جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

أحكام الحضانة بين الشريعة وقانون الاسرة الجزائري

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية ـ تخصص: شريعة وقانون

الطالب: منصف عمراني

المشرف: أ. محمد السعيد تركي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د/ عبد القادر حوبة	أستاذ محاضر أ	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	رئيسا
أ / محمد السعيد تركي	أستاذ مساعد متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
أ/ نور الدين مناني	أستاذ مساعد ب	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	عضوا

السنة الجامعية: 1436– 1437هـ/ 2015– 2016م

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء:

أهدي هذا العمل و ثمرة جهدي المتواضع الى

رحاب شفاعتك أيها الأمين على رسالة السماء يا رسول الله

الى

آل بيتك المطهرين سادة الفقهاء، و صاحبتك الأخيار النجباء

الى

والديَّ الكريمين حفظهما الله

الى

كل أفراد العائلة، من إخوة و أخوات و أقرباء، دون إستثناء

الى

كل طالب عالم، و أخص بالذكر، طلبة الدفعة بالماستر شريعة و قانون

الى

كل عمال و موظفي بلدية كوينين

الى

كل الأصدقاء و الرفقاء و الأحباب و كل من ساعدني ولو بالدعاء .

شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على معلم البشرية و هادي الإنسانية و على آله و صحبه و من تبعهم بإحسان الى يوم الدين.

إنطلاقا من العرفان بالجميل فإنه لا يسرني و يثلج صدري أن أتقدم بالشكر والإمتنان الى أستاذي و مشرفي

الأستاذ: محمد السعيد تركي، الذي مدني من منابع علمه بالكثير، و الذي ما توانى يوما عن مد يد المساعدة لي و في جميع الحالات.

كما أتقدم بجزيل الشكر الى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على ما تكبدوه من عناء في قراءة مذكرتي المتواضعة و حضورهم من أجل المشاركة في إثرائها و الشكر موصول لعمال مكتبة جامعة الوادي، و كذلك مكتبة جامعة قسنطينة.

و في النهاية يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر الى كل من مد لي يد العون في مسيرتي العلمية

ملخص الدراسة

ومما خلصت إليه من خلال دراستي لموضوع أحكام الحضانة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري ،أن الحضانة مسألة هامة في حياة الطفل الصغير ،فهي تتعلق بمصيره في الحياة ،حيث أنها تتمثل في رعايته بتوفيركل مايلزم له من ضروريات المعيشة والمحافظة عليه مما قد يصيبه ويؤذيه وتنشئته خلقيا وتربيته على دين أبيه.

والحضانة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، وقد نص عليها قانون الأسرة من خلال المواد القانونية الدالة على ذلك، وتعتبر الحضانة ذات طبيعة هجينة،فهي حق للحاضن من جهة وحق للمحضون من جهة أخرى، كما أن للحضانة شروط عامة وأخرى خاصة بالنساء وأخرى خاصة بالرجال.

وللحاضن والمحضون حقوق تتمثل في حق السكن وحق الزيارة وقد وضحت الشريعة وكذا قانون الأسرة الجزائري هاته الحقوق ورتبها ترتيبا دقيقا وفق ضوابط معينة، كما يتعددأصحاب الحق في الحضانة وبينت الشريعة الإسلامية ترتيبهم، مع إختلاف طفيف في ذلك مع قانون الأسرة، كما تسقط الحضانة بأسباب عديدة وللفقهاء والمشرع الجزائري أراء في ذلك، وإختلفت أراء الفقهاء حول عودة الحق في الحضانة، وللمشرع الجزائري رأيه في ذلك .

ونفقة المحضون واجبة على الأب، كما أن لها شروط يجب توافرها في المنفق والمنفق عليه، كما بينت الشريعة الإسلامية المكلف بها في حالة غياب الأب أو فقدانه، وكما أن الرضاع من حق الصغير فإنه من حق المرضعة أجرة على ذلك، ويعتبر الرضاع واجب على الأم في حالات معينة، وهناك حالات معينة لإستحقاق أجرة الرضاع، ويختلف تاريخ إستحقاقها على حسب المرضعة أما كانت أو غيرها ، كما أن المكلف بهاته الأجرة هو الأب وينتقل التكليف بالأجرة إلى الأم في حالة عجز الأب وفقره، كم أن أجرة الرضاع مقدرة ومحددة بمدة معينة،وأما قانون الأسرة لم يشر ولم يتكلم على أجرة الرضاع.

Abstract

Ar a resume and during my study ta the Hadhana between Charea sulyect and the Algerian Family low .theat Hadhana arery important task in the very young ihild life .it has a relation with his destiny life wherever it getting up all the child need and protect him from anything that can hurt him and upbringing ethic .educating at his father‹s religion.

The Hadhana is admits by kitab .samaa and Idjmaa and Family low mention it during the low materials that mention .The Hadhana can be natural ambeguity .It‹s in another hand .whe e there are general conditions for women and specific conditions for wen .Thereare some rights .for El Hadhana and Mahdhoun like .residenee visit righjts .The Charea has cleared it and the Algerian Family low .these rights and ordered by Hadhana right and Islamic Charea ordered it .with smal difference in it with Family low The Hadhana can fall with some reasons from Fokaha .the Algerian Mochare has a point of view around the return back of Hadhana right and the Algerian Mouchare has porit of view in it The Nafaka of Mahdhoun is obligatory for the father .It has some conditions that sbould affluence on Monfik and Monfik on him .The Charea announces EL Moukalef on it in the ahsence or the death of the father .The nursing is aright for the baby and the Mordea has a salary right And the nursing is an obligation for the mother in one special way .There are some ways for Mordea salary .a mother or another one .The father is the respensible for the salary and the mother also the obligation if the father is poor or ill. The nursing salary is limited for a speeific duration.but the family low not and not talked on the nursing salary.

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ط: الطبعة.

ج: الجزء.

دط: دون طبعة.

دت: دون تاريخ.

ص: صفحة.

ق أ: قانون الأسرة، الجزائر.

ق ح : قسم الأحوال الشخصية.

م أ: المجلس الأعلى، الجزائر.

م ع: المحكمة العليا، الجزائر.

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر .

غ م: الغرفة المدنية، الجزائر .

م ق: المجلة القضائية، الجزائر .

ن ق: النشرة القضائية، الجزائر .

م ح ع: مجلة المحكمة العليا الجزائر .

م: ميلادي .

هـــ: هجري .

لا م : لا مكان نشر .

ت : توفي .

مقدمـــــــة

مـــقـــدمـــة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا وحبيبنا ونبينا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى اتسليم وبعد:

تتعدد وتتنوع حقوق الأطفال، وهي كثيرة منها حق ثبوت النسب، وحق الرضاعة، وحق النفقة، وحق الكفالة، وحق الحضانة الذي يعتبر من المسائل المهمة في حياة الطفل، وهو أثر ناتج عن فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو وفاة أحدهما، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهم الحق في تربيته شرعا، فولاية الحضانة تثبت على الطفل للحفاظ عليه من الخطر والمهالك حتى يضمن سلامته، كما ينبغي تربيته تربية صحية سليمة لما لها من أثر بالغ في حياة الطفل، لأنه ينتقل بها إلى حياة حرة مستقلة يعتمد فيها بعد تجاوز حالة الحضانة على نفسه ليكون فرداً صالحا في بناء المجتمع.

وتتعدد حاجيات المحضون في مرحلة الطفولة من ملبس و منام وغذاء وكسوة، وسكن، وعلاج وتربية حيث يحتاج المحضون في هاته المرحلة إلى من يلبي حاجياته ويرعاه، وبما أن الوالدين هما الأقرب للمحضون، فقد فوض الشارع رعاية مصالحه إليهما، ولما كانت الأم أقدر وأصبر على تربية الطفل في المرحلة الأولى من حياته،

وهذا لعطفها وحنانها ورقة قلبها على الكفل، وبذلك فوض إليها أمر حضانته وتربيته، وجعل للأب ولاية التصرف بنفسه وماله، لأنه أصلح لهذه الولاية وأقدر.

ونظر لأهمية الحضانة في قانون الأحوال الشخصية وما أولتها الشريعة الإسلامية من أهمية لتحقيق الهدف المنشود المتمثل في حماية وصيانة ورعاية الطفل.

ونظرا لتعدد الأحكام المتعلقة بالحضانة ومواقف الفقهاء والمشرع المختلفة فيها، لذا كان من الواجب البحث في موضوع (أحكام الحضانة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري)، محاولاً الإلمام بكل ماجاء في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة .

