وهي بنت عمي وقال جعفر ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد ابنة أخي، فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال «الخالة بمرتبة الأم " وقال جلعلي "أنت مني وأنا منك" وقال لجعفر " أشبهت خلقي وخلقي «وقال زيد أنت أخونا ومولانا
- حديث عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله عمر رضي الله عنه، أن امرأة قالت: يا رسول الله، ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أبته طلقني وأراد أن ينزعه عني قال لها

صلى الله عليه و سلم : "أنت أحق به ما لم تنكحي"[1]

ووجه الدلالة: أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها وأقر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك وحكم لها.

ففيه تنبيه على المعنى المقتضي للحكم وأن العلل والمعاني المعتبرة في إثبات الأحكام مستقرة في الفطرة السليمة فدل على مشروعية الحضانة.

ج – من الإجماع:

قال بن رشد : "فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاد كفالة الأطفال الصغار لأن الإنسان خلق ضعيف مفتقدا الى من يكفله و يربيه حتى ينفع نفسه ويستغنى بذاته [1]

[1] - رواه أبي داود في سننه، كتاب طلاق، باب من أحد بالولد، 2276، / 2 ، 183) و الحاكم في مستدرك ، كتاب الطلاق ج 2830 (2 / 225 ، قال هذا الحديث الإسلام و لم يخرجاه (بخاري و مسلم) ، و أخرجه البيهقي في سنة الكبرى ، باب الأم تتزوج فيسقط من حضانة الولد و ينتقل من جدته ، ح 15763 ، 8 ، 7)

ونقل المتيطي الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنهم خلق ضعيف يفتخر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه. [2]

المبحث الثاني: خصائص الحضانة

من بداية ولادة الطفل شرعة الحضانة لتولي شؤون الطفل العاجز عن قيامه بحاجاته لوحده، إلى غاية قدرته على قيام ذلك بمفرده دون الحاجة إلى غيره فالطفل تثبت له منذ ولادته ولاية التربية، أي الحضانة ويكون الدور للنساء أولا فلهن الحق في التربية شرعا، وهذا لأنهن أرفق وأصبر على التربية وحسن الرعاية في هذه الحالة الحضانة حق لذا السؤال المطروح يكمن حول خصائص هذا الحق هل هو حق خالص للمحضون، أم أن الحاضنة كذلك يتمتع بهذا الحق؟

المطلب الأول: خصائص الحضانة

- **الحضانة من النظام العام**

إن في ترك الحضانة تضييع للطفل و هلاك له لذا هي من الأمور التي تدعو إليها الغريزة الإنسانية والفطرة فالحضانة واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك [3] كما يجب الاتفاق عليه و إنجاؤه من الهلاك.

وكون الصغير يولد عاجز عن تولي شؤونه بنفسه، فيكون بأمس الحاجة إلى من يرعاه ويحافظ عليه ويقوم بتربيته والتكفل به وعليه من الضروري أن يجد من يقوم بذلك فالحاضن عند القيام بالتربية والرعاية فإنه يغرس في المحضون سلوك ضروري للحياة، الذي يؤهله لأن يكون مقبولا اجتماعيا في بيئته، وطريقة الحياة هذه يعبر عنها في

---

[2] مقدمات و ممهدات بن رشد القرطبي ص (1 ، 563)

[3] - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج وطلاق في فقه الإسلامي وقانون الأسرة حسب اخر تعديل، طبع الأولى، دار الخلدونية 2007 ص 350

علم الاجتماع إذ تعتبر الحضانة من النظام العام، وليس للأبوين تغيير أو تحريف قواعدها فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن الحضانة لأي سبب فإن الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط، وكانت أهلا لممارستها وقد تجبر الحاضنة على حضانة الصغير حتى وإن تنازلت عنها وحتى وإن لم تكن تتوفر فيها الشروط الكاملة، ما عدا التي لها علاقة بأخلاقها إذ أن ذلك لمصلحة الطفل.[1]

والحكمة من ذلك هي حماية الطفل من اضطراب النمو الانفعالي، والعقلي وحتى لا تنشأ في المجتمع شخصية مهزومة تعود بالضرر على المجتمع كله، وكذلك حتى لا يختل في الجانب القيمي والاجتماعي للطفل وذلك في غياب من يرعاه ويوجهه ويربيه في أهم مرحلة في حياته والتي يكتسب فيها مبادئ الأخلاقية والسلوكية التي يكون مقبولا بها في مجتمعه فالحضانة شرعت لحفظ النفس إذا لم تسقط إلا بعذر شرعي لأنها ولاية شرعية مقدرة يحكم بها القاضي على وجه الإلزام، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي.[2]

الحضانة حق مشترك:

تعتبر الحضانة عمل مادي يتصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين، هما كون الحضانة حق، وكونها في نفس الوقت واجب فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى هي إلتزام على الحاضن ولهذا وقع الطلاق بين الزوجين فينتج مباشرة حق الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار ويترتب لحضانة حق الصغير ما يلي:

[1] عزير حسني، حضانة في قانون الجزائري، قضاء الأحوال والفقه الإسلامي رسالة لنيل، ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية حقوق والعلوم القانونية بن عكنون، جامعة الجزائر 2001 ص 44

[2] عزير حسني مرجع سابق ص 42

- لا يجوز لأمه أن تستحق حضانته أن تصالح أباه على إسقاط حقها في حضانتها له في مقابل بدل تأخذه لأنها بفعل ذلك تفوت حق صغير وهي تملك إسقاط حقه فلو فعلت لا يصح الصلح ولا تستحق البدل الذي اصطلحت عليه
- إذا امتنعت عن حضانة صغير ولم تكتمل شروط الحضانة في غيرها فإنه لا يجوز لها أن تمتنع عن حضانته وإن امتنعت أجبرت على ذلك المحافظة على مصلحة الصغير.
- لو خلعت أمه أباه على أن تترك حقها في حضانة الصغير مدة الحضانة فإن الخلع يصح ولكن يبطل البدل لأنها بذلك فوتت حق الصغير وهي لا تملك ذلك.

ويترتب على أن الحضانة حق للحضانة ما يلي:

- ليس للأب حق في أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط حضانة ليدفعه إلى من هي دونها في الدرجة لأن في ذلك تفويت لحق الحضانة.
- لا يجوز للأب أن ينقله من البلد الذي يقيم فيه حاضنه لأنه إن فعل ذلك فقد ضيع عليها حقها.
- لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضه فإنه يجب على المرضعة أن تقوم بإرضاعه في المنزل حتى لا تفوت عليها حقها في حضانته وعليه فإن الحق في الحضانة وذلك حتى لا يضيع ويهلك كما أنها حق للحضانة إذ كانت أم لا وهذا حتى لا تحرم من صغيرها الذي حملته وهنا ووضعته كرها فهي أحق بحضانته.

المطلب الثاني: الحضانة بمقابل مالي

بما أن الحضانة حق فيخول لصاحبه ممارسته سواء بأجر أو تبرع وهنا اختلاف في الآراء بين قائل وجوب أجره بين معارض

أولا: أجر الحضانة

أجر الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير و هو شبه بالنفقة ، و شبه بالأجرة فله شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة صغير و يجب من مال الصغير إذا كان له مال من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال وله شبه بالأجر أنه يعطي للحاضنة عمل تقوم به فهي تقوم بتربيته[1] وحفظه و لقد اختلف الفقهاء في الشريعة الإسلامية بأجرة الحاضنة من عدمها .

المالكية: قالوا بأن ليس للحاضنة أجر على حضانتها سواء كانت أم أو غيرها وبغض النظر عن حالتها المادية، سواء كانت موسرة أو معسرة فإن كانت فقيرة وولدها المحضون له مال انفق عليها منه لكونها فقيرة وليس لكونها تمارس الحضانة، وللمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة والغذاء والغطاء الحاضنة تنقص النفقة من الولد [2] ونفقتها على الولد.

الحنفية: قالوا وجوب أجرة الحاضنة إن لم تكن الزوجة قائمة بينها وبين الوالد ولم تكن معتدة من طلاق رجعي ولا تستحق الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن وتستحق النفقة من أب الطفل ذلك أن الأجرة ليست عوض خالص بل هي كأجرة.

---

[1] - عمرو عيسى الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية جزء الثاني، طبعة الأولى مكتب جامعي الحديث الإسكندرية 2005 ص 94

[2] – باديس دياني ، أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض ، نفقة ، حضانة ، متاع) دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي دار الهدي الجزائر 2008 ، 684

الرضاعة للأم مؤونة ونفقة لقوله عز وجل " و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف " [1]

وقوله أيضا " أسكنهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهم وأتمرو بينكم بالمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى "

فهنا لا تأخذ نفقتين مكن شخص واحد وإن تعددت الأسباب وما على هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذ أجرة الحضانة.

الشافعية: الحضانة تستحق الأجرة سواء كانت أم أو غير أم وهي أجرة الرضاعة فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله وإلا فعلى الأب أو مستلزمه نفقته ويقدر لها كفايتها بحسب حالها.

الحنابلة : يرون أن الحضانة طلب أجرة و الأم أحق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا ولكن تجبر الأم على الحضانة طفلها وإذا استأجرت امرأة لإرضاعه وحضانته لزمها العقد وإذا ذكر في العقد الرضاعة لزمتها الحضانة تبعا وأن استؤجرت للحاضنة لم يلزمها الرضاع وإن امتنعت الأم سقط حقها وإنتقل إلى غيرها [2]

أما المشرع الجزائري: فإنه لم يدل بأجرة الحضانة فهو لم يشر إليها في المواد 78،77،76،75 ليضل إشكال فيما يخص الحضانة غير أنه بالرجوع مادة 222 قانون الأسرة الجزائري [3]

---

[1] سورة البقرة جزء من اية 233

[2] - مرجع نفسه ص 154

[3] - تنص مادة 222 قانون لاأسرة الجزائري على مايلي "كل مايرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى الأحكام الشريعة الإسلامي

والتي تحيلها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم نص قانوني وعليه فلا بد من الرجوع إلى آراء فقهاء المالكية لأن المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي.

ثانيا: المدين بأجرة الحضانة:

أجرة الحضانة غير أجرة الرضاع وهي تجب في مال الصغير إن كان له مال فإن لم يكن له مال فيلزم به أبيه أو من تلزمه نفقة الصغير من بعده فإذا كان الأب معسرا عن الكسب أعتبر في حكم عدم الوجود وفوض أجر الحضانة وإذا كان الأب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته وأمر بالأداء ويجب أداءها من تجب عليه نفقة الصغير يؤدها للحاضنة ويرجع بها إلى الأب إذا أيسر[1] ويستخلص من هذه الطبيعة ما يلي :

- أن أجرة الحضانة لا يسقط بموت الصغير بخلاف نفقته
- أن أجرة الحضانة لا يسقط إلا بأداء أو الإبراء على خلاف نفقة الصغير
- أن الأم تجبر على مارد ما عجل لها من أجر الحضانة لوالد الصغير عن المدة التي زال فيها السبب وانقطع فيها العمل بخروج الولد من يدها.

ثالثا: التبرع بالحضانة

إذا أبت أم الولد أن لا تحضنه إلا بأجر ووجدت من محارمه من هي أهل لحضانته كجدته أو خالته أو عمته تتبرع بحضانته فإن كان الأجر مستحق على الصغير في ماله بأن كان له مال ونفقته بأنواعها واجبة فيه فإن سلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة لماله من غير إضرار به فالمتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه.

[1] - عمر عيسى الفقه – مرجع سابق ص 194

وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحق على الأب فإن كان الأب موسرا لا يعطي المتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها لأن حضانة الأم أصلح للولد.

الفصل الأول

سقوط الحضانة في الشريعة الإسلامية

للحضانة أهمية خاصة في الإسلام ولها خطورة بالغة من أجل ذلك أوجبها الإسلام على الأب أو من ينوب عنه في حالة الوفاة أو العجز وتزداد أهميتها وقدرتها عند افتراق الزوجان.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة في الشرع

حفظ الصغير أو معتوه أو معاق عما يضره وتربيته ورعاية مصالحه إلى أن يكبر أو يصح والحضانة والكفالة سواء.

ولقد أعطيت تعاريف مختلفة للحضانة في مختلف المذاهب سنتطرق إليها بالتدريج.

المطلب الأول: تعريف الحضانة عند الاحناف

الحضانة عندهم تعني : تربية طفل و رعايته و القيام بجميع اموره في سن معينة على من له الحق في الحضانة[1]

المطلب الثاني: تعريف الحضانة عند المالكية

الحضانة عندهم تعني الحفظ و العناية للعاجز عن القيام بأمور نفسه أي رعايته في ملبسه وطعامه ومضجعه وتعليمه [2].

المطلب الثالث: تعريف الحضانة عند الحنابلة والشافعية

1 – عند الشافعية : فهي حفظ من لا يستغل بأمور نفسه عما يوازيه لعدم تمييزه لصغره أو جنون أو عته [3]

---

[1] - محمد أمين بن عمر عبد العزيز عابدين الدمشقي حاشية إبن عابيدين على الدر المختارة دار فكر ، ج 2 ، بيروت 1421 ص 555

[2] - العلامة أحمد الدرديري ، شرح صغير ، دار معارف ، ج 1 مصدر ص 451

[3] – د.محمد بن أحمد بن حمزة ، شمس الدين الرمي نهاية المحتاج الى الشرح المنهاج ، طبعة الأخيرة دار فكر بيروت 1984 / 225

2 – عند الحنابلة: تعني ضم المحضون وتربيته وهي مأخوذة من الحضن لأن المربي يضم الطفل إلى حضنه وكفالته واجبة لأنه يتركها.

عدم تجزئة الحضانة يقصد بها أن يقتصر طلب الأم في الحضانة على الإناث دور الذكور أو العكس أو تختار الأصغر سنا فيما يمتنع عن حضانة الآخرين رغم أن ذلك من حقها وعند عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة من اجل المحافظة على الأبناء دون التفرقة بينهم والمحافظة على ترابطهم عالجت المحكمة العليا هذه المسألة وأصدرت فيها قرار بعدم تجزئة الحضانة للأم إن كان لها الحق فيها وهو عدم السماح لها باختيار من تحضن من الأبناء.

حيث جاء قرار أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الحضانة تستند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها ولا تسقط عنها ما لم يجردها من هذا الحق مانع شرعي وحيث أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في القضية الحالية فإن الأولاد هم صغار السن وضمهم إلى أمهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب. يهلك لذا وجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه.

مما تقدم يتضح لنا أن الفقهاء جميعا متفقون على أن الحضانة تعني رعاية الطفل وحفظه مما يؤديه والتكفل بالنفقة عليه في جميع مراحل حياته إلى أن يبلغ الرشد ويضيف لشافعية والشيعة وجوب حضانة المسن والمعتوه والمجنون لعدم التمييز عن الشيخ أبو زهرة فيرى أنه يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات ولاية التربية ولاية النفس ولاية على ماله إذا كان لديه.

