جامعة أكلي محند أولحاج -البويرة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

# أحكام ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة: أيت سعيد حياة

إشراف الأستاذ: خليفي سمير

لجنة المناقشة

الأستاذ: بطاطاش نذير.....رئيسا

الأستاذ: خليفي سمير.....مشرفا ومقررا

الأستاذ(ة):ربيع زهية.....مناقشا

تاريخ المناقشة:

2015/2014

# شكر و تقدير

الشكر لله سبحانه وتعالى على إتمام هذا العمل

أتوجه بالشكر الجزيل إلى عائلتي كبيرا وصغيرا

أتوجه بالشكر والتقدير إلى كل الأساتذة الذين كانوا سببا في وصولي لهذا المستوى.

وأتوجه بالشكر الى الأستاذ المشرف :الأستاذ خليفي سمير على كل النصائح والتوجيهات المقدمة لي أثناء اعدادي لهذه المذكرة.

كما أشكر كل الزملاء والزميلات الذين لم يبخلوا علي بتشجيعاتهم ومساندتهم لي.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى لجنة المناقشة على قبولها لمناقشة مذكرتي

# إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى كل من ساندني في اتمام

هذه المذكرة وأخص بالذكر العائلة الكريمة وخاصة أمي التي لم تبخل

علي بدعوا تها و بفضل ربي وفضلها و صلت إلى هذه

الدرجة العلمية. و كما أهديها الى روح أبي الطاهرة.

و أهدي هذا العمل المتواضع إلى أخواتي سميرة وزوجها جميلة

وزوجها فريدة وزوجها وكما أهديه إلى أخي بلقاسم

والى أحبتي والزهور المتلألئة والمفعمة بالبهجة

والسرور: أحمد ريان وسيف الدين ومهدي

وكل من آية منال وسرين وأنفال

إلى خطيبي ورفيق دربي

إلى كل من عائلة أيت سعيد وعائلة بريان

إلى كل صديقاتي اللاتي رافقنني في إنجاز هذا العمل المتواضع

و أخص بالذكر نبيلة و ريمة.

## قائمة أهم المختصرات

| | |
|---|---|
| ط | الطبعة |
| ج | الجزء |
| ع | العدد |
| د.ذ.ب.ن: | دون ذكر بلد نشر. |
| د.ذ.س.ن: | دون ذكر سنة نشر. |
| ص: | صفحة. |
| ق.أ.ج: | قانون الأسرة الجزائري. |
| ق.إ.م.إ.ج: | قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. |
| ق.م.ج: | القانون المدني الجزائري. |
| ق.ع.ج: | قانون العقوبات الجزائري. |
| م.ع: | المحكمة العليا. |
| ج. ر: | الجريدة الرسمية. |

**مقدمة:**

استخلف الله الإنسان في الأرض وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر، ويكون من ثمرته التناسل ليبقى النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله، ولكن المولى سبحانه وتعالى كرم بني آدم ولم يتركهم إلى ما تمليه عليهم طبيعتهم في أمر الازدواج كبقية المخلوقات، بل سنّ لهم طريقة خاصة تتفق ومنزلتهم بين سائر المخلوقات وهي الزواج.

وقد اهتم الإسلام بالأسرة لأنها نواة المجتمع، وأساس السكينة والمودة والرحمة لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1].

ولقد شرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء ولكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق والخصام، وإذا استحكم الخلاف بين الزوجين بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع وحصل بينهما التباغض والكراهية، شرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها.

ومن أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، وتعتبر الحضانة من المؤسسات الشرعية التي لا يوجد لها نظير في النظم الوضعية على الرغم من التطورات الحديثة فيما يتعلق بحقوق الطفل، وتعد الحضانة للطفل فلذة كبد الأبوين والأسرة والمجتمع أمرا مهما، وخاصة إذا افترق الأبوان لينعم الطفل برعاية حقيقية لا تشعره بإفتراق أبويه، فلا بد من تفهم الأبوين وإلا تدخل القانون بسلطته الملزمة لتنفيذ ذلك.

فالحضانة هي اكتساب السلطة الأبوية وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته أحسن تربية.

(1) سورة الروم، الآية21.

بالرجوع إلى المواد المتضمنة لمسألة الحضانة يتجلى لنا أن المشرع الجزائري بتعديله الأخير لقانون الأسرة 84-11 بالأمر 05-02[1]، حاول من خلالها ضبط كل الجوانب المنظمة له، وقد ساير في ذلك الاتجاه الدولي الذي يسير نحو الاهتمام أكثر فأكثر بالطفولة.

تعود أسباب اختيار هذا الموضوع إلى المأساة التي يعيشوها الأولاد الناجمين عن فك الرابطة الزوجية، ولأن هذه الفئة تعتبر أكثر شرائع المجتمع المستحقة للاهتمام والعناية خاصة بعد انفصال الوالدين نظرا إلى تفشي ظاهرة الطلاق وخاصة في السنوات الأخيرة، هذا ما يجعل من موضوع الحضانة موضوعا ذو أهمية بالغة يستحق دراسة دقيقة ومعمقة.

تعتبر أيضا مسألة الحضانة عند طلاق الوالدين من القضايا المهمة والأساسية التي تؤدي إلى عدم استقرار الأطفال خاصة عندما تزداد حدة الصراع بين الوالدين لأن أطفال اليوم هم شباب الغد، لذا وجب على ذويهم أن يحرصوا على تربيتهم ورعايتهم وتعليمهم لكي ينشئوا نشأة سوية مستقيمة مستقرة ولكي يكونوا فعالين في المجتمع.

ونهدف من خلال هذا الموضوع أن نبين:

أهمية الحضانة بالنسبة للوالدين وما عليهما من التزامات تجاه الولد المحضون وكذا تبيان أهمية الحضانة بالنسبة للطفل سواء ما تعلق بتعليمه ورعايته والقيام بكل شؤونه الخاصة به، وكذلك إظهار ما هو أصلح للطفل، وكذا تبيان الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بموضوع الحضانة.

مع تبيان النقاط التي جاء بها المشرع الجزائري في تعديله الأخير خاصة وأنه ركز على مصلحة المحضون في ذلك.

اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج الوصفي والمنهج المقارن بين الأحكام الفقهية والقانونية التي لها علاقة مع موضوع الحضانة.

(1) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر، ع24، بتاريخ 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق لـ 27 فبراير 2005، ج ر ع 15، مؤرخة في 28 يونيو 2005.

ونظرا لحساسية هذا الموضوع وكثرة تشعباته والأهمية الكبيرة التي يحضاها ارتأينا طرح الإشكالية التالية:

إذا سلمنا أن الحضانة حق لمن خولها القانون له وواجب لمن انسبها له القانون

**ففيما تتمثل أحكام ممارسة الحضانة على ضوء كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟**

وللإجابة على هذا التساؤل ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والذي يندرج فيه مبحثين :

المبحث الأول بعنوان مفهوم الحضانة و المبحث الثاني بعنوان وتحديد أصحاب الحق وترتيبهم في ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

أما الفصل الثاني فخصصناه إلى الضوابط الإجرائية لدعوى الحضانة والآثار المترتبة عنها والذي ينقسم بدوره الى مبحثين :

المبحث الأول يتمثل في الضوابط الاجرائية لدعوى الحضانة والمبحث الثاني بعنوان الأثار المترتبة عن دعوى الحضانة.

# الفصل الأول

# ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تعد الحضانة من أهم وأبرز الآثار القانونية التي تنجر عن انحلال أو فك الرابطة الزوجية لأن الحضانة تتمثل في تلك الرعاية بالطفل بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة. وقد أولت الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات الوضعية عناية واهتماما خاصا بأحكام الحضانة.

نجد أن حق حضانة الطفل صار حقا دوليا، حيث يحضر فصل الطفل عن والدين في مستهل حياته إلى في الظروف الاستثنائية، فللطفل حقوق عديدة على والديه أهمها حقه في الحضانة فهو يولد ضعيفا عاجزا يحتاج إلى عناية والديه ورعاية أسرته.

أكدت على ذلك المادة 03 من اتفاقية لاهي والمتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال وهي تنص على أن: "حق الحضانة يشمل حق العناية بشخص الطفل وخاصة ما يتعلق بتحديد مكان إقامته..."[1].

وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلي مفهوم الحضانة (مبحث أول)، وتحديد أصحاب الحق وترتيبهم في ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (مبحث ثاني).

(1) زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2007-2008، ص55.

# المبحث الأول

# مفهوم الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري، وهي تلك الرعاية التي يتلقاها الطفل الصغير منذ أول مرحلة في حياته، كما نجد أن حضانة الطفل والقيام بأمره تعتبر كواجب نحوه، لأن بغيابها يهلك الطفل فيجب حفظه عن الهلاك. ويتكفل بذلك أهل الطفل وقرابته، كل حسب درجة قربه من الطفل حتى يصل الأمر إلى الدولة وجميع مؤسساتها.

دراسة مفهوم الحضانة يحيلنا إلى دراسة كل من تعريف الحضانة والتطرق إلى مشروعيتها من الكتاب، السنة، الإجماع والمنطق (مطلب أول)، وكذا التطرق إلى الشروط القانونية والفقهية لممارسة الحضانة (مطلب ثاني).

## المطلب الأول

## تعريف ومشروعية الحضانة

شّرعت الحضانة لتولي شؤون الطفل العاجز عن القيام بحاجاته لوحده، وكلف كلا من الأبوين أمر رعاية الطفل والاعتناء به كل حسب طاقته، فخص الأب بحماية الطفل بكل ما يستطيع القيام به، وخصت الأم فيما تقدر عليه.

الحديث عن الحضانة من خلال تعريفها ومشروعيتها يجعلنا نقسم هذا المطلب إلى تقديم تعريف الحضانة لغة وفقها وقانونا (فرع أول)، وكما هو معلوم أن الحضانة واجبة على الحاضن لكن من أين تستمد مشروعيتها (فرع ثاني).

### الفرع الأول: تعريف الحضانة

إذا كانت الحضانة حق لمن خولها القانون له وواجب لمن أنسبها له القانون فما معنى الحضانة لغة وفقها وقانونا؟

**أولا: التعريف اللغوي للحضانة**

الحضانة بفتح الحاء وكسرها مأخوذة من الحضن وهو الجنب أو الصدر والعضدان وما بينهما، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلي جنبها أو صدرها، وكذلك إذا ضمته إلي نفسها وقامت بتربيته ورعايته[1].

والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة وحضّان جمع حاضن والمذكر والمؤنث سواء وهما موكلان بالصبي بحفظه وتربيته[2].

**ثانيا: التعريف الفقهي للحضانة**

ذكر الفقهاء عدة تعريفات للحضانة منها:

- يعرف الأحناف الحضانة على أنها: تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة على من له الحق في الحضانة.
- عند المالكية: الحضانة هي صيانة العاجز والقيام بمصالحة.
- عند الشافعية: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يوازيه لعدم تميزه لصغر أو جنون أو عته[3].
- عند الحنابلة: تعني عندهم: ضم المحضون وتربيته وهي مأخوذة من الحضن لأن المربي يضم الطفل إلي حضنه وكفالته واجبة لأنه بتركها يهلك لذا وجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه[4].

(1) عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما ، دراسة فقهية مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، لبنان، 1430هـ، 2009م، ص287.

(2) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام وفقا لأحدث التشريعية القانونية، د ط، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2004، ص225.

(3) محمد الحسن مصطفى البغا، تزوج الأم بغير الأب والسفر بالمحضون، مجلة جامعة دمشق، كلية الشريعة، جامعة دمشق، المجلد 18، ع 2، سوريا، 2002، ص320.

(4) وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة؟ مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، كلية التربية لإعداد المعلمات، ج15، ع27، السعودية، 1424هـ، ص371.

– أما الشيعة الإمامية والزيدية يرون أنها هي ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما بتعلق بها من مصلحة لحفظه والاهتمام بسريره ودهنه وتنظفيه[1].

– أما الشيخ أبو زهرة : فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات :

الأولى هي ولاية التربية ثم ولاية النفس وولاية المال إن كان له مال.

فالولاية الأولى هي ولاية التربية، والدور الأول منها يكون للنساء وهو ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا[2].

ومقتضي الحضانة هو حفظ المحضون وإمساكه عما يؤذيه وتربيته لينمو وذلك بعمل ما يصلحه.

مما يتضح لنا أن الفقهاء جميع متفقون على أن الحضانة تعني رعاية الطفل وحفظه عما يؤذيه والتكفل بالنفقة عليه في جميع مراحل حياته إلي أن يبلغ الرشد.

الملاحظ من هذه التعريفات أنها تتفق على أن الحضانة هي الحفظ وأنه مناطها، وإن اختلفت الألفاظ والشروح لهذا الحفظ من تربية أو قيام الشأن... فهي حفظ، وهذا الحفظ لمن هو محتاج إليه ممن لا يستقل بشأنه من صغير ومجنون ومعتوه، ويكون الحفظ في الجسم والمبيت والطعام والتوجيه والتربية بفعل مصالحهم وتجنيبهم مفاسدهم[3].

ونتستنتج أن تعريف الحضانة هي سلطة أعطاها الشارع الحكيم لإنسان معين على الطفل، أو من في حكمه وذلك للقيام بما يلزمه من مؤونة العيش وحمايته مما يؤذيه وكفالته[4].

(1) سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، د ط، دار المنار للنشر، مصر، 1986، ص11.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د ط، دار الفكر العربي، مصر، 1950، ص ص 405-406

(3) محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الطفل (الإراءة)، مجلة جامعة دمشق، كلية الشريعة، المجلد 18، ع1، سوريا، 2002، ص 02.

(4) سمير محمد محمود عقبي، مرجع سابق، ص 13.

**ثالثا : التعريف القانوني للحضانة**

انً مختلف القوانين العربية تطرقت الى تعريف الحضانة منها :[1].

عرف قانون الأسرة الجزائري الحضانة في المادة 62 ق.أ.ج منه بنصها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[2].

عرفتها أيضا مجلة الأحوال الشخصية التونسية في المادة 54 بنصها: "الحضانة هي حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

عرفها من جانبه القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الليبي في المادة 62 بنصها: "حفظ الولد، وتربيته ورعاية شؤونه وتوجيهه من حين ولادته إلي أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي".

أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية فتعرف الحضانة طبقا لنص المادة 01/163: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه".

أضافه مشروع قانون الأحوال الشخصية السورية الجديد لسنة 2009 في نص في المادة 281 على أن: "هي الحضانة هي حفظ الولد مما قد يضره والعناية بتربيته وتعليمه ورعاية شؤونه بما لا يتعارض مع حق الولاية على النفس ومصلحة الصغير"[3].

نجد أن مختلف القوانين العربية قد عرفت الحضانة بتعابير مختلفة إلا أن الهدف والغرض من الحضانة ينصب في مصلحة الولد الصغير.

---

(1) عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير الشهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، دط، حقوق النشر محفوظة لمنشورات ثالة، الجزائر، 2007، ص 137.

(2) أمر رقم 05-02 السالف الذكر.

(3) نقلا عن: أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة مقارنة، دط، كلية الحقوق، مصر، 2010، ص302.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها من رعاية الولد، تعليمه، القيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

حسب رأي الأستاذ سعد عبد العزيز فإن التعريف الوارد في نص المادة 62 من ق.أ.ج هو تعريف شامل وجامع لكل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية[1].

**أهداف الحضانة:**

- **تعليم الولد:** فمادام أن التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم.
- **تربية الولد على دين أبيه:** يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي.
- **السهر على حماية المحضون:** بأن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب والجرح، أو اعتداء معنوي كالتخويف والشتم مما يؤدي إلي زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا.
- **حماية الطفل من الناحية الخلقية:** ويكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا سويا مستقيما.
- **حماية المحضون صحيا:** لابد من أن يتلقى الطفل العناية الصحية الكاملة خاصة خلال السنوات الأولى من عمره[2].

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2002، ص293.

(2) عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2001، ص ص28-29.

**الفرع الثاني: مشروعية الحضانة**

الحضانة هي حق للصغير ولقرابته لأجل حفظه ورعايته وهي واجبة على الأمهات لأن الأصل فيها للإناث وأولهن الأم لشفقتهن وصبرهن وحنانهن كما تجب على الأولياء العصبات[1]

لقد تم تأكيد وجوب الحضانة بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وكذا بالإجماع و المنطق.