أولاً: أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع وهذا عند مقارنة أحكام الحضانة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري تحديدا، فتعتبر من أهم قضايا الأسرة، فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم ، وأهم شيء في الموضوع كله وهو مصلحة المحضون، الذي يحتاج إلى من يرعاه ويحافظ عليه

ويربيه" ويحميه، ويقف إلى جنبه حتى يشتد عوده، هذه الرعاية تتوفر بوجود الوالدين، إلا أن عدم إجتماع الوالدين مع الطفل المحضون لسبب أو لآخر خاصة عند إنحلال الرابطة الزوجية تثار مشكلة الحضانة ومن الأجدر حماية المحضون ورعايته، هنا لابد أن نحتكم؟ للنصوص الشرعية منها والقانونية التي تنظم شؤون الأسرة. ونظرا لأهمية الموضوع و من أجل حماية الطفل ورعايته والحفاظ على مصلحته وحماية لحقه في الحضانة، قام المشرع الجزائري مسايرة للتشريع الإسلامي بتبيين نصوص قانونية تعالج هذا الإشكال لما لها من الأهمية بمكان، لذا فقد أردت أن أسلط الضوء على أحكام الحضانة مراعاة لمصلحة الصغير وهذا من خلال الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون، وهنا تبرز أهمية الموضوع والمتمثلة في الآتي:

- إهتمام الشريعة الإسلامية، وكذا قانون الأسرة الجزائري بموضوع الدراسة، كونهما يهدفان إلى إعطاء كل ما يتعلق بالحضانة من أحكام العناية اللازمة.
- المحافظة على حقوق الطفل المحضون، والقيام بها على أكمل وجه.
- مسايرة التشريع الجزائري للفقه الإسلامي الشرعي، والتي تعنى برعاية الطفل وحمايته.
- كثرة المشاكل الأسرية في هدا العصر وخاصة حالات الطلاق وماينجم عنها من آثار سلبية على الأطفال وبالتالي تثار إشكالية الحضانة ومن هو الأجدر برعاية المحضون وكفالته.
- مدى مسايرة التشريع الجزائري في موضوع الدراسة مع الفقه الإسلامي ومبادئ حقوق الإنسان والإتفاقيات الدولية، لاسيما في مجال حقوق الطفل، وحضانة الطفل تعد من أهم هاته المواضيع .

ثانيا:إشكاليات الموضوع:

- الإشكالية الرئيسية:

كيف نظم المشرع الجزائري أحكام الحضانة؟ وهل وافق الشريعة الإسلامية في ذلك أم لا؟

.الإشكاليات الفرعية(الفرضيات):

.1 ما مفهوم الحضانة من وجهة نظر الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟.

.2 فيما تتمثل أركان وشروط الحضانة من وجهة نظر الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟.

.3 كيف رتب فقهاء الشريعة الإسلامية أصحاب الحق في الحضانة مقارنة بالمشرع الجزائري؟.

.4 ماهي الأسباب القانونية والشرعية التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة؟.

.5 ماهي حدود سلطة القاضي في إنفاذ الحق في الحضانة؟.

.6 ماهي مدة حضانة الصغير من وجهة نظر الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

.7 ماهي حقوق الحاضن و المحضون له من وجهة نظر الشريعة وقانون الأسرة الجزائري؟.

ثالثا :أسباب إختيار الموضوع :

أ –الأسباب الذاتية:

- الميل الذاتي والشخصي لدراسة أحكام الحضانة وهذا من وجهة نظر الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري.
- توضيح إشكال ذهب ضحيته الكثير من الأطفال الصغار.
- معرفة الفروق التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري.
- التعرف على أسباب القصور والنقص الذي يعتري قانون الأسرة الجزائري من خلال مقارنته بالشريعة الإسلامية، وبالتالي إمكانية إيجاد نصوص أكثر تفصيلا وتوضيحا يسد كل الثغور ويملئ الفراغات حتى تعم الفائدة على الجميع.

ب.الأسباب الموضوعية:

.1 قلة الدراسات القانونية التي تناولت موضوع أحكام الحضانة والتي تعنى بالطفل ومصلحته وأخذها بعين الإعتبار. .

. 2 إبراز دور القاضي وسلطته التقديرية التي تصب في مصلحة المحضون وهذا من خلال قانون الأسرة الجزائري بخلفية شرعية.

.3 الوقوف على مدى مسايرة قانون الأسرة الجزائري وخاصة في مواضيع الأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية.

رابعا:أهداف الدراسة:

.1 بيان مفهوم الحضانة وإبراز أهميتها في حياة الطفل.

.2 التطرق للنصوص القانونية الجزائرية وأهم القرارات القضائية التي عالجت موضوع الحضانة.

.3 التعرف على أحكام الحضانة وكيف أبرزت مكانة المحضون، وهذا من خلال الدعاوى التي تثبت هذا الحق أو تنهيه.

.4 لفت إنتباه الجهات المختصة وكل المهتمين بمثل هاته المواضيع الحساسة وبيان أهمية الحضانة بالنسبة للطفل ودورها البارز في تكوينه النفسي والعقلي والجسمي.

.5 المساهمة في إثراء المكتبة التي هي بحاجة إلى مثل هاته البحوث والدراسات الأكاديمية لإحاطة القارئ بحدود أحكام الحضانة وهذا من وجهة نظر الفقة الشرعي وقانون الأسرة الجزائري.

.6 تبيان كيفية معالجة الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري لموضوع الدراسة.

خامسا: الدراسات السابقة:

-كتاب للدكتور أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، ط1، سنة 2014.

والتي كانت فيه دراسة أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بشكل مختصر مع عدم وجود الدراسة المقارنة مع التشريعات الأخرى والشريعة الإسلامية.

-كتاب الأستاذة هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والإتفاقيات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، سنة2013 ، حيث كانت هذه الدراسة قريبة من دراستي في شقها القانوني إلا أنها كانت بعيدة عن الشق الشرعي والقانون الذي تطرق لأحكام الحضانة لم يكن قانون الأسرة الجزائري بل كان قانون الأحوال الشخصية العراقي.

-كتاب الأستاذ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة.2012 والذي تعرض لموضوع دراستي في شق الحضانة التي كانت مقتضبة ومختصرة والمتعلقة بدراسة قانونية"قانون الأسرة الجزائري"دون التعرض للمقارنة مع الشريعة الإسلامية.

-كتاب للشيخ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، سنة1985، والذي تطرق لموضوع الدراسة في شكل عابر بخلفية شرعية بحتة دون التعرض إلى الدراسات القانونية.

سادساً : صعوبات البحث :

• ندرة المراجع المتخصصة التي عالجت أحد جزيئات البحث، سقوط الحضانة، حتى داخل الوطن، لأن أغلبية المؤلفين قد تطرقوا لسقوط الحضانة، في أوراق محدودة جدا ولم يفصلوا فيها.

• موضوع الدراسة، أحكام الحضانة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، موضوع واسع جدا، يصعب معه الإلمام بجميع الأحكام كدراسة مقارنة في صفحات محدودة.

سابعاً :المنهجية المتبعة

• اتبعت خلال دراستي لهذا الموضوع عدة مناهج تمثلت في:

• **أولاً:المنهج المقارن**: وهذا نظراً لطبيعة الدراسة التي تتطلب إجراء مقارنة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري .

• **ثانيا:المنهج التحليلي**: تم الإعتماد على هذا المنهج وذلك من خلال تحليل نصوص القانون والأحكام والقرارات القضائية وآراء الفقهاء بشأن موضوع حضانة الطفل وذلك لمعرفة أهم الاحكام المتعلقة بها، من أجل صياغة الحلول والمعالجات المناسبة للمشاكل الناجمة عن حضانة الطفل في كل من الفقه الشرعي الإسلامي وقانون **الأسرة الجزائري.**

ثالثا:المنهج الوصفي: وقد إستعملت هذا المنهج، والذي يتناسب مع جل الدراسات القانونية والشرعية وهذا من خلال وصف الظاهرة الإجتماعية الخاصة بالحضانة، لتوضيح بعض المفاهيم والتعاريف المتعلقة بالموضوع محل الدراسة.