فالولاية الأولى وهي التربية يكون الدور الأول فيها للنساء، وهذا ما يسمى بالحضانة فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته

شرعا، وهي حق الأم ثم لمحارمه من النساء فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت ولاية التربية، وتثبت وجوبها عليهن

أولا: لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن

ثانيا: لأن الآثار الصحيحة قد وردت بأن النساء أحق بالحضانة والولاية الثانية يجب إن تكون أمينة عليه فتكون أمينة على نفسه وأدبه وخلقه فإذا كانت مستهترة لا تؤمن على أخلاق الطفل وأدبه ولا على نفسه فإنها لا تكون أهلا لحضانته

- وحكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك والإنفاق عليه ودليل وجوب الحضانة للصغير قوله تعالى عن مريم عليها السلام "فتقبل ربها بقول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا"

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه وحسن الخلق حتى أنه يكره على الإنسان أن يعفو على ولده أثناء تربيته كما يكره ان يدعو على نفسه وخادمه وماله.

المبحث الثاني: ترتيب الحاضنين حسب المذاهب الأربعة

لقد تم ترتب الشارع الحكيم وراعت الشريعة الإسلامية في الحضانة الفطرة البشرية والتكوين الجبلي للإنسان إذ أن الطفل الصغير والمجنون والمعتوه يحتاجون إلى صبر طويل ورعاية واسعة وشفقة محيطه في جميع شؤون الحياة فإذا كان الولد بين أبيه وأمه فلا شك أنه ينعم في حنانهما فيعيش حيث عاشا معا يتعاونان في بناءه وتربيته وتهذيبه وإصلاحه كل حسب جهده، ومعرفته، واستعداده فإذا قصر أحداهما جبر الأخر من تقصيره وإذا جار أحدهما عليه حجر الأخر.

في قول البخاري في صححه على هذا التعاون بقوله " باب عون المرأة زوجها في ولده " وساق حديث جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنه قال " هلك أبي وترك سبعة بنات أو تسعة بنات فتزوجت امرأة ثيبا فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: تزوجت يا جابر؟ فقلت: نعم، فقال: بكرا أم ثيبا فقلت ثيبا فقال فهلا جارية تلاعبها وتلاعبك وتضاحكها وتضاحكك؟ قال. فقلت له :إن عبد الله هلك وترك بنات وإني كرهت أن أجيئهن بمثلهن فتزوجت امرأة تقوم عليهن وتصلحهن فقال : بارك الله لك أو خيرا [1].

وهذا هو الأهم والأغلب الذي تقوم فيه المنزاعات على الأولاد ذكورا أو إناثا وذلك عن طريق موت الأب أو الأم أو سفر أو فراق الزوجين فهنا يا ترى من يقوم عليها بالرعاية والتنشئة ويذهب الحق بالحضانة؟ [2]

– كما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل الأخير بموجب رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجد ثم الجدة ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي

[1] - الجامع الصحيح للإمام بخاري ، السلفية مع فتح الباري – ص 513)

[2] – د. فاريق حمادة ، أحكام الحضانة في الإسلام ، سياج لحماية الطفولة العدد 3 ، مجلة أحمدية 1320 ص 227

عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة بحيث كانت تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل على أن الأم هي أولى بالحضانة ولدها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة...." وعليه لم يرد في نصوص السنة النبوية حديثا مفصلا لأصحاب الحق في الحضانة ولكنه لأهمية الأمر فقد اجتهد علماء الأمة وفقهاءها بذلك الشأن فقد رتبوا أصحاب الحق في الحضانة استنادا على نظام الإرث في الكتاب والسنة ولكنهم قدموا في هذا النوع من الحقوق النساء نسبة لصلاحيتهن لهذا الحق.

- إن كانت الأم غير محل النزاع في حضانتها لولدها إن كانت متحققة بالعدالة وبعض الضوابط الأخرى ولم تتزوج فمن يليها في الحضانة إذا تزوجت أو طرء طارءا يمنع حضانتها كمرض أو سفر أو غير ذلك.
- إن النصوص التي جاءت في المسألة فيها حضانة الجدة وحضانة الخالة أما حديث الجدة فقد تناول عمر بن الخطاب ابنه عاصما ومحاكمته الى الصديق وقضاءه لها بحضانته.
- أما الخالة فقد جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم عند دخول مكة في عمرة القضاء وفيه " خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فتبعته ابنة حمزة تنادي يا عم يا عم فتناولها علي – فأخذ بيدها وقال لفاطمة عليها السلام دونك ابنة عمك حميلها فاختصم فيها علي وزيد وجعفر، قال علي : أنا آخذها وهي بنت 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 وقال جعفر أشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد : أنت أخونا و مولانا وقال علي : ألا تتزوج بنت حمزة ؟ قال : إنها ابنة أخي من الرضاعة [1]

[1] – أخرجه البخاري في صحيحه ، صلح باب كيف يكتب : هذا ما صلح فلان بن فلان .... / 5 / 303 مع شرحه فتح الباري و مغاري باب عمرة القضاء 7 / 499 و ترميدي مختصر البر و الصلة باب الخالة و قال حسن صحيح و بن مان في صحيحه 11 / 229 و أصل حديث موجود في مسند أحمد و مسلم و درامي و غيرهم

- فمالك بن أنس: جعل الحضانة بعد الأم للجدة أم الأم إذ لم تكن متزوجة أجنبيا فإن كان كذلك فقد سقطت حضانتها مع حديث عمر السابق ثم الخالة أخت الأم على حديث البراء ثم الجدة أم الأب ثم الأخت. [1]
- وقد ذهب الأئمة في هذين الحديثين إلى مذاهب:

المطلب الأول: مذهب الحنفي

هذا المذهب أجمعوا على أن الأم أحق بالحضانة إذا توفرت لها جميع شروط الحضانة وذلك لحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وإجماع الصحابة على ذلك.

وذلك لأن الأم أقرب إلى وليدها وأشفق عليه من غيرها وإذا لم توجد الأم أو الجدة ولم تكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى من يليها من النساء. والمستحقون في الحضانة في هذا المذهب يختلفون باختلاف سن المحضون فقبل استغناء الصغير عن خدمة النساء يكون الأحق بالحضانة عندهم النساء المحارم بالنسبة للذكر مع مراعاة قرابة الأم وتقديمها على قرابة الأب فإن لم يوجد للصغير محرم من النساء انتقل الحق إلى محارمه من الرجال العصبة فإن لم يوجد له محرم عاصب انتقل حق الحضانة إلى محارمه من الرجال غير العصبة فإن لم يوجد وانتقلت الحضانة إلى من يثق به القاضي رجلا أم إمرأة.

وخلاصة القول الحضانة في عمر الولد تكون كالآتي :

أولا : للنساء محارم

ثانيا : للرجال المحارم من العصبات

ثالثا : للمحارم من غير العصبات

رابعا : لمن يثق به القاضي[2]

[1] - الكافي في فقه أهل مدينة لي أبي عمر بن عبد البر ، ط 1 مكتبة الرياض الحديثة ص 625

[2] علامة أحمد دردير، مرجع سابق، ص453

بعد استغناء الولد عن خدمة النساء فتكون حضانة لعصبة المحارم من الرجال.

*** ترتيب اصحاب حق في حضانة من النساء عندهم كا الأتي :**

- الأم بالإجماع
- أم الأم أي الجادة الطفل المحضون ثم أم الجدة وإن علت
- أم الأب وإن علت
- أخوات المحضون وتقدم لشقيقته عل من كانت لأم أو لأب تم الأخت الأم ثم الأخت الأب
- الخالات تقدم الشقيقة ثم الأم ثم لأب
- بنات الأخوات وأيضا تقدم الشقيقات على البقية
- بنات الأخوة تقدم منهن الشقيقة ثم الأم ثم الأب
- العمات وأيضا تقدم الشقيقة عن غير الشقيقة
- خالة الأم ثم خالة الأب وأيضا تقدم الشقيقات ثم الأم ثم لأب
- عمت الأم ثم عمة الأب وأيضا تقدم الشقيقات ثم للأم ثم للأب

***ترتيب اصحاب الحق من الرجال من العصبات عندهم كأتي :**

أولى محارم من العصبات استحقاق للحضانة هو الأب ثم الجد لأب وان علا ثم الأخ الشقيق ثم الأب ثم الأم. وإن نزل ثم العم الشقيق ثم الأب ثم ابناء العم إن كان المحضون على ما فإن كانت أنثى لو يكن له الحق في الحضانة سواء كان محضونة مشتاهات وغير مشتاهات وإذ تساوى من لهم الحق في الحضانة كإخوة أشقاء وطلب كل منهم ضم الصغير إليه يقدم أصحهم دينا و روعا لأنه أنفع للمحضون و لأنه يتخلق بأخلاقه

***ترتيب المحارم من غير العصبةعندهم كالأتي :**

إذا لم يوجد أحد من أصحاب الحق المتقدم و ذكرهم انتقل حق الحضانة الى محارم من غير العصبة على الترتيب التالي :

الجد لأم . ثم الأخ لأم . ثم ابن الأخ لأم . ثم العم لأم . ثم الخال الشقيق ثم الأب ثم الأم .

*** من يثق بهم القاضي :**

و إن لم يوجد حاضن مما تقدم ذكرهم فإن أمر المحضون يكون مفوضا الى القاضي يسلمه الى من يثق به و يعتقد أنه يقوم بمصالح الصغير على الوجه الأكمل .

المطلب الثاني : المذهب المالكي : [1]

يستحق الحضانة عندهم أقارب الصغير من ذكور و إناث على الترتيب الاتي :

***أولا** : من النساء :

- الأم ثم أم الأم و ان علت
- الخالة الشقيقة ثم الأم ثم الأب
- عمة الأم ثم ام الأب ثم ام أمه ثم أم أبيه
- الأخت ثم الى عمة الصغير ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه
- بنت الأخ الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم إلى بنت الأخت
- وادا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح وهؤلاء جميعا يأتون بعد حضانة الأب

***ثانيا / من الرجال :**

- الأب تنقل اليه الحضانة بعد أم ابيه
- الوصي سواء ذكر كان أم أنثى

[1] - علم أحمد دريدي مرجع سابق ص 453

– الأخ ثم ابنه ويقدم عليه الجد من جهة الأم

–العم أم ابنه في حالة حضانة الذكر أما الأنثى فلا يصح حضانة ابن عمها لإنها مشتاهات بالنسبة له

–العصبة ثم المعتق

–فيلاحظ أنهم يقدمون الخالة على إخوان المحضون وهذا على خلاف الحنفية وأيضا يقدمون حضانة الوصي على الأخ وبنيه والعم وبقية العصبة

المطلب الثالث: ما هو الشافعي والحنبلي

أولا : نجد عن مذهب الشافعي ترتيب لمستحقي الحضانة على ثلاثة أحوال [1]

***الحالة الأولى:**

إذا اجتمع الأقارب والذكور مع الإناث فالترتيب كالأتي:

–تقدم الأم ثم أم الأم وإن علة بشرط الإرث

–ثم الأب ثم أمه ثم أم أمه، إن علت أيضا بشرط الإرث

وإذا انعدمت تلك المجموعة السابقة أي الأم وأمهاتها والأب وأمهاته وأجتمع الذكور واناث قدم الأقرب ثم الأقرب أولا من الإناث ثم ثانيا من الذكور

–وإذا استوفت القرابة بين الإناث يقرع بينها وكذلك الذكور

* **الحالة الثانية:**

هي اجتماع الإنات فقط فيكون الترتيب كالأتي

–الأم ثم أمهاتها ثم أمهات الأب

–ثم الأخت ثم الخالة ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ

[1] - محمد بن أحمد بن حمزة، شمس الدين الرملي، مرجع سابق ص 226

ثم العمة ثم بنت الخالة ثم بين العمة ثم بنت الخال وفي هذه الحالة تقدم الشقيقات على غيرهن وأيضا تقدم من كانت لأب على من كانت أم

* **الحالة الثالثة:**

هي اجتماع الذكور فيقدم

-الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم لأب ثم لأم

-ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب ثم لأم

-ثم العم لأب ثم ابن العم في الحالة حضانة الذكر

نلاحظ عند تقدم الأخت على الخالة فهم كالحنفية في ذلك وعلى خلاف المالكية ثم أنهم لا يأخدون بحضانة الوصي كالمالكية بل في حالة انعدام المنصوص عليهم في مذهب برأي القاضي من الأصلح لذلك في فيعطيه اليه

ثانيا: فترتيب مستحقي الحضانة عند الحنابلة

- الأم ثم أمهاتها

- الأب ثم أمهاته ثم الجد ثم أماهته

-الأخت الشقيقة ثم لأم ثم لأب

-الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب

- العمة الشقيقة ثم لأم ثم لأب

-خالات أمه وتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب

-بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام ابيه وتقدم في هؤلاء جميعا للشقيقة ثم التي لأم ثم لأب

-و لا حضانة الأنثى عند غير ذي محرم كإبن العم و من في حكمة بالرضاع[1]

[1] محمد بن أحمد بن حمزة، شمس الدين الرملي، مرجع سابق ص 227

ونلاحظ أيضا انهم كالشافعية غير أنهم يقولون بحضانة بنات أعمام الأم والأب وهذا على خلاف اصحاب مذاهب ثلاثة أخرى.

نستخلص من ترتيب حضانة أصحاب الحق في مذاهب الأربعة:

-أن هناك إتفاق بين الفقهاء في مذاهب الأربعة جميعا في تقديم الأم على غيرها من النساء بشرط أن تكون غير متزوجة بأجنبي بالنسبة للمحضون ومرجعهم في ذلك حديث رسول الله (ص) (أنتي أحق به ما لم تنكحي) .

ونجد أن الأم تلي الأم عند الحنفية والمالكية والحنابلة بتقديم بنت المحضون على أم الأم وهذه الحالة تكون في حالة حضانة معتوه ومجنون.

والحنفية نجد انهم يقدمون النساء عموما في الإستحقاق على الرجال حيث ان المالكية يقدمون الأب ثم الجد من جهة الأب على أخت المحضون ونلاحظ ان الحضانة عند الحنابلة بعد الأم وأماهتها تكون الأب وهم في ذلك يخالفون الحنفية يؤخرون الأب عن النساء ويخالفون الشافعية " فريق منهم الذين يذهبون مذهب مالكية ويوافقون بالذين يقدمون الأب

وخلاصة القول أن ولاية النساء في الحضانة تقدم على الرجال وذلك لأن النساء أقدر على القيام بأمور التربية وأصبر وأكثر شفقة على الأطفال.[1]

[1] محمد بن أحمد بن حمزة ، شمس الدين الرملي ، مرجع سابق ص 228

الفصل الثاني

مفهوم الحضانة

وآثارها

من أهم الآثار القانونية لإنحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة وكذا التشريعات الوضعية وعليه سنحاول في هذا الفصل أن نعرف الحضانة ونحدد شروط ممارستها مع تحديد أصحاب الحق فيها وتبريرهم وأخيرا الآثار المترتبة عنها.

المبحث الأول: تعريف الحضانة وشروطها (أصحاب الحق فيها).

إن الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على بدنه وعقله، ودينه، وحمايته من عوامل الإنحراف وطوارئ الإنحلال بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه ما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الوجهات، وأن يكون لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة والقانون.

غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة بدرجة ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاته ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون وهذا ما سنتطرق إليه في المطالب التالية.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

الحضانة – بفتح الحاء- هي ضم الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا " تعيش الذئاب في حضن الجبل أي عمقه" ونقول حضن الطائر بيضه " إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حيث تضم

الإم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه[1].