**أولا: أدلة وجوب الحضانة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة**

**1- من الكتاب:**

لم يرد لفظ الحضانة في القرآن الحكيم وإن دل عليه باستعمال ألفاظ أخرى مثل قوله جل شأنه " يكفل" وأيضا في آية أخرى بلفظ الرضاعة والكسوة والرعاية وغيرها.

**أولا) -الدليل الأول:**

أ) -قوله تعالى: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾[2].

ب) - قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ مِنْ أَنۢبَآءِ ٱلْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَۚ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾[3].

جاء في تفسير الآيات عند الإمام القرطبي: "فتقبلها ربها" أي قبل مريم من أمها "بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا" أي أنشأها بخلق حسن، فكانت تنبت في اليوم كما ينبت المولود في العام، وأتت بها أمها الأحبار سدنة بيت المقدس فقالت: دونكم هذه النذيرة فتنافسوا فيها أنها بنت إمامهم فقال زكريا: أنا أحق بها لأن خالتها عندي فقالوا: لا حتى نقترع فانطلقوا وهم تسعة

(1) محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الطفل (الإراءة)، مرجع سابق، ص03.

(2) سورة آل عمران الآية 37.

(3) سورة آل عمران الآية 44.

وعشرون إلي نهر الأردن، وألقوا أقلامهم على أن من ثبت قلمه في الماء وصعد فهو أولى بها، فثبت قلم زكريا فأخذها، وبني لها غرفة في المسجد بسلم لا يصعد إليها غيره وكان يأتيها بأكلها وشربها ودهنها فيجد عندها فاكهة الصيف في الشتاء وفاكهة الشتاء في الصيف كما قال تعالى: "وكفلها زكريا" ضمها إليه وفي قراءة بالتشديد ونصب زكريا ممدودا ومقصورا والفاعل الله "كلما دخل عليها زكريا المحراب*" الغرفة وهي أشرف المجالس "وجد عندها رزقا قال يا مريم أنّى" من أين "لك هذا قالت" وهي صغيرة "هو من عند الله" يأتيني به من الجنة "إن الله يرزق من يشاء بغير حساب" رزقا واسعا بلا تبعة[1].

**ثانيا) -الدليل الثاني:**

قوله تعالى: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾[2].

وجاء في تفسير هذه الآية حتى وإن فطم الولد فإن الأم هي الأحق بحضانة ولدها لحنانها، شفقتها وصبرها الدائم على متاعب ولدها الصغير[3].

**2- من السنة النبوية الشريفة.**

**أ- أحقية الأم بحضانة ولدها:**

**ب-** حدثنا محمود بن خالد السلمي حدثنا الوليد عن أبي عمرو يعني الأوزاعي حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنّ امرأة قالت يا رسول الله: إنّ ابني هذا كان

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3-4، دار النشر ومناهل العرفان، لبنان، د س ن، ص ص 86-87.

* المحراب: المكان الطاهر، بعضهم يسمى المحراب هذا محرابا، لأنه يحارب فيه الشيطان أو لأنه متقدم أو لأنه مكان للإمام لكن المحراب على إطلاقه هو البناء الشامخ، أي القصر. نقلا عن القرطبي، مرجع نفسه، ص 87.

(2) سورة البقرة الآية 233.

(3) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، طبعة جديدة، دار الفكر، لبنان، 1417، ص314.

له بطني وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإنّ أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي. (حديث حسن)[1].

كما جاء في حديث آخر: حدثنا الحسن بن علي الحلواني حدثنا عبد الرزاق وأبو عاصم عن ابن جريح أخبرني زياد عن هلال بن أسامة أن أبا ميمونة سلمى مولى من أهل المدينة رجل صدق قال.

بينما أنا جالس مع أبي هريرة جاءته امرأة فارسية معها ابن لها فادّعياه وقد طلقها زوجها، فقالت يا أبا هريرة ورطنت له بالفارسية زوجي يريد أن يذهب بابني، فقال أبو هريرة إستهما عليه ورطن لها بذلك، فجاء زوجها فقال من يحاقني في ولدي، فقال أبو هريرة اللهم إني لا أقول هذا إلا أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله إنّ زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به. (حديث حسن صحيح)[2].

دلالة الحديث الأول والثاني أنه إذا كانت هناك منازعة بين الأبوين في أمر الولد، فإن الأم أحق بحضانة ولدها الصغير وهي الأولى به ما لم تتزوج بغير أبيه، وإذا ما تزوجت بأجنبي عن الولد الصغير سقط حقها في حضانة الولد.

**ج- أحقية الخالة بحضانة الولد:**

حدثنا العباس بن عبد العظيم حدثنا عبد الملك بن عمرو حدثنا عبد العزيز بن محمد عن يزيد بن الهاد عن محمد بن إبراهيم عن نافع بن عجير عن أبيه.

عن علي رضي الله عنه قال خرج زيد بن حارثة إلى مكة، فقدم بابنة حمزة فقال جعفر أنا أخذها أنا أحق بها ابنة عمي وعندي خالتها، وإنما الخالة أم، فقال علي أنا أحق بها ابنة عمي

(1) أخرجه أبي داوود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، تصنيف أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني، طبعه محمد بن صالح الراجحي، بيت الأفكار الدولية، السعودية، د س ن، ص259.

(2) مرجع نفسه، ص 259.

وعندي ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي أحق بها، فقال زيد أنا أحق بها أنا خرفت إليها وسافرت وقدمت بها فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فذكر حديثا قال وأما الجارية فأقضي بها لجعفر تكون مع خالتها، وإنما الخالة أم[1].

في حديث آخر حدثنا محمد بن عيسى حدثنا سفيان عن أبي فروة عن عبد الرحمان بن أبي ليلى بهذا الخبر وليس بتمامة قال وقضى بها لجعفر وقال إن خالتها عنده.

حدثنا عباد ابن موسى في حديث آخر أن إسماعيل بن جعفر حدثهم عن إسرائيل عن أبي إسحاق عن هانىء وهبيرة عن علي قال لما خرجنا من مكة تبعتنا بنت حمزة تنادي يا عّم يا عّم، فتناولها علي فأخذ بيدها وقال دونك بنت عمك فحملتها فقص الخبر قال، وقال جعفر ابنة عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم[2].

إن هذين الحديثين فيهما دلالة قاطعة على أن الخالة لها الحق في حضانة الولد الصغير، لأن الرسول عليه أفضل الصلاة والسلام قضى للخالة بمثل ما قضى للأم وجعل منزلة الخالة بمنزلة الأم باعتبار أن شفقة الخالة على الولد الصغير من شفقة أمه، وأن الخالة بمنزلة الأم لأنها تقرب منها في الحنو والشفقة والاهتداء إلى ما يصلح الولد مما دلّ عليه السياق في أن حضانة الخالة مقدمة على العمة.

**ج- تخيير الصبي بين أبويه:**

في تخيير الصبي بين أبويه، حدثنا هشام بن عمار، حدثنا سفيان بن علية، عن زياد بن سعد، عن هلال بن أبي ميمونة عن أبي ميمونة.

عن أبي هريرة: أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه، وقال "يا غلام، هذه أمك وهذا أبوك"[3].

(1) أخرجه أبي داوود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، مرجع سابق، ص 259.

(2) مرجع نفسه، ص259.

(3) أخرجه إبن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب تخيير الصبي بين أبويه، للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، ضبطه شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قربلي، أحمد برهوم، ج4، ط1، دار الرسالة العالمية، سوريا، 1430هـ2009، ص439.

ووجه الاستدلال أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد خير الولد بين أبويه وبنى حق الحضانة على اختياره وعمل الصحابة بذلك فخيروا جميعهم من بلغ التمييز ويبقى التخيير في الغلام بين أبوين عملا بالأحاديث النبوية الشريفة[1].

اختلف الفقهاء في تخيير الولد بين أبويه وما ذهب إليه الشافعية والحنابلة والقائلين بتخيير المحضون بين أبيه وأمه إذا تنازع فيه، فيلحق بأيهما اختار، وذلك لورود النصوص الصحيحة والصريحة في هذا الشأن.

قول الحنابلة في الأب والأم إذا اتفق على أن يكون المحضون عند أحدهما جائز ويسقط التخيير في هذه الحالة.

قول الشافعية في حد التخيير وهو التمييز، وعدم اعتبار الحد ببلوغ سن السابعة من العمر وذلك لقوة ما احتجوا به في المسألة وما ذهب إليه الحنابلة وهو قول الشافعية في حال لم يختار الطفل واحدا من أبويه أن يقرع بينهما، لأنه لا أولوية حينئذ لأحدهما[2].

**ثانيا: أدلة وجوب الحضانة من الإجماع والمنطق**

**1- من الإجماع:**

لا خلاف في إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأنه من فروض الكفاية، إذا قام به قائم سقط عن الناس، والأب هو الملزم وحده على أن تلزم الأم في حولي الرضاعة[3].

ولأن الإنسان خلق ضعيفا محتاجا إلي من يكفله ويرعاه، حتى ينضج و ينفع نفسه ويستغني عن غيره.

(1) محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الطفل (الإراءة)، مرجع سابق، ص09.

(2) حسن بن خالد حسن السندي، عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال، مجلة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة فهد للبترول المعادن، ع44، د ب ن، 1429هـ، ص464.

(3) عبد الحميد الجياش، مرجع سابق، ص ص287-288.

**2- من المنطق والمعقول**

أثبتت الدراسات أن الأم أكثر إمدادًا للمحضون بالحب، الحنان، العطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لا بد منها لكي ينشأ الطفل نشأة سليمة سوية، فكل ما يتلقاه الطفل الصغير من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة من العمر، يؤثر وبشكل كبير وواضح على بناء وتكوين شخصيته[1] سواء كان ذلك من الناحية النفسية أو الخلقية أو حتى الاجتماعية منها.

يكون الطفل الصغير عاجز على القيام بمصالحه لوحده، كان لا بد من تعيين من ينوب عنه في ذلك، وكانت الأم هي الأنسب والأولى في ذلك، بخلاف عن الأب الذي أسند له الشارع الحكيم الولاية في النفس والمال على الطفل الصغير، لأن الأب يتمتع برأي سديد وقوي إضافة إلى أن الشارع الحكيم جعل النفقة أيضا على الأب لأنه الأقدر عليها[2].

## المطلب الثاني

## شروط ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تثبت ولاية الحضانة على الولد لحفظه وتربيته تربية قويمة، تنشئته نشأة سوية ومستقيمة، وولاية الحضانة تثبت للحاضن بعد توفره على شروط اشترطها الشارع الحكيم، وشروط اشترطها المشرع الجزائري في نص المادة 62 ق.أ.ج، لما لهذه الولاية من أهمية بالغة لم تعهد في غيرها من سائر الولايات.

**الفرع الأول: الشروط الفقهية للحضانة**

اشترط الفقهاء عدة شروط وجب توفرها في الحاضن لكي يكون أهلا للحضانة الولد الصغير لكن نجد أن كل مذهب اشترط شروطا خاصة به.

(1) أحمد شامي، مرجع سابق، ص303.

(2) لحسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في فضاء الأحوال الشخصية، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص488.

**أولا: الشروط التي اشترطها كل مذهب على حدى**

على اختلاف المذاهب الأربعة نجد أن كل مذهب اشترط شروط خاصة به، لكن هذه الشروط تنصب لحماية مصلحة المحضون.

**1- الشروط التي اشترطها الحنفية:**

اشترط الحنفية شروط في الحاضنة وهي:

1- أن لا ترتد: فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة، سواء لحقت بدار الحرب أو لاَ، فإن تابت رجع لها حقها.
2- أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه: فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة أو كانت محترفة لحرفة دنيئة فإن حقها يسقط.
3- أن لا تتزوج غير أبيه: إلا إذا تزوجت رحما للصغير كأن يكون عمًا له، فإن تزوجت بأجنبي عن الصغير سقط حقها في حضانة الصغير، إلا إذا طلقت من زوجها الثاني فإنه بذلك يعود حقها بالحضانة للصغير[1].
4- أن لا تترك الصغير بدون مراقبة ودون رعاية منها: فإن فعلت سقط حقها في حضانة الصغير.
5- أن لا يكون الأب معسرا وامتنعت الأم عن حضانة الصغير إلا بأجرة وأرادت عمة الصغير حضانة الطفل بغير أجرة فإن حق الأم يسقط في حضانة الولد الصغير.
6- أن لا تكون أمة أو أم ولد فإن لا حضانة لها، ولا يشترط الإسلام، فإن كان متزوجا بذمية فإن لها أن تحضن ابنها منه، بشرط أن يأمن عليه الكفر والفساد فإن لم يأمن كأن تذهب به إلى الكنيسة أو تطعم الصغير لهم الخنزير أو تسقيه الخمر فللأب أن ينتزعه منها، وأما إذا توفيت الأم الحاضنة أو لم يتوفر فيه شرط من هذه الشروط انتقلت الحضانة إلى من يليها في الترتيب[2].

(1) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص522.

(2) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ص، 236-237.

أما شرط العقل فهو شرط متفق ومجمع عليه سواء للحاضن أو للحاضنة.

**2- الشروط التي اشترطها الشافعية:**

اشترط الشافعية بشروط في الحاضن والحاضنة منها:

1- العقل: في حضانة للمجنون إلا إذا كان جنونه قليلا نادرا كيوم واحد في السنة كلها.
2- الحرية: فلا حضانة لرقيق.
3- الإسلام: فلا حضانة لكافر على مسلم، إلا في حالة حضانة الكافر للكافر والمسلم للكافر فإنها ثابتة.
4- العفة: فلا حضانة لفاسق ولو تارك صلاة أو تاركة صلاة.
5- الأمانة: فلا حضانة لخائن لأي أمر من الأمور خاصة ما يخص الحضانة التي تعتبر من أهم وأبرز الأمور المتعلقة بحياة الولد الصغير.
6- الإقامة في بلد المحضون إذا كان مميزا.
7- أن لا تكون أم الصغير متزوجة بأجنبي أو بغير محرم عن الولد الصغير، إلا إذا كان عم الصغير فلا تسقط حضانتها لولدها[1].

**3- الشروط التي اشترطها الحنابلة**

قالوا أنه يشترط في الحضانة ما يلي:

1- العقل: فلا حضانة لمجنون.
2- الحرية: فلا يكون رقيقا.
3- أن لا يكون عاجزا كأعمى لعدم حصول المقصود به.
4- أن لا يكون أبرص أو أجذم وإلا سقط حقه في الحضانة.
5- أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الطفل المحضون، فإن كان غير أجنبي كقريب المحضون فلا تسقط حضانتها لولدها الصغير[2].

(1) عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص523.

(2) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص407.

**4- الشروط التي اشترطها المالكية:**

اشترطوا شروط تخص الذكر والأنثى:

1- العقل: فلا حضانة لمجنون ولا لمن به حقه عقل أو طيش.
2- القدرة على القيام بشأن المحضون فلا تجوز الحضانة للعاجز.
3- أن يكون للحاضن مكان آمن يمكن حفظ البنت من الفساد فتسقط الحضانة لعدم توفره[1].
4- الأمانة في الدين فلا حضانة لفاسق.
5- أن لا يكون الحاضن مصابا بمرض معد يخشى على الطفل منه.
6- أن يكون الحاضن رشيدا فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون إن كان له مال.
7- الخلو عن زوج دخل بها، إلا إذا تزوجت بمحرم، أو من له حق الحضانة بعدها يتزوجها وسكت مدة عام فإن حضانته تسقط بذلك[2].

وإن كان الحاضن ذكرا فيشترط أن يكون عنده من يحضنه من الإناث، كزوجة أو خادمة ولا يصح أن يحضن غير محرم بنتا كابن عمها، إلا إذا تزوج بأمها ولو كان مأمونا[3].

**ثانيا: الشروط المتفق والمختلف فيها عند الفقهاء**

اشترط الفقهاء عدة شروط وجب توفرها عند الحاضن كي يكون أهلا لحضانة الولد الصغير، لكن هذه الشروط منقسمة إلى قسمين شروط عامة متفق عليها وشروط مختلف فيها.

(1) عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص523.
(2) محمد ابو زهرة، مرجع سابق، ص408.
(3) عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص523.

**1- الشروط المتفق عليها عند فقهاء الشريعة:**

وهي خمسة شروط:

- البلوغ.
- العقل.
- القدرة على الحضانة.
- والأمانة.
- وسلامة الحاضن من الأمراض الضارة أو المعدية للغير.

وسنتطرق لدراستها كل شرط على حدى.

– بالنسبة لشرطي البلوغ والعقل فلأنهما محل التكليف بنص الحديث يرفع القلم عنهما، ولأن الحضانة ولاية وفاقدهما ليس أهلا لها، وفاقد الشيء لا يعطيه لغيره لعدم القدرة عليه. وعليه فلا حضانة لصغير ولا مجنون ولا معتوه بالإجماع[1].