ولأجل دراسة هذا الموضوع قمت باتباع الخطة التالية:

قسمت موضوع بحثي إلى فصلين، فكان الفصل بعنوان ماهية الحضانة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري وتناولت فيه مبحثين، فكان المبحث الأول بعنوان مفهوم الحضانة حيث عرفت فيه الحضانة من الناحية اللغوية والشرعية والقانونية ثم وضحت دليل مشروعيتها وذلك بتقديم الأدلة على ذلك من خلال السنة النبوية المطهرة وكان ذلك في المطلب الأول ثم تناولت في المطلب الثاني طبيعة الحضانة وشروط ممارستها، حيث

بينت في الفرع الأول طبيعة الحضانة ثم تطرقت في الفرع الثاني إلى شروط ممارستها، وكان المبحث الثاني بعنوان حقوق الحاضن والمحضون وأصحاب الحق في الحضانة، حيث أوضحت الحقوق التي تجب للمحضون ومنها حق السكن وحق الزيارة وكان هذا في المطلب الأول ثم بينت في المطلب الثاني الأشخاص الذين يحق لهم حضانة الصغير عند إنعدام أحد الأبوين أو سقوط الحضانة عن أحدهما لسبب من الأسباب المسقطة للحضانة . وكان الفصل الثاني بعنوان مقومات الحق في الحضانة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائرية وقسمته إلى مبحثين فكان المبحث الأول بعنوان سقوط الحق في الحضانة وعودتها، حيث بينت فيه أسباب سقوط الحق في الحضانة وكان هذا في المطلب الأول، ثم بينت الحالات التي يعود فيها هذا الحق لصاحبه وكان هذا في المطلب الثاني، ثم تطرقت في المبحث الثاني إلى نفقة المحضون وأجرة الرضاعة، حيث بينت في المطلب الأول مفهوم النفقة وشروطها وتاريخ استحقاقها وكل الترتيبات التي تتعلق بها وكان هذا في المطلب الأول، ثم تطرقت في المطلب الثاني إلى أجرة الرضاعة، حيث أن هذا يعتبر حق من حقوق المحضون وهو واجب على الأم في القيام به، وبينت الحالات التي يكون فيها ذلك الأمر واجباً والحالات التي لا يكون فيها واجباً عليها ومتى يكون للأم أجرةً جراء إرضاع إبنها، ثم بينت الحالات التي يجب فيها إستئجار المرضعة وهذا في حالة عجز الأم، وبينت المكلف بوجوب أجرة الرضاعة ومقدارها ومدتها .

الفصل الأول:

ماهية الحضانة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

المطلب الأول: تعريف الحضانة ودليل مشروعيته

المطلب الثاني: طبيعة الحضانة وشروط ممارستها

المبحث الثاني: حق الحاضن والمحضون له وأصحاب الحق في الحضانة

المطلب الأول: حق الحاضن والمحضون له

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

تمهيد:

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية وسار على نهجها قانون الأسرة الجزائري، وذلك للاهتمام بالطفل ورعايته مادياً ومعنوياً، وما قد ينتج عنها من نزاع في مسألة حضانة الصغار .

وتعرف الحضانة على أنها القيام بشؤون الطفل وكفالته بغرض توفير الحماية له من الانحراف، و وضعه تحت أياد أمينة مؤهلة لذلك، حتى يكون فرداً صالحاً في المجتمع.

وقد نظمت الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري أحكام الحضانة لتحديد مفهومها ومن له الحق فيها، وتبيين شروطها ومراتب الحاضنين بحسب القرابة، كما بينت طبيعتها وحددت حقوق المحضون كحق الزيارة وحق السكن .

وسأقتصر الدراسة في هذا الفصل على :

المبحث الأول : مفهوم الحضانة .

المبحث الثاني : حق الحاضن والمحضون له وأصحاب الحق في الحضانة .

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

تبدأ مرحلة الحضانة أو الطفولة المبكرة كما يسميها البعض، من سن الرضاعة حتى إلى السنوات الأولى من عمر الطفل، الذي يتسم بنمو سريع في هذه المرحلة ومحاولته للحركة، وميله إلى التعرف على البيئة المحيطة به، ولأجل بيان تعريف شرعي وقانوني لهذه المرحلة، ومعرفة طبيعتها الشرعية والقانونية، وهذا ما سوف أتعرض إليه من خلال الآتي:

المطلب الأول: تعريف الحضانة ودليل مشروعيتها

من خلال هذا المطلب، سوف أوضح مصطلح الحضانة من خلال تعريفه في اللغة، مرورا بتعريفها عند فقهاء الإسلام، من حنفية ومالكية وغيرهم، وفي الأخير سوف أعرف الحضانة حسب ما جاء به المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لنخلص إلى أهداف الحضانة، من خلال هذه التعريفات الفقهية والقانونية، كما سنتعرف على مشروعية الحضانة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف الحضانة .

أولا: تعريف الحضانة لغة .

الحضانة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحُضْن وهو الجَنْبُ، فَالحَاضِنَةُ ترد إليه المحضون، وتنتهي في الصغر بالتمييز، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك، كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وحَضَنَ الطائر بيضه؛ أي ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، والحاضن والحاضنة هم الموكلان بالصبي، يحفظانه ويربيانه[1]

والحَاضِنُ اسم فاعل، والحَاضِنَةُ الموكلة بالصبي تحفظه وتربيه، وحَاضِنَةُ الصبي التي تقوم عليه في تربيته، والحَضَانَة: مصدر الحاضن والحاضنة، وهي التربية[2] .

[1]- ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج 13، دار صادر، بيروت، لبنان، 2003، ص 122، 123.

[2]-أبو الحبيب سعدي، القاموس ا لفقهي لغة واصطلاحا، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1988، ص23.ا

والحَاضِنَةُ في الأصل مصدر للفعل حَضَنَ، أي ضم، وهو يدل على الاحتضان والحفظ والرعاية، فقال حضنت المرأة ولدها حضانة، إذا ضمته إليها، فإن المعنى اللغوي للحضانة أنها (تربية الولد)[1]، ومنه يعلم أن حَاضِنَةُ الصبي، هي القائمة على أمر تربيته .

فالحضانة هي تربية الطفل، والتي تختلف عن الرضاع، الذي هو إطعام الطفل وتغذيته، وتعني أيضا الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه[2] .

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا

1-تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي :

اختلف الفقهاء في تعريف الحضانة كما يلي :

أ- عرفها الحنفية : بعدة تعريفات نذكر منها :

1-عرفها الكاساني بقوله: "حضانة الأم ولدها، ووضعها إياه إلى جنبها واعتزالها، إياه عن أبيه، ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه"[3].

2-وعرفها ابن عابدين بأنها: "تربية الأم أو غيرها، ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة، قبل الفرقة أو بعدها".[4]

3- وعرفها السرخسي بأنها: "للجارية، وإن استغنت عن التربية، فقد احتاجت إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب، والأم على ذلك أقدر"[5] .

ب- عرفها المالكية بعدة تعريفات نذكر منها:

1-عرفها الدسوقي بأنها: "حفظ الولد، والقيام بمصالحه"[6].

---

[1]- الفيروز أبادي، الشيخ محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج4، ط3، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، 1980، ص215.

[2]- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المغربي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ت، ص66.

[3]- الكساني، أبو بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دار الحديث، القاهرة، مصر، د ت، ص40.

[4]- ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج3، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، د ت، ص 555.

[5]- السرخسي، شمس الأمة، المبسوط، ج5، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د ت، ص 107.

[6]- الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، د. ت، ص 526.

2- عرفها الرهوني بأنها: "وجوب كفالة الأطفال الصغار، لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه، حتى يقوم بنفسه"[1]

ب- **عرفها الشافعية:** بعدة تعريفات نذكر منها:

1- عرفها الرملي بأنها : "حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه ودفع ما يضره"[2].

2- وعرفها الشربيني بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه، بتعهده بطعامه، وشرابه ونحو ذلك"[3] .

ج- **عرفها الحنابلة :** بعدة تعريفات نذكر منها:

-1عرفها البهوتي بأنها :" حفظ الصغير ونحوه، كمجنون ومعتوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه"[4] .

-2عرفها ابن قدامة بأنها : "كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك"[5]

وبالنظر لهذه التعريفات:

نجدها مختلفة في اللفظ، متقاربة في المعنى، ولكنها ترتكز على بيان وتوضيح حقيقة الحضانة، وهي تربية الطفل أيا كان ذكرا أو أنثى، من الأبوين أو غيرهما، فيشمل اللقيط والمنبوذ ومن في حكمه، ويدخل في الحضانة حتى الكبير، إذا كان مجنون أو معتوه ونحو ذلك.