الفرع الأول: تعريف الفقهي للحضانة

عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتتبعات الحياة والإطلاع بمسؤولياتها والولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأن يكون عاجزا في حياته الأولى عند القيان بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره، وينفعه و الشارع الحكيم قد اناط هذا الأمر بوالدي الصغير لأنهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له، أما عن تربيته ورعايته شؤونه في المرحلة الأولى فقد جعلها للأم، وأما عن ولاية التصرف في نفس الولد وما له فقد جعلها للأب، وقد عرفها الإمام مالك " بأنها تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء"[2].

أما بعض فقهاء الشافعية يعرفونها بأنها حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته، بما يصلحه ويقيه ما يضره، ويرى ابن قيم ان الولاية على الطفل نوعان، نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن فيه جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه ولاية الحضانة والرضاع، وقدم كل من انويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد.

---

[1] الكشح ما بين خاصلة الى ضلع خلفي، محمد علي سراج، مراجعة خير الدين باشا ، دار الفكر دمشق ط1 1403 هـ 1983 م (276)

[2] محمد أمين بن عمر عبد العزيز عابدين الدمشقي حاشية إبن عابيدين على الدر المختارة دار فكر ، ج 2 ، بيروت 1421 ص 555

أما الشيخ أبو زهرة فيرى أن تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات الأولى ولاية التربية، الثانية ولاية النفس والولاية الثالثة هي ولاية على ماله إن كان له مال.

أما الولاية الأولى: فهي ولاية التربية فالدور الأول يكون فيها للنساء وهي ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم محارمه من النساء، فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته، فلا يمكن الإستغناء عن وجود النساء في جانبه خاصة.

ويرى الأستاذ صالح جمعة أن الولاية على النفس هي القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بفنسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه، ويدخل نطاقها ثلاث ولايات.

أولها: ولاية الحفظ والرعاية، وتبدأ منذ ولادة المولى عليه حتى بلوغه سن التمييز، وهي ما تسمى بالحضانة.

ثانيها: وولاية التربية والتأديب والتهذيب وتبدأ بعد بلوغه سن التمييز واستغناءه عن النساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل، وهي ما يسمى بالكفالة وولاية الضم والصيانة.

ثالثها: ولاية التزويج: وهي تثبت للولي بناءا على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في تزويج من في ولايته.

وحكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وأنجاؤه من المهالك، ودليل وجوب الحضانة للصغير قوله تعالى عن مريم عليها السلام: ((فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا))[1].

[1] تفسير قرطبي 794

وقوله صلى الله عليه وسلم: " كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول" وتتطلب الحضانة الحكمة واليقضة والإنتباه والخلق الجم، حتى أنه يكره على الإنسان أن يدعوا على ولده اثناء تربيته، كما يكره أن يدعوا على نفسه وخادمه وماله لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " ((لَا تَدْعُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ وَلَا تَدْعُوا عَلَى أَوْلَادِكُمْ وَلَا تَدْعُوا عَلَى أَمْوَالِكُمْ لَا تُوَافِقُوا مِنْ اللَّهِ سَاعَةً يُسْأَلُ فِيهَا عَطَاءٌ فَيَسْتَجِيبُ لَكُمْ))[1].

وروى أبو موسى عن ابن عباس ابن أوس بن عبادة الأنصاري دل على نبي الله صلى الله عليه وسلم فقال:

" يا رسول الله إن لي بنات وأنا أدعوا عليهن بالموت فقال: ((يَا ابْنَ سَاعِدَةَ، لَا تَدْعُ؛ فَإِنَّ البَرَكَةَ فِي البَنَاتِ؛ هُنَّ المجَمِّلَاتُ عِنْدَ النِّعْمَةِ وَالمنْعِيَاتُ عِنْدَ المصِيبَةِ". وروى من وجه آخر وزاد فيه: "وَالممَرِّضَاتُ عِنْدَ الشِّدَّةِ، ثُقُلُهُنَّ عَلَى الأَرْضِ، وَرِزْقُهُنَّ عَلَى الله عَزَّ وَجَلَّ)).

الفرع الثاني: التعريف القانوني للحضانة

نصت المادة 62 من ق. أ. س. ج: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين بيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحضانة أن يكون أهلا للقيام بذلك.

وعرفتها المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه.

[1] أخرجه البخاري كتاب صلح ، باب الكتاب هذا : ما صلح فلان بن فلان بن فلان و ان لم ينسبه الى قبيلته أو نسله ، ج 2699 ، 3 / 184)

[1] تفسير القران ، أبو اسماعيل بن عمر بن كثر القرشي البصري الدمشقي المتوفي (774 هـ)

كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته، فخلافا للقوانين السابقين المشرع الجزائري في قانون الأسرة ركز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد، وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[1].

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد: أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية ومما تقدم فإن أهداف الحضانة تظهر فيما يلي:

أولا: تعليم الولد

ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس، وما دام التعليم اجباري ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وامكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي[2].

ثانيا: تربية الولد على دين أبيه

يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، ولا ينكره عليها أبدا، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل[3].

[1] الأمر 11 / 84 المعدل بأمر 05/02 متعلق بقانون الأسرة

[2] الدكتور بالحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 279

[3] الدكتور عصام أنور سليم ، حقوق الطفل ، كلية الحقوق جامعية الإسكندرية الناشر المكتب الجامعي الحديث ، ط 2001 ص 129

ثالثا: السهر على حماية المحضون

إذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلابد ان تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب ألا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب وألا يؤدب كما استدعت الحاجة ثم إن الحماية لا تكون من غير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه.

رابعا: حماية الطفل من الناحية الخلقية

ويكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا سويا وألا يترك عرضة للشارع ورفقاء السوء.

خامسا: حماية المحضون صحيا

يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة خاصة في السنوات الأولى من حياته، وذلك بأن يتلقى كل التلقيحات اللازمة والدورية وأن يعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة

إن الحضانة هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب.

وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها إذ يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة في الرجال والنساء وأخرى تختص بها النساء والبعض الآخر لابد من توافرها في الرجال.[1]

[1] عمرو عيسى الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية جزء الثاني، طبعة الأولى مكتب جامعي الحديث الإسكندرية 2005 ص 94

كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، إذا المقصود بالأهلية هنا هو القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الإعتماد على نفسه في المستقبل.

ولتحديد هذه الشروط الغير الواردة في القانون المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أن "كل ما لم يرد في النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشرعة الإسلامية" وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المطلب إلى شروط ممارسة الحضانة على ضوء الفقه مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري منها مع استشهاد ببعض قرارات المحكمة العليا المنوط بها توحيد الإجتهاد القضائي لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط.

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء.

الأهلية للحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة ومن بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء نجد[1]:

1- **العقل**: لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون مطبقا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ولو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه فقد يرد جنونها في أي وقت وإن كان نادرا أو قصيرا، ولو مثلا مرة في كل سنة، لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية

[1] الأمر 11/84 معدل بالأمر 02/05 متعلق بقانون الأسرة

اللازمة له، لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي الإبتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصلحته والمعتوه يأخذ حكم المجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير وبالتالي فلا يرعى هو غيره، ولأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على المحضون، إذا لحضانة من الولاية كما أنه لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه لا يمكنه القيام بشؤونه الخاصة و تكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره لأنه في حاجة إلى إشراف الغير والأخذ بيده في شؤون نفسه فلا يصوغ له أن يتولى هو هذا الإشراف على الغير باعتبار الحضانة ولاية على النفس وغير العاقل لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره وإلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر، لكي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق، واشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفرد كالجذام والبرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات.

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه وهو ما ورد في نص المادة 85 من قانون الأسره الجزائري التي تنص، أنه " تعتبر تصرفات المجنون أو المعتوه أو السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه ".[1]

كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا لأن الحضانة هي رعاية المحضون وحفظ مصلحته.

2- **البلوغ**: الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها وتبعاتها إلا الكبار بل أن وظائفها لا يقوم بها إلى هؤلاء، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من

[1] ميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.سليمان ،أستاذ بكلية الحقوق ، جامعة مدية ،أ.مشارك بكلية علوم اسلامية ،جامعة جزائر شركة أصال و توزيع ،جزائر عاصمة ،1434 ،2012،02م (184)

أهل الولاية أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنها بالغة حكما، إذا إدعت البلوغ و هي إن ادعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة ما دام أن الظاهرة يشهد بصدق إدعائها، وكون البلوغ شرط في الحاضنة، شرط سار عليه سائر الفقهاء لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه ويقوم على شؤونه، فكيف يكون له أن يتولى شؤون غيره البلوغ شرط أساسي لإستحقاق الحاضن للحضانة لأن به إكتمال الإرادة عادة.

والقضاء الجزائري اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

3- **الأمانة على الأخلاق:** الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حق سلامة تربيته والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير وحمايته من الضياع وصيانته من الإهمال حتى قال بعض الفقهاء، إن الحاضنة لو كانت كثير الصلاة قد استولت عليها محبة الله وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها وسقطت الحضانة عنها فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلا رجلا كان أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام، في حين أن هذه المسألة قيد الشيخ ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم ذلك الفسق الذي يضيع به الولد إذ يكون لها الحضانة ولو كانت معروفة عنده بالفجور ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيه فجور أمه، ففي هذه الحالة وإن أصبح يعقل فجورها ينتزع منها الولد صونا وحفاظا لأخلاقه من الفساد لأنها غير أمينة عليه، اما الرجل الفاسق فلا حضانة له.

كما أنه قيل إن الحاضنة إذا كانت تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا فإنها تكون غير مأمونة عيلة فلا تكون لها حضانته إذا ليست أهلا لها.

ولقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن وتكرس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة، لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه إذ ينشأ على طريقتها ومختلقا بأخلاقها.

فأسقط القضاء الحضانة عن الأم لأن المحيط الذي يعيش فيه الطفل غير مأمون على اخلاقه حيث جاء في قرار المحكمة العليا، أن عدم إبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم ومراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كذلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض اختهم من أبيهم خاصة وأن من الحضونين بنتين إن تركت حضانتها لأمهما فلا يؤمن عليهما.

ويتشدد القضاء في موقفه هذا وأسقط حضانة الجدة للأم لأن الأم كانت اخلاقها فاسدة، فكما ساقطت الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفها يسقط حق أمها في الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفها يسقط حق أمها في الحضانة إذ كذلك الأم التي لا تقدر على تربية ابتها لا تستطيع تربية المحضون وكبح جماحه وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها لفقدان الثقة والأمانة فيهما.

والقول بأن الحاضنة ارتبكت فعلا فاحشا، يجب إثباته بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدول من الرجال، أو اعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الإعتراف سيد الأدلة.

1- القدرة على التربية: يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو المرض أو شغل، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة، أما إذا

كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة.

إذ يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا يعجزها ويمنعها عن القيام بشؤون الصغير ولا لمتقدمة في السن تقدما يجعلها بحاجة إلى رعاية الغير لها، ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له، حيث أنه يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به أو الساكنة مع مريض مرضا معديا أو مع من يبغض الطفل ولو كان قريبا له إذ لا تتوفر الرعاية الكافية والجو الصالح الملائم لتربيته.

فالمالكية والشافعية والحنابلة يدخلون العمى في مانع العجز وينيطون حضانة العمياء وغيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون ولو كان ذلك بمساعدة غيرها أما إذا منعها شيء من ذلك عن رعاية شؤون المحضون فلا تكون لها حضانة.

وعليه فإن الفقهاء لم يشترطوا الأهلية الحضانة سوى قدرة الحاضنة على رعاية الصغير والإشراف على تربيته والمحافظة عليه ولم يشترطوا الإبصار بل أوجبوا توافر صفات ترجع إلى المحافظة على الصغير وتوفر راحته.

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

وجاء في قرار آخر: أن الشارع اشترط في الحاضن عدة شروط من بينها الكفاية والصحة فلا حضانة لعاجز ذكر أو أنثى لكبر السن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون ولأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده.

4- الإسلام: يرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية ولا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى: ((ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)) فهي كولاية الزواج والمال و لأنه يخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها وهذا أكبر ضرر يصيب الطفل، فعن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه)) إلا أن الحنفية والمالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة، فيصبح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أما او غيرها لأن الحاضنة لا تتجاوز ارضاع الطفل وخدمته وكلاهما يجوز من الكافرة و دليلهم في ذلك ما رواه أبو داود النسائي: أن رافع بن سنان اسلم وأبت إمرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه وقال رافع ابنتي قال له النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية قال وأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها.

ولأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة وهي لا تختلف بإختلاف الدين لكن هؤلاء إختلفوا في مدة بقاء عند الحاضنة غير المسلمة.

فقال الحنفية: يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه السن السابعة أو يتضح أنه في بقائه معها خطر على دينه كالذهاب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، وقال المالكية: إن المحضون يبقى مع الحاضنة إلى إنتهاء مدة الحضانة شرعا فإن

خيفة على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد.

وتجدر الإشارة إلى أن الأحناف وإن رأو جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا ألا تكون مرتدة لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحاضنة الطفل، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن يربى الطفل على دين ابيه ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة.

والواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بوقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث يساوي بين الأم المسلمة والغير المسلمة في إستحقاق الحضانة كما أنه اسقطت الحضانة عن أم مسيحية لأنها حاولت تربية إبنها وفق مبادئ دينها.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء يمكن سردها فيما يلي:

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه[1]

إختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون على أراء منها:

أ- قولهم أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهو ما ذهب إليه كل من الأئمة مالك لشافعي وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله أن امرأة قالت: يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال صلى الله عليه

[1] الأمر 11/84 معدل بالأمر 02/05 متعلق بقانون الأسرة

وسلم" أنت أحق به ما لم تنكحي، فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج وعندها لا يكون لها هذا الحق و كذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج ، فتسقط عنها ويدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم فقد قال له الصديق أبوبكر، أنها أحق به ما لم تتزوج، وقد وافقه عمر رضي الله عنه على هذا الحكم وكان بحضور الصحابة ولم ينكر عليه أحد ذلك وعلى حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شريح لا يختلفون فيه زمانا زمكانا.

ب- وقيل إن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهذا الرأي أكد عليه الحسن البصري وهو قول ابن حزم الظاهري وحججهم في ذلك الحديث الذي رواه أنس رضي الله عنه قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي وإنطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال يا رسول الله إن أنس غلام كيس فليخدمك، قال فخدمته في السفر والحضر...وإن انس كان في حضانة امه ولها زوج وهو أبو طلحة، بعلم رسول الله صلى الله عليه و سلم وهو لم ينكر ذلك و حجتهم كذلك أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله عليه وسلم لم تسقط بزواجها كفالتها لبنيها، فإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقرابته منه ما تحمله على الشفقة ورعاية حقه، فيتم بينهما التعاون على كفالته، وهذا على عكس الأجنبي فإنها إذا تزوجته لا يعطف عليه ولا يمكنها من العناية به وعليه فالصغير لا يجد الجو الرحيم ولا الظروف المساعدة التي تنمي ملكاته ومواهبه لأن الحضانة قد أمسكته عن أجنبي قد يبغضه ويقسو عليه ولا يؤدبه.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة تنص المادة 66 من ق. أ. س. ج على أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرب وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، وعليه يستكشف من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي، وبقريب غير محرم، ولقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها منها ما جاء في أحدها:" من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالاتها عن المحضون، مما يستوجب معه نقص القرار".

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون.