– بالنسبة لشرط القدرة على الحضانة فلأنها ولاية حفظ ورعاية للمحضون وغير القادر عليها يضيعها فيضيع المحضون، فلا تجوز الحضانة للعاجز كالأعمى والأصم لعدم حصول المقصود من الحضانة[2].

– بالنسبة لشرط الأمانة فلا حضانة لفاسق ولأن هذا الأخير يضر نفسه وهو غير أمين على نفسه بفسقه، فلا يصح أن يكون أمينا على غيره من باب أولى وحتى لا ينشأ المحضون على طريقته، ومن فقهاء الشافعية من لم يفرق بين فسق وفسق، حتى إن بعضهم جعل تارك الصلاة ولو كان متقطعا فاسقا، وعلى كل فإن تقدير الفسق سلطة تقديرية للقاضي على ما يراه محقق لمصلحة المحضون ويشترط كون الحاضن أمينا في دينه وماله[3].

(1) عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص523.

(2) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1410هـ1990، ص195.

(3) عبد الوهاب خلاف، مرجع نفسه، ص196.

– بالنسبة لشرط سلامة الحاضن من الأمراض الضارة والمعدية بحيث يخشى على الطفل منه، ولأن الحضانة قائمة على الحفظ والرعاية ومنع الضرر، وعليه فلا حضانة لمن به برص وجذام وما في حكمهما من كل مرض معد، لأنه مضر بالطفل أو المحضون، ومدار الحضانة على الحفظ والرعاية لا على الهلاك بإجماع من الفقهاء[1].

**2- الشروط المختلف فيها عند فقهاء الشريعة:**

اختلف الفقهاء في بعض شروط الحضانة وهي اتحاد الدين وخلوها من أجنبي عن الطفل المحضون، فبعضهم قد اشترط هذه الشروط في الحاضن وبعضهم لم يشترطها من جميع الوجوه.

بالنسبة لشرط اتحاد الدين، اتفق الفقهاء على أن وصف الردة مانع لممارسة الحضانة واتفقوا أيضا على أن اختلاف الدين بغير الردة يؤثر على المحضون[2].

جمهور الفقهاء متى خيف على المحضون أن يألف الكفر نزع من حضانة غير المسلم وضم إلي حاضن مسلم.

ذهب المالكية إلي أن المحضون متى خيف عليه من حاضنه من أن يسقيه خمرا أو يغذيه لحم خنزير ضم إلي مسلمين ليراقبوه ولا ينزع منه الولد المحضون[3].

أما إذا كان الحاضن رجلا وكان المحضون صغيرا لا يعقل فإنه يشترط في الحاضن والمحضون اتحاد الدين[4].

وإذا كان الحاضن امرأة وكان المحضون صغير لا يعقل فقد اختلف الفقهاء في اشتراط الدين من عدمه على قولين:

---

(1) نصر فريد واصل، الولايات على النفس والمال، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الشروق، مصر، 1422هـ-2002م، ص ص82-83.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1405هـ1985، ص726.

(3) مرجع نفسه، ص727.

(4) مرجع نفسه، ص728.

**القول الأول:** إنه لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون وهو مذهب الحنفية والمالكية والظاهرية.

**القول الثاني:** إنه يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون وهو ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية والأمامية والزيدية والإباضية.

**1- أدلة القول الأول:**

حدثنا إبراهيم بن موسى الرازي أخبرنا عيسى حدثنا عبد الحميد بن جعفر أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع ابنتي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم – أقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية وأقعد الصبية بينهما ثم قال: أدعواها، فمالت الصبية إلي أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها"[1].

**2- أدلة القول الثاني:**

قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴿١٤١﴾﴾"[2].

وقال تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾"[3].

يظهر لنا أنّ أدلة القول الثاني أقوى من أدلة القول الأول، وعليه فإن الحضانة ولاية ولا ولاية لكافر على مسلم، لأن الإسلام يعلى ولا يعلو عليه في كل حال من الأحوال وفي كل زمان ومكان.

حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا إسماعيل ابن علية، عن عثمان البتي، عن عبد الحميد بن سلمة، عن أبيه.

(1) أخرجه أبي داوود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، مرجع سابق، ص255.

(2) سورة النساء الآية 141.

(3) سورة التوبة الآية 71.

عن جده: أن أبويه اختصما إلى النبي عليه الصلاة والسلام احدهما كافر والآخر مسلم، فخيره فتوجه إلى الكافر فقال: (اللهم أهده) فتوجه إلى المسلم، فقضى له به.( حديث صحيح)[1].

بالنسبة لشرط عدم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، قد اختلف الفقهاء في ضرورة تحقق هذا الشرط واستحقاق الحاضنة للحضانة على قولين:

**- القول الأول:** لا يشترط عدم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون وعليه لا يسقط الحق في الحضانة وهذا ما ذهب إليه الظاهرية.

**- القول الثاني:** اشتراط عدم تزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

**1- أدلة القول الأول:**

ما روى أن أم سلمة رضي الله عنها تزوجت النبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في حضانتها[2].

**2- أدلة القول الثاني:**

حدثنا محمود بن خالد السلمي حدثنا الوليد عن أبي عمرو يعني الأوزاعي حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنّ امرأة قالت يا رسول الله: إنّ ابني هذا كان له بطني وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإنّ أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي. (حديث حسن)[3].

والمرجح بين القولين هو مذهب جمهور الفقهاء للقول الثاني لقوة دليله.

(1) أخرجه إبن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب تخيير الصبي بين أبويه، مرجع سابق، ص439.

(2) سبل السلام 228/3 وما بعدها ونصب الراية 207/3 وما بعدها، نيل الأوطار وما بعدها، نقلا عن نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص ص86-87.

(3) أخرجه أبي داوود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، مرجع سابق، ص259.

**الفرع الثاني: الشروط القانونية للحضانة**

رغم التعديل الأخير لقانون الأسرة رقم 84-11 بالأمر 05-02، إلا أن المشرع الجزائري في الفقرة الثانية للمادة 62 ق.أ.ج ركز على شرط واحد ألا وهو أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك دون أن يفصل في باقي الشروط[1].

**أولا: شرط الأهلية طبقا للمادة 62 ق.أ.ج**

المقصود بالأهلية هو القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما، ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

لتحديد كل الشروط الواجب توفرها في الحاضن لا بد لنا من الاستناد بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلي أحكام الشريعة الإسلامية"[2].

إن نص المادة السالفة الذكر تحلينا إلي قواعد الشريعة الإسلامية، في حالة عدم وجود نص يتعلق بمسألة من المسائل المطروحة.

**ثانيا: شروط غير واردة في نص المادة 62ق.أ.ج**

استنادا إلي أراء فقهاء الشريعة الإسلامية، نجد أنهم اشترطوا شروط متعددة لا بد من توفرها في الحاضن أو الحاضنة لكي يكون أهلا لحضانة الطفل الصغير.

بالإضافة إلي شرط الأهلية الذي اشترطه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية لنص المادة 62 من القانون الأسرة الجزائري، نجد أنه اشترط شرط العقل فلا حضانة لغير عاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو بنفسه بحاجة إلي من يرعاه وهو ما ورد في نص المادة 85 من

(1) نورة منصوري، التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص95.

(2) أمر رقم 05-02 السالف الذكر.

القانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"[1].

حتى وإن كان هذا الشخص بالغ السن القانونية المنصوص عليها في نص المادة 40 من قانون المدني الجزائري والتي تنص على: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة"[2].

بالإضافة إلي شرطي الأهلية والعقل، نجد أن القضاء الجزائري اشترط شرط الأمانة في الحاضن، إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي فيها حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة، لأنها غير أمينة على نفس الطفل، ولا يجب أن يكون الحاضن فاسقا، لأن الفاسق غير أمين على نفسه فكيف يكون أمنا غيره؟

ضرب الفقهاء أمثلة للفسق وعدم العفة التي يمكن أن تكون في الحاضن وهي أن يكون شرير أو مشتهرا بالزنا أو أن يكون سارقا.[3]

اتفق فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية[4] على أن فسق أو عدم عفة الحاضن هو مانع من موانع الحضانة لأنه يخشى على الطفل الصغير منه أو أن ينشأ مثله[5].

إن القضاء الجزائري قد أسقط الحضانة عن الأم لعدم أمانة المحيط الذي تعيش فيه، حيث جاء في قرار المحكمة العليا: "أن عدم إبصار الأم مانع لها في حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم ومراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة

(1) أمر رقم 05-02 السالف الذكر.

(2) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم.

(3) سالم الشافعي، جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص590.

(4) عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص522.

(5) أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص600.

كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة وأن من المحضونين بنتين إن تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما"[1].

جاء موقف القضاء الجزائري فيما يخص قدرة الحاضن للقيام بشؤون المحضون، في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/07/09: "من بين الشروط الواجب توفرها للحضانة في الفقه الإسلامي القدرة على حفظ المحضون، ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

لما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤونها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذه الحال خالفوا القواعد الفقهية، ومتى كان استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ"[2].

جاء أيضا 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، لأنه هو نفسه في حاجة إلي من يأخذ بيده"[3].

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، مجلة قضائية 1989، ع04، ص75، نقلا عن العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص75.

(2)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 3391، مجلة قضائية 1989، ع4، نقلا عن العربي بلحاج، مرجع نفسه، ص76.

(3)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 3391، مجلة قضائية 1989، ع4، نقلا عن العربي بلحاج، مرجع نفسه، ص76.

# المبحث الثاني

# أصحاب الحق وترتيبهم في ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

حماية للطفولة ورعاية لها فقد جعل الإسلام حق الحضانة للطفل بعد الولادة لأبويه وحثهما على التعاون وتهيئة البيئة الملائمة له من حسن عناية، تربية وحماية. وجُعلت الأولوية في الحضانة للنساء لأنهن الأقدر على متطلباتها.

من المعلوم أن الفقهاء قدموا الحاضنات بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون فجعلوا الإناث أليق بالحضانة لأنهن الأصبر للقيام بها، واختلفوا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة (مطلب أول). ونجد أن المشرع الجزائري قد وضع ترتيبا خاصا في نص المادة 64 لقانون الأسرة رقم 84-11 والتي عدلت بموجب الأمر رقم 05-02 (مطلب ثاني).

## المطلب الأول

## أصحاب الحق لممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في حضانة الأم للصغير ما لم تتزوج، فان تزوجت غير ذي رحم محرم للمحضون سقط حقها في الحضانة وانتقلت إلى غيرها. ولكن الفقهاء اختلفوا فيمن يقوم برعاية الطفل بعد سقوط حق الأم لحضانة طفلها الصغير[1].

### الفرع الأول: مستحقي الحضانة حسب الفقهاء

في حالة حصول خلاف بين الزوجين فالأم أحق بحضانة الطفل إن لم يكن هناك مانع يمنع تقديمها[2]. فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والأصل فيها للنساء لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية

(1) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص357.

(2) محمد إبراهيم أبو حربيان، عناية الشريعة الإسلامية للطفولة مقارنة مع المواثيق والمبادئ الدولية والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الأميرة رحمة الجامعية، جامعة البلقاء التطبيقية، مجلد 19، ع2، الأردن، 2011، ص151.

والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر[1].

قدم الفقهاء الحاضنات بعضهن على بعض حسب مصلحة المحضون فجعل الإناث الأجدر بها، لأنهن الأقدر على القيام بحاجات الطفل. وكان الأحق بحضانة الطفل محارمه من النساء[2] إن لم توجد له محرم من النساء، أو وجدت وليست أهلا لحضانته إنتقل الحق في حضانته إلى محارمه من الرجال العصبة ثم إن لم يوجد عاصب محرم له أو وجد وليس أهلا لحضانتها انتقل الحق في حضانته إلى محارمه من الرجال غير العصبة.

ولما كانت أم الطفل أوفر محارمه شفقة به كانت أحق بحضانته ما دامت أهلا لها، سواء كانت زوجة أبيه أو مطلقة منه، وكانت محارمه اللاتي ينتسبن إليه بأمه أحق بحضانته من محارمه اللاتي ينتسبن أليه بأبيه عند تساوي المرتبة قربا[3].

**الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة حسب المذاهب الفقهية**

اختلف ترتيب مستحقي الحضانة حسب المذاهب الفقهية وكل مذهب له ترتيب خاص به، بهدف تحقيق مقاصد الحضانة.

**أولا: حسب المذهب الحنفي**

تصح الحضانة في المذهب الحنفي مع النساء والرجال، ولكن عند التنازع والتعارض واجتماع الرجال والنساء فإنه لا حضانة للرجال مع وجود النساء المستحقين لها حتى وإن كان الأب والجد، لأن عندهم لا تنتقل إلى الرجال إلا في غياب النساء المستحقات لها ويراعى الترتيب الآتي[4]:

(1) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1406هـ1986م، ص41.

(2) نورة منصوري، مرجع سابق، ص94.

(3) نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص63.

(4) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ص229-230.

أولى النساء على الإطلاق الأم ثم أمها ثم أم الأب ثم الأخت الشقيقة ثم الخالة ثم العمة ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخ كذلك الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم العصبات.

**ثانيا: حسب المذهب المالكي**

في المذهب المالكي تقدم الأم ثم أم الأم وإن علت، ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب ثم خالة الأم، ثم أم الأب ثم أمها وإن علت، ثم الأب ثم الأخت ثم العمة، ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت ثم الأخ الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم الجد لأم ثم إبن الأخ ثم العم ثم المولى المعتق، ويقدم في كل الحالات الشقيق ثم الذي لأم ثم الذي لأب وعند التساوي يقدم الأكثر ديانة وشفقة فإن تساويا قدم الأكبر سنا وإن تساويا أقرع بينهم[1].

**ثالثا: حسب المذهب الشافعي**

عند الشافعية إذا اجتمع الذكور والإناث قدمت الأم ثم أمهاتها وإن علت، ثم الأب على الصحيح، ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمة، ويقدم الأصل على الحاشية، فما ينسب إلى الآباء والأمهات يقدم على الحواشي، فإن فقد الأصل أي الذي يتصل بالأب أو الأم فيقدم الأقرب إلى المحضون حسب ترتيب الميراث، ذكرا كان أو انثى وعند التساوي أقرع بينهم[2].

**رابعا: في المذهب الحنبلي**

حسب المذهب الحنبلي فإن ترتيب مستحقي الحضانة هم: الأم ثم أمهاتها القربى، ثم الأب ثم أمهاته القربى فالقربى، ثم الجد ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين ثم الخالة الشقيقة ثم خالة لأم أي أخت الأم من جهة الأم فقط، ثم العمة ثم خالات أمه ثم خالات أبيه، ثم عمات أمه ثم عمات أبيه، ثم بنت الأخ ثم بنت العم ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث،

(1) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص722.

(2) عبر الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص521.

ثم لذوي أرحامه من الذكور والإناث[1].

**خامسا: حسب الظاهرية**

قال ابن الحزم: الأم أحق بالحضانة حتى البلوغ، ثم الأب أو الأخت أو العمة أو الخالة أو العم أو الخال وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال، والدين مغلب على الدنيا وعند الاستواء في كل ذلك تقدم الأم والجدة، ثم الأب والجد، ثم الأخ والأخت ثم الأقرب فالأقرب[2].

وما تقدم نجد أن جميع الفقهاء راعو في ترتيب أصحاب الحضانة مصلحة الطفل المحضون، منفعته وحسن تربيته وكان كل واحد منهم باجتهاده يروم لهذه المقاصد.

## المطلب الثاني

## أصحاب الحق وترتيبهم في ممارسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

يعتبر الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية للطفل، وكما هو معلوم فقها وقانونا أن الأم الأولى بحضانة ولدها الصغير، ولكن المشرع الجزائري أحدث تغييرا في نص م64 ق.أ.ج لترتيب الحاضنات بعد الأم، فما هو الهدف الذي توخاه من احداث هذا التغيير؟

### الفرع الأول: أحقية الحضانة وترتيب أصحابها في قانون الأسرة 84-11:

إن المشرع الجزائري أعطى الحق في الحضانة للأم بموجب نص المادة 64 ق.أ.ج بنصّها: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". ذلك أن مصلحة المحضون لا تكون ولا تتحقق إلا بوجوده مع أمه ومن ثمة

(1) علي بن سليمان المقدسي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الإحياء التراث العربي، لبنان، 1327هـ، نقلا عن نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، كلية القانون، جامعة الأنبار، ع20، د.ذ.ب.ن، 2008-2009، ص131.