والحضانة أيضا، تتمثل في رعاية المحضون، والقيام بما يلزمُ من مؤونة المعيشة وكفالته بشتى وسائل التربية بما يصلحه، وحمايته مما يؤذيه.

---

[1]-الرهوني، حاشية الرهوني على شرح مختصر خليل، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1978، ص249.

[2]-الرملي ، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، د.ت، ص 241.

[3]-الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط3، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، 1946-، ص452

[4]-الباهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت، ص496.

[5]-ابن قدامة، موفق الدين، المغني، ج8، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص297.

وكل هذا يتم للطفل، في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء، في مراحله الأولى، ثم تنتقل إلى الرجال في سن معينة.

ولكن معظم هذه التعريفات، أغفلت ذكر أطراف الحضانة، وبعضهم لم يذكر الغرض منها، أو سببها أو مدتها .

فتعريفات الأحناف، أكدت بأن الحضانة تجب على الصغير أو الصغيرة، مع أنها تثبت لغير الصغير مثل المجنون والمعتوه والمريض العاجز، كما أنها لا تمنع من دخول الكفالة في التعريف.

أما تعريفات المالكية، فقد أغفلت ذكر الحاضن أو الحاضنة، ومدة الحضانة وحكمها وسببها، وقصروا الحضانة على الصغير أو الصغيرة .

أما الشافعية والحنابلة فقد أغفلوا في تعريفاتهم كذلك ذكر الحاضن أو الحاضنة، وسبب الحضانة وحكمها ومدتها.

والتعريف المختار للحضانة، هو ما قال به الأستاذ :محمد علوي ناصر، بقوله: الحضانة هي :"المحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه، وهي أيضا: تربية الطفل والإشراف عليه في مدة معينة، وهي ولاية نظر يراعى فيها الأصلح، والغرض منها حفظ المحضون وإلا فلا يحكم بها"[1] .

هذا التعريف كان جامعا حيث ذكر فيه أسباب الحضانة، لاحتياج الصغير ونحوه إلى من يقف بجنبه ويحميه، وذكر فيها مصدرها الممثل في الشرع باعتبارها ولاية، وكذا بَيَّن الهدف من الحضانة، والمتمثلة في رعاية المحضون في مأكله ومشربه وملبسه وتربيته ونحو ذلك، بالإضافة إلى احتوائه على من هو انسب لهذه المهمة، وكذا ذكر المدة التي تلزم لتربية الطفل وحمايته، وكذا ذكر أطراف الحضانة؛ وهم المحضون والحاضنة أو الحاضن .

[1]–ناصر محمد عليوي، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص24.

2- تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

عرفت المادة 62، من قانون الأسرة الجزائري الحضانة، بأنها: "الحضانة هي رعاية الولد، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقا"، مما يلاحظ من خلال هذه المادة، أن المشرع الجزائري ذهب إلى توضيح أهداف الحضانة، وعرفها من الجانب الروحي والعقائدي للطفل، ومحاولة تقوية الجانب العقلي على الجانب الجسدي، وأراد أن يلفت الحاضن إلى رعايته تجاه المحضون وأهله، إذ يحتاج إلى ذي أهلية، إذ حدد المشرع من خلال هذه المادة، المبينة لنطاق الحضانة ووظائفها، التي لا تتم إلا بها بوضعها الجوانب الأساسية، لتهيئة شخص المحضون.

وعرفها فضيل سعد بأنها: "رعاية الطفل، الذي لم يبلغ أشده[1]"، وحمل هذا التعريف المعاني التالية:

- حماية الطفل مما يهلكه.
- بلوغ الطفل أشده.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد[2]، أن التعريف الوارد في المادة 62، يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين، حيث أن التعريف جمع في عمومياته، كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية، والخُلقية والتربوية والمادية.

ومما تقدم، فإن أهداف الحضانة، [3] تظهر فيما يلي:

أولا: تعليم الولد :

ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس، ومادام التعليم إجباريًا ومجانيا فالطفل الحق في أن ينال قدراً من التعليم، حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العلقية، واستعداده الفطري والنفسي.

1- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري- الزواج والطلاق- ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص370.

2 - سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989، ص293.

3-عزيزة حسين، الحضانة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011، ص28، 29.

ثانيا: تربية الولد على دين أبيه: يجب أن يربى الولد، على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للام غير المسلمة، ولا ينكره عليها أبداً، فهي كالمسلمة، على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل.

ثالثا: السهر على حماية المحضون: إذا كانت الحضانة رعاية وحماية، فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب، أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب، وأن يؤدب كلما استدعت الحاجة، ثم إن الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه .

رابعا: حماية الطفل من الناحية الخُلُقية : ويكون ذلك بتنشئته على حسن الخُلق، وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحاً سوياً، وأن لا يترك عرضة للشارع ورفقاء السوء.

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

الفرع الثاني: دليل مشروعية الحضانة:

أولا: من القرآن الكريم:

قوله تعالى :"**وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَه رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَّتُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ** [1] ". المعنى أي: لا تكلف المرأة الصبر على التقتير في الأجرة، ولا يكلف الزوج ما هو إسراف، بل يراعى القصد وهذه الآية دليل على أن الحضانة للأم فهي في الغلام إلى البلوغ، وفي الجارية إلى النكاح، وذلك حق لها وبه[2].

---

[1] البقرة جزء من الآية 233.

[2] – أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1416ه–1994م، ص214.

– قال تعالى: " وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلاً كَرِيماً * وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً "[1]

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الوالد للصغير، وهذه التربية هي حضانته و القيام بشؤونه.

وقد جاء في البدائع : فالحضانة تكون للنساء في وقت، وتكون للرجال في وقت، والأصل فيها أنها النساء؛لأنهن أشفق، وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال؛ لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر[2]

ثانيا: من السنة:

1:– فعن عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ، عنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللهُ عَنْهُما، أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَه حُوِاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ عَنِّي . قَالَ لَهَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم: (أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي)[3]،

وجه الدلالة: فالحديث يدل دلالة واضحة على مشروعية الحضانة، وأن الأم أحق بحضانة طفلها من أبيه ما لم تتزوج.

2– وبما ورد من حديث البراء بن عازب: أن ابنة حمزة بن عبد المطلب اختصم فيها علي و جعفر وزيد، فقال علي : أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر :ابنة عمي

[1] –الإسراء الآية :22–24.

[2] –الكاساني أبو بكر مسعود، مصدر السابق ، ص41.

[3] أخرجه أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، ج 2، ط 2، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1422 ه، 2002 م، كتاب الطلاق، حديث رقم : 2830، حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ص 225.

وخالتها تحتي، وقال زيد :ابنة أخي، فقضى بها رسول الله صلى الله علي وسلم لخالتها وقالت: (الخالة بمنزلة الأم)[1].

وجه الدلالة: قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بحضانة الصغار لأقارب المحضون الأشد قرابة منه.

3- وبما ورد في السنن: أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى اله عليه وسلم فقالت: (يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :(إستهما عليه) فقال زوجها : من يحاقني في ولدي ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للغلام :هذا أبوك وهذه أمك، وخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به.[2]

ثــالثا: من الإجماع

إنه لا خلاف في إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأنه من فروض الكفاية، إذا قام به قائم سقط عن الناس، ولا يتعين ذلك على أحد سوى الأب وحده، ويتعين على الأم في حولي الرضاعة... وتجبر على إرضاعه إن لم يكن له أب، ولا مال تستأجر منه، أو كان لا يقبل ثدي سواها.[3]

قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم، على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به ما لم تنكح، ولا يُعْلَمُ خلاف بين السلف من العلماء في المرأة

---

[1] – أخرجه أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر بن ناصر، ج 3، ط 1، دار طوق نجاة، لا م، 1422، كتاب الصلح، باب كيف يكتب هذا، ما صالح فلان بن فلان وفلان بن فلان وإلا لم ينسبه الى قبيلته أو نسبه، رقم :2699، ص 184 .

[2] أخرجه أبي الرحمان أحمد بن شعيب بن علي النسائي، سنن النسائي، حكم على أحاديثه وعلق عليه : محمد ناصر الدين الألباني، ط 1، مكتبة المعارف، الرياض، د ت، كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، الحديث رقم : 3496، حديث صحيح.