وعليه وخدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه عدة إستثناءات منها:

- عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم: فبدل من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فإن حضانته تكون أولى به رغم زواجها، وكذلك الأمر إذا كان يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجز على حضانته.
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة: ويبدأ حساب المدة كل من يوم الزواج إلى إنقضاء السنة كاملة وذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة.ج.
- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض.
- وتجدر الإشارة إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة، إذ لابد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط ونشير أيضا أن الحاضنة إذا تزوجت ودخل بها زوجها ثم طلقت أو مات عنها قبل أن يعلم من تنتقل إليه الحضانة فإنه في هذه الحالة تستمر في حضانة المحضون.

- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير: أي تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأم المحضون وأخته وجدته، فلا حق لبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية ولهن الحق في حضانة ولكن لهم الحق في حضانة الذكور.
- عدم إقامة الحضانة بالصغير في بيت يبغضه: يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها إذا تزوجت إلا إذا إنفردت بسكن آخر عنها.

وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون الأسرة. ج " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

وجاءت هذه المادة تكريس لمصلحة المحضون ليتربى تربية سوية بعيدة عن كل المشاكل التي تحيط بالطفل وتؤثر عليه سلبا في المستقبل.

- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا:

إن إمتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند إعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل والأمانة والاستقامة شروط خاصة بالرجال فقط وهي:

1- أن يكون الحاضن محرما للمحضون الأنثى إذا كانت أنثى، ولقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لإنتهاء المحرمية وإن لن تبلغ الطفلة حد الفتنة والشهوة أعطيت له بالإتفاق، لأن في حالة بلوغها هذه المرحلة من

الشهوة فلا يكون لإبن العم حضانة إبنة عمه المشتهاة، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم، غير ابن العم، وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه.

2- إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن حق الرجال في الحضانة مبنى على الميراث ولا توازن بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم لمحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد بني حق الحضانة في الرجال على الميراث.

المطلب الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

من المعلوم أن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهن على بعض بحسب المحضون فجعلوا الإناث أليق بالحضانة على حساب الرجال لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية والرعاية وأصبر على القيام بها واشد ملازمة للأطفال.[1]

ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال العصبات المحار، وإختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة على النحو التالي، علما بأن مستحقي الحضانة إما إناثا وإما ذكورا وإما الفرقان، وذلك في سن معينة، فإذا انتهت تلك السن كان الرجل أقدر على تربية الطفل من النساء.[2]

لقد حددت المادة 64 من ق. أ. ج ثلاثة أصناف من مستحقي الحضانة يقدم فيه صنف آخر فنصت على أن: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم

[1] أمر 84-11 معدل 2/5 متعلق بقانون الأسرة

[2] الأمر 11/84 معدل بالأمر 02/05 متعلق بقانون الأسرة

الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

الفرع الأول: الأم ومن يليها من قريباتها

الولاية على الطفل نوعان: ولاية على النفس وولاية على المال

فالولاية على المال هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من إستثمار، وتصرفات كالبيع والإيجار والرهن وغيرها، فهذا النوع يقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها.[1]

والولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من رعية الصحة والتأديب والتهذيب والنمو الجسمي، والتعليم والتثقيف في المدارس ونحو ذلك وعليه فإن ترتيب الحضانات يكون على النحو التالي:

أولا: الأم

الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق، أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها، ودليل تقديم الأم من السنة: ما روي أن إمرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت له: ((يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال: " أنت أحق به ما لم تنكحي" وقال صلى الله عليه وسلم: " من قرف بين والدة وولدها، فرق الله بين وبين أحبته يوم القيامة".

وروي أن عمر ابن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنهما فقال أبوبكر: "مسحها وحجرها وريحها خير له منك، حتى يشب الصبي فيختار لنفسه"، وقال شيخ

[1] الأمر 11/84 معدل بالأمر 02/05 متعلق بقانون الأسرة

الإسلام اين تيمة رحمه الله: لا الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير وأعرف بتربيته، وحمله وتنويمه، وأصبر عليه، وأرحم فهي أقدر وأصبر في هذا الموضوع، فتعينت في حق الطفل تميز المخير في الشرع.

ثم قال: ومما ينبغي أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا بل لا يقدم المعتدي أو المفرط على العادل البار مطلق، فكل ما قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة، وإن دفعت به مضرتها، فأما مع وجود فساد من إحداهما فالآخر بها بلا ريب" وقال إبن القيم رحمه الله: " التقديم والتأخير والقرعة لا تكون إلا إذا حصلت به مصلحت الولد، وكون كل واحد من الوالدين نظير الأخر، فلو كانت الأم أصون من الأب وأخير منه قدمت عليه، ولا إلتفات الى قرعة، ولا تخير للصبي في هذه الحال، فإن الصبي ضعيف يؤثر عليه اللعب فيكون عند من هو أنفع له و لا تتحمل الشريعة غير هذا"

وقال ابن مودود الحنفي: ''يكون الولد عندهن حتى يستغني عن الخدمة، فيأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده وقدره أبوبكر الرازي بتسع سنين، والخصاف بسبع سنسن إعتبارا للغالب.

وإليه الإشارة بقول الصديق رضي الله عنه: هي أحق به حتى يشب، ولأنه إستغنى إحتاج إلى التأديب بآداب الرجال، والتخلق بأخلاقهم وتعليم القرآن والحرف والأب على ذلك أقدر فكان أولى وأجدر.

ولهذا فإن الأم هي المدرسة الأولى للطفل، وبالتالي لها تأثير البالغ في الحياة النفسية واستقرارها لدى الطفل من حين تربيته وتهذيب أخلاقه واستقامته سلوكه بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي والعقلي، وهي كذلك منبع العطف

والحنان، ومجرى الحب والشفقة، ولهذا فالأم أولى بحضانة الطفل، وإذا توفرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك.

ثانيا: أم الأم (الجدة)

في حالة سقوط الحضانة عن المحضون، أما لوفاتها، أو لزواجها بأجنبي، أو لأي سبب من أسباب السقوط، تليها أمها مباشرة، لمشاركتها في الإرث والولادة، وكذلك لأن الجدة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها، ولهذا فضلت الأم على الأب، فقد فضلت كذلك الجدة أم الأم على الجدة أم الأب لهذا السبب.

فالمشرع الجزائري في المادة 64 من ق. أ. ج قد توقف عند الأم فحسب فإن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنه بعض القزانين العربية لسيما القانون السوري في المادة 139 الفقرة الأولى منه لم يتوقف في أم الأم، بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي وكذا إنتقال حضانة الولد لأم الأم يكون دائما مؤيدا بقرار من القاضي الفاصل في مادة الأحوال الشخصية.

ثالثا: الخالة

خالة المحضون سواء كانت أخت شقيقه لأم أو أخت لأب أو أخت لأم، تأتي مرتبتها في إستحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأم مباشرة وهذا ما إتفق عليه جمهور الفقهاء وعلى رأسهم المذهب المالكي والحنفي والشافعي والحنبلي، وعليه فإن المشرع الجزائري في المادة 62 من ق. أ. ج سار على مناهج جمهور الفقهاء و لهذا فإنه لا يمكن مخالفة ترتيب المنصوص عليه في المادة 62 بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون، فالخالة تأتي في مرتبة أسبق من الأب وأن مركز الأب كالأستاذ لا يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة، مع العلم أن الإنفاق على الأب، وكذلك إسناد الحضانة للأخت

من الأب بدل الخالة رغم مطالبتها بها يعد مخالفة للقانون، إن شفقة الخالة على الصبي من شفقة أمه، وفي هذا الاتفاق مع ما جاء في الأثر حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في ابنة حمزة لخالتها، وقال: الخالة أم" وقد كان ذلك عندما إختصم علي وجعفر وزيد ابن كارثة رضي الله عنهم في أيهم يحضن إبنة حمزة رضي الله عنه فسلمها رسول الله لخالتها وهي زوجة جعفر، ويجب أن تتوفر في الخالة الشروط نفسها التي تتوفر في الحاضنة.

الفرع الثاني: الأب ومن يليه من أقاربه

إن لم يكن للمحضون أحد من جهة الأم، لإنتفاء الشروط فيهن أو وفاتهن إنتقلت الحضانة إلى جهة الأب وقد حددت المادة 64 من ق. أ. ج هؤلاء الأشخاص تحديدا حصريا.[1]

أولا: الاب

يتضح لنا من قراءة المادة 64 من ق. أ. ج أنها رتبت أب المحضون من حق الأب بعد الخالة مباشرة وإن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك وأبو حنيفة.

وطبقا لما جاء في المادة 64 من ق. أ. ج فإن حضانة المحضون من حق الأب بعد الأم وقريباتها فعلى الأب أن يوفد للطفل ما ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه وتتولى رعايته خاصة إذا كان الولد فطيما.

ثانيا: الجدة (أم الأب)

الجدة أب تأتي مرتبتها مباشرة بعد الأب، حسب ترتيب المحدد في 64 من ق. أ ويبدو أن المشرع تأثر بالمذهبين الشافعي والحنبلي اللذان يقدمان الأب على أمه، وهذا خلافا

[1] د . بلحاج العربي مرجع سابق ص 389

للمذهبين المالكي والحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب نفسه، وكما تكون الحضانة لأم الأب تكون لأم وجدتها عملا بقاعدة ((الأم وإن علت))، وهذا إذا توفرت فيهن الشروط بالرغم من أن المادة 64 من ق. أ. ج توقفت عند الأم فقط.

الفرع الثالث: الأقربون درجة

طبقا لنص المادة 64 من ق. أ. ج فإنها حددت لنا الفئة الثالثة من مستحقي الحضانة، لكن يؤخذ عليها أنها جاءت غامضة ومبهمة" ثم الأقربون درجة..."

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة، لم يتبين لنا ما المقصود بالأقربون درجة.[1]

إن سكوت القانون الأسرة عند تحديد هؤلاء الأقربون درجة يؤدي بنا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بالمادة 222 منه، نجد الآراء الفقهية تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكنهم اتفقوا على التصنيف الاتي بيانه

أولا: القريبات من المحارم بالرجوع إلى المذاهب الأربعة نجدها إختلفت في ترتيب هذه القريبات على النحو التالي:

1- المذهب الحنفي: يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بداية بأخوات المحضون، ثم بنات الخوات ثم الخالات، على خلاف المذهب المالكي الذي يرتب الخالة بعد الأم مباشرة ثم بنات الإخوة ثم عمات المحضون، فخالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات الأم، فعات الأب، وتقدم دوما الشقيقات على التي لأم على الأخت الأب.

[1] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في زواج وطلاق، جزء أول ص 378

2- المذهب الشافعي: القريبات من المحارم فهن: الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الخالة، ثم بنت الأخ، ثم العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن، والتي لأب تقدم على التي لأم على خلاف المذهبين المالكي والحنفي.

3- المذهب الحنبلي: يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات للأخوات بدءا بالأخت الشقيقة ثم أخت لأم، ثم أخت لأب، فالخالة، فالعمة ثم خالات أمه، ثم خالات ابيه ثم عمات أبيه، ثم بنات أخواته، ثم بنات إخوته، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه، ثم بنات أعمام أبيه.

4- المذهب المالكي: يرتب القريبات من المحارم إبتداءات من الأخت الشقيقة على التي لأم وهذه الأخيرة على التي لأب، ثم عمته أخت ابيه، ثم عمة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت أخ الشقيق، ثم الذي لأم، وبعدها الذي لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأم، وتليها لأب، وإذا إجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة وبعضهم رجح بنات الأخ على بنات الأخت.

وإن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا، فإن تساوين من كل وجه تقدم دوما الشقيقة على التي لأم، وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب.

ثانيا: العصبات من المحارم من الرجال

لقد حددت المادة 150 من ق. أ مفهوم العاصب بنصها: " العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفرادها أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن إستغرقت الفروض التركة فلا شيء له" والعاصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه حسب ما حددته المادة 152 من قانون الأسرة الجزائري على انه "كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر "، وقياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة إستغراق كل الأشخاص

السالف ذكرهم، و قد حددت المادة 153 من ق. أ. ج هذا الصنف حسب أربع جهات، أولها جهة البنوة ثم جهة الأبوة فتليها جهة الأخوة، و أخيرا جهة العمومة.

وعلى ما تقدم فإن ترتيب هذه الفئة يكون بناءا على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح.

وعليه فالأخ هو أخ المحضون الشقيق ثم يليه لأب عند فقهاء المذهب الحنفي خلافا للمذهب المالكي الذي يجعل الجد أسبق من الأخ وهو الجد لأب وإن علا ثم ابن أخ المحضون، ثم عم المحضون الشقيق أولا، ثم يليه الذي لأب، وعم لأب يكون بمرتبة عم المحضون وبالتالي يحق له حضانة الطفل ثم أبناء العم ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكور إذ أنهم من العصبات المحارم، وبالتالي فلا حضانة لهم لأنثى، والعصبات تقدم كما في الميراث الأقارب فالأقرب.

ثالثا: المحارم من الرجال غير العصبة

لا تتوقف القرابة عند القريبات من المحارم أو العصابات من المحارم من الرجال حيث أنه إذا لم يوجد من هذه الفئات من يحضن الولد أو وجد وليس أهلا للحضانة، انتقل حق الحضانة إلى محارم المحضون من غير العصبة وهو على الترتيب التالي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العمة لأم ثم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم.

رابعا: من يراه القاضي أصلح للمحضون

في حالة ما إذا لم يكن اهلا لحضانة الطفل أحد ممن سبق ذكرهم سالفا أو لم يوجد من يحضنهم لفقدانهم أو لعدم قدرتهم على حضانة المحضون كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل ابن العم فله حضانة ابنة عمه إذا كانت صغيرة غير مشتهاة بحيث لا يخشى عليها الفتنة.

وعليه مما تقدم ما هو موقف القضاء الجزائري من هذا الترتيب إذا تمت إحالة حالة عليه تتعدى فيها الحضانة إلى أبعد من الدرجة الخامسة؟ مع العلم أن المادة 222 من ق. أ. ج تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

بالمفهوم الواسع دون تحديد المذهب الذي تأخذ به في ظل تعدد المذاهب الفقهية وتنوعها، حقيقة قد جرى العرف على أن المذهب السائد والغالب الجاري العمل به هو المذهب المالكي، لكنه من الأحسن على المشرع أن يضبط هذه القرابة في مادة قانونية كما فعلت بعض القوانين العربية كالقانون السوري في المادة 139 والقانون الكويتي في المادة 139 والقانون المصري في مادة 20 وتجدر الإشارة في الأخير أن المادة 64 في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة وقع فيها تغيير في ترتيب مستحقي الحضانة وجاءت كما يلي " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب، ثم الأقربون درجة...".

وجاء في عرض أسباب هذا التعديل عن طريق تقديم الأب على الجدة والخالة في إسناد الحضانة على إعتبار أن الأب أولى منهم وأكثر حرصا على رعاية أبنائه.

المبحث الثاني: آثار الحضانة

إن انحلال الرابطة الزوجية، من شأنه ان يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانونا وشرعا، ولعلها تكون الأم مبدئيا لكونها الأنسب والاجدر بها وينتج عن ذلك آثار تتطلبها ممارسة الحضانة ومراعاة مصلحة المحضون لينشأ سليما ويتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون وإضافة إلى ذلك وكون الحاضنة تبذل مجهودات مادية ومعنوية معينة في سبيل تربية المحضون والسهر على مصالحه، فهل يتطلب ذلك مقابلا لها بما يعبر عنه بـ " أجرة الحضانة"؟[1]

كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت، ينموا في دفئه المحضون، تحت رعاية الحاضنة له وزيادة على ذلك فإن حضانة الطفل بعد طلاق والديه يفترض إبتعاده عن أحدهما ولمجابهة ذلك إقتضى القانون والشرع، من أن يحكم القاضي بحق الزيارة عند إسناد الحضانة.