(2) المحلى7/323، نقلا عن نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص70.

نجد أن حضانة الأم لولدها الصغير لا تؤخذ منها ولا تسقط عندها الا بموجب مسقط شرعي[1].

كل هذا لأن الأم الأشفق والأرحم والأحن على ولدها الصغير، وهي في نفس الوقت الأقدر على غيرها بالعناية التامة به والأكثر صبرا على تحمل المشاق والأفرغ وقتا للقيام على مصلحة الولد.

وقد لخص ذلك ابن قدامة في المغنى بقوله: "ولأنها أقرب إليه وأشفق، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه"[2].

إن أحقية وأولوية الأم بحضانة ابنها الصغير أمر ثابت لا محل للخلاف فيه وهو محل إجماع، لكن المختلف فيه هو بين الفقهاء ونص المادة 64 من قانون الأسرة رقم 84-11 والمعدلة والمتممة بموجب الأمر رقم 05-02، هو فيمن يلي الأم بحضانة الولد الصغير؟ فهل هو الأب كما ذكر المشرع الجزائري أم هو قرابة الأم من النساء[3]؟

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 84-11 أعطى الأولوية في حضانة الصغير للأم، ثم للنساء اللواتي يدلين بالقرابة للأم وجعل الأب في مرتبة لاحقة لمرتبتهن، لأن الأب مطالب بالإنفاق.

والإنفاق يقتضي السعي والخروج من المنزل لتوفير حاجيات المحضون، فضلا على ذلك أن الطفل قبل سن العاشرة يحتاج إلى رعاية خاصة وحنان لا يتوفر كأصل عام إلا عند الأم أو النساء بحكم طبيعتهن.

فمصلحة الطفل الصغير تكون عند أمه عند صغر سنه وبعد سن العاشرة يحتاج إلى رعاية الأب حتى ينشأ منشأ الرجال[4].

(1) أحمد شامي، مرجع سابق، ص304.

(2) لحسن بن شيخ أث ملويا، مرجع سابق، ص489.

(3) أحمد شامي، مرجع نفسه، ص304.

(4) نورة منصوري، مرجع سابق، ص ص94-95.

يتضح جليا مما سبق أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، وذلك ما يبرره شرعا وعقلا والدليل على هذا التقديم ما جاء في أدلة وجوب الحضانة من السنة النبوية الشريفة.

قضت المحكمة العليا في هذا الشأن، بأنه من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في نص المادة 64 ق.أ.ج بالنسبة للحاضنين، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون[1].

كما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/03/17 "من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق.أ.ج إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحضانة.

لم ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

وهو ما كرسه القضاء الجزائري في القرار المؤرخ في 1990/02/05 "من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة، ولا زالت متمسكة بها فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسناده للجدة يكونوا قد خالفوا القانون"[3].

(1) الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص133.

(2)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 1998/03/17، ملف رقم 179471، مجلة قضائية 2001، ع خاص، ص172.

(3)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 1990/02/05، ملف رقم 58220، مجلة قضائية 1993، ع3، ص53، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص681.

الملاحظ من نص المادة 64 ق.أ.ج أن المشرع الجزائري اكتفى بتحديد خمسة أشخاص وهم: الأم وأم الأم والخالة والأب وأم الأب.

لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يبين لنا من هم الأقربون درجة، هذا المصطلح الوارد ذكره في المادة السالفة الذكر. الأمر الذي يستوجب حتما الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد مصطلح الأقربون درجة، وفقا للإحالة الواردة في نص المادة 222 ق.أ.ج.

خلاصة القول أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 84-11 أعطى الأولوية في حضانة الصغير لجهة الأم وأقاربها، أكثر من جهة الأب وأقاربه مع مراعاة مصلحة المحضون[1].

**الفرع الثاني: أحقية الحضانة وترتيب أصحابها بموجب الأمر 05-02**

إن المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة 84-11 بموجب الأمر 05-02 قد خالف الترتيب الذي وضعه سابقا لأصحاب الحق في الحضانة بمقتضى نص المادة 64 ق.أ.ج بنصها: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك. وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[2].

الملاحظ من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري أبقى على أحقية الحضانة للأم وقدم الأب على الجدة لأم والخالة في استحقاقه لحضانة ابنه.

فالمشرع الجزائري في تعديله الأخير يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم، ولأن تقديم الأم على الأب كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة، فأحق الناس بحضانة الطفل من الرجال هو الأب، كون هذا الأخير هو من يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب الحضانة وبالأخص أنه هو الذي يتحمل عبء النفقة، بالإضافة إلى أن الابن

(1) أحمد شامي، مرجع سابق، ص304.

(2) أمر رقم 05-02، السالف الذكر.

هو نتاج علاقة زوجية بين الأب والأم فهو ابن مشرك بينهما.

لعل تقديم المشرع لمرتبة الأب عن الجدة لأم وعن الخالة، جاء متأثر برأي ابن القيم الجوزية، بحيث يرى أن الأرجح تقديم جهة الأب على جهة الأم، لأنه لم يشهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في الميراث والولاية[1].

يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يخرج في تعديله لنص المادة 64 ق.أ.ج عن أحكام الشريعة الإسلامية، لأن الحضانة هي حق الطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون التي تقتضي حسب رأي المشرع الجزائري تجاوز الأب إلى أم الأم والخالة[2]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها المؤرخ في 1991/06/18: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون"[3].

إن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن تحقيقا لهذه المصلحة فالقاضي يمكن له أن يتجاوز ترتيب مستحقي الحضنة الذي أدرجه في نص المادة 64 ق.أ.ج لأن هذا الترتيب غير وجوبي ويمكن الحياد عنه.

وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1991/06/18: "من المقرر قانونا وشرعا بأن الحضانة يراعى في إسنادها توفر مصلحة المحضون وهذه يقدرها قضاة الموضوع"[4].

(1) أحمد شامي، مرجع سابق، ص ص308-309.

(2) مرجع نفسه، ص310.

(3)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 39203، غير منشور، نقلا عن العربي بلحاج، مرجع سابق، ص354.

(4)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 75171، غير منشور، نقلا عن العربي بلحاج، مرجع نفسه، ص ذاتها.

كما جاء في قرار آخر المؤرخ في 1997/02/18: "على أن اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن"[1].

إن تقدير مصلحة المحضون تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وجعلها المشرع الجزائري كقاعدة فوق كل اعتبارهما كانت العواقب.

إن المشرع الجزائري بجعله للأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله عن غيره، **لا** يمثل خروجا عن أحكام الشريعة الإسلامية، ولكن لما للأب من دور فعال في تربية المحضون، وهذا التغيير المعتمد لمستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبيرة، طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة.

(1)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 153640، مجلة قضائية 1997، ع1، ص39، نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، ص867.

# الفصل الثاني

# الضوابط الإجرائية والآثار المترتبة عن دعاوى الحضانة

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجرة عن فك الرابطة الزوجية نظرا لتعلقها بمصير الأولاد الناجمين عن تلك الرابطة.

إنَّ المشرع الجزائري جعل من قاعدة مراعاة مصلحة المحضون معيار أساسي يعتمد عليه القاضي في تسبيب أحكامه مع تغليب مصلحة الأطفال، ذلك أنَّهم الأضعف شريحة في المجتمع.

تعتبر دعوى الحضانة كسائر الدعاوى العادية التي ترفع أمام القضاء، والتي يجب أن يراعى فيها الجانب الإجرائي المنصوص عليه في ق.إ.م.إ، سواء من أجل المطالبة بالحضانة أو تمديدها أو إسقاطها وحتى المطالبة باستردادها.

وككل دعوى فإن دعوى الحضانة تلحقها آثار وهذه الآثار تعتبر كحقوق للطفل المحضون، والتي يجب أن تكفل له حتى لا يتأثر ولو بشكل بسيط عن انفصال والديه.

وسنحاول أن نتطرق إلى الضوابط الإجرائية لدعوى الحضانة (مبحث أول)، ثم نتطرق إلى الآثار القانونية للحضانة (مبحث ثاني).

# المبحث الأول

# الضوابط الإجرائية لدعاوى الحضانة

تكريسا لمبدأ حماية ومراعاة مصلحة المحضون، أقرَّ المشرع الجزائري عدة إجراءات قانونية، لابد من إتباعها من طرف المدعى لقبول دعواه، وفي حالة انعدام هذه الإجراءات يترتب دفع بعدم قبول الدعوى.

وإنّ صاحب دعوى الحضانة إمّا أن يكون مطالب بها لنفسه أو إسقاطها عن غيره، في سبيل السعي لاحترام الأحكام الخاصة بهذه الدعاوى وضمانا لحماية مصلحة المحضون.

ومنه سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى الإجراءات القانونية لدعاوى الحضانة (مطلب أول)، وكذا الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة والمتمثلة في الإسناد والتمديد والإسقاط وكذا دعوى استرداد الحضانة (مطلب ثاني).

## المطلب الأول

## الإجراءات القانونية لدعاوى الحضانة

إنَّ دعوى الحضانة مثلها مثل أيَّة دعوى ترفع أمام القضاء والتي لا تتم إلاّ وفق إجراءات قانونية صحيحة وسليمة، والتي حدَّدها المشرع الجزائري في ق.إ.م.إ، والتي وجب التقيد بها واحترامها.

لكن كيف تتم إجراءات رفع وسير دعوى الحضانة (فرع أول)، وما هي الطبيعة القانونية لحكم الحضانة (فرع ثاني).

### الفرع الأول: إجراءات رفع وسير دعوى الحضانة

دعوى الحضانة لا تتم إلاّ بشروط محددة في واقع الدعوى وهي تلك الشروط الشكلية والموضوعية، إضافة إلى رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة.

**أولا: إجراءات رفع دعوى الحضانة**

**1- شروط رفع دعوى الحضانة:**

تعتبر الشروط الشكلية ضرورية وواجب توافرها لقبول الدعوى أمام المحاكم، فإذا انعدمت هذه الشروط ترتب دفع بعدم قبول الدعوى.

بالرجوع إلى ق.إ.م الملغى نجد أنَّه نص في مادته 495 ق.إ.معلى وجوب توفر شروط ضرورية لقبول الدعوى شكلا و تتمثل في الصفة، المصلحة والأهلية، وهذا خلافا ما جاء به ق.إ.م.االجديد والذي نصَّ في نص المادة 13 منه على الصفة والمصلحة، بالإضافة إلى الإذن إذا ما اشترطه القانون[1].

المقصود بالصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، وبالإسقاط لدعوى الحضانة نجد أنه يعد صاحب صفة كل شخص مذكور في نص المادة 64 ق.أ.ج[2].

في حين نجد أنَّ المصلحة هي المنفعة أو الفائدة التي تعود على المدعي، أي أنه يهدف إلى الالتجاء إلى القضاء لتحقيق فائدة عملية مشروعة.

وعليه فإنَّ المصلحة القانونية القائمة أصلا هي شرط رئيسي لقبول الدعوى، و لا دعوى بدون مصلحة لأنَّ مسألة قبول الدعوى سابقة على الفصل في الموضوع، والهدف من الحضانة هو رعاية مصلحة المحضون[3].

يثير القاضي تلقائيا انعدام شرط الصفة في المدعي لدعوى الحضانة،لأنه من النظام العام وهذا ما أكدته المادة 13 ق.إ.م.إ، وبالمقابل ليس للقاضي أن يثير انعدام المصلحة في دعوى

(1)عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص ص33-34.

(2) أمر رقم 05-02، السالف الذكر.

(3)عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص 34.

الحضانة، إنما يكتفي بمراقبة مدى جدية الدفع فيما لو آثاره المدعى عليه[1].

إنَّ انعدام الصفة والمصلحة في دعوى الحضانة من شأنه أن يثير دفع بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي وهو ما أكدته نص المادة 67 ق.إ.م.إ، كما يحق للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى حتى ولو بعد تقديم دفع في الموضوع المادة 68 ق.إ.م.إ.

بالإضافة إلى شرط الأهلية الذي نص عليه المشرع الجزائري ووصفه بأنه شرط موضوعي حسب المادة 1/64 ق.إ.م.إ والتي تنص على: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

- انعدام الأهلية للخصوم"[2].

كما أن القاضي يثير تلقائيا انعدام الأهلية حسب المادة 65 ق.إ.م.إ فالأهلية تعتبر من النظام العام.

بالإضافة إلى الشروط المتعلقة برافع الدعوى فهناك شروط شكلية اشترطها المشرع الجزائري طبقا لنص المواد 14 و15 ق.إ.م.إ[3].

فيما يخص المادة 14 ق.إ.م.إ فهي تحدد لنا شروط رفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، وموقعة ومؤرخة، وتودع بأمثلة الضبط من قبل المدعي أو وكيله ويكون عدد النسخ يساوي لعدد الأطراف وهذا في حالة رفع دعوى الحضانة كدعوى أصلية، أو فرعية بالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين.[4]

(1) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع21، الصادر في 23 أفريل 2008.

(2) قانون رقم 08-09 السالف الذكر.

(3) قانون رقم 08-09 السالف الذكر.

(4)عبد الرحمن بربارة ، مرجع سابق،ص ص105-106.

أما في حالة طلب الحضانة في الطلاق بالتراضي فتكون بنسخة واحدة لأن مسألة الحضانة من الشروط المتفق عليها فيما بين الزوجين.[1]

كذلك لابد أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت عدم قبولها شكلا البيانات المذكورة حصرا في نص المادة 15 ق.إ.م.إ، ويجب التقيد هذه العريضة المادة 16 ق.إ.م.إ، وحسب المادة 18 و19 ق.إ.م.إلابد أن يكون التكليف بالحضور صحيحا.

**2- الاختصاص النوعي والإقليمي لدعوى الحضانة:**

بالرجوع إلى أحكام ق.إ.م.إنجده ينص في المادة 32 منه على أن المحكمة صاحبة الاختصاص العام وأنها تفصل في جميع القضايا لاسيما المدنية، التجارية، البحرية، الاجتماعية، العقارية وقضايا شؤون الأسرة.

**أ- الاختصاص النوعي لدعوى الحضانة:**

نقصد به توزيع القضايا على جهات قضائية معينة، وهو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر في كل جهة معينة ولايتها وهذا وفقا لموضوع الدعوى.

بالنسبة للاختصاص النوعي لشؤون الأسرة يستند إلى مضمون قانون الأسرة الذي ينظم الشق الموضوعي المتعلق بقانون الأسرة، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ينظم الشق الإجرائي، وحسب المادة 423 ق.إ.م.إ فإنه ترفع دعاوى الحضانة أمام المحكمة قسم شؤون الأسرة.

وإذا قسم شؤون الأسرة هو القسم المختص نوعيا للنظر في النزاعات المتعلقة بالحضانة[2].

(1) عبد الرحمان بربارة ، مرجع سابق،ص ص105-106.

(2) حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية الإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص ص169-170.

**ب - الاختصاص الإقليمي لدعوى الحضانة:**

الاختصاص الإقليمي هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي.[1]

وبالنسبة للاختصاص الإقليمي حسب نص المادة 426 في فقرتها الرابعة من ق.إ.م.إ، فإنه تكون المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة، أي المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة وهذا ما أكدته نص المادة 2/40 ق.إ.م.إ، وهذا استثناء عن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 37 ق.إ.م.إ التي يكون رفع الدعوى فيها في موطن المدعى عليه[2].

وللإشارة فإن طبيعة الاختصاص النوعي هو من النظام العام فالقاضي يثيره من تلقاء نفسه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى طبقا للمادة 36 ق.إ.م.إ.

على خلاف طبيعة الاختصاص الإقليمي الذي لا يعتبر من النظام العام ولا يثار بعد الموضوع طبقا للمادة 45 ق.إ.م.إ.

إن الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة تكون النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام القانون طبقا لنص المادة 3 مكرر ق.أ.ج[3].

**ثانيا: إجراءات سير دعوى الحضانة**

تعتبر مرحلة سير الدعوى مرحلة لاحقة لرفع الدعوى، ويجب في دعوى الحضانة أن تقيد وأن تبلغ وأن يتم إجراء التحقيق فيها.

(1) عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار هومة،ط2،الجزائر،2010،ص146.

(2) سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص584.

(3) أمر 05-02، السالف الذكر.