[3] ــ عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1430هــ ــ 2009م، ص 288.

المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه، ما دام طفلاً صغيراً لا يميز شيئا، إذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج.[1]

ــ ولقد أجمع المسلمون في كافة العصور على مشروعية الحضانة.

من المعقول: إن الصغير في حاجة لمن يقوم عليه، ويربيه، فالحضانة حق الصغير؛ لاحتياجه إلى من يمسكه، فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته، وتارة إلى من يقوم بما له حتى لا يلحقه الضرر، وجعل كل واحد منهما إلى من هو أقوم به وأبصر، فالولاية في المال جعلت إلى الأب والجد؛ لأنهم أبصر وأقوم في التجارة من النساء، وحق الحضانة جعل إلى النساء؛ لأنّهن أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن؛ وملازمتهن للبيوت.[2]

وفي وجوب رعاية الأبناء على الآباء يقول الشيخ أبو حامد الغزالي: (الصبي أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة، خالية من كل نقش وصورة، وهو قابل لكل ما نقش ومائل كل ما يمال إليه، فإن عُوِّد على الخير وعَلِمه نشأ عليه، وسعد في الدنيا والآخرة، وشاركه في ثوابه أبواه وكل معلم له مؤدب، وإن عوّد الشر وأهمل إهمال البهائم شقي وهلك، وكان الوزر في رقبة القيِّم عليه، والولي له)[3]، قال تعالى : " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَ أَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَ الحِجَارَةُ** " .[4]

هذا ونستنتج أن حكم الحضانة في الشريعة الإسلامية: أنها واجبة ؛ لأن المحضون قد يهلك بتركها، فوجبت حفاظا عليه من المهالك" فكفالة الطفل وحضانته واجبة "في حق الحاضن إذا لم يوجد غيره، أو وجد ولكن المحضون لم يقبل غيره؛ لأنه قد يهلك، أو

---

[1] ــ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ ــ 1964م، ص 163.

[2] ــ ابن نجيم، زين الدين إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت ــ لبنان، 1418هـ ــ 1997م، ص280.

[3] ــ ابو حامد الغزالي، محمد بن محمد ، إحياء علوم الدين، ج1، دار المعرفة ، بيروت، لبنان، دت،ص 144.

[4] ــ سورة التحريم، الآية:06.

يتضرر بترك الحفظ، فيجب حفظه من الهلاك، أما عند تعدد الحاضنين على الواحد يكون ذلك كفائيا.[1]

أما موقف المشرع الجزائري: فقد أقر المشرع الجزائري بوجوب الحضانة وذلك من خلال المادة (62) من قانون الأسرة، بنصها: "الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، ومرورا بالمواد 64، 65.....72، والتي تعتبر كلها مواد قانونية أقرها المشرع، وهي تختص بالحضانة، فالمشرع الجزائري أوجب الحضانة وذلك لمصلحة المحضون من خلال حمايته مما يهلكه، ورعايته صحة وخلقا لينشأ نشأة سوية.

ومن خلال مما تطرقت إليه من تعريف للحضانة ودليل لمشروعيتها خلصت الى ما يلي :

أوجه التشابه:

– تتفق كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في تعريفهما للحضانة في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون، والتي تتمثل في رعايته والقيام على تدبير شؤونه، وكذا العناية بالجانب الروحي له، وكفالته بشتى وسائل التربية بما يصلحه وحمايته مما يؤذيه، فكليهما متفقان في الأساس .

– وجوب حضانة الصغير على من تجب عليه حضانتة وذلك برعاية مصالحه، وحفظه، ودفع ما يؤذيه .

– الحضانة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وأقرها المشرع الجزائري من خلال النصوص والمواد القانونية الدالة على ذلك .

–أوجه الاختلاف:

أكد المشرع الجزائري بأن الحضانة هي تربية الولد على دين أبيه، بينما الشريعة الإسلامية لم تذكر دلك واكتفت بالقول بأن الحضانة هي تربية الولد بما يصلحه .

–تعريفات بعض الفقهاء ذكرت الشخص المكلف بالحضانة، بينما المشرع الجزائري لم يذكر ذلك .

[1] ــ ابن قدامة، مصدر السابق ، ج11، ص: 412، البهوتي، مصدر سابق، ج5، ص:495.

أكدت تعريفات بعض الفقهاء: أن الحضانة تجب حتى للمجنون والمعتوه والمريض، كما أنها لا تمنع من دخول الكفالة في التعريف، في حين لم يذكر المشرع ذلك واكتفى باقتصار الحضانة على الصغير .

المطلب الثاني: طبيـــعة الحضانة وشروط ممارستها:

بعد معرفة تعريف الحضانة، سوف أبين هل أن الحضانة حق أم واجب، فإذا كانت الحضانة حقا للصغير، فيحق لصاحبها الحرية في التمتع بها من عدمها. أما إن كانت واجبا فيجب على الملتزم بها القيام بها على أكمل وجه.

وسوف أتطرق من خلال هذا إلى بيان طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية، وفي ضوء قانون الأسرة الجزائري في الفرع الأول، كما سأبين شروط ممارسة الحضانة في الفرع الثاني في الشريعة الإسلامية مقارنة بالتشريع الجزائري

الفرع الأول: طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة

من خلال هذا الفرع سوف أعرف من له الحق في الحضانة، هل للصغير المحضون أم للحاضن، فإن كان حقا للصغير وجب على الحاضن القيام بالحضانة قضاءًا، ويجبر عليها إذا امتنع، وإذا كان حقا للحاضن، فإنه يكون غير واجب عليه القيام بالحضانة قضاءًا، ومن ثم فلا يجبر عليها إذا امتنع.

أولا :طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية

عند مراجعة أحكام الشريعة الإسلامية حول طبيعة الحضانة، كونها حقا أو واجبا أجد أربعة اتجاهات كبرى مختلفة، تلخيصها في الآتي:

الاتجاه الأول: الحضانة حق للأم : وفيه أن الحضانة حق للأم، و لها أن تتنازل عن هذا الحق، ولا تجبر عليه، فهي بهذا حق خاص يسقط بالإسقاط[1]، وقد جاء في فتح القدير: "إذا طلبت الأم فهي أحق به، وإذا أبت لا تجبر على الحضانة[2]"، وهذا المذهب هو مذهب بعض الحنفية والمالكية في المشهور عنهم والشافعية وبعض الحنابلة.

---

[1] ــ (http /www.arabpshet.com)(Lastvisited13/11/2014) .

[2] ــ ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، ص 331.

والحضانة حق موضوعي، تستطيع المرأة، إسقاطه متى شاءت؛ لأنه ليس حكما والدليل على ذلك " التعليق على مشيئتها والتعبير بالأحقية، بل ظاهرها كون هذه الأحقية مثل الرضاع، وحينئذ لا يكون ذلك واجبا عليها، ولها إسقاطه والمطالبة بأجرته[1]".

الاتجاه الثاني: الحضانة حق الصغير : فالحضانة بحسب هذا الاتجاه، أنها حق الصغير، ومن ثم يجب على الأم ونحوها حضانة الولد، وتجبر على القيام بها، فالحضانة بهذا تصبح واجبا[2]. وهو رأي الحنفية والمالكية في المشهور عندهم وغيرهم.

ويرى الدكتور توفيق حسن فرج، أن الحضانة حق للصغير[3]، ويظهر ذلك واضحا في حالة طلاق الوالدين، حيث تعتبر الشريعة الحضانة حقا للطفل، لذا فإن حق الحضانة يكون للمرأة في مرحلة الصغر؛ لأنها أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال عند مقاربة الطفل لسن البلوغ، لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة المصالح أقدر خلال هاته المرحلة[4].

الاتجاه الثالث: الحضانة حق للحاضنة والصغير معا: وهذا الاتجاه يجمع بين الاتجاهين الأول والثاني معا، وفيه، أن الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، وهذا وهو رأي الحنفية، ومذهب بعض المالكية[5]، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وإن لم نجد فليس لها الامتناع، وإن أقوى الحقين في الحضانة هو حق الصغير،

---

[1] ــ زهير الأعرجي، النظام العائلي ودور الأسرة في البناء الاجتماعي الإسلامي، ط1، مطبعة الأمير، قم، إيران، 1994، ص 140.

[2] ــ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام " الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998، ص : 221.

[3] ــ توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1982، ص364.

[4] ــ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، السبع بنات، مصر، 2004، ص587.