تلك هي الآثار المترتبة عن الحضانة والتي سنتناولها كما يلي:

المطلب الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة.

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية وكسوة وعلاج وتربية وسكن وكل ما يتطلبه المحضون من إحتياجات لمعيشته وتنشئته تنشئة القويمة كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال، وتتجلى في نفقة المحضون لكن هل نفقة المحضون من شأنها أن تنطوي على مقابل لما تبذله الحاضنة من مجهودات مضنية في سبيل رعاية المحضون وحسن تنشأته؟ أم أن هذه الجهود

[1] أحمد محمود الشافعي، طلاق وحق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، د ط، 1998، ص 66.

تتطلب لها مقابلا مستقلا عن نفقة المحضون بما يسمى بأجوة المحضون؟ وذلك ما سنحاول الإجابة عنه في الفرعين الآتين.[1]

الفرع الأول: نفقة المحضون

1- تنص المادة 78 من ق. أ. ج في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على " تشمل النفقة": الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وهذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج، وسكن وخدمة وكل ما يلزم حسب العرف والعادة وهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج.

والنفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة والإحتياج، والأصل أن النفقة تعود إلى سببين اثنين هما الزواج والقرابة.

2- وبخصوص نفقة المحضون نصت المادة 72 من ق. أ. ج على أنه: " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته".

وقد إستمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون من ماله أبيه، إن لم يكن للمحضون مال، وهذا ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية، ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب.

[1] الدكتور عصام أنور سليم، حقوق الطفل، كلية الحقوق جامعية الإسكندرية الناشر المكتب الجامعي الحديث، ط 2001 ص 129

فرغم أن الأصل هو أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال قام واجب أبيه في أن ينفق عليه، وفي هذا نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والاينات إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب.

وتهدف هذه المادة إلى قيام واجب الأب بالنفقة على إبنه الذي لا مال له، وتستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد أما الاناث فإلى زواجهن بالدخول بهن كما تستمر نفقة الاب على أولاده العاجزين عن الكسب لعاهة عقلية أو بدنية أو لسبب مزاولتهم الدراسة ويسقط واجب الأب في النفقة عند إستغناء من قدرت لمصلحة عنها بالكسب فلا تجب النفقة على الاب لفائدة إبنه المزاول للدراسة بعد أن ينهي دراسته ويستغني عن نفقة أبيه بأن يصبح له دخل من عمل أو حرفة كما يسقط واجب النفقة عن الأب المعسر.

فنستنتج هنا أنه لكي تكون نفقة من الأب على إبنه يجب أن يكون الأب قادرا وأن يكون الإبن محتاجا لها، لكونه لا مال له أو لكونه صغير السن، أو ذا عاهة أو مزاولا لدراسة إلى ان يستغني عنها بالكسب.

أما البنات فيبقى واجب الإنفاق عليهن قائما إلى زواجهن والدخول بهن فبذلك ينتقل واجب النفقة عليهن من الأب إلى الزوج.

ويبقى هذا حكم النفقة على الإبن سواء في إطار زوجية قائمة أو في إطار حضانة مسندة بعد إنحلال علاقة الزواج.

3- وينتقل واجب الأب بالإنفاق على الأبناء إلى الأم إن كان معسرا أو عاجزا عن النفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 76 من ق. أ بنصها على " في حالة عجز الأب

تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادر على ذلك فنقل المشرع هنا واجب النفقة من الأب العاجز عنها إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة بأن يكون لها مال ويجدر القول هنا بأن المادة عبرت عن إعسار الأب بكلمة " عجز".

ويقصد بها هنا عدم القدرة التامة على كسب لا مجرد فقرة وإعساره إلا أن الفقهاء يذهبون إلى حد إمكانية الحكم بحسب الأب المتقاعد كسب قوت أبناؤه رغم قدرته على ذلك فالأصل إلا يحسب الوالد وإن علا في دين لإبنه وإن سفل إلا دين النفقة وقد ذهب فقهاء الحنيفة إلى حد تكليف الجد والعم وغيرهم من الأقربين درجة بنفقة الأبناء – إن عجز عنها الأب.

4- تقدير قيمة النفقة: الأصل ان ينفق الأب على إبنه المحضون دون ما حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لإرتباط هذه النفقة بالحضانة فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه وقد نصت المادة 79 من ق. أ. ج في مسألة تقدير النفقة على مايلي: " يراعي القاضي في تقدير نفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"

ويظهر من هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير نفقة بين الزوجين لكن لا مانع من إعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون في إطار إحتياجات هذا الأخير من أجل رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته وتنشئته تنشئة يليمة وتحقيق الحماية له صحة وخلقا ويكون ذلك بتلبية حاجياته المعيشية من مأكل ومشرب وكسوة وعلاج ومسكن ودراسة.

وما يستمد من المادة 79 من ق. أ. ج أن القاضي لما يقدر النفقة يأخذ بعين الإعتبار وسع الزوج.

كما يجب أن يراعي القاضي ظروف المعيشية والمستوى الاجتماعي وقد بين محمد صديق حسن خان هذه المعطيات على النحو التالي " ... أقول هذا يختلف بإختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال.

وكذلك الحاكم عليه مراعاة المعروف بحسب الأزمنة والأمكنة والأحوال والأشخاص مع ملاحظة حال الزوج في السير والإعسار وحسب المادة 79 من ق. أ. ج فإنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها، كما يجب على القاضي إعادة النظر في تقدير النفقة وأن يراعي المعايير السابقة من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

5- وأخيرا فإن مجلس الوزراء قد إقترح في مشروع تعديل قانون الاسرة لمناقشته امام البرلمان، ونظرا لمشاكل المتعلقة بدفع النفقة وما ينعكس عنها من إكتظاظ رفوف المحاكم بقضايا عدم دفع النفقة والإنعكاسات السلبية على حسن التربية وحسن التنشئة مما إستدعى وجوب إنشاء صندوق عمومي لدفع نفقة الغذائية واجرة السكة ومن أسباب هذا الإقتراح أن المتضرر من عدم الدفع النفقة هم بصفة أولية الأطفال فهذا الصندوق يعتبر آلية جديدة لدفع نفقة ورفع الإحتياج عن المحضونين.

الفرع الثاني: أجرة الحضانة

بما تمثل في رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا يجعل منها عملا متعبا ومصتيا وشاقا بما تتطلبه الحضانة من إمكانيات وجهود مادية ومعنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل وانشاء شباب ليكونوا رجال غد والتساؤل المثار هنا لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة للحضانة؟[1]

[1] أحمد محمود الشافعي، مرجع السابق ص 80.

أم أن ذلك البذل يكون في إطار سنة الحياة وعلينا تربية أولادنا ذلك ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي:

1- الحضانة لا تتطلب أجرا:

رغم أن المشرع الجزائري قد نص على نفقة المحضون في المواد 77، 78، 79 من ق. أ إلا أنه لم يتطرق إلى أجرة الحاضنة مما يتطلب منا حسب المادة 222 من ق، أ الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالإطلاع على الفقه نجده لن يثبت على موقف واحد بخصوص أجرة الحضانة فمنهم من قال بعدم وجود مقابل أو أجر للحاضنة على حضانتها للأولاد بعد الطلاق ومنهم من قال بحقها في أجرة الحضانة.

فيرى الإمام مالك أنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت للأم أم لا وبغض النظر عن حالتها فإن كانت فقرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه لفقرها وليس لحضانتها وللمحضون على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفراش والحاضنة تقبضه منه وتنفقه على الولد وقول اللخمي: " وهو من فقهاء المالكية " " أن أولاد إذا كانوا يتامى كان للأم أجرة الحضانة إن كانت فقرة والأولاد موسرين، لأنها تستحق النفقة في أموالهم ولو لم تحضنهم" وهذا يعني أن هذا يعني أن الأم في هذه الحالة لا لاتقبض مقابلا عن حضانتها للأولاد و إنما تتلقى المال منهم لقيام واجب نفقة الفرع على الأصل لإحتياج الأخير له و يسر الأول.

2- حق الحضانة في أجرة الحضانة:

يرى فقهاء الحنفية أنه تجب للحاضنة أجرة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين أب الولد ولم تكن معتدة من طلاق رجعي وكذلك لا تستحق أجرة الحاضنة إذا كانت معتدة من طلاق بائن وتستحق النفقة من أب الطفل وهذا على أحد قولين مصححين في مذهب أبي حنيفة وعليه العمل وذلك لأن هذه الأجرة ليس عوضا خالصا بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة ونفقة وبما

أن النفقة ثابتة لها بمقتضى الزوجية لقيامها أو وجود العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وإن تعدد السبب وما عدا هؤلاء من الحاضنات يأخذن أجرة للحضانة.

وأجرة الحضانة تكون واجبة في مال الولد نفسه، إذا كان له مال لأن نفقته تكون في ماله وأجرة الحضانة من النفقة وإن لم يكن له مال فإن أجرة الحضانة تكون على من تجب عليه نفقته وتكون على الأب إذا كان موجودا وكان قادرا، فإن لم يكن له أب أو كن عاجزا فإنها تجب على غيره من سائر الأقارب، وإذا أبت الام أن تحضنه إلا بأجرة، ووجدت متبرعة فإن الأم أولى إذا كانت أجرة الحضانة على الأب، وكان موسرا أو كانت المتبرعة ليست من الحاضنات، أما إذا كانت المتبرعة من الحاضنات وكانت أجرة الحضانة على الأب وكان الأب غير موسر، أو كانت أجرة الحضانة من مال الولد فإن المتبرعة أولى لأن الحضانة لمصلحة الولد ومن مصلحته المحافظة على ماله والمتبرعة تنظر إلى مصلحته في الجملة، لأنها ذات رحم محرم منه وأما عدم الوجوب على الأب وهو غير موسر فلأن إلزامه بأجرة الحضانة مع وجود المتبرعة في هذه الحال مضاربه والله سبحان وتعالى يقول: " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده" والفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاع أن المتبرعة في الرضاعة تقدم في كل على الأب وسواء كان الأب موسرا أم معسرا وأما في الحضانة فلابد من أن تكون المتبرعة من الحاضنات ولا بد من أن يكون الأب غير موسر أو تكون الأجرة من مال الولد.

ونستخلص عن مذهب الإمام أبي حنيفة أن أجرة الحضانة هي جزء من النفقة على المحضون فما جاء عنه أن" أجرة الحاضنة ليس عوضا خالصا وإنما هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة ونفقة" وذلك ما ذهب إليه إتفاق عرف الفقهاء في كون أجرة الحاضنة ليست عوضا خالصا وإنما فيها شبه بالنفقة أن ما يدفع للحاضنة مقابل ما تقول به من عمل هو أجرة.

وإذا نظرنا إلى أن نفقة الطفل واجبة عليه في ماله ثم على أبيه ومن جملة ما ينفق عليه، الإنفاق على الحاضنة التي حبست نفسها لأجله فنقول إن ما يدفع إليها هو نفقة فهي ليست نفقة خالصة ولا أجرة خالصة.

وبعدما وضحنا ما يخص نفقة المحضون وأجرة الحاضنة وما نظمه المشرع الجزائري في ذلك وتطرقنا إلى ما لم يبينه قانون الأسرة بخصوص المسألتين من خلال الفقه، رجوعا إلى ما ذهب إليه علماء المسلمون، فتعرضنا إلى مسائل نفقة المحضون وما حولها، ويجدر بنا في المطلب الموالي أن نتعرض إلى مسألة سكن الحضانة وهو المكان الذي لا بد من وجوده لممارسة حضانة الأطفال.[1]

المطلب الثاني: سكن الحضانة

أن مناط معيشة الإنسان أن يكون سكن يأويه ويحتمي تحت سقفه من حر الصيف وبرد الشتاء ويجد فيه الدفء والحنان والألفة، فالطفل يتلقى ما يلزمه من إحتياجات مادية ومعنوية من مأكل ومشرب وملبس وغذاء لجسده وروحه ويحضن تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة.

الفرع الأول: المكلف بتوفير مسكن الحضانة وأجرته

لقد نصت المادة 72 من ق. أسرة. ج على أن " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته".

نستكشف من هذه المادة أن توفير سكن لممارسة الحضانة لازم، إذ هو المجال والإطار الذي ينشأ فيه الطفل ويرعى ويربى وهو المكان الذي يتطلب لتحقيق مضمون الحضانة مما نصت عليه المادة 62 من ق. أ. ج.

[1] عزير حسني ، حضانة في قانون الجزائري ، قضاء الأحوال و الفقه الإسلامي رسالة لنيل ، ماجستير فرع عقود و مسؤولية ، كلية حقوق و العلوم القانونية بن عكنون ، جامعة الجزائر 2001 ص 44 [1]

جعلت المادة 72 من ق الأسرة مسكن الحضانة من مال المحضون وإن كان له مال فإن لم يكن له مال فعلى أبيه أن يوفر له سكنا ليحضن فيه وإلا فإن (الأب) يكلف بدفع أجرة مسكن لممارسة حضانة إبنة فيه.

إلا أنه يجدر بنا أن نذكر هنا بما جاءت به الفقرة الثانية وما بعدها من المادة 52 من قانون الأسرة، بما يفيد أنه " وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، تفقد المطلقة حقها في السكن في حلة زواجها أو ثبوت إنحرافها".

وما يهمنا من هذه المادة هو أن إلتزام الأب المطلق بتوفير سكن لحضانة إبنه لا يقوم إلا بعد عدم وجود أب للمطلقة يقبل إيواءها مع محضونيها وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بما يفيد أنه: " يجب على القضاة أن لا يرفضوا طلب الأم الحاضنة التي تقوم إحتمال عدم وجود ولي يقبل إيوائها مع محضونيها بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه، ضد الزوج الذي له مسكنان، وهو معترف بذبك".

ونجد أن المادتين 72 و78 من قانون الأسرة تفيدان بواجب توفير مسكن الحضانة أو أجرته، فالمادة 72 تعتبره كذلك سواء في مال المحضون إن كان له مال، أو في مال أبيه أو من ينوب عنه في هذا الزاجب حسب القانون والشرع إن كان عاجزا.

وتزكي ذلك المادة 78 باعتبارها السكن في المرتبة الرابعة بعد الغذاء والكسوة والعلاج ويصلح ذلك على الطفل المحضون.

فإذا كانت الزوجية قائمة بين الأم والأب فإنها (أي الأم) تحضن الأبناء في مكان الزوجية وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن وذلك لأن المرأة تعتبر ناشرة إن تركت بيت الزوجية في هذه الأحوال لذلك إذا خرجت من المسكن في هذا الحال ومعها ولدها، أو لم يكن

معها ولدها فللزوج أن يعيدها إلى مسكن الزوجية إذ عليه حق الطاعة، إن كان زوجة وله عليها حق الإقامة في المسكن إن كانت معتدة.

الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة ومسألة الإنتقال بالمحضون

عند إنقضاء عدة المطلقة أو متوفي عنها زوجها فلا يلزمها أحد على البقاء بالمحضون في بيت الزوجة فلها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة.