**1- قيد وتبليغ الدعوى:**

بعد إيداع المدعي لعريضة افتتاح الدعوى أمام المحكمة مصحوبا بالرسم بتسجيلها فإنه تقيد القضية حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها للخصوم المادة 16 ق.إ.م.إ، على أن يكون هذا التبليغ رسميا بواسطة محضر قضائي قبل 20 يوما على الأقل من تاريخ الجلسة الأولى المحددة للفصل في دعوى الحضانة.

بالإضافة لتبليغ الخصوم فإن المدعي يجب أن يبلغ النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا حسب نص المادة 3 مكرر ق.أ.ج، وذلك بنسخة من عريضة افتتاح الدعوى إما عن طريق المحضر القضائي أو أمين الضبط.

أما إذا تم رفع دعوى الحضانة عن طريق دعوى إستعجالية فإن آجال التكليف تنخفض إلى 24 سا[1].

**2- إجراء التحقيق:**

حتى يتوصل القاضي لإصدار حكم حول إسناد الحضانة أو إسقاطها، فلابد له أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعده في تكوين قناعته المادة 28 ق.إ.م.إ، أو يستعين في ذلك بتعيين مساعد اجتماعي لبيان ظروف وحالة طالبي الحضانة وتقرير أي شخص يكون أصلح لحضانة الولد.

وعليه نجد أن للقاضي دور إيجابي في هذه الحالة ذلك أنه يسعى لتحقيق مصلحة المحضون[2].

(1)عبد الرحمان بربارة ، مرجع سابق، ص231.

(2)نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص180.

**الفرع الثاني: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الحضانة**

طبقا لنص المادة 57 ق.أ.ج فإن الأحكام الصادرة في دعوى الحضانة هي أحكام ابتدائية قابلة للاستئناف أمام المجلس القضائي.

فإن الأحكام المتعلقة بالحضانة هي أحكام قابلة للاستئناف على مستوى الدرجة الثانية للتقاضي، وقد خصها المشرع الجزائري باستثناء عن باقي الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، التي تكون غير قابلة للاستئناف إلا ما خص جوانبها المادية فقط.[1]

## المطلب الثاني

## الدعاوى المدنية للحضانة

سنتناول في هذا المطلب الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة وهي دعوى إسناد الحضانة وتمديدها، ودعوى إسقاطها وكذا دعوى استردادها بعد سقوطها.

**الفرع الأول: دعاوى إسناد وتمديد الحضانة**

**أولا: دعوى إسناد الحضانة**

من بين الطلبات التي يمكن للخصوم طلبها في دعوى فك الرابطة الزوجية طلب إسناد الحضانة، فدعوى الحضانة في هذه الحالة تكون بالتبعية أو فرعية لدعوى الطلاق بالإرادة المنفردة من الزوج أو حالة الطلاق بالتراضي، وكذلك في حالة ما إذا رفعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها طبقا لنص المادة 53 ق.أ.ج أو خلعها طبقا للمادة 54 ق.أ.ج.

يكون القاضي ملزما بالفصل في أمر الأولاد متى تم فك الرابطة الزوجية لحد الأسباب المذكورة سابقا[2].

(1) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام التشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، رسالة نيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006-2007، ص200.

(2) نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص141.

إلا أنه يثار إشكال في حال سكوت الخصوم عن إثارة هذه المسألة "الحضانة" فالقاضي يجد نفسه أمام حلين، إما أن يتصدى للمسألة من تلقاء نفسه وبذلك يكون قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم، أو يصدر حكمه دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقيدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه منه الخصوم، ويكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون وباعتبار أن الحضانة حق فهي واجب أيضا، فالقاضي مكلف بتحميل صاحب الواجب واجبه وهي من النظام العام على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه[1].

فحسب المادة 64 ق.أ.ج فإن الأم دوما أولى بإسناد الحضانة لها، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى الحالات التي تسقط عنها الحضانة.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/03/19 "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وإن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشرعية والقانونية"[2].

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون مثلما جاء في قرار المحكمة: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاء الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"[3].

ودائما في إطار مراعاة مصلحة المحضون قررت المحكمة العليا أن تسليم الأم البنتين للأب مؤقتا بعد الطلاق لعدم وجود مسكن الحضانة، ثم العودة بمطالبة الحضانة بعد خمس

(1) نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص141.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/03/19، ملف رقم 52221، مجلة قضائية 1993، ع 01، ص49، نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، ص623.

(3)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 153640، مجلة قضائية 1997، ع 01، ص37.

سنوات، فإن القضاء بقضائهم يرفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون[1].

كذلك يمكن أن تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية، كدعوى الطلاق أو الخلع بعكس الحالة الأولى التي تكون فيها دعوى إسناد الحضانة بطلب فرعي أو إضافي، لأن الحضانة تعتبر من توابع الطلاق.

هذه الدعوى الأصلية العادية يمكن أن يرفعها كل شخص مؤهل للحضانة والمذكورين في المادة 64 ق.أ.ج وفقا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى.

كما يمكن إثارة دعوى إسناد الحضانة عن طريق دعوى إستعجالية بموجب المادة 57 مكرر حسب التعديل الأخير لقانون الأسرة رقم 84-11 بموجب الأمر رقم 05-02، والذي أجازت صراحة لتدخل القاضي من أجل الفصل على وجه الاستعجال، بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة لاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن.

بحيث يفصل القاضي على وجه السرعة بموجب أمر على العريضة في مسألة الحضانة باعتبارها من الأمور التي تقتضي السرعة للفصل فيها[2].

كما يجوز لرئيس قسم شؤون الأسرة أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع، بغرض الاستشارة التي يمكن اللجوء إليها في أي وقت حتى أثناء إجراءات الصلح.

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة، ثم يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد طبقا لنص المادة 424 ق.إ.م.إ[3].

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1996/05/21، ملف رقم 134957، مجلة قضائية، 1997، ع 02، ص86.

(2)عبد الرحمان بربارة ، مرجع سابق، ص341.

(3) مرجع نفسه، ص 341.

**ثانيا: دعوى تمديد الحضانة**

الأصل في الحضانة أنها تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات والأنثى سن الزواج وهو سن 19 سنة حسب المادة 7 ق.أ.ج، ويكون للمحضون ببلوغه هذه السن حق الاختيار مع أي شخص يعيش معه، ولا يحق لأي شخص رفع دعوى المطالبة بالحضانة طبقا لنص المادة 65 ق.أ.ج.

إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء للأصل العام عندما أضافت "وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[1].

يستخلص من هذا النص أن دعوى تمديد الحضانة حق خالص للأم الحاضنة التي لم تتزوج، بحيث يمكن لها أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية سن ستة عشر سنة، ومنه يستبعد في مثل هذه الحالة كل شخص آخر غير الأم وعلى أن ترفع دعوى تمديد الحضانة قبل بلوغ الذكر[2].

وهذا ما أكد عليه قرار المحكمة العليا حيث جاء فيه: "إن لقضاء الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 ق.أ.ج"[3].

**الفرع الثاني: دعاوى إسقاط واسترداد الحضانة**

**أولا: دعوى إسقاط الحضانة**

منح المشرع الجزائري حق حضانة الولد الصغير إلى أولئك الأشخاص الذين ورد ذكرهم في المادة 64 ق.أ.ج، واشترط لصحة ذلك توفر شروط معينة للقيام بمهمة الحضانة، وكلما

(1) أمر رقم 05-02 السالف الذكر.

(2) نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص143.

(3)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 24-10-1995، ملف رقم 123889، غير منشور، ع 52.

اختلفت تلك الشروط كانت مصلحة المحضون في خطر ويحق للمعني صاحب الصفة أن يباشر دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون فرعية أو إضافية أو تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لا يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون[1].

لقد نص المشرع الجزائري على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبها وهي:

1- حسب نص المادة 66 ق.أ.ج أنه إذا كانت الأم أحق وأولى من غيرها بحضانة ولدها الصغير، فإنه يعد زواجها بأجنبي عن المحضون وغير ذي محرم سببا لسقوط حقها في الحضانة، ويمكن نقله إلى غيره ممن يحق لهم طلبها.

كما يعتبر التنازل عن الحضانة سواء كتابيا أمام الموثق أو شفهيا أمام الشهود أو أمام القضاء، وثبت للقاضي أن هذا التنازل كان رضائيا فإنه يحكم بسقوط الحق في الحضانة عن الحاضن المستحق، وبالتالي إسنادها إلى من طلب سقوطها إذا ثبت أنه أصلح للمحضون[2].

إن التنازل عن حق الحضانة لا يستجيب له القاضي إلا إذا ثبت أنه لا يضر بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم عن حضانة طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا القاضي لا يستجيب لطلبها لأن فيه إضرار بمصلحة المحضون، ولأنه يشترط لقبول التنازل عن الحضانة وجود حاضن آخر يقبل تنازلها ويكون له القدرة على الحضانة[3].

(1) عبد العزيز سعد، إجراءات دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، د ط،دار هومة، الجزائر، 2013، ص185.

(2) نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص144.

(3) مرجع نفسه، ص146.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها: "أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها"[1].

يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، فهل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية وتهدر مصلحة المحضون؟

ذهبت المحكمة العليا إلى 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.

إذن لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكن أن يجبرها على الحضانة في حالة الحاضن المؤهل لذلك.

فالقضاء يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حار حجية الأمر المقضي به، ذلك أن قاعدة مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

2- حسب نص المادة 67 ق.أ.ج فإنه تسقط الحضانة عن صاحبها إذا اختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق.أ.ج، سواءا تعلق بأهمية الحاضن أو الالتزام التربية والحماية والرعاية الصحية والخلقية للصغير[2].

هذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي"[3].

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51894، مجلة قضائية 2001، ع خاص، ص70.

(2) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص186.

(3)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، مجلة قضائية 1989، ع04، ص76.

إن المادة 67 ق.أ.ج نصت على سقوط الحضانة بسبب اختلال أحد الشروط المنصوص عليها المادة 62 ق.أ.ج،لكن في فقرتها الثانية يستثنى عمل المرأة ولا يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة.

وهذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا، أنّ ما استقر عليه القضاء أن عمل المرأة الحاضنة لا يعد من مسقطات الحضانة، ولكن ربطه بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى ولو كان عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب السقوط كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون[1].

3- حسب نص المادة 68 ق.أ.جفي ما إذا كان الشخص له حق طلب الحضانة ممن ورد ذكرهم في المادة 64 ق.أ.ج، سهى ولم يمارس حقه في طلب الحضانة في وقتها ومضى على ذلك من يزيد على سنة ميلادية كاملة، وبدون عذر شرعي وقانوني فإن طلبه لحق الحضانة غير مؤسس.

كما تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة، يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر[2].

4- حسب المادة 69 ق.أ.ج نجد أنها تنص على أنه إذا أراد الشخص الذي يمارس حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي بالمحضون عليه، أن يراعي القاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون[3].

بمعنى أنه إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة يسقط، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته، حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات

(1) نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص150.

(2) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص168.

(3) مرجع نفسه، ص187.

حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي، أما إذا تنقل المحضون من منطقة إلى منطقة داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة.

5- حسب نص المادة 70 ق.أ.ج نجد أنه يسقط الحق في حضانة الطفل الصغير بسبب سكن الحاضنة، إذا كانت جدة أو خالة بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة تحت سمعها وبصرها يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة لأنها سيدة البيت[1].

**ثانيا: دعوى استرداد الحضانة**

ويقصد بها كل دعوى ترفع أمام قاضي شؤون الأسرة بهدف إعادة حق الحضانة إلى من سبق وسقطت عنه، كلما زال سبب سقوطها غير الاختياري.

وتستمد أساسها القانوني من نص المادة 71 ق.أ.ج، وبتحليل نص المادة السالفة الذكر يتعين علينا أن نفرق بين سقوط حق الحضانة الاختياري، وبين سقوط حق الحضانة غير الاختياري.

إنّ القانون لم يبين ولم يفرق بين حالات سقوط الحضانة الاختياري وبين حالات سقوط الحضانة غير الاختياري.

وحسب رأي عبد العزيز سعد أن سقوط حق الحضانة الاختياري يتمثل في تنازل الحاضنة عن حقها صراحة، وفي عدم طلبها لمدة أكثر من سنة دون مبرر شرعي، وفي إعادة زواج الأم الحاضنة بغير ذي محرم[2].

وأنّ سقوط حق الحضانة غير الاختيار يتمثل في سقوط حق الحضانة بسبب الإخلال بأحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق.أ.ج، وفي حالة سقوط حق الحضانة على الخالة والجدة بسبب سكنها بالمحضون مع أمه المتزوجة مع رجل غير ذي محرم.

(1) سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012 -2013، ص98.

(2) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص190.

ومهما تكن التفرقة بين السقوط الاختياري والسقوط غير الاختياري فإن الأم التي سقط حقها في الحضانة بسبب إعادة الزواج مع غير ذي محرم، يمكن أن يعود إليها بعد الطلاق إذا كانت مدة الحضانة لم تنقض وما دامت مصلحة المحضون قد تعلقت بها[1]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 ق.أ.ج طبقوا صحيح القانون"[2].

وكذلك بالنسبة للجدة أو الخالة التي سقط حقها في الحضانة بسبب سكن أيّ منهما مع أم المحضون المتزوجة مع غير ذي محرم من المحضون، يعود إليها حقها في الحضانة كلما طلقت الأم أو انتقلت إلى مسكن آخر منفصل.

وحسب رأي عبد العزيز سعد أنه إذا كانت الحضانة قد سقطت لسبب اختياري كالتنازل الإداري الصريح عن الحضانة، وعدم طلب الحق في الحضانة دون مبرر شرعي وزواج الأم الحاضنة بغير ذي محرم زواجا قائما فإن حق الحضانة لن يعود[3].

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص190.

(2)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 201336، مجلة قضائية 2001، عدد خاص، ص78.

(3) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص191.

# المبحث الثاني

# الآثار القانونية المترتبة عن دعوى الحضانة

رتب المشرع الجزائري آثار لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا من الزوجين المنفصلين.

فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته النشأة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون، وإضافة إلى ذلك كون الحاضنة تبذل مجهودات مادية ومعنوية في سبيل تربية المحضون والسهر على مصالحة، يبقى السؤال المطروح هو فيما تتمثل أجرة الحاضنة؟.

كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بين ينمو في دفه المحضون، تحت رعاية الحاضنة وزيادة على ذلك فإن حضانة الطفل بعد طلاق والديه تفترض ابتعاده عن أحدهما، لذا يمنح القانون للطرف الذي ابتعد عنه حق رؤية المحضون الذي يحكم به القاضي عند إسناد الحضانة.

وسنحاول التطرق إلى التبعات المعنوية للحضانة من ولاية وزيارة (مطلب أول)، وإلى التبعات المالية للحضانة من نفقة المحضون وأجرة الحاضنة وكذا سكن المحضون (مطلب ثاني).

## المطلب الأول

## التبعات المعنوية للحضانة

من الحقوق المعنوية الثابتة للولد الصغير الحق في الولاية الذي يعتبر حق معنوي للطفل الصغير، وقد نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 87 ق.أ.ج (فرع أول)، كما يثبت أيضا للطفل المحضون حق الزيارة للطرف الذي لم تسند إليه حق الحضانة (فرع ثاني).

**الفرع الأول: حق الولاية طبقا لنص المادة 87 ق.أ.ج**

نجد المادة 87 ق.أ.ج في فقرتها الأخيرة تنص على أنه في حالة الحكم بالطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة، وعليه يتضح من ظاهر هذا النص أنه بمجرد أن يحكم القاضي بالطلاق بين المرء وزجه، ويسند الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما من ذوي الاستحقاق، يجب عليه أن يتبع ذلك بإسناد حق الولاية على المحضون إلى من أسندت له الحضانة سواء كان الحاضن أما أو غيرها.

أما الأب فهو ولي ولده بحكم القانون ولا يحتاج إلى استصدار حكم بذلك ما دامت لم تسقط عنه بحكم قضائي[1]، وهذا ما تطرقت إليه المادة 453 ق ا م ا.

**الفرع الثاني: حق زيارة المحضون**

إن إسناد الحضانة إلى مستحقها، والذي يكون في الغالب الأعم للأم، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، مما يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن والده، ومما يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة ورؤية ابنه المحضون وعليه سنتطرق في هذا الفرع لحق الزيارة في الفقه ثم في القانون.

**أولا: حق الزيارة حسب الفقهاء**

يتصل بالحضانة حق الزيارة أو الرؤية، سواء كانت زيارة الأب لولده وهو في حضانة النساء، أو زيارة الأم لولدها إذا كان مع أبيه أو العاصب غير أبيه.