[5] ــ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج، ، 3، 4، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 13.

وإن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، وأنه يجب العمل بما هو الأصلح و الأنفع للصغير في باب الحضانة[1].

وفي ذلك يقول الدكتور بدران أبو العينين بدران: "الصحيح أن حق الحضانة حق مشترك بين الصغير والحاضنة، فليس حقا خالصا للصغير، وليس حقا خالصاً للأم، غاية الأمر أن حق الصغير أقوى؛ لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، وأنه يجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير في باب الحضانة، فإذا أسقطت الأم حقها بقي حق الصغير، ذلك؛ لأن حق الولد أن يعتني به والداه منذ ولادته، ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه، وهذا ما يكون في الفترة الأولى من حياته واجبا على الأم، لأنها أقدر على هذا من الأب[2]".

ويرى أيضا الدكتور محمد حسين منصور، حيث يقول: "الراجح أنه حق للحاضنة والطفل معا، وأن أقوى الحقين هو حق الطفل، ومصلحته مقدمة على مصلحة أبويه[3]".

ودهب الشافعية والحنابلة ، على أنه يمكن للأم أن تتنازل عن حقها في الحضانة متى أرادت ذلك، ولا تجبر عليه إذا امتنعت، وأجمع العلماء بعدم إلزام الحاضنة بالحضانة كالرضاعة، ولها إسقاطها متى تشاء[4].

ومن هنا يتبين لنا أن الحضانة حق للأم وليس واجبا عليها، ومن هنا يمكن طرح السؤال الآتي: هل تجبر الحاضنة على الحضانة؟

ففي رأي الحنفية والمشهور عند المالكية و رأي الشافعية والحنابلة أن الحاضنة لا تجبر، وقيل أنها تجبر عل الحضانة مطلقا، فلو خالعت الزوج على أن تترك له حق الحضانة، أو اشترط الزوج ترك الولد عنده، فالخلع صحيح عند الحنفية والشرط باطل

---

[1] ــ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية " الزواج والفرقة وحقوق الأقارب "، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1999، ص 354.

[2] ــ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د.ت، ص543، ــ549.

[3] ــ محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص354.

[4] ــ فائزة محمد السعيد عبد الوهاب، دراسة بعض مشكلات الأطفال، مطبعة شفيق، بغداد، العراق، 1975، ص:88.

وللحاضنة أخذها منه، كما تجبر الأم إذا لم يكن الصغير ذو رحم محرم، كي لا يضيع للولد[1] حقه بالشروط الآتية:

1- أن يعلم بحقه في الحضانة، فإن كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة لا يسقط حقه، مهما طالت مدة سكوته.

2-أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة:فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله.

3-أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة، فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت، ثم طلبها قبل مضي العام، قضي له باستحقاقها[2].

الاتجاه الرابع: الحضانة حق لله تعالى:

ويقصد به النفع العام للناس جميعا، من غير اختصاص بأحد، فينتسب إلى الله تعالى، لعظم خطره وشمول نفعه، لئلا يختص به أحد من الجبابرة، كحرمة البيت الذي يتعلق به مصلحة عامة، وكحرمة الزنا وتحريم السرقة وشرب الخمر، والتجسس، والربا والغش، على أن هذا لا يمنع من القول، بأنه في بعض هذا القسم من الحقوق ما يحقق مصلحة خالصة لمن يقول به، وإن كان القصد الأول منها تحقيق مصالح عامة ينتفع بها كافة الناس، وليس للملك أو الاختصاص لأحد فإن جميع الناس في ذلك سواء

قال تعالى : "**لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ والأَرْضِ** "[3].

فإضافة هذا الحق إلى الله سبحانه وتعالى، إنما هو تشريف ما عظم خطره وقوي نفعه وشاع فضله، بأن ينتفع به الناس كافة، وحق الله تعالى يطلق ويراد منه الحق العام، ونظيره في القوانين الوضعية القواعد المتعلقة بالنظام العامة والآداب العامة، التي يحظر مخالفتها ، وهذا ما قال به أهل السنة والجماعة، وذهب إليه بعض الإباضية[4].

---

[1] ــ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ج2، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2001، ص181.

[2] ــ المرجع نفسه، ص183.

[3] ــ سورة الشورى، الآية (279).

[4]- أطفيش محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ج3، مطبعة مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، د.ت، ص567.

ودليلهم في ذلك : أن الحضانة شرعت حفظا للنفس ولا شك أن حفظ النفس يعتبر من حقوق الله تعالى[1].

ثــانيا: طبيعة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

على غرار التشريعات العربية، نجد أن المشرع الجزائري أقرّ في قانون الأسرة بالطبيعة الهجينة للحضانة، فاتخذها ضمنيا حقا وواجبا في آن واحد سواء كان صاحب الحق هو الحاضن، أو الولي أو المحضون؛ لاحتياجه إلى من يرعاه ويقوم على شؤونه، وقد أكد هذه الصيغة المزدوجة القضاء أيضا[2].

ولقد عالج **المشرع الجزائري** مسألة الحضانة من خلال المادة 66 من قانون الأسرة وجاء فيها "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، حيث من خلال هذه المادة أخذ المشرع على أن حق الحضانة هو حق مزدوج، حق للحاضنة وذلك بذكره لعبارة الحق من جهة، ومن جهة ثانية سقوط هذا الحق بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، وحق المحضون وذلك بذكره لعبارة مصلحة المحضون.

وكذلك من خلال المادة 67 فقرة (2) من ق أ التي تنص: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

وكذا المادة 68 من ق أ التي نصت: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيه".

فهو جعل ممارسة الحضانة محصورة في إرادة صاحبها، وأعطاه الحق في ممارستها لمدة لا تزيد عن سنة، وإلاّ سقط حقه فيها عند انعدام العذر والمبرر.

وكذا المادة 71 من ق أ بنصها: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

---

[1] ــ أبو زيد رشدي شحاته، شروط قبول حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية " دراسة مقارنة "، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 100ــ 101.

[2] ــ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 153.

وهذا ما يؤكد أن هذا الحق يكون للحاضنة، غير أنه لم ينف هذا الحق للمحضون، وهذا ما ختم به أغلب مواده بعبارة "مراعاة لمصلحة المحضون"، أو بما لم يضر بمصلحة المحضون.

وهذا ما جعل الفقهاء ينظرون إلى الحضانة من خلال التشريع الجزائري، على أنها حق للمحضون.

وهذا ما أكد عليه القضاء أيضا، حيث أصدر المجلس الأعلى للقضاء الجزائري قراره بتاريخ 1968/12/25، بقوله أن: "الحضانة حقٌ وواجب في آن واحد[1]".

فالقضاء الجزائري من خلال هذا القرار، اعتبر الحضانة حق مزدوج للحاضن والمحضون، لكنه غلب حق المحضون على الحاضن، وهذا ما يؤكد أن حقوق المحضون أكثر من حقوق الحاضن.

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى للقضاء، حيث صدر بتاريخ1986/05/05، في قوله بأن: "من المقرر شرعا بأن الشريعة الإسلامية تراعي بالدرجة الأولى، مصلحة الأولاد المحضونين[2]" .

ومن خلال التشريع الجزائري والاجتهادات القضائية، يتبين أن هذا الحق ذو طبيعة مزدوجة لكل من الحاضنة والمحضون، مع تغليب حق المحضون وإعطائه الأولوية في ذلك.

الفـــرع الثـــانـــي: شـــروط ممارســة الحــضــانة :

حتى تراعى مصالح المحضون رعاية صحيحة وكاملة، وينشأ نشأة جيّدة، من دون الخوف عليه من الضياع والإهمال، قيدت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ممارسة حق الحضانة بشروط معينة يجب توفرها في الشخص الحاضن، و هاته الشروط منها ما هو عام مشترك بين الرجال والنساء، ومنها ما هو خاص بالنساء، ومنها ما هو خاص بالرجال وتفصيل هاته الشروط كالآتي:

[1] ــ م.أ، غ.م، بتاريخ 1968/12/25، ن.س، 1968، ص136.

[2] ــ م.ع، غ. أ. ش، بتاريخ:1986/05/05، ملف رقم، 41110، نقلا عن زكية حميدو.