نرى أن المشرع ج لم ينص على صراحة المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير ولكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء في نص المادة 69 من ق أسرة إذ تنص على أنه: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، بمفهوم المخالفة نجد أن المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون والذي يعتبر محل إقامة وأبيه، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة إبنه وزيارته ورعايته.

وقد تسقط الحضانة عن الأم في حالة إنعدام أهليتها ذلك أو في حالة توفر أهلية الحضانة لكن مصلحة المحضون لا تقتضي أن يعطيها لها فهنا تنتقل الحضانة من الأم إلى غيرها من النساء وفقا للترتيب الذي جاء في. ق الأسرة الجزائري في مادة 64.

كما أنه لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمه ويسافر به إلى مكان بعيد عن مكان إقامة الحاضنة، اما في حالة إنتقال الحاضنة إليه فالسؤال المطروح هنا هو، هل يجوز للأب أو من يقوم مقامه أن يسافر بالمحضون؟

هنا المشرع لم يفصل هذه المسألة و نجد اختلاف آراء الفقهاء

أ- المالكية: إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر بمسافة تقدر بما يزيد عن ست يرد و هو ما يعادل تقريا 133 كلم، و يسقط حق الحاضنة في الحضانة إذا سافرت معه و بالتالي فلا يسقط حقه في الحضانة بانتقاله.

ب- الشافعية: فرقوا بين السفر لحاجة و بين السفر لنقله فإذا أراد الولي السفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر و ذلك لما في السفر من خطورة على المحضون أما إذا كان السفر لنقله كان الأب أولى بحضانة بشرط وجود الأم في طريقه و أمن البلد المقصود له.

ت- الحنابلة: إذا أراد أحد الولدين نقل المحضون إلى بلد مسافته أكثر من ست يرد وكان البلد والطريق آمن من أجل السكن فهنا أحق بحضانته سواء كان الأب المقيم أم هو المنتقل لأن الأب هو الذي يقوم عادة تأديب الأبناء وحفظ نسبهم.

ث- الحنفية: يرى الحنفية أنه إذا كان المحضون في حضانة أمه أو غيرها فلا يجوز للأب الإنتقال به الأبرضاه، لأن فترة الحضانة هذه من حقها إلا إذا سقطت حضانتها ولا يوجد من يليها بالترتيب وانتقلت للأب فإذا أراد السفر به جاز له ذلك على أن يكون سفر الأب بالمحضون إلى بلد قريب من بلد الأم لتمكينها من رؤيته وإلا يجوز ذلك.

وما نستخلصه من اختلاف الآراء أن السفر لا يسقط حق الحضانة وهذا عند الحنفية بينما يسقطها في رأي الجمهور.

وتجد الأشارة أن المسألة ترجع للقاضي في تقدير ذلك إذا كان الإنتقال يقصد الإستيطان دائما مراعيا مصلحة المحضون.

الفرع الثالث: حق الحاضنة في السكن

نصت المادة 52/2 من ق. أ على انه إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا".

كما نصت مادة 02/467 من القانون المدني على أنه: وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة".[1]

كما نصت المادة 12/2 من المرسوم رقم 76-147 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري على انه "وفي حالة طلاق، يؤول حق الإيجار وحق البقاء بالعين المؤجرة للزوج المعين من قبل القاضي طبقا لأحكام المادة 2-467 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني وما يستفاد من هذه المواد المأخوذة من قوانين ومراسيم مختلفة، أنها تهدف إلى تمكين الأم المطلقة من مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة.

وأكدت المحكمة العليا على ذلك في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والذي مفادها أن: " المستفاد من القرار المطعون فيه أنه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي وعلوي عبارة عن مسكنين وخصص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة.

كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها رقم 105366 الصادر غريفة الأحوال الشخصية إلى تأكيد ما جاءت به المادة 52/2 السابقة الذكر بحق الأم المطلقة في مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة إن لم يكن لها ولي يقبل إيواءها.

[1] علامة أحمد دردير، مرجع سابق، ص453

وهذا ما وفقه قرار المحكمة العليا في هذا الخصوص فأفاد أنه: " لما كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني التي تخول للقاضي الذي يصرح بالطلاق إعطاء السكن الزوجي للزوج الذي أسندت

إليه حضانة الأولاد، أخذت في اعتبارها أن السكن المذكور مؤجرا وأن تأجيره باسم أحدهما، اما إذا كان باسم فيرهما فإنه ليس لأحدهما أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

المطلب الثالث: حق الزيارة

إن اسناد الحضانة الى مستحقها، والذي يكون في الغالب الأعم الأم، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، مما يؤدي به حتما إلى الإبتعاد عن والده مما يستدعي معه إيجاد الوسيلة للمحافظة على توازن الطفل هذا من جهة وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة ورؤية ابنه المحضون وعليه سنتناول المطلب حق الزيارة في الفقه ثم في القانون مع تدعيم ببعض القرارات المحكمة العليا.

الفرع الأول: حق الزيارة في الفقه

يتصل بالحضانة حق الرؤية، سواء كان رؤية الأب لولده وهو في حضانة النساء أو رؤية الأم لولدها، إذا مع أبيه أو العاصب غير أبيه فالولد إذا كان في حضانة الأم، وأراد أبوه أن يراه فإنها لا تجبر على أن ترسله له ليراه لكنها لا تمنعه من ذلك.

وإذا كان مع أبيه بأن سقطت حضانة أمه أو انتهت فالأب لا يجبر على أن يرسله، بل هي إذا أرادت أن تراه، لا يمنعها من هذه الرؤية.

والزيارة على العادة لا تكون يومية، بل يوما في عدد من الأيام لكن لا بأس أن تزور الأم إبنها أو ابنتها يوميا إن كان منزلها قريب.

وإن كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن الزوج، لأن هذا حقه، فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد أحواله ويباشر شأنه

ويرى الإمام أبو زهرة أنه ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده، ولا تجبر على إرساله، كما انه ليس له أن سقط حق الأم في الحاضنة أن يمنعها من رؤية ولدها ولا يجبر على ارساله إليها.

الفرع الثاني: حق الزيارة في القانون

تنص المادة 64 من ق.أ. ج "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحاضنة أن يحكم بحق الزيارة".

على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمراث معينة وفي أوقات وأماكن معينة، محددة عند الحكم باسناد الحضانة.

إذ تنص المادة 328 من قانون العقوبات بأنه " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب والأم أو أي شخص لا يقوم بتسليم قاصر في شأن حضانته.

وتكرس حق الزيارة في عدة قرارت المحكمة العليا في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية على انه " متى أجبت أحكام المادة 64 من ق. أ. ج على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناؤه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم ومن ثم فإن القرار المطعون فيه للقاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر، يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

وفي قرار آخر مفاده " من المستقر عليه فقها أن حق الشخص لا يقيد به القانون فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه، بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة في الشرع أو القانون لا يبني على التخوف بل على الحق وحده ومن ثم فإن القضاء يخالف هذا المبدأ بعد خرقا للقانون.

وما تجدر الإشارة إليه في نهاية المطاف فيما يتعلق بحق الزيارة أن المشرع الجزائري لما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق اسناد الحضانة إلى أحد الولدين أو إلى غيرهما، عليه أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه، فالمشرع ج في هذا قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم وكان على القانون عندما الزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة والحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة على طلب الحاضن.

المبحث الثالث: سقوط الحضانة وإجراءاتها

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر فيمكن أن يلجأ المعنى صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ماتكون تبعية لدعوى كما أن دعوى أسقاط الحضانة لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة محضون وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع والشارع الحكيم قد نص على حالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه.

ومن هذا سنتناول في هذا

المطلب الأول: سقوط الحضانة

المطلب الثاني: دعوى اسقاط الحضانة

المطلب الاول: سقوط الحضانة

في هذا المطلب تناولنا مسقطات الحضانة وذلك من خلال بيان سقوط حضانة وبيان حالات عودة الحق في الحضانة.

1- ترتيب مستحقي الحضانة وحق القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة المتممة بقولها:

" الأم الأولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجد لأب، ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد وأن يحكم بحق الزيادة."[1]

ووفقا لهذه المادة جعل المشرع الأم هي أولى بحضانة ولدها ، و في حالة سقوط حقها لمبرر شرعي أو عدم توفر الشروط الخاصة بالحضانة تنتقل الحضانة للأب و هكذا مراعاة لمصلحة المحضون[2]

والملاحظ في هذا الترتيب انه مخالف لترتيب فقهي الذي أتى به فقهاء المالكية أبقى الأولوية للأم في الحضانة حيث قدم المشرع الجزائري الأب على قرابات الأم.

ولعل المشرع الجزائري قدم الأب على قرابة الأم باعتبار أن الأب أكثر حرصا على مصلحة ولده.

[1] – الأمر 11/84 معدل بالأمر 02/05 متعلق بقانون الأسرة

[2] – ميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.سليمان ،أستاذ بكلية الحقوق ، جامعة مدية ،أ.مشارك بكلية علوم اسلامية ،جامعة جزائر شركة أصال و توزيع ،جزائر عاصمة ،1434 ،02،2012م (184)

إلى أنه كان على المشرع الجزائري أن يبقى على الترتيب القديم قبل التعديل الموافق لترتيب الفقهي و يتعامل في التقديم و التأخير مع شرط مراعاة مصلحة محضون منصوص عليه في مادة 64 ذاتها[1].

-أما عن تعدد مستحقي حضانة في قانون الأسرة كوجود الإخوة مثلا فإنه يراعي التقديم أصلحهم للحضانة قدرة و خلقا فإن تساووا قدم أكبرهم سنا و قد خول القانون القاضي حق أصلح للمحضون على أساس مصلحته[2].

2- مسقطات الحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري

من المعلوم أن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهن على بعض بحسب محضون فجعلوا الإناث أليق بالحضانة لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية والرعاية وأصبر على القيام بها ونجد أن مسقطات الحضانة وفق القانون الجزائري:

1 – تسقط الحضانة بتزوج الحاضنة بغير قريب محرم و لا تسقط بزواج القريب مادة 66 من قانون الأسرة الجزائري نصت " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"[3].

و هنا تقرر المحكمة منح الحضانة إلى غيرها كالأب أو من أسند إليهم القانون هذا تطبيقا للشريعة الإسلامية[4].

2 – تسقط الحضانة باختلاف أحد شروط منصوص عليها في مادة 62 كما نصت مادة 67 من قانون الأسرة " تسقط الحضانة باختلال أحد شروط المنصوص عليها في المادة 62 " التي

---

[1] - مصدر نفسه (184)

[2] - الأمر 11/84 معدل بالأمر 02/05 متعلق بقانون الأسرة

[3] - فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في زواج و طلاق ، جزء أول ص 378

[4] - عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ص 300

تبين نوع الرعاية والتربية التي يجب على المحضون الالتزام بها، من ذلك المحضون صحة وخلقا والسهر على راحته وتربيته على دين أبيه فإن عجز الحاضن عن ذلك سقط حقه في الحضانة.

*وهنا الحكم يصدر من المحكمة باءا على طلب صاحب الحق في الحضانة يعتبر مقرر للسقوط وليس منشأ له وإذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا سقوط لحق الحضانة حتى ولو طلبها غيرها لأن الحضانة تخدم مصلحة محضون.[1]

3- عدم مطالبة صاحب الحق بحقه في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر كما نصت المادة 68 من قانون الأسرة :" إذا يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها "[2]

4- السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي كما نصت مادة 69 من قانون الأسرة:

" 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"[3]

5- تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم كما نصت المادة 70 من قانون الأسرة على أنه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.[4]

وهنا تسقط الحضانة بتوفر عنصرين:

الأول: السكن مع أم المحضون في أن تكون الحضانة قانونا وهي واحدة من الاثنين.

---

[1] - أمر 84-11 معدل 2/5 متعلق بقانون الأسرة

[2] - الأمر 11/84 معدل بالأمر 02/05 متعلق بقانون الأسرة

[3] - الأمر 11/84 معدل بالأمر 02/05 متعلق بقانون الأسرة

[4] - د . بلحاج العربي مرجع سابق ص 389

والثاني: إقامة هذه الخالة أو الجدة مع أم المحضون أي قرابة من القرابة المحرمية[1]

وكذلك قرار صادر عن محكمة عليا بتاريخ 1988/06/20 والذي جاء نصه بما يلي:" من المقرر شرعا أن يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع إبنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن تم فإن السعي على قرار مطعون فيه في تسبب غير مؤسس ولما كانت – في قضية الحال – أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة (أم لأم) وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسببا كافيا وحتى إن كان كذلك استوجب رفض الطعن.

حالات سقوط الحضانة

سنتطرق إلى أسباب تؤدي إلى سقوط الحق في الحضانة.

أولا: سقوط الحضانة بسبب زواج الحاضنة

أ) إذا تزوجت المرأة الحاضنة برجل غير قريب ودخل بها الزوج سقطت حضانتها لانشغالها بحقوق الزوج عن المحضون، وهذا من المعروف إلا أن يكون الزوج محرما للمحضون كجده فحين إذن لا تسقط الحضانة عنها، ولكونه يعينها على تربية ورعايته فمن غير المعقول أن الجد يؤدي حفيده، لتكلف جبلة المشقة فيه بخلاف الزوج الأجنبي عن الطفل وزواج الحاضنة بجد الطفل إنما يتصور في جدة الطفل ونحوها من الحضانات غير أم الطفل إذ لا يتصور ذلك في حق الأم لاستحالة ذلك بشرط أن تكون قد انفردت عن أم المحضون بالسكن فإن سكنت معها سقطت حضانتها.[2]

---

[1] - المحكمة عليا ، عرفة احوال شخصية 20.06.1988 ملف ، رقم 50011

[2]. بلحاج العربي مرجع سابق ص 390

وكعمه ممن له الحق في الحضانة أو ممن لا حضانة له كالخال والجد للأم فإن كان كذلك فحقها باق في الحضانة، أما إن كان الزوج غير محرم المحضون فإن كان ممن له الحق في الحضانة كإبن العم فحقها باق في الحضانة إن لم يكن للمحضون حاضنة أقرب إلى المحضون منه بشرط خلوها من الزوج فإن لم يكن ممن له حق الحضانة كإبن الخال سقط حقها في الحضانة.

ب) بقاء الحضانة مع أمه رغم تزوجها أجنبي: وذلك في حالات:

أن يخاف على الولد بنزعه من حضانته أن يلحقه ضرر فإن لم يكن في نزعه ضرر على الطفل أخذ منها.

- أن لا يقبل الولد غير أمه و حينئد لا يسقط حقها في الحضانة سواء كان الولد رضيعا أو لا
- إذا كان الولد رضيعا وقبل غيرها إلا أن مرضعته رفضت أن ترضعه عند حاضنته وهي من انتقلت لها الحاضنة بعد تزويج أمه كشرطها أن لا ترضعه إلا في بيتها أو بيت أمه فحينئذ لا تسقط حضانة الأم لكونه من الرضاع أمه أحسن وأرفق له وإن كانت متزوجة خيرا من ان يسلم لأجنبية
- إذا لم يمكن للولد حاضن غير أمه أوجد حاضن غيرها ولم تتوفر فيه الأهلية كان غير مأمون أو عاجز أو غائبا.
- سكوت من له الحق في الحضانة من بعدها بعد عمله بتزوج الحاضنة ودخولها سنة كاملة أو أكثر بلا عذر فإن لم يعلم بدخوله الزواج بها أو علم وجهل الحكم أو سكت سنة أو دونه لعذر انتقلت له حضانة الطفل

- أن تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على الطفل المحضون كانت كذلك لم تسقط حضانتها وهي رواية مالك وبها وقعت فتوى وحكم بها ابن حمدون وأخذ بها عرفة وقال صاحب الفائق إنها أولى بالحضانة لأن حق الوصية لا تسقط الزوجية.