وحكم هذه المسألة أن الولد 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 انتهى فإن الأب كذلك لا يجبر على أن يرسله لأمه، بل هي إذا أرادت أن تراه لا يمنعها من هذه الرؤية[2].

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص183.

(2) لحسين ابن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص518.

والزيارة على العادة بمعنى أنها لا تكون يوميا، بل يوما أو يومين في كل عدد من الأيام، لكن لا بأس من أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا، إن كان منزلها قريبا.

وإذا كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها، فلكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج، لأن هذا حقه، فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد أحواله ويباشر شأنه[1].

يرى المالكية أن لكل من الأب والأم الحق في رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيرا، أما إذا كان كبيرا فلها رؤيته كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم، أما بعد بلوغ هذا السن فله حق الرؤية والإطلاع عليه من آن لآخر ليتولى تأديبه وتعليمه[2].

كما يرون أن أجرة النقل على طالب الزيارة، وإن كانت الأم متزوجة وطلبت من المحضون له أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد، فإن رفض فعليها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت سواء عند أبيه أو عند حاضنته[3].

أما الشافعية فيرون أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز واختياره العيش مع أحد الوالدين، ويرون أن المحضون إن كان أنثى فتمنع من زيارة أمها لحفظها وصيانتها وأما فيما يخص ميعاد الزيارة فتكون مرة في الأسبوع أو أكثر، لا كل يوم، إلا في حالة ما إذا كانت المسافة بين منزله ومنزلها قريبة[4].

أما بالنسبة للأحناف فيرون أن للأب الحق في رؤية ولده إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء الحاضنات، وللأب أن يزور محضونه كل يوم، أما إذا كان الحاضن هو الأب، فقد قدر حق الزيارة مرة كل أسبوع أما غير الأم وليس لها رؤية الصغير كل أسبوع مرة، بل كل شهر على الأقل، وهو قول غير مشهور في المذهب.

(1) لحسين ابن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص518.

(2) سهام كربال، مرجع سابق، ص77.

(3) مرجع نفسه، ص77.

(4) مرجع نفسه، ص78.

أما الحنابلة فقد رأوا أن الصغير المميز له حق اختيار البقاء نهارا مع أبيه أو أمه، أما إذا كان المحضون بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنوات من عمرها فللأم حق زيارتها في أوقات خروج الأب[1].

**ثانيا: حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري**

بعد أن رتب المشرع الجزائري أصحاب الحضانة في المادة 64 ق.أ.ج نص في الفقرة الثانية منها: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[2].

يعني هذا بكل وضوح أنه عندما يحكم القاضي بالتطليق يتوجب عليه عند إسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها، الحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون وذلك في ساعات، أيام وفي أماكن محددة وفي العطل، المواسم الدينية والوطنية وكذا في أيام العطل المدرسية إن كان المحضون متمدرسا، وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة كذلك.

ما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أن المشرع أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق، إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما، وأن يقضي حتما لأحد الوالدين بحث زيارة المحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك، لأن الحضانة ومن يترتب عنها من نفقة وحق الزيارة من النظام العام[3].

صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/16 تحت رقم 59784 جاء فيه "متى أوجبت أحكام المادة (64) من ق.أ.ج على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[4].

(1) سهام كربال، مرجع سابق، ص78.

(2) أمر 05-02، السالف الذكر.

(3) نورة منصوري، مرجع سابق، ص ص98-99.

(4)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1990/04/16، ملف رقم 59784، مجلة قضائية 1991، ع04، ص126.

هذا وعن ممارسة حق الزيارة نجد أن المحكمة العليا قضت في قضية (ف ف) ضد (ب، ت) في موضوع حضانة -حق الزيارة- اشتراط أن تكون الزيارة داخل مقر الزوجية- خطأ في تطبيق القانون، وهذا ما أكد عليه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/04/30.[1]

وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1997/04/08 الذي جاء فيه الحكم بالطلاق وإسناد الحضانة للأب والطعن بالنقض لعدم الفصل في الزيارة[2].

كان على المشرع الجزائري عندما ألزم القاضي بأن يحكم بحق الزيارة أن يحدد أيضا معنى، مكان الزيارة ووقتها، كما كان عليه أن يحدد الحالات أو الظروف التي تسقط الحق في الزيارة إن وجدت.

**1- مكان الزيارة:**

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر كمسكن المطلقة مثلا لأنها أصبحت أجنبية عنه.

بالرجوع إلى نص المادة 2/64 ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد مكان ممارسة حق الزيارة، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي والذي يراعي في ذلك العرف والعادة[3].

**2- زمان الزيارة:**

إن المشرع الجزائري لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الحضانة أي ساعة واحدة أو عدة ساعات، وكذا عدد الأيام وترك ذلك للقاضي الذي يراعي العرف والعادة.

---

(1)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1990/04/30، ملف رقم 79891، مجلة قضائية 1992، ع 01، ص55، نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، ص ص571-572.

(2)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/04/08، ملف رقم 158842، مجلة قضائية 1998، ع03، ص61، نقلا عن جمال سايس، مرجع نفسه، ص890.

(3) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص92.

جرت العادة على أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذا الأعياد الوطنية والدينية[1].

بذلك استقر القضاء في الجزائر على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، أي خلال العطلة وإن أكثر من ذلك فهو غير معمول به وغير متبني من طرف القضاء[2].

فحق الزيارة هو حق مكفول قانونا أحاطه المشرع بجملة من الضمانات، هذا ما أكدت عليه المادة 69 ق.أ.ج[3]، ومفاد هذا النص أن يكون والدي المحضون دائما على تواصل مع ابنهم المحضون من أجل تحقيق مقاصد الحضانة.

رتب المشرع الجزائري عقوبات جزائية على مخالفة حكم زيارة المحضون، بمعنى أن الشخص الذي يمتنع عن تسليم الطفل قضى بشأنه حق الزيارة يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في نص المادة 327 ق.ع.ج[4].

وكذا جريمة اختطاف المحضون من حاضنه المادة 328 ق.ع.ج[5] وجريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة المنصوص عليه في المادة 7 من الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيات[6].

(1) باديس ديابي، مرجع سابق، ص92.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص520.

(3) المادة 69 ق.أ.ج: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"

(4) أمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 20 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر 49، المؤرخة في 1966/06/11، معدل ومتمم.

(5) أمر رقم 66-156 السالف الذكر.

(6) زهية رابطي، مرجع سابق، ص20.

## المطلب الثاني

## التبعات المالية للحضانة

من الحقوق المالية الثابتة للولد الصغير الحق في النفقة التي تعتبر من أهم وأعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل لأنها تصون حياته، وتوفر له الحماية والرعاية (فرع أول)، إضافة إلى أجرة الحاضنة التي تعتبر مقابل أداء واجباتها نحو المحضون (فرع ثاني)، كما نجد أنه لا بد من توفير سكن ملائم يأويه (فرع ثالث).

### الفرع الأول: نفقة المحضون

المقصود بالنفقة هي تلك النفقة التي يحضى بها المحضون، وهي تلك الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل من ملبس، مأكل، مصاريف وعلاج... الخ.

#### أولا: موقف الفقهاء في نفقة المحضون

الأصل أن النفقة واجبة على الأصل نحو الفرع بالكتاب والسنة النبوية الشريفة، وكذلك نحد أن الفقهاء أقروا بأن الأم إذا فارقت زوجها وحضنت ابنها فلها النفقة التي تكون واجبة على الأب، وذلك إذا لم يكن للصبي مال، أما في حال قيام الزوجية فلا أجر لها على الحضانة[1].

فيما يخص نفقة الولد فنجد أن الحنفية قالوا أن سبب نفقة الأقارب هي القرابة المحرمية، وقالوا أنه لا فرق بين أن يكون الولد ذكرا أو أنثى فإن كان ذكرا فإن نفقته تجب على أبيه لكن بشروط وهي:[2]

- أن يكون الولد فقيرا لا مال له، وإن كان للولد مال فينفقه على ماله.
- أن لا يبلغ الحلم فإن بلغ ولم يكن به عاهة تمكنه من اكتساب المال فكان عليه أن ينفق على نفسه، وإلا استمرت نفقة على أبية.

(1) نافع حميد صالح، مرجع سابق، ص ص143-144.

(2) محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص36.

أما إذا كانت أنثى فإن نفقتها تجب على والدها سواءا كانت صغيرة أو كبيرة ولكن بتوفر شرطين وهما:

- أن تكون البنت فقيرة فإن كان لها مال فالنفقة تكون من مالها، وإذا ثبت العكس فالنفقة واجبة على أبيها.
- أن تكون حرة فلو كانت مملوكة للغير كانت نفقتها واجبة على مالكها[1].

جاء في بدائع الصناع للكساني الحنفي أن: "أما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة لأن به تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ويجب على الإنسان إحياء كله وجزئه"[2].

أما المالكية قالوا أن النفقة الواجبة فجعلوها على الأبوية والأولاد الصلبيين دون بقية الأصول والفروع[3].

قالوا أيضا: وينفق الرجل على الذكر من بنيه إذا لم يكن له مال حتى يبلغ مبلغ الرجال وينفق على الأنثى حتى يدخل بها زوجها.

أما نفقة الأولاد فقالوا: تجب على الأب نفقة أولاده لكن بشروط وهي:[4]

- أن يكون الولد فقير لا مال له وإذا كان له مال قبل بلوغه فإنه يكون له الحق في النفقة على أبيه.
- أن يكون بالغًا عاقلاً وقادرًا على الكسب، فإن بلغ وهو على هذه الحالة فإن نفقته تسقط على أبيه.
- أن يكون ولد حرا غير مملوك للغير فإن كان مملوكا للغير وجبت نفقته على مالكه.

(1) عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص441.

(2) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، مرجع سابق، ص ص19-20.

(3) محمد نجم صبحي، مرجع سابق، ص36.

(4) نافع حميد صالح، مرجع سابق، ص143.

- أما إذا كانت أنثى حرة فإن نفقتها تجب على أبيها حتى يدخل بها زوجها، وهنا تصبح ملكا لزوجها الذي تجب عليه النفقة، أما إذا طلقها أو مات عنها زوجها عادت النفقة لأبيها هذا وإذا عادت إلى أبيها صغيرة أو بكرا[1].

أما إذا عادت ثيب بالغة صحيحة فإن نفقتها تعود على أبيها إن كان موسرا فإن كان معسرا لا تلزم عليه النفقة.

- أما الشافعية قالوا بأنه مؤونة الحضانة على الأب لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة[2].

قالوا أن النفقة الموجبة هي قرابة الولادة أما نفقة الولد فإنها حسب رأيهم تجب على الولد بشروط وهي:

أن يكون الولد صغيرا فإذا بلغ فلا نفقة له إلا إذا كان مجنونا أو ذا عاهة.

أما إذا كانت أنثى فإن نفقتها تكون واجبة على أبيها حتى تتزوج وإن تزوجت فنفقتها على زوجها.

أن يكون الولد ذكرا أو أنثى فقيرا فإذا كان غنيا فلا تجب نفقة الأب عليهما.

أن يكون حرا فإن كان مملوكا فنفقته على مالكه.

أما الحنابلة قالوا بأن القرابة تكون سببا في الإنفاق[3]، أما نفقة الولد فهي بشروط:

- أن يكون فقيرا فلا تجب النفقة على موسر.
- أن يكون الأب والابن حرين، فإذا كان الأب معسرا وله ولد موسر فإن على الابن أن ينفق على أبيه المعسر وعلى إخوته الصغار وعلى زوجة أبيه[4].

(1) أحمد شامي، مرجع سابق، ص322-323.
(2) نافع حميد صالح، مرجع سابق، ص143.
(3) محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص36.
(4) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص165.

هذه هي أقوال الأئمة في مسألة النفقة للولد المحضون وكلها تدور حول وجوب النفقة على الأب إذا لم يكن للمحضون مال، ونجد أن كل قول من الأقوال تؤدي إلى معنى واحد فلا يترجح أحدهما على الآخر[1].

**ثانيا: موقف القانون من نفقة المحضون**

**1- النفقة الواجبة على الأب إذا كان موسرا:**

تنص المادة 78 ق.أ.ج على أن: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[2].

في مفهوم هذه المادة نجد النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان في حياته وكل ما يزم بحسب العرف والعادة.

وفيما يخص نفقة المحضون قبل العديل لقانون الأسرة نجد أن المادة 72 منه تنص على أنَّ: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إن كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له مسكنا وإن تعذر فعليه أجرته"[3].

يلاحظ من هذه المادة أنَّ نفقة المحضون من ملبس ومأكل وعلاج ومسكن... الخ، تكون واجبة على المحضون كأصل عام إذا كان له مال، وإن لم يكن له مال قام واجب أبيه في أن يتفق عليه، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 75 ق.أ.ج[4].

فلابد أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله، كما يجب أن يكون الابن المستحق للنفقة فقيرا ولا مال له، أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل

(1) نافع حميد صالح، مرجع سابق، ص144.

(2) أمر 05-02، السالف الذكر.

(3) قانون 48-11، السالف الذكر.

(4) تنص المادة 75 ق.أ.ج على ما يلي: تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

البنت محل نفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على زوجها[1].

كما أنه إذا كان المحضون مال بحيث يكون هذا المال كافيا ومؤديا لكل ضروريات الحضانة من غذاء ولباس وعلاج... الخ، فهنا النفقة لا تكون واجبة على الأب وإنما واجبة من مال المحضون، ويبقى هذا حكم النفقة على الابن سواء في إطار زوجية قائمة أو في إطار حضانة مسندة بعد انحلال الرابطة الزوجية[2].

**2- النفقة الواجبة على الأم بحكم القانون:**

إذا كان الأب معسرا أو عاجزا على النفقة ولم يكن لأولاده مال، فإنّ القانون جعل نفقتهم على الأم، ولا تجب نفقة الأولاد على الأم إلا إذا كانت قادرة على الإنفاق عليهم، بمعنى وجود مال لديها يمكنها أن تواجه نفقة أولادها وهذا ما أكدت عليه نص المادة 76 ق.أ.ج[3].

من خلال المادة 76 ق.أ.ج نجد أنه لانتقال واجب النفقة من الأب إلى الأم لابد من تحقق شرطين:

1. أن يكون الأب عاجزا عن الكسب والأم ميسورة الحال، أي قادرة على النفقة على الأولاد فإذا كانت الأم موسرة والأب قادر على الكسب، فإن يسرها لا يمكن أن يكون حجة له لإسقاط النفقة أو التذرع بحجة عدم العمل أو الإعسار، ما دام قادرا على العمل وهذا لأن النفقة هي من حق المحضون.
2. أن يقوم الدليل على عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق، كأن يحضر الأب مثلا شهادة طبية تثبت أنه غير قادر على العمل بسبب عاهة، وأن يثبت أنّ الأم عاملة مثلا[4].

(1) باديس ديابي، مرجع سابق، ص84.

(2) سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 01، الجزائر، 2010، ص153.

(3) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص165.

(4)سهام كربال، مرجع سابق، ص55.

ونجد أن قضاء المحكمة العليا أكدوا على أنّ: "من المقرر أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي"[1].

### 3- نفقة الأولاد في ظل فقدان الأبوان أو عجزهما:

ماذا لو كان الأبواب غير موجودان؟ وحتى إن كان موجودان لكنهما عاجزين عن الكسب أو مريضين مرضا لا يمكنهما الكسب معه فعلى من تكون نفقة الأولاد؟

ومفهوم العجز عند الأب ليس الإعسار فقط، بل يشمل أيضا القدرة على الكسب وعدم السعي في ذلك إذ يكون الأب قادرا عن البحث عن العمل لكن يحجم[2].

إنّ المشرع الجزائري لم يحدد هذه المسألة تحديدا دقيقا في قانون الأسرة الجزائري، وبما أن المادة 222 ق.أ.ج تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية ومنه نجد قول الأحناف هو تكون نفقة الأولاد في مثل هذه الحالة على من يوجد من أصول هؤلاء الأولاد ذكرا كان أو أنثى، فإن لم يوجد إلا واحد كالأم أو الجد كانت النفقة واجبة عليه متى توافرت شروط وجوب النفقة عليه إذا كان موسرا، وإذا كان هناك تعدد في الموجودين كانت النفقة عليهم حسب ثبوت الإرث لهم جميعا أو ثبوته لبعضهم، فإذا كانوا جميعا وارثين كانت عليهم النفقة بنسبة ميراث لكل منهم[3]، هذا ما أكدت عليه المادة 77 ق.أ.ج[4].