1): الشروط العامة في الرجال والنساء:

العناية بالمحضون تتطلب شروطا كثيرة و متنوعة، لابد من توفرها في الحاضن سواء كان رجلا أو امرأة على حد سواء، وذلك لما لها من أثر بالغ على حياة الطفل، لنصل إلى الهدف المنشود من ذلك، وذلك من خلال الآتي:

أولا: الشروط العامة في الرجال والنساء في الشريعة الإسلامية: تتعدد الشروط العامة للرجال والنساء في الشريعة الإسلامية على النحو الآتي:

أ/ الأهلية:

الأهلية لغة: مصدر صناعي لــ (أهل) بمعنى الصلاحية، ويقال فلان أهل لكذا، أي خليق به، وأهل الرجل عشيرته، والجمع أهلون وآهالُ، وأهال، وأهلات[1].

الأهلية اصطلاحا: صلاحية الإنسان لصدور جميع الأفعال منه، والاعتداد بها شرعا بحيث يصبح أهلا لجميع التكاليف الشرعية، ويجب عليه أداؤها، ويأثم بتركها، وهي مرتبطة بالعقل والبلوغ [2].

ويشترط في أصحاب الحضانة، رجالا كانوا أو نساء، أهلية الحضانة، وهذا ما أخذ به الفقه الشرعي، وقانون الأسرة الجزائري في المادة 62، فقرة 02، بأن يكون الحاضن أهلا للحضانة [3].

وتشتمل الأهلية على عنصرين العقل والبلوغ، وهي من الشروط المتفق عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وعند فقهاء القانون أيضا.

1ــ العــقـــــل:

1-1تعريف العقل:يعرف العقل لغة واصطلاحا على النحو الآتي:

-**العقـــــــــــــل لغة:** من فعل عَقَلَ، فهو عَاقِلُ وعقول من قوم عقلاء، مأخوذة من عقلت البعير إذا جمعت قوائمه، والعقل التثبُتْ في الأمور، ومن معاني العقل، القلب

[1] ــ ابن منظور، المصدر السابق، ج1، ص305.

[2] ــ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، قسم الأحوال الشخصية، ج1، دار الفكر المعاصر، الإسكندرية، مصر، د.ت، ص:166ــ167.

[3] ــ المادة 62 فقرة 02 من قانون الأسرة : " يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك ".

والحصن، والمنح والإمساك، والملجأ وهو ضد الجنون، وسمي العقل عقلاً، لأنه يعقل من التورط في المهالك أي يحبسه [1].

وهو العلم بصفات الأشياء من حسنها وقبحها، وكمالها ونقصانها، أو العلم بخير الخيرين، وشر الشرين، وقيل الحجر والنهي[2].

-**العـــقـــل اصطلاحا:** عرّفه ابن تيمية، بأنه : شرط في معرفة العلوم، وكمال وصلاح الأعمال و به يكمل العلم والعمل، ولكنه ليس مستقلا بذلك، لكنه غريزة في النفس وقوة فيها، بمنزلة البصر التي في العين[3].

1-2 اشتراط العقل في الفقه الإسلامي:

وقد ورد العقل في شروط الحضانة عند الفقهاء بالنص والتأكيد عليه، والجميع يعدونه من الشروط اللازمة للحضانة، بل من أقوى مقوماتها، فإن الحضانة تقديم ما فيه النفع للصغير، وفاقد العقل لا يقدر على تمييز النفع من الضرر[4].

قال الأحناف: ويشترط في الحاضنة أن تكون حرة بالغة عاقلة[5].

أما الشافعية: فقالوا، بأن شرائط الحاضنة سبع أحدهما العقل، فلا حضانة لمجنونة أطبق جنونها أو تقطع، ولا تثبت الحضانة لمعتوه وهو ناقص العقل، ولا لمجنون لأنه لا يصلح للحضانة[6].

ــ و به قال المالكية: ويشترط في الحاضن ذكرا أو أنثى العقل فلا حضانة لمجنون[7].

---

[1] ــ ابن منظور، المصدر السابق، ج10، ص233.

[2] ــ الفيروز آبادي، المصدر السابق، ج4، ص18.

[3] ــ ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، مجموع الفتاوى، ج3، طبعة الأوقاف، الرياض، السعودية، 2004، ص338.

[4] ــ ناصر محمد عليوي، المرجع السابق، ص 86.

[5] ــ ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص555.

[6] ــ محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع في شرح المهذب، ج17، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، د.ت، ص165.

[7] ــ الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص599.

وهذا قد اشترط المالكية الرشد في الحاضن، وذلك بأن لا يكون سفيها في عقله، ذا طيش وقلة ضبط، لا يحسن القيام بالمحضون، ولا أدبه، وألا يكون سفيها في المال مبذر له، لئلا يتلف مال المحضون[1] .

وقال الحنابلة: بشرط العقل، حيث منعوا حضانة المجنون ولو غير مطبق، وكذلك المعتوه والطفل، لاحتياجهم إلى من يحضنهم[2].

وبذلك فقد كان شرط العقل محل إجماع فقهاء الأمة، لأنه من ملازمات التمييز في تحقيق الأصلح والخير للمحضون[3].

2ــ الـــــبـــلـــوغ:

الحضانة مهمة شاقة وصعبة، ولا يقدر عليها إلاّ أشخاص لهم ميزات خاصة من بينها الأشخاص الكبار، فالصغير غير قادر على تولي شؤون نفسه حتى يتولى شؤون غيره، كذلك فالبلوغ شرط هام في الشخص الحاضن.

2-1 تعريف البلوغ : يعرف البلوغ على النحو الآتي

- **البلوغ لـــــغـــــة:** من بَلَغَ الشَّيْءَ يَبْلُغُ بُلُوغًا، وبَلَاغًا، أي وصل وانتهى[4].
- **أما في الاصطلاح:** البلوغ قوة تحدق في الصغير، يخرج بها من حالة الطفولة، إلى حالة الرجولة[5].

2-2اشتراط البلوغ في الفقه الإسلامي:

يشترط في الحاضن البلوغ، لأن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية، والبلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة، لأن به اكتمال الإرادة عادة، ويتفق الفقهاء على أن البلوغ يثبت للصبي وللصبية بعلاماته الطبيعية، وبعضهم حددها

---

[1] ــ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والأحكام في شرح تحفة الأحكام، ج1، د.ط، دار المعرفة، د.ت، ص 237.

[2] ــ نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار، د ط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009، ص:135.

[3] ــ ناصر محمد عليوي، المرجع السابق، ص87.

[4] ــ ابن منظور، المصدر السابق، ج2، ص5.

[5] ــ ابن عابدين، المصدر السابق، ج6، ص 447.

بسنين معينة، فمن علاماته الطبيعية الاحتلام والحيض بالنسبة للمرأة، وغير ذلك و خروج المني بالنسبة للرجل، واختلف في تحديده.

-**قال الحنفية:** الأنثى تبلغ باستكمال خمسة عشرة سنة، وفي الذكور عنه روايتان أحدهما يبلغ باستكمال تسعة عشرة سنة، والأخرى ثمانية عشرة سنة[1].

-**وقال المالكية:** في المشهور عندهم بأن الصبي يبلغ بإستكمال ثمانية عشرة سنة أو الحلم، والأنثى تبلغ بظهور الحيض ، أوظهور علامات الإنبات[2].

-**وذهب الشافعية:** إلى خمسة عشرة سنة للذكور، وتسعة سنين للإناث، وفي رواية أخرى للشافعية، للإناث مثل الذكور، خمسة عشرة سنة[3].

-**والحنابلة:** متفقون على تحديد سن البلوغ، خمسة عشرة سنة في الذكر والأنثى[4].

لحديث بن عمر رضي الله عنه قال: "عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم، يوم أحد وأنا ابن أربعة عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشرة سنة فأجازني[5]".

ب/ الــقــدرة:

وهي من الشروط المختلف فيها شرعا، وسنعرض المقصود منها لغة وشرعا، ثم ويليها تعريف المشرع الجزائري:

ب-1 تعريف القدرة : تعرف القدرة على النحو الآتي .

- **الـــقـــدرة لـــغـــة:** تعني الغنى واليسار والقوة، وقيل رجل ذو قدرة بالضم أي ذو يسار والقُدْرَة من الاقتدار على الشيء والقُدْرَةُ عليه[6].

---

[1] ــ ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص566.

[2] ــ الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص599.

[3] ــ الرملي، المصدر السابق، ج3، ص:212، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص171.

[4] ــ ابن قدامة، المصدر السابق، ج8، ص297.

[5] ــ رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب بيان سن البلوغ، ج6، ص3.