ج)–الوقت الذي يسقط فيه حق الحضانة بزواجها الأجنبي :

يسقط حق المرأة في الحضانة إذا دخل بها الزوج لا قبل الدخول، إذ لا يحصل الانشغال عن الولد بالزوج إلا إذا دخل بالفعل، فإن لم يدخل بها تسقط حضانتها لانتفاء السبب

د)– سقوط الحضانة بسبب تنازل الحاضنة لغيرها :

إذا تنازلت الحاضنة عن حقها في حضانة لشخص آخر فلا تنتقل الحضانة إلى الشخص الذي تنازلت له وإنما تنتقل إلى من يليها في الرتبة حسب الاستحقاق الشرعي لأن الإنسان له أن يتنازل عن حقه ويسقطه إلا أنه ليس له أن يمنح الآخرين حقوقهم ويعطيها لغيرهم فذلك من التعدي والعنوان على حقوق الغير

ثانيا : إسقاط الحضانة قبل استحقاقها

اختلف المالكية في إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة قبل استحقاقها والراجح الذي عليه الفتوى في إسقاط الحضانة قبل وجوبها عدم اللزوم وصورة ذلك أن [1]

يسقط من له الحضانة بعد الأم حضانته قبل وجوبها كالجدة والخالة مثلا وعليه من أسقط حقه في الحضانة ممن له الحق في الحضانة قبل وجوبها لم يسقط حقه ومنه من خالع زوجته على أن تسقط حضانتها وأمها لم تسقط حضانة الجدة لأنها أسقطت ما لم يجب لها

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك

[1] بلحاج العربي مرجع سابق ص 391

وهذا ما ذهبت به المحكمة العليا أنه من المستقر عليه أن مسألة استناد الحضانة يمكن لها التراجع فيه لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسنادها كما إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك[1]

- إذا لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون بل أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل أو يوجد لكنه يمتنع أولا تتوفر فيه الشروط القانونية لكن كيف يكون الحل إذا كانت الأم التي ستجبر على الحضانة هي ذاتها لا تتوافر فيها الشروط القانونية ؟

يرى الأستاذ عبد العزيز أن مبدأ مراعاة المحضون الذي شدد عليها قانون الأسرة يسمح لنا بأن تزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة التي تقضي بإجبار الأم حتى ولو كانت تنقصها الشروط مثل ذلك التي لا تؤثر على مصلحة المحضون[2] نص المادة 68 من قانون الأسرة على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطلب به صاحب مدة تزيد عن سنة بدون عذر كما نصت المادة من نفس القانون أن هذا الحق تسقط الحضانة الجدة و الخالة إذا أسكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم[3]

سقوط حق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر

إذا كان الشخص الذي له حق طلب الحضانة ممن ورد ذكرهم في المادة 68 من قانون الأسرة أعلاه سه ولم يمارس حق في طلب الحضانة في وقتها، ومضى على ذلك حين من الدهر يريد عن سنة ميلادية كاملة و كان ذلك بدون عذر شرعي وقانوني مقبول فإن طلبه لحق

[1] - الأمر 84 / 11 المعدل بالأمر 05 / 02 المتعلق بقانون الأسرة

[2] - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص185.

[3] - الأمر 84 / 11 معدل بالأمر 05 / 02 متعلق بقانون الأسرة.

الحضانة يدعون أمام القضاء بعد المدة يكون لسقوط دعوى المدعي لسقوط حقه في طلب الحضانة بسبب تقادم هذا الطلب[1]

الإجراءات القانونية لإسقاط الحضانة:

كثيرا ما تطرح الحضانة إشكاليات عديدة في الميدان لا سيما الفراغات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري من جهة وتعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى مما يصعب مهمة القاضي.

وكلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة في خطر فيمكن ان يجأ المعني صاحب الصفة إلى العدوى لإسقاط الحضانة لأن سقوط الحضانة لن يكون امرا تلقائيا بل غالبا ما يكون تبعية لدعوى طلاق أن دعوى إسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون.

وعليه قسمنا هذا البحث إلى أربعة مطالب نتناول فيهم دعاوى الحضانة وأبرز إشكاليات متعلقة بها

المطلب الثاني: دعوى اسقاط الحضانة

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر فيمكن أن يلجأ المعنى صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي و تكون الدعوى أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق[2].

فإن المشرع الجزائري قد منح حق الحضانة الولد الصغير إلى الأشخاص الذي ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة ثم الجد لأب

[1] - عبد العزيز، المرجع السابق، ص186.

[2] أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص 80.

ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيادة مع ضرورة مراعاة هذا الترتيب واشترط لصحة ذلك شروط معينة تتمثل في الأهلية وقدرة كفاءة الحاضن في القيام بمهمة الحاضنة لذلك اتخذ المشرع الجزائري إجراءات مهنية لسقوط الحاضنة.

رابعا: زواج حاضن بأجنبي عن محضون

في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن محضون يسقط حقها في الحضانة في هذه الحالة هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا عن الحاضنة أم غير اختياري وهل يحق لها مطالبة به بعد طلاقها.

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

جاء في قرار المحكمة العليا مفاده: انه من المقرر قانونا انه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ولما كان من النائب في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون.

وإن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعد زواج محرر طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعى من النيابة العامة وفي قرار المحكمة العليا جاء فيه " متى كان مقرر في الاحكام الشريعة الإسلامية انه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت اما فأخرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج إما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون فإن من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي في مسائل الحضانة إلا أنه وقع

تطور في موقف واتجاه المحكمة العليا واعتبرت ان زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة حيث جاء في احد قرارتها " من المقرر قانونا ان يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري و متى تبين المطعون ضدها قد تزوجت يغير القريب محرم ثم طلقت منه.

المطلب الثالث: التنازل عن الحضانة

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه مع الملاحظة ان المشرع اشترط في التنازل ان لا يكون مضرا بمصلحة المحضون كان تتنازل الام مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الاب فهنا لا يمكن للمحكمة ان تستجيب لها، بصفة عامة كالتنازل من شأنه ان يهدد مصلحة المحضون لا يعقد به، و هذا ما أكدته المحكمة العليا يحيث قرر أن تتنازل الام عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة و له القدرة عليها بعد مخالفة لأحكام الحضانة " أنه من مقرر شرعا و قانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول و تعامل معاملة نقيض قصدها"[1].

كما جاء في قرار آخر لها من قرار قانونا أنه لا يعقد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون.

وإعادة يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، هل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضى فيه؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية ويسبق الفصل وتهدر بذلك مصلحة المحضون؟ أم أنها تأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان على حساب حجية؟

جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس القضاء المدية أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، و بما أن المحضون تعد في سن

[1] قرار المحكمة العليا ملف رقم 51894 بتاريخ 1998/12/19 ص 70.

جد حساسة و مصلتها تقضي فعلا أن تكون مع والدها و منحها له طلب مؤسس و مبرر لا يوجد مطلقا ما يمنع الاستجابة إليه[1].

و جاء في قرار صادر عن نفس الغرفة بأن مسالة إثبات التنازل لا يمكن أن يكون إلا بموجب حكم أما القاضي و أن المحضر الذي يسند عليه المستأنف و المجسد على حد تعبيره لتنازل المستأنف عليها عن حضانة الولدين المؤرخ في 1997/02/22 لا يمكن الاعتماد عليه في إثبات التنازل هذا من وجهة و من جهة ثانية فان الام و ان تنازلت عن الحضانة يبقى دائما دور القاضي في استئناف المصلحة الخاصة بالولدين لأن هو الحق هو حقها كما يقول الامام مالك في المدونة الكبرى و ما ان اطلقها بالام إلا لحسن الرعاية و هو عين ما توخته احكام المادة 62 و ما يليها من قانون الاسرة الجزائري " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين ابيه و السهر على حماية وحفظه صحة و خلقا"[2].

و يشترط في الحاضن ان يكون اهلا للقيام بذلك، و هذ ما ذهبت إليه المحكمة العليا " أنه من المستقر عليه أن مسألة اسناد الحاضنة يمكن التراجع فيه لأنها تخص حالة الأشخاص و مصلحتهم و أن تنازل الام عن المحضون تتطلب ذلك"

إذن لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون بل أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل أو بوجود، لكنه كيف يكون الحل إذا كانت الأم التي ستجبر الحاضنة هي ذلتها لا تتوافر فيها شروط القانونية؟

يرى الأستاذ عبد العزيز ان مبدأ مراعاة المحضون الذي شدد عليها القانون الأسرة يسمح لنا " بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة التي تقضي بإجبار الأم حتى و لو كانت تنقصها الشروط مثل ذلك التي لا تؤثر على مصلحة المحضون"

[1] قرار المحكمة العليا ملف رقم 189234، غ أ ش، عدد خاص 2001 بتاريخ 1998/04/21، ص 175.

[2] قرار غ أ ش، مجلس قضاء مدية رقم الجدول 2001/924 فهرس 2002/10/ب 2002/01/26.

نصت المادة 68 من قانون الاسرة الجزائري على انه يسقط حق الحضانة اذا لم يطلب به صاحب مدة تزبد عن سنة بدون عذر.

كما نصت المادة 70 من نفس القانون " ان هذا الحق تسقط حضانة الجدة و الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم[1].

خامسا: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر

اذا كان الشخص الذي له حق طلب الحضانة ممن ورد ذكرهم في المادة 68 من قانون الاسرة الجزائري سهى ولم يمارس حق في طلب الحضانة في وقتها، ومضى على ذلك حين من الدهر يزيد عن سنة ميلادية كاملة، وكان ذلك بدون عذر شرعي وقانوني مقبول فإن طلبه لحق الحضانة يدعون امام القضاء بعد مدة يكون لسقوط دعوى المدعي لسقوط حقه في طلب الحضانة بسبب تقادم هذا الطلب[2].

[1] الأمر 84 -11 المعدل بالامر 05-02 المتعلق بقانون الأسرة

[2] عبد العزيز، مرجع سابق، ص 186.

الخاتمة

الخاتمة

في ختام بحثنا هذا يتبين لنا ممّا سبق أنّ القوانين الوضعية ومن بينها ق إج ج قد أجازت الحبس للمدين، أي الإكراه البدني وأقرّته كوسيلة فعالة لإجباره والضغط عليه نفسيا وجسديا بغية الوفاء بالتزاماته ممّا عليه من غرامات جزائية أو تعويضات مدنية، أو رد ما يلزم رده أو مصاريف قضائية، وهذا كله شريطة توافر بعض الشروط القانونية أوجبها المشرع لجواز حبس المدين، منها ما هو موضوعي وأخرى شكلية، ما يخول للسلطة المختصة بالتنفيذ أن تقرر حبس المدين عندما ترى أن هناك أسباب تبرر تطبيقه وتراعي الأسباب الإنسانية التي تحقق العدالة للدائن والمدين معا، كالنّظر لحالته المادية بحيث لا ينشأ عن الحبس ظلم اجتماعي الذي يجعل تعذرا في إصلاحه إذا ما وقع.

ويمكن لنا خروج بأهم نتائج والتوصيات، تتمثل في مايلي:

أ-النتائج:

- إن الإكراه البدني هو وسيلة استثنائية أوجدتها التشريعات للضغط على المدين لإجباره على إظهار ما أخفى من أموال، مقابل عدم تقييد لحريته من قبل سلطة مختصة ضمن شروط محددة قانونا.

- كما أن لنظام الإكراه البدني فوائد اجتماعية واقتصادية عدة، فهو ضامن لاستقرار المعاملات المدنية والتجارية بين الناس، فمعظم الدائنين لا يقوموا بالوفاء طوعا أو اختيارا لولا وجود سلطة قضائية ونظام التنفيذ الجبري الذي يكرههم على التنفيذ والوفاء ما عليهم من التزامات.
- لابد من إثبات قدرة المدين على الوفاء، وتوافر شروط الإكراه البدني دون أي مانع من موانعه أو سبب من أسباب انقضائه، ويحبس المكره بدنيا في مؤسسة عقابية وتهيء له إدارة السجون جميع الوسائل الاتصال بالعالم الخارجي لتمكينه من تدبير أموره للوفاء بالدين أو إجراء تسوية مع دائنه.
- لقد جاء المشرع الجزائري بعدة تعديلات فيما يخص موضوع الإكراه البدني وأهمها آخر تعديل بموجب القانون رقم**06/18** المؤرخ في **10** يونيو **2018** المتضمن تعديل قانون إجراءات الجزائية، وذلك ما يتعلق بتعديل بمدة الإكراه مقارنة مع مبلغ مستحق الدفع (مقدار الغرامة والأحكام المالية الأخرى)، كما أحدث تعديلات فيما يخص قضايا المخالفات حيث كانت المدة الإكراه البدني في قضايا المخالفات لا تتجاوز شهرين في القانون القديم، أما في آخر تعديل الذي سبق ذكره لم يذكر ذلك وقام بحذف الفقرة التي تخص الإكراه البدني في قضايا المخالفات.

ب–التوصيات:

- لابد من وضع المدين المحبوس في سجن بمعزل عن الموقوفين أو المحكوم عليهم في القضايا الجنائية، خصوصا إن كان هذا المدين ليس له سوابق عدلية كما يتعين على إدارة السجن توفير له وسائل الاتصال بالعالم الخارجي لتمكينه من تدبير أموره للوفاء بالدين، وبالأحرى تخصيص سجون وتصنيفها وفق الجرم المقترف.
- إعادة صياغة المادة **610**من ق إج ج بهدف تحديد أجل تنفيذ الإلتزامات الباقية في ذمة المحكوم عليه المستفيذ من وقف تنفيذ الإكراه البدني.
- وفيما يخص نص المادة **604** من ق إج ج لابد من إعادة صياغتها من أجل تحديد الجهة المختصة بتوجيه التنبيه بالوفاء إما من طرف طالب التنفيذ أو النيابة العامة مع تحديد كيفية ونموذج خاص يمكن اعتماد عليه.
- إلزام النيابة العامة إثبات العسر المالي للمحكوم عليه بناءا على تحقيق أو بحث اجتماعي معمق ولا توكل مهمة إثبات العسر الملي للمحكوم عليه كما ورد في نص المادة **603** من ق إج ج.
- فيما يخص قضايا المخالفات كانت المدة الإكراه البدني لا تتجاوز شهرين في القانون القديم، أما في آخر تعديل لقانون الإجراءات الجزائية بالقانون رقم **18–06** لم

يذكر ذلك وقام بحذف الفقرة التي تخص الإكراه البدني في قضايا المخالفات، فهل حدفه لهذه الفقرة يراد منه عدم توقيع الإكراه البدني للجرائم التي تعد مخالفة؟ فهنا لابد من مادة صريحة تنص على ذلك.