فالقانون عندما نص على نفقة الأصل ونفقة الفرع لم يحدد الأصل ولا الفرع، والأصل هو الأب وإن علا والفرع هو الابن وإن نزل، فالأب والجد أصول والابن وابن الابن وإن نزل فروع. والأصول عند الإمام مالك هم الآباء والأمهات المباشرون وليس الأجداد ولا الجدات مطلقا سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأب أو من جهة الأم.

---

(1)المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 16-03-1999، ملف رقم 236148، مجلة قضائية 2001، ع خاص، ص203.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص538.

(3) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص166.

(4) تنص المادة 77 ق.أ.ج على أنه: "تجب نفقة الأصول على الفر وع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث"

أما الأحناف والشافعية والحنابلة فالأصول عندهم الأب والجد وإن علا والأم وأب الأم وأم الأم وإن علون[1].

مع الإشارة أن عدم تسديد النفقة يعتبر جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات الجزائري من نص المادة 331[2] منها بعقوبة لا تتجاوز 3 سنوات وغرامة لا تتجاوز 5000 دج.

**ثالثا: تقدير النفقة**

**1- تقدير النفقة من وجهة الفقهاء:**

اتفق الفقهاء على أن نفقة القريب من ولد وولد ولد مقدرة بقدر الكفاية من الخبز، المشرب، الكسوة، السكنى والرضاع إن كان رضيعا على قدر حال المنفق، لأنها وجبت للحاجة، فتقدر بقدر الحاجة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لهند: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[3].

**2- تقدير النفقة من وجهة المشرع الجزائري:**

إن تقدير النفقة المستحقة للأطفال هي من صلاحية القاضي، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا كما أنه ليس للأب أن يدفع المبلغ الذي يحدده هو بنفسه، ومع ذلك بإمكان الأب إن كان مقتدرا أن يمنح لأبناه أكثر من المبلغ المحدد قضاءا، ولكن ليس له أن يمنحهم أقل منه.

إن القاضي في تقديره للنفقة له أن يراعي حال الطرفين سواء من يستحق النفقة أو من تجب عليه[4].

(1) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص166.

(2) أمر رقم 66-156، السالف الذكر.

(3)عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 391.

(4) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص163.

فمن مبادئ المحكمة العليا أن تقرير النفقة المستحقة للمحضون، يقرر على أساس حال الزوجين يسرا أو عسرا وحال مستوى المعيشة، والقضاء بما يخالف هذا يعد مخالفا للقواعد الشرعية[1].

بالرجوع إلى نص المادة 79 ق.أ.ج فإنه على القاضي أن يراعي عند تقديره للنفقة الأمور السابقة فالغني والفقير غير متساويان في ظروف المعيشة فلا يحكم عليهما بنفس الحكم والذي يعيل عائلة كبيرة غير الذي لا يتكفل بأي شخص، والإطار ليس كالموظف أو العامل البسيط، لذلك كان واجبا على القاضي أن يراعي حال كل طرف على حدى ولا يعمم أحكامه على الكل مما يجعل مهمته صعبة، ولأن أحكامه ستختلف حسب اختلاف المستويات والظروف، وكذا حسب سن الأطفال وجنسهم وعددهم وحسب الوضعية الاجتماعية والاستطاعة المادية للملزم بالنفقة.

لكن هذه النفقة هل تكون في شكل مبلغ مالي أم يمكن أن تتجسد في المأكولات والملابس والأدوية؟

إن المشرع الجزائري لم يشر إلى إمكانية الخيار بين تكفل الأب بهذه الأمور شخصيا وبين دفعه لمبلغ مالي ليلبي به تلك الحاجيات، لكن يفهم من خلال النصوص القانونية التي أشارت إلى النفقة أنها تدفع نقدا، ذلك أن القاضي يصعب عليه تقدير كم الأكل والملبس التي في حاجة إليها وغيرها، كما أنه من الصعب عليه أن يقدر الأدوية اللازمة لهم، فالمنطق والعقل يقتضيان أن يحدد القاضي مبلغا يدخل ضمنه كل تلك الأمور.

كما هو معلوم أن النفقة هي حق للأطفال فعلى الحاضن أن يبادر بالمطالبة بها أمام القاضي[2].

طبقا لنص المادة 80 ق.أ.ج إن النفقة تستحق من تاريخ دفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءا على بنية لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، وهذا كقاعدة عامة التي يدخل

(1) نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر2000، ص318.

(2) سهام كربال، مرجع سابق، ص57.

عليها استثناء، مفاده أنّ إذا قدمت الحاضنة ببينة للقاضي فبإمكانه أن يحكم بالنفقة بأثر رجعي، ولكن لمدة لا تزيد عن سنة من تاريخ رفع الدعوى.

وإذا لم تبادر الحاضنة في طلب حقها في نفقة أبنائها ومضى على ذلك أكثر من سنة، ففي هذه الحالة يضيع حقهم في طلب النفقة[1].

وإذا قدر القاضي النفقة وقضي بها لا يكون له أن يعيد تقديرها لا بالزيادة ولا بالنقصان، إلا بمرور سنة من تاريخ الحكم السابق[2].

الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند تقديره للنفقة غير ثابتة بل هي تتغير بتغير مستوى المعيشة ومراجعة النفقة لا تكون تلقائية بل بناءا على طلب قضائي[3].

المستفيد من حكم النفقة له أن يلزم المحكوم عليه بالنفقة بالتنفيذ الحكم، وفي حالة ما إذا امتنع عن التنفيذ فالمشرع أعطى ضمانة لاستيفاء هذا الحق بنص م331 ق.ع.ج، التي تعاقب بجنحة عدم دفع النفقة بعقوبة تتراوح بين 06 أشهر إلى 03 سنوات حبس ومن 500 دج إلى 5000 دج غرامة نافذة[4].

**الفرع الثاني: أجرة الحضانة**

تعد الحضانة عملا متعبا وشاقا يتطلب إمكانيات وجهود مادية، معنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل، وإنشاء شباب ليكونوا رجال الغد. بالتالي فهل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة الحضانة؟

(1) سهام كربال ، مرجع سابق، ص58.

(2) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص163.

(3) نعيمة تبودوشت، مرجع سابق، ص323.

(4) أمر رقم 66-156، السالف الذكر.

**أولا: أجرة الحضانة بين الشرع والقانون**

أجر الحضانة هو ما يعطي للحضانة مقابل حضانتها للصغير وهو له شبه بالنفقة وشبه بالأجرة. فله شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير ويجب من مال الصغير إن كان له مال، أو في مال من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال، وله شبه بالأجرة لأنه يعطي للحاضنة نظير عمل تقوم به فهي تقوم بحفظه وتربيته[1].

**1- رأي الفقهاء في أجرة الحضانة:**

يرى الإمام مالك أنه ليس للحاضنة أجر ة على حضانتها سواءا كانت أما للطفل أُم لاَ، وبغض النظر عن حالتها المادية، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال أنفق عليها منه لفقرها وليس لحضانتها، وللمحضون على أبيه النفقة والكسوة، والحاضنة تقبضه منه وتنفقه على الولد[2].

أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجرة الحاضنة إن لم تكن الزوجية قائمة بينهما، وإذا ولم تكن معتدة من طلاق رجعي، ولا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن وتستحق حق النفقة من أب الطفل ذلك أن الأجرة حسبهم ليس عرضا خاصا، بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة ونفقة[3].

لا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفي على أن الصغير إذا كان محتاجا إلى خادم أنه يفرض على أبيه أجرة خادم، لأنه يكون من كفايته كالنفقة والكسوة.

وكذا لا تفرض للحاضنة أجرة مسكن إذا كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد، إذا لم يكن لها مسكن فإنه يجب على الأب أجرة المسكن[4].

(1) عمر وعيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 2، ط2، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005، ص194.

(2) عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص528.

(3) محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص94.

(4) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص238.

أما الشافعية قالوا أجرة الحضانة ثابتة للحاضن حتى الأم، وهي غير أجرة الرضاع، فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت ثم إذ كان للصغير مال كانت الأجرة في ماله، وإلى فعلى الأب، أو من تلزمه نفقته، ويقدر لها كفايتها بحسب حاله[1].

أما الحنابلة قالوا للحاضنة طلب أجرة الحضانة، والأم أحق بحضانته ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا، ولكن لا تجبر الأم على حضانة طفلها، وإذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة ألزمت بالعقد، وإن ذكر في عقد الرضاع لزمتها الحضانة تبعا، وإن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع، وإذا امتنعت الأم سقط حقها، وانتقل إلى غيرها، على الوجه المقدم[2].

**2- رأي القانون الجزائري في أجرة الحضانة:**

نص المشرع الجزائري على نفقة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه لم يتطرق إلى أجرة الحاضنة مما يتطلب منا الرجوع إلى نص المادة 222 ق.أ.ج، والتي تحلينا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني[3].

**ثانيا: التبرع بالحضانة**

إذا تبرعت الحاضنة التي ثبت لها حق الحضانة كانت أحق بحضانة الولد ولو وجدت متبرعة مثلها، وإذا امتنعت عن حضانته إلا بأجر ووجدت متبرعة بالحضانة فلا يخلو الأمر من أن تكون المتربعة أجنبية عن الولد أو لا وعلى كل حال فإما أن يكون الأب معسرا أو لا، وفي كل إما أن يكون للولد مال، أو لا.

فإن كانت المتبرعة أجنبية عن الولد بأن كانت من غير أهل الحضانة، أو كانت قرابتها غير محرمية كبنت العم فإنّ الحاضنة تكون أولى بحضانة الولد بأجر المثل من الأجنبية المتبرعة مطلقا.

(1) عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص528.

(2) أبو بكر إدريس حمد، الحضانة في الشريعة الإسلامية، دط، كلية الأداب، جامعة عمر مختار، دع، د ب ن، د س ن، ص09.

(3) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص192.

أما إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة، بأن كانت ذات رحم كالعمة ولم يكن للصغير مال، وكان أبوه موسرا فإنّ حاضنته تكون أولى بحضانته بأجر المثل من الأجنبية المتبرعة، لأن الولد إذا لم يكن له مال كان أجر الحضانة واجبا على أبيه[1].

أما إذا كان الأب موسرا أو معسرا وكان للمحضون مال، فيقال للحاضنة أُما أو غيرها إما أن تمسكيه مجانا أو تدفعيه للحاضنة المتبرعة صونا له، كذلك لو كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للولد مال وكان أبوه معسرا.

وفي جميع الأحوال يشترط في المتبرعة أن تكون موسرة، أن تكون قادرة على الإنفاق على الولد، وأن لا تمنع الأم عن رؤية ولدها وتعهده عندها وأن لا يوجد أحد ممن هو أولى منها في المرتبة متبرعا مثلها[2].

**الفرع الثالث: سكن المحضون**

من بين الاحتياجات المالية التي يتلقاها الطفل الصغير، هو السكن الذي يأويه ويحتمي تحت سقفه من حر الصيف وبرد الشتاء، لكي يجد الدفء والحنان الذي يحتاجه.

**أولا: موقف الفقهاء من سكن المحضون**

اختلف موقف الفقهاء حول أحقية وعدم أحقية المحضون في السكن لهذا لابد من التعرف على موقف كل منهم:

**1- عند المالكية:**

اتفق المالكية على أن السكن واجب على الأب فيما يخص المحضون، واختلفوا فيما يخص الحاضنة[3]، وورد في مذهب المدونة أنها واجبة فيما يخص الحاضنة، ومنهم من قال

(1) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص243.

(2) مرجع نفسه، ص244.

(3) نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دط، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص262.

أنها على المعسر، بمعنى أن الحاضنة إذا أيسرت دون الأب لم يكن على الأب سكنه، وإن أيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء[1].

وقيل أيضا إنّ الأب إذا كان في مسكن يملكه أو يستأجره ولو كان ولده معه لم تزد عليه في الأجرة، فلا شيء عليه لأنه ضرورة عن دفع الأجرة في سكناه، وإن كان يزداد عليه في الكراء أو عليها هي لأجل الولد[2].

أما بالنسبة للحاضنة ففريق قال بأن سكناه أيضا على من عليه نفقة المحضون، وفريق قال بل عليها هي سبب الاجتهاد فيما تتحمله ويتحمله المحضون أو على قدر الرؤوس[3].

**2- عند الحنفية:**

لفقهاء الحنفية خلاف في وجوب توفير مسكن الحضانة للصغير على من تلزمه النفقة، وقد أراد ابن عابدين أن يوفق بين القولين بالوجوب وعدمه، فرأى في رد المختار أنه إن كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها لم يلزم المسكن لعدم احتياج الطفل إليه[4].

وردت عبارته في رسالة "الإنابة" تنص على عدم اللزوم متى كان للحاضنة سكن دون تقييد بإمكان سكناها مع الولد فيه، وبتمحيص نصوص الفقه يتبين أن الأوجه فيه هو لزوم أجرة مسكن الحضانة، ولو كانت الحاضنة تملك مسكنا تسكنه فعلا هي والصغير، لأن المسكن من أنواع النفقة الواجبة للصغير[5].

(1) سهام كربال، مرجع سابق، ص60.

(2) مرجع نفسه، ص 60.

(3) مبروك المصري، الطلاق وأثره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دط، دار هومة، الجزائر، 2010، ص518.

(4) مبروك المصري، مرجع سابق، ص518.

(5) نبيل صقر، مرجع سابق، ص262.

**3- عند الشافعية والحنابلة:**

اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة على حق الصغير الفقير في أجرة السكن على أبيه إن كان موسرا، فكما تجب عليه أجرة الحضانة وأجرة الرضاع تجب عليه أجرة المسكن أو إعداده، إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير، وهذه الأجرة تجب في حين قيام الحاضنة بها وتكون دينا في ذمة الأب لا يسقط إلا بالأداء المقرر شرعا لأن أجرة المسكن من أجرة الصغير[1].

**ثانيا: موقف القانون من سكن المحضون**

حسم المشرع الجزائري في مسألة تخصيص سكن الحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وذلك بصيغة الوجوب، إذ جاء في المادة 72 ق.أ.ج المعدلة: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"[2].

وإن كانت المادة 72 ق.أ.ج قبل تعديلها تنص على السكن إذ جاء في نصها: "نفقة المحضون وسكناه من ماله وإلى فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته"[3].

إلا أن أسلوبها لم يكن صارما، الشيء الذي أدى بالقضاء يحيدون عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة، أو بدل إيجار مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به.

فإن المشرع بتعديله هذه المادة يكون قد راعى مصلحة المحضون والتي تتمثل في أن يكون له سكن[4].

(1) سهام كربال، مرجع سابق، ص61.

(2) أمر 05-02، السالف الذكر.

(3) قانون 84-11، السالف الذكر.

(4) نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص121.

غير أن المادة 72 ق.أ.ج المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية التي تنص: "... وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن"[1].

فالمشرع الجزائري لم يكن موفقا عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية، حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

1. إن المشرع حصر الحضانة في الأم المطلقة، إلا أن هذا غير صحيح فقد تكون الحاضنة أُما أو خالة أو أي حاضنة أخرى.
2. نعلم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها، فكيف يمكن لها أن تقيم في بيت صارت أجنبية فيه.

لذلك فإن المشرع الجزائري بصياغته لهذه المادة لم يكن موفقا لأنها تحمل الكثير من الغموض وعدم الدقة[2].

(1) أمر 05-02، السالف الذكر.

(2) باديس ديابي، مرجع سابق، ص89.

## خاتمة

إن المشرع الجزائري بتعديله لقانون الأسرة 84-11 بموجب الأمر 05-02 وفق في تنظيمه لموضوع الحضانة إلى حد ما، وذلك عندما جعل مصلحة المحضون فوق كل اعتبار حفاظا عليه من أي ضياع، وذلك بإقرار الحضانة للشخص المؤهل لذلك مقابل إسناد حق الزيارة للطرف الآخر محافظة على الروابط بين المحضون وبين الوالد الذي قررت له حق الزيارة.

كما نجد في تعديله لنص المادة 64 ق.أ.ج فقد أعطى الحق في حضانة الولد بعد الأم إلى الأب، باعتبار أن الولد المحضون ناتج عن زواجهما وأنه ابن مشترك فيما بينهما، فهو أحق به قبل غيره من أقارب الأم، لكن ما يعاب على المشرع الجزائري وبالرغم من تطبيقه لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون، فإنه منطقيا الحضانة لم تستند إلى الأب بل أسندت إلى زوجة الأب، باعتبار أن الأب عاجز وغير قادر على القيام بكل أمور ابنه لوحده وهذا ما يعتبر مخالفا للشريعة والفطرة.