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع والمصادر

- **القرآن الكريم.**

- المراجع باللغة العربية

-أولا: المراجع العامة:

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط1، د.و.أ.ت الجزائر، سنة 2002.
- المرصفاوي فتحي، تاريخ القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، لسنة 1978.
- العربي بلحاج، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار النشر والتوزيع عمان، الأردن، سنة النشر 1433هـ،2012م.
- العربي الشحط عبد القادر، نبيل صقر، طرق التنفيذ، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، الجزائر، موسوعة الفكر القانوني سنة2005م.
- بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006.
- جرس جرس،معجم المصطلحات الفقهية والقانونية،ط1،قصر الكتاب،الجزائر،1996.
- زهد بيكن، تاريخ القانون، دار النهضة، بيروت، لبنان، سنة 1967.
- حاطوم نور الدين، موجز تاريخ الحضارات، مطابع العروبة، دمشق، سوريا، سنة 1964.

قائمة المراجع والمصادر

- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الطبعة الخامسة ،دار الهومة، الجزائر سنة 2008 .
- مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة 2 أحكام الالتزام في ذاته،ط 1، مطبعة دار الحياة، دمشق، 1964.
- محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق،الطبعة الأولى، الجزء الثالث دار الهدى- عين ميلة- الجزائر، سنة 1992.
- سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني2 في الالتزامات، المجلد الرابع أحكام الإلتزام،ط 2، القاهرة، سنة 1992.
- سايح سنقوقة، الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر ،1996.
- سائح سنقوقة،قانون الإجراءات المدنية نصاً وتعلقاً وشرحاً وتطبيقاً لتضمين تعديلات جديدة لسنة ط 1، 2011.
- علي جروة،الموسوعة في الإجراءات الجزائية،المجلد الثالث في المحاكمة نسبة 2006.
- عبد الرزاق السنهوري،نظرية الالتزام بوجه عام،ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- فرج توفيق حسن،تاريخ القانون الروماني،مؤسسة الثقافة الجامعية،الإسكندرية، 1981.

-ثانيا: المراجع الخاصة:

- أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، تعريف وتصنيف الجرائم الجمركية، ومتابعة وقمع الجرائم الجمركية، ط 3،دار هومة الأبيار،لسنة2009/2008.
- أحمد مليجي، التنفيذ وقفا لنصوص قانون المرافعات معلقا عليها بآراء الفقه وأحكام النقص،ط 1،دار الفكر العربي،مصر،1994.
- حسين أحمد، التنفيذ القضائي وتوزيع حصيلته في قانون الإجراءات المدنية،ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة 1984 م.
- محمد السعيد عبد الفتاح، أثر الإكراه في المواد الجنائية، دار النهضة العربية،مصر،2002.
- نبيل عمر،د/أحمد هينيدي، التنفيذ الجبري(قواعده وإجراءاته).دار الجامعية الجديدة الإسكندرية،2002.
- عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، ندوة بدائل عقوبة السجن، الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان،ط1، الرياض، لسنة 2007 (1428 هـ).
- عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار عنابة، الجزائر
- عثمانية الخميسي، السياسة العقابية في الجزائر على ضوء المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، دار هومة، الجزائر،لسنة2012.
- فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية كلية الحقوق- جامعة دمشق-، المجلد 28، العدد الثاني- 2012 .

- رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة،ط8،دار النهضة العربية،القاهرةسنة1969.

-ثالثا: المقـلات و المداخلات:

- جباري عبد المجيد ، نطاق ضم ودمج العقوبات في القانون الجزائري و الإجتهاد القضائي ،مداخلة ملقاة من طرف النائب العام لدى مجلس قضاء ميلة تاريخ التصفح ،2019/04/13 موقع https://courdemila.mjustice.dz.
- مروة أبو العلاء ، الإكراه البدني و طبيعته القانونية حسب التشريع الجزائري،بحث منشور في موقع أبحاث قانونية،قسم استشارات قانونية مجانية "محاماة نت ،المحامين العرب" بتاريخ 4 يناير 2018، تاريخ التصفح 2019/03/03.
- https : //www.mohamah.net/law/2019
- هارون ولد عمار ولد إديقبي، الإكراه البدني بين ضرورات الإبقاء ومطالب الإلغاء المسراج الاخباري، ولاية انواكشط، موريتانيا،تاريخ التصفح 2019/02/26 www.essirage.net/mode/1198

-رابعا:المذكرات و الرسائل:

- أبو رمان عبد الرزاق رشيد، حبس المدين في قانون الإجراء الأردني دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية والشريعة الإسلامية،رسالة ماجستير،عمان، الأردن، سنة 1999.
- الطيب برمضان، حبس المدين (الاكراه البدني) بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، قسم الشريعة و القانون، كلية

العلوم الإسلامية،جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر العاصمة، سنة الجامعية 2015/2014.

- بوجلال حنان، التعويض عن الحبس المؤقت و إشكالاته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية،تخصص علوم جنائية، قسم الحقوق،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة الحاج لخضر–باتنة–،الجزائر،لسنة 2014/201.
- بوخالفة نوال، الحبس المؤقت وبدائله في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، جامعة المسلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2013/2012.
- بوسري عبد اللطيف، النظم المستحدثة لمواجهة الحبس قصير المدة، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2013.
- بومداغ باية، الغرامة الجزائية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2001 م.
- جلاب سارة وحابس كحيلة،الإكراه البدني،مذكرة ماجيستر،منشور قسم حقوق وعلوم سياسية،جامعة الجلفة،الجزائر،السنة لجامعية 2010-2011.
- شادي أسامة علي محمد، حبس المدين وفق لقانون التنفيذ الفلسطيني رقم23 لسنة 2005، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس،فلسطين،سنة 2008.
- عمار مرابط، الاكراه البدني في التشريع الجزائري وعلى ضوء العهد الدولي الخاص بالحقوق الم والسياسية، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،دفعة، الجزائر..

- عزوز مريم، كبير فاطمة، ، الاكراه البدني بين الإلغاء و البقاء في التشريع الجزائري،ليسانسقسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سعيدة 2010/2009 .
- مزياني سهيلة ،الغرامة التهديدية في المادة الإدارية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية،تخصص قانون إداري و إدارة عامة،قسم حقوق،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة الحاج لخضر –باتنة–،الجزائر،لسنة 2012/2011.
- يحياوي حياة، الاكراه البدني في التشريع الجزائري، "دراسة مقارنة مع التشريع الفرنسي،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجزائري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر، السنة الجامعية 2018/2017.

– **خامسا: النصوص التشريعية والتنظيمية:**

- القانون رقم 18–06 ،المؤرخ في 25 رمضان عام 1439هـ الموافق 10يونيوسنة2018،المتضمن قانون الإجراءات الجزائية،جريدة الرسمية عدد34 ،الصادرةبتاريخ10يونيو2018،ص04.
- القانون رقم 18–01 مؤرخ12 جمادى الأولى1439هالموافق30 يناير2018،المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين ،ج ر ج ج،العدد 05،الصادرة بتاريخ30يناير2018،ص10.
- القانون 17–04،المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1438،الموافق لـ16 فبراير 2017، المتضمن قانون الجمارك ،ج ر ج ج،العدد 11،الصادرة ب 22 جمادى الأولى عام 1438 هـ الموافق ل19 فبراير 2017 م،ص 03.

- القانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 هـ الموافق 06 مارس سنة 2016م،المتضمن تعديل الدستوري،ج رج ج،العدد14،الصادرة في 27 جمادى الأولى عام 1437هـ الموافق 07 مارس 2016 .
- القانون رقم 09/08، المؤرخ في18 صفر عام 1429،الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 ،المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ج رج ج،العدد 21 ،الصادرة23أبريل 2008 ،ص03.
- القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20ديسمبر 2006، المعدل و المتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات،ج ر ج ج ،رقم 84 ،ص 12.
- القانون رقم 06-01 المؤرخ في21 محرم عام 1427الموافق ل20فبراير2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته،ج رج ج، العدد14 ،الصادرة في08 مارس2006، الصفحة 04
- القانون رقم05-04، المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425،الموافق لـ06 فبراير سنة 2005،المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجريدة الرسمية عدد12، مؤرخة 13 فبراير 2005،ص 10.
- القانون رقم14/04المؤرفي27رمضان1425هـ،الموافق،في10نوفمبر2004،يتضمن قانون إجراءات الجزائية المعدل والمتمم للأمر66-155، ج رج ج، العدد71،الصادرة بتاريخ10نوفمبر2004،ص04.
- القانون رقم 01-09 المؤرخ في26 جوان2001، المعدل و المتم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات،ج رج ج، العدد34، الصادرة في27 جوان2001،ص 15.

- القانون رقم10/98، المؤرخ في 29ربيع الثاني1419، الموافق لـ22 غشت1998، يعدل و يتمم القانون رقم 07/79 المتضمن القانون الجمارك، ج رج ج، العدد61، بتاريخ 23غشت1998،ص06

- القانون رقم 90-15 المؤرخ في14 جويلية 1990، المعدل و المتم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات،ج رج ج، العدد29، الصادرة في 18 جويلية 1990، الصفحة 954.
- القانون 07/79 المؤرخ في21 جويلية 1979،المتضمن قانون الجمارك الجزائري المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية عدد30مؤرخة في24 جويلية1979، الصفحة 678.
- الأمر رقم 11/95 المؤرخ في25فبراير1995المعدل و المتم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات،ج رج ج، العدد11 ،الصادرة في01مارس 1995، ص08.
- الأمررقم76-105،المؤرخ في17ذي الحجة عام 1396هالموافق09ديسمبر1976 ،المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم ج ر ج ج،العدد105،الصادرة بتاريخ 1976/12/30،ص.
- الأمر66-155،المؤرخ في18صفر1386الموافق08يونيو1966الذييتضمن قانون إجراءات الجزائية ،ج ر ج ج،العدد48، الصادرة بتاريخ 20 صفر 1386هـ الموافق10يونيو1699،ص622.

- الأمر رقم 66-156،المؤرخ في في 18 صفر 1386هـ،الموافق08يونيو سنة 1966الذي يتضمن قانون العقوبات ،ج ر ج ج،العدد49،الصادرة بتاريخ 21صفر1386هـ الموافق11يونيو1699،ص702.
- المرسوم الرئاسي رقم 89-67، المؤرخ في11 شوال عام 1409،الموافق لـ 16 مايو سنة 1989 المتضمن المصادقة على الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية و البرتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم16 ديسمبر 1966،ج رج ج،العدد 20،الصادرة بتاريخ 12 شوال عام1409هـ الموافق 17 ماي 1989 16 ديسمبر 1966،ص125
- المرسوم التنفيذي رقم17-120،المؤرخ في 23جمادى الثانية عام 1438الموافق ل22مارس سنة2017،يحدد شروط وكيفيات تحصيل الغرامات والمصاريف القضائية من قبل الجهات القضائية، ج رج ج،العدد19 ،الصادرةبتاريخ 27 جمادى الثانيةعام1438هـ الموافق26 مارس2017م،ص05.
- المرسوم التنفيذي رقم 99/07 مؤرخ في 10 ربيع الأول عام 1428 الموافق29 مارس 2007 ،يحدد كيفيات استخراج المحبوسين و تحويلهم،ج ر ج عدد 22، الصادرة في 16 ربيع الأول 1428 الموافق 04 أفريل 2007 ، ص05.
- المرسوم التنفيذي رقم 109/06 مؤرخ في 08 صفر عام 1427 الموافق08 مارس 2006 ،يحدد كيفيات تنظيم المؤسسة العقابية و سيرها،ج ر ج عدد 15، الصادرة في 12 صفر 1427 الموافق 12 مارس 2006 ، ص23.

- المرسوم التنفيذي رقم 348/06، المؤرخ في 12 رمضان عام 1427 الموافق لـ2006/10/05، المتضمن الاختصاص المحلي لبعض المحاكم، ج رج ج، العدد 63 ،الصادرة في 2006/10/08،ص25.

–سادسا: وثائق اخرى

- دستور المملكة المغربية الصادر عام 2011.الصادر في 17 يونيو 2011، قرار للمجلس الدستوري رقم 815.2011.
- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، الجريدة الرسمية عدد 40، تاريخ النشر 1983/10/06، ص 3-128
- القانون رقم 1407-85، المؤرخ في 30 ديسمبر 1985، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، الجريدة الرسمية الصادرة ب 31 ديسمبر 1985، ص 15441
- القرار الغرفة الجنائية للقضاء الفرنسي المؤرخ في 17 جوان 1953
- قرار الغرفة الجنائية للقضاء الفرنسي المؤرخ في 12 ماي 1960
- قرار الغرفة الجنائية للقضاء الفرنسي المؤرخ في30 جويلية1960
- تقرير مجلس الشيوخ الأول في إطار التّعليق على نص المادة 520 إجراءات جنائية فرنسية

– المراجع باللغة الأجنبية:

1-les ouvrages :

- Jean Vincent :Voies d’écution et procédures de distribution treizièmeédition –précis Dalloz 1978

2-les theses:

- CrenRozenn, Poursuites et Sanctions en Droit Pénal Douanier, thèse de Doctoraten Droit privé, spécialité Droit Pénal, Université Panthéon-Assas, école Doctorale de Droit Privé 2011.

3–les articles:

- Article 761 c. p .p .f :" les personnes détenues en vertu dune décision de contrainte judiciaire sont soumises au même régime que les condamnés sous réserve des dispositions des articles.D115/05et d116/01".

4-les arrêtés :

- Cass Crim, le 25/07/1991 , bull crim n° 307 , "la contrainte par corps n'est pas une peine nais une voie d'exécution, attachée de plein droit taux condamnation pécuniaires prononcées par les juridictions répressives dont la durée droit être fixée d'après la loi en vigueur lors de la condamnation
- Cass crim, le 26/06/1989, bull crim n°271, 1989.

الفهرس

الفـــــهـــــــرس

الاهداء

الشكر و التقدير

مقدمة **1**

الفصل التمهيدي

المبحث الاول: حكم الحضانة ومشروعية **7**

المطلب الاول: حكم الحضانة..... 7

المطلب الثاني: ادلة حضانة 9

المبحث الثاني: خصائص الحضانة **13**

المطلب الأول: خصائص الحضانة 13

المطلب الثاني: الحضانة بمقابل مالي 16

الفصل الأول: سقوط الحضانة في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: مفهوم الحضانة في الشرع 20

المطلب الأول: تعريف الحضانة عند الاحناف..... 20

المطلب الثاني: تعريف الحضانة عند المالكية..... 20

المطلب الثالث: تعريف الحضانة عند الحنابلة والشافعية..... 20

المبحث الثاني: ترتيب الحاضنين حسب المذاهب الأربعة 23

المطلب الأول: مذهب الحنفي 25
المطلب الثاني : المذهب المالكي : 27
المطلب الثالث: ما هو الشافعي والحنبلي 28

الفصل الثاني: مفهوم الحضانة وآثارها

المبحث الأول: تعريف الحضانة وشروطها (أصحاب الحق فيها). 31

المطلب الأول: تعريف الحضانة..... 31
المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة 36
المطلب الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة. 47

المبحث الثاني: آثار الحضانة..... 56

المطلب الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة. 56
المطلب الثاني: سكن الحضانة..... 63
المطلب الثالث: حق الزيارة 68

المبحث الثالث: سقوط الحضانة وإجراءاتها..... 70

المطلب الاول: سقوط الحضانة..... 71
المطلب الثاني: دعوى اسقاط الحضانة 78

الخاتمة..... 83

قائمة المراجع والمصادر 87