وحسنا ما فعل المشرع بعدم اعتباره لعمل المرأة كسبب مسقط لحقها لحضانة ولدها الصغير، وهذا تماشيا مع الواقع المعاش ونظرا لمشاركة المرأة في سير العجلة الاقتصادية للبلاد ومع ارتفاع نسبة النساء العاملات.

وكذا بتعديله للمادة 72 ق.أ.ج والمتعلقة بسكن الحاضن وذلك للإعطاء ضمانات أكثر لحماية للمحضون ومراعاة مصلحته.

من أهم المكاسب التي حققتها المرأة المطلقة الحاضنة للأطفال استفادتها من صندوق خاص بالنفقة وتهدف هذه الخطوة الهامة في المنظومة التشريعية الجزائرية إلى وضع آلية قانونية لضمان حماية أكبر للأسرة والحفاظ على الأبناء من التشرد والضياع في ظل غياب عائل يعولهم ويصون كرامتهم.

ومن شأن هذا الصندوق أن يساهم في وضع حد للمشاكل الناجمة عن الطلاق عن طريق الاستفادة والحصول على النفقة الغذائية بصفة استعجاليه لتفادي ما يمكن أن ينجر عن عدم

الاستفادة من دفع النفقة وتشرد الأطفال، فليس كل مطلقة تستطيع أن تحصل على مال من هذه الهيئة بل هناك شروط محددة بان تكون زوجة مطلقة وطليقها ميت ولا تجد من ينفق على أبنائها، بالإضافة إلى انه هناك بعض الأزواج ليسوا قادرين على تأدية واجباتهم اتجاه أبنائهم، كأن يعاني البطالة أو الإعاقة أو المرض فتحل الدولة محل الزوج من خلال التدخل من اجل مصلحة المحضون.

وبالرغم من كل هذه التعديلات الطارئة في قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه نجد فراغ تشريعي لا يزال والذي يستوجب إعادة النظر فيه لإيجاد حلول أنجع مع التقيد بمصلحة المحضون قبل كل شيء.

نذكر بعض النقاط الواجب إعادة دراستها وصياغة نصوص قانونية مضبطة:

ضرورة تعديل نص المادة 2/62 ق.أ.ج والّنص على كل الشروط الواجب توافرها في الشخص الحاضن، وتحديدها تحديدا دقيقا لكي يسهل على القاضي المهمة التي أسندت إليه، ويكون المشرع الجزائري قد ساعده في اختيار الحل الأنسب والمتماشى مع مصلحة المحضون، واختصار الوقت وعدم تضييعه للبحث عن الشروط المؤهلة للحضانة.

إن تحديد تلك الشروط من شأنها أن تختصر الطريق لإيجاد حاضن مناسب للولد الصغير وحفاظا على مصلحته.

وفيما يتعلق بتقرير حق الزيارة المنصوص عليه في نص المادة 64 ق.أ.ج لأحد الأبوين، دون تقرير حق الزيارة للأجداد أو باقي أفراد العائلة فإن سلطة القاضي واسعة في تقرير ذلك من عدمه.

كذلك لم يحدد مكان وزمان الزيارة الذي تجرى فيه حضانة الولد الصغير، مما قد يتسبب في نزاعات بين الحاضن والمحضون له، وكذا زيادة من حدة الصراع بين الأبوين.

إختصاص الحاضنة لمسكن ممارسة الحضانة الذي تعد كنقطة ايجابية فيما يخص الطفل المحضون، ولكن أغفل المشرع بعض النقاط المهمة كعدم تحديده للمدة الواجبة على الأب أن يوفر فيها مسكن الحضانة، كما أنه لم يتناول المواصفات التي يجب أن يتوفر عليها سكن

الحضانة، وكذلك لم يحدد المكان الذي تمارس فيه الحضانة، ولا حتى المسافة التي يجب أن تفصل بين الشخص المؤهل للحضانة والشخص المؤهل للزيارة.

كما نجد أن المادة 72 ق.أ.ج و رغم تعديلها إلا أنها ناقصة، لأنها تطرح مشكل إقامة والدي الطفل المحضون في مكان واحد بعد طلاقهما، لأنهما أصبحا أجنبيان عن بعضهما البعض فوجب على المشرع أن يتدارك المشكل لأنه أمر غير مقبول شرعا.

وتبقى مصلحة المحضون قاعدة من أهم القواعد والمبادئ المكرسة قضاءا، فلا بد من أن يتقيد بها القاضي في كل قضية متعلقة بالحضانة، والتي وجب تعميمها على كل نصوص المواد المتعلقة بالحضانة.

و يمكن القول من أن المشرع الجزائري عدلً بعض الجوانب المتعلقة بأحكام الحضانة، ورغم ذلك مازالت هناك نقائص من الأحسن تداركها لحماية مصلحة المحضون.

**المصادر والمراجع:**

**أولا: المصادر**

القرآن الكريم.

كتب السنة النبوية الشريفة.

- سنن أبي داود، تصنيف أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، دون طبعة، بيت الأفكار الدولية، السعودية، دون سنة النشر.
- سنن الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه، (شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قربلي، أحمد برهوم)، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، دمشق، 1430هـ-2009م.

**ثانيا: المراجع**

**أ- كتب فقهية:**

1- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، طبعة جديدة، دار الفكر، لبنان، 1417هـ.

2- الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1406هـ-1986.

3- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء (الثالث والرابع)، دار النشر ومناهل العرفان، لبنان، دون سنة نشر.

4- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

**ب- الكتب القانونية:**

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات، دراسة مقارنة، بدون طبعة، كلية الحقوق، مصر، 2010.

2- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد، نفقة)، وفقا لأحداث التشريعات القانونية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

3- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

4- باديس دياربي، آثار فك الرابطة الزوجية، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2008.

5- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

6- حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

7- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

8- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2011.

9- سالم الشافعي - عبد المعادي جابر، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

10- سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دون طبعة، دار المنار لنشر، مصر، 1986.

11- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، لبنان، 1430هـ-2009.

12- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائري، 2009.

13- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزار، 2002.

14- ـــــــــــــ، إجراءات دعاوى شؤون الأسرة أمام قسم المحاكم الابتدائية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2013.

15- عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، دون طبعة، حقوق النشر محفوظة لمنشورات ثالة، الجزائر، 2007.

16- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
17- عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2010.
18- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1410هـ-1990.
19- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
20- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005.
21- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
22- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.
23- مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2010.
24- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، 1950.
25- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
26- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2006.
27- نصر فريد واصل، الولايات على النفس والمال، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 1422هـ2002.
28- نورة منصوري، التطليق والخلع وفق للقانون والشريعة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

29- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1405هـ-1985م.

**ثالثا: الرسائل والمذكرات**

**أ- الرسائل:**

1- عبد الفتاح تقية، الطلاق في أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006-2007.

**ب- المذكرات:**

1- زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2007-2008.

2- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام التشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006-2007.

3- عزيزة حسني، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2001.

4- نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقاسم، تلمسان، 2008-2009.

5- نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2000.

6- ـــ، حضانة الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع الآداب الإسلامية، جامعة الخرطوم، السودان، 2009.

7- سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013.

**رابعا: المقالات**

1- أبو بكر إدريس حمد، الحضانة في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، كلية الآداب، جامعة عمر مختار، دون عدد، دون بلد نشر، دون سنة نشر.
2- حسن بن خالد حسن السندي، عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال، مجلة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة فهد للبترول المعادن، العدد الرابع والأربعون، دون بلد نشر، 1429هـ.
3- محمد إبراهيم أبو حربيان، عناية الشريعة الإسلامية بالطفولة، مقارنة مع المواثيق والمبادئ الدولية والقانون والأردني، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الأميرة رحمة الجامعية، جامعة البلقاء التطبيقية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، الأردن، 2011.
4- محمد الحسن مصطفى البغا، وقت الحضانة ورؤية الطفل (الإراءة)، مجلة جامعة دمشق، كلية الشريعة، مجلة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، سوريا، 2002.
5- محمد الحسن مصطفى البغا، تزوج الأم بغير الأب والسفر بالمحضون، مجلة جامعة دمشق، كلية الشريعة، جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، سوريا، 2002.
6- نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، كلية القانون، جامعة الأنبار، بدون بلد النشر، 2008-2009.
7- وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة؟ مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، كلية التربية لإعداد المعلمات، الجزء الخامس عشر، العدد السابع والعشرون، السعودية، 1424هـ.

**خامسا: الاجتهادات القضائية**

1- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33991، مجلة قضائية عدد 04، سنة 1989.
2- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، مجلة قضائية عدد 04، سنة 1989.
3- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/04/16، ملف رقم 59784، مجلة قضائية ، عدد 04، سنة 1991.

4- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/04/30، ملف رقم 79891، مجلة قضائية ، عدد 01، سنة 1992.
5- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم 58220، مجلة قضائية، عدد 03، سنة 1993.
6- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/03/19، ملف رقم 5221، مجلة قضائية، دون عدد، سنة 1993.
7- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 153640، م ق ، عدد 01، سنة 1997.
8- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1996/05/21، ملف رقم 134957، مجلة قضائية ، عدد 02، سنة 1997.
9- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/04/08، ملف رقم 158842، مجلة قضائية ، دون عدد، سنة 1998.
10- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم 179471، مجلة قضائية ، عدد خاص، سنة 2001.
11- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 236148، مجلة قضائية ، عدد خاص، سنة 2001.
12- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 201336، مجلة قضائية ، عدد خاص، سنة 2001.
13- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51894، مجلة قضائية ، عدد خاص، سنة 2001.
14- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 39203، غير منشور.
15- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 75171، غير منشور.
16- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1995/10/24، ملف رقم 123889، غير منشور.

**سادسا: النصوص القانونية**

1- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ20 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري معدل ومتمم، جريدة رسمية 49، مؤرخة في 1966/06/11.

2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري الجريدة الرسمية 78 مؤرخة في 1975/09/30 معدلة ومتمة بقانون 05/07.

3- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة بتاريخ 28 يونيو 2005.

4- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21، المؤرخ بتاريخ 23 أبريل 2008.

| | |
|---|---|
| **شكر وتقدير** | |
| **إهداء** | |
| **قائمة أهم المختصرات** | |
| **مقدمة** | |
| **الفصل الأول: ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري** | 01 |
| **المبحث الأول مفهوم الحضانة** | 02 |
| المطلب الأول: تعريف ومشروعية الحضانة | 02 |
| الفرع الأول: تعريف الحضانة | 02 |
| أولا: التعريف اللغوي للحضانة | 03 |
| ثانيا: التعريف الفقهي للحضانة | 03 |
| ثالثا: التعريف القانوني للحضانة | 05 |
| الفرع الثاني: مشروعية الحضانة | 07 |
| أولا: أدلة وجوب الحضانة من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة | 07 |
| 1) من الكتاب | 07 |
| 2) من السنة النبوية الشريفة | 08 |
| ثانيا: أدلة وجوب الحضانة بالا جماع و المعقول | 11 |
| 1) من الإجماع | 11 |
| 2) من المنطق المعقول | 12 |
| المطلب الثاني : شروط ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري | 12 |
| الفرع الأول: الشروط الفقهية للحضانة | 12 |
| أولا: الشروط التي اشترطها كل مذهب من المذاهب الأربعة | 13 |
| 1) الشروط التي اشترطها الحنفية | 13 |
| 2) الشروط التي اشترطها الشافعية | 14 |

| | |
|---|---|
| 3) الشروط التي اشترطها الحنابلة | 14 |
| 4) الشروط التي اشترطها المالكية | 15 |
| ثانيا: الشروط المتفق والمختلف فيها بين الفقهاء | 15 |
| 1) الشروط المتفق عليها بين الفقهاء | 16 |
| 2) الشروط المختلف فيها بين الفقهاء | 17 |
| الفرع الثاني: الشروط القانونية للحضانة | 20 |
| أولا: شرط الأهلية طبقا لنص المادة 62 ق.أ.ج | 20 |
| ثانيا: شروط الحضانة غير الواردة في نص المادة 62 ق.أ.ج | 20 |
| **المبحث الثاني: أصحاب الحق لممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** | 23 |
| المطلب الأول: أصحاب الحق لممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي | 23 |
| الفرع الأول: مستحقي الحضانة حسب الفقهاء | 23 |
| الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة حسب المذاهب الفقهية | 24 |
| أولا: حسب المذهب الحنفي | 24 |
| ثانيا: حسب المذهب المالكي | 25 |
| ثالثا: حسب المذهب الشافعي | 25 |
| رابعا: حسب المذهب الحنبلي | 25 |
| خامسا: حسب الظاهرية | 26 |
| المطلب الثاني: أصحاب الحق وترتيبهم لممارسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري | 26 |
| الفرع الأول: أحقية الحضانة وترتيب أصحابها حسب قانون 84-11 | 26 |
| الفرع الثاني: أحقية الحضانة وترتيب أصحابها بموجب الأمر 05-02 | 29 |
| **الفصل الثاني: الضوابط الإجرائية والآثار المترتبة عن دعوى الحضانة** | 32 |
| **المبحث الأول: الضوابط الإجرائية لدعوى الحضانة** | 33 |
| المطلب الأول: الإجراءات القانونية لدعوى الحضانة | 33 |
| الفرع الأول: إجراءات رفع وسير دعوى الحضانة | 33 |

| | |
|---|---|
| أولا: إجراءات رفع دعوى الحضانة | 34 |
| 1) شروط رفع دعوى الحضانة | 34 |
| 2) الاختصاص النوعي والإقليمي لدعوى الحضانة | 36 |
| أ- الاختصاص النوعي لدعوى الحضانة | 36 |
| ب- الاختصاص الإقليمي لدعوى الحضانة | 37 |
| ثانيا: إجراءات سير دعوى الحضانة | 37 |
| 1) قيد وتبليغ الدعوى | 38 |
| 2) إجراء التحقيق | 38 |
| الفرع الثاني: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الحضانة | 39 |
| المطلب الثاني: الدعاوى المدنية للحضانة | 39 |
| الفرع الأول: دعاوى إسناد وتمديد الحضانة | 39 |
| أولا: دعوى إسناد الحضانة | 39 |
| ثانيا: دعوى تمديد الحضانة | 42 |
| الفرع الثاني: دعاوى إسقاط واسترداد الحضانة | 42 |
| أولا: دعوى إسقاط الحضانة | 42 |
| ثانيا: دعوى استرداد الحضانة | 46 |
| **المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن دعوى الحضانة** | 48 |
| المطلب الأول: التبعات المعنوية للحضانة | 48 |
| الفرع الأول: حق الولاية طبقا لنص المادة 87 ق.أ.ج | 49 |
| الفرع الثاني: حق زيارة المحضون | 49 |
| أولا: حق الزيارة حسب الفقهاء | 49 |
| ثانيا: حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري | 51 |
| 1) مكان الزيارة | 52 |
| 2) زمان الزيارة | 53 |
| المطلب الثاني: التبعات المالية للحضانة | 54 |
| الفرع الأول: نفقة المحضون | 54 |

| | |
|---|---|
| أولا: موقف الفقهاء من نفقه المحضون | 54 |
| ثانيا: موقف القانون من نفقة المحضون | 57 |
| 1) النفقة الواجبة على الأب إذا كان موسرا | 57 |
| 2) النفقة الواجبة على الأم بحكم القانون | 58 |
| 3) نفقة الأولاد في ظل فقدان الأبوين أو عجزهما | 59 |
| ثالثا: تقدير النفقة | 60 |
| 1) تقدير النفقة من وجهة الفقهاء | 60 |
| 2) تقدير النفقة من وجهة المشرع الجزائري | 60 |
| الفرع الثاني: أجرة الحضانة | 62 |
| أولا: أجرة الحضانة بين الشرع والقانون | 63 |
| 1) رأي القانون الجزائري في أجرة الحضانة | 63 |
| 2) رأي الفقهاء في أجرة الحضانة | 63 |
| ثانيا: التبرع بالحضانة | 64 |
| الفرع الثالث: سكن المحضون | 65 |
| أولا: موقف الفقهاء من سكن المحضون | 65 |
| 1) عند المالكية | 66 |
| 2) عند الحنفية | 66 |
| 3) عند الشافعية والحنابلة | 67 |
| ثانيا: موقف القانون من سكن المحضون | 67 |
| **خاتمة** | 69 |
| **قائمة المصادر والمراجع** | 72 |
| **الفهرس** | 79 |