[6] ــ الفيروز آبادي، المصدر السابق، ج2، ص114.

-**الـــقـــدرة اصـــطـــلاحا:** تعني المستطيع، وهو القادر في ماله وبدنه، وبذلك يختلف باختلاف أحوال الناس، واختلاف عوائدهم، وضابطه أنه يمكنه الركوب، ويجد زاد وراحلة صالحين لمثله، بعد قضاء الواجبات، والنفقات، والحاجات الأصلية[1].

ب-2 اشتراط القدرة في الفقه الإسلامي:

وقع خلاف بين الفقهاء، في المقصود بالقدرة، أساسه هل المراد به اليسار والقدرة على الإنفاق، أو القدرة من حيث القوة وسلامة الجسم[2].

وسنتعرض لبعض أقوال المذاهب الفقهية فيما يلي:

- **قال المالكية:** أن القدرة تعني السلامة الجسمانية، فاشترطوا الكفاية، ومعانيها كثيرة عندهم منها: عدم الإضرار بالمحضون، والخلو من المرض المشغل والسن أو العاهة المانعة عند إتمام الرعاية، كالعمى والخرس والصم[3].

- **قال الحنفـــيـــة:** من شروط الحاضن القدرة، وباللفظ المطلق، فالظاهر من إطلاقهم لفظ القدرة، يراد به القدرة على الرعاية، ولا يقصد به الإنفاق لأنه من واجب الأب وليس الحاضنة، والمقصود منه سلامة البدن وقدرته، كما جاء عن المرغياني: " أن الأم أشفق وأقدر على الحضانة[4]".

وواضح أن المقصود به سلامة البدن وقدرته.

وابن عابدين أورد قولا يفيد أن المقصود بالقدرة هو الإنفاق ونصه: " قال بعض الفضلاء ولم أرى ما المراد بيسار العمة في كلام صاحب الدرر، وغيره كفتح القدير، والظاهر أن المراد به القدرة على الحضانة، قلت: بل الظاهر والقدرة على الإنفاق"[5].

---

[1] ــ ابن همام، المصدر السابق، ج2، ص:417.

[2] ــ ناصر محمد عليوي، المرجع السابق، ص94.

[3] ــ الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، م2، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص357.

[4] ــ المرغياني، برهان الدين أبي الحسن علي ابن عبد الجليل، الهداية، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص37.

[5] ــ ابن عابدين، المصدر السابق، ج1، ص371.

ومع أن الإنفاق على الأب، ولكن يبدو أنه لو اجتمع قدرة البدن وسلامته مع القدرة المالية كان أفضل[1].

– **قال الحنابلة:** أن القدرة تعني السلامة البدنية، وذلك بأن لا يكون عاجزا، والخلو من العاهات. مثل العجز، والأعمى، ومثل الأعمى ضعيف البصر، ومثل الأبرص والأجذم، والمرض المانع من الحضانة لديهم، هو المرض الضار والمعدي خوفا من انتقال عداوه إلى المحضون[2].

– **قال الشافعية:** أن القدرة يرون بها سلامة البدن، ولهم فيه قولان:

–**الأول:** لا حضانة لعديم القدرة أو الشخص المصاب بمرض مزمن يشغله عن النظر في كفالة المحضون، وهو قول للباجوري[3].

الثاني: أن الأعمى تثبت له الحضانة واعتبره ابن حجر معتمدًا[4].

ج/ الأمـــانـــــة: وسأقوم بتعريفها لغة واصطلاحا، ثم أذكر موقف الفقهاء والمشرع من هذا الشرط .

ج–1 تعريف الأمانة: وسأعرفها لغة واصطلاحا

– **الأمانة لـــــغـــــة:** من الأَمْنُ ضد الخوف، والأَمَانَةُ والأَمْنَةُ ضد الخيانة، لقوله تعالى :" **إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ** ....."[5].

ويقصد بالأَمَانَةُ هنا الفرائض المفروضة، أو النية التي يعتقدها فيما يظهر باللسان من الإيمان، ويؤديه من جميع الفرائض[6].

---

[1] ــ ناصر محمد عليوي، المرجع السابق، ص95.

[2] ــ عمر عبد الله، محمد حامد قمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص331.

[3] ــ الباجوي، إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري، ج2، مطبعة شركة دار الكتاب، القاهرة، مصر، د.ت، ص:200.

[4] ــ ابن حجر الهيثمي، أحمد بن محمد، الفتاوى الكبرى، ج2، مطبعة شركة دار الكتاب، القاهرة، مصر، د.ت، ص05.

[5] ــ سورة الأحزاب، الآية (72).

[6] ــ الفيروز آبادي، المصدر السابق ، ج4، ص197.

-**الأمانة اصطلاحا:** هي الطهارة باطنا، عن الفسق والكبائر، و عدم الإصرار على الصغائر[1].

ج2-2 اشتراط الأمانة في الفقه الإسلامي:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اعتبار مفهوم الأمانة، بين من أن تكون ضد الخيانة، أو العفة والعدالة، وعدم الخروج وترك الصغير فيضيع والصلاح في الدين وعدم الفسق، وسأعرض أقوال الفقهاء كما يلي:

- **رأي الحنفية:** لقد اختلف الأحناف في الأخذ بشرط الأمانة على قولين:

- **القول الأول:** الأخذ بشرط الأمانة، وعدوه من ملزمات الحضانة، وعبّروا عن مفهوم الأمانة عندهم بمعاني مختلفة، منها قول ابن عابدين الذي عبِّر عنه بالخروج كل وقت وترك الصغير وإهماله، وعبر عنه بالفسق الذي يضيع به الولد.

- **القول الثاني:** لم يأخذ بشرط الأمانة، فقال ابن عابدين في قول آخر له: (الأم أحق بولدها ولو كانت سيئة الأخلاق وفاجرة ما لم يعقل)[2].

- **رأي المالكية:** قالوا في الأمانة هو أن يكون الحاضن ثقة وأمينا في حفظ المال والدين، فمن كان كذلك فهو ثقة في الحضانة أمين عليها، وفاقد ذلك لا حضانة له. ولو كانت له الحضانة ثم فقدها تسقط حضانته.

حيث قال الإمام مالك رحمه الله: "قرب جدة لا تؤمن على الولد، ورب والد يكون سفيهًا سكيرًا يخرج من بيته ويدع الولد"[3].

فالأمانة إذًا لا تتحقق في الحاضن مع السكر والسفه وكثرة الخروج من المنزل، والإشهار بالزنا.

- **رأي الشـــافعـيـــة :** حيث قالوا يشترط الأمانة، ويكفي أن يكون مستور الحال أي مستور العدالة[4].

---

[1] ــ أبو حامد الغزالي، المرجع السابق، ص175.

[2] ــ ابن عابدين، المصدر السابق ، ج3، ص 650.

[3] ــ الإمام مالك بن أنس الأصبحي، مصدر السابق ، م2، ج3، ص357.

[4] ــ أبي حامد، محمد الغزالي، الوسيط، ج9، ط1، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417هــ، ص 238.

وأجمعوا على أنها شرط لازم للحاضن، وقد أورده ضمن عدة معاني، كالعفة والثقة وعدم الفسق.

حيث قال الشافعي رحمه الله: "إن كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة، فالثقة أولاهما به بغير تخيير[1]".

- **رأي الحنابلة:** قالوا بالأمانة ولا حضانة لمن لا أمانة له، وأطلقوا عليها معاني عديدة منها العدالة الظاهرة، والحفظ من الفساد وعدم الفسق.

فقد جاء لابن قدامة، أن الحضانة لا تكون لفاسق؛ لأنه غير موثوق به في أداء الواجب في الحضانة، ولا حفظ للولد في حضانته؛ لأنه نشأ على طريقته[2].

- **رأي الظاهرية:** فقد تشددوا في منع الحضانة عن الأم الفاسقة، وقال ابن حزم: " ولا حضانة لكافرة ولا لفاسقة[3]".

د/ الحـــــريـــــة:

وقد كان هذا الشرط موجودا في زمان ماضٍ، وقد نظر الفقه الإسلامي إلى هذا الشرط من وجهتين:

الوجه الأول: خاصة بتحقيق مصلحة المحضون بأكبر قدر ممكن.

الوجه الثاني: خاصة بالحاضن لأن العبد مقيد وتصرفاته خاضعة لسيده، وانشغاله بمسألة الحضانة ترجع لموافقة سيده الذي يملكه.

د-1 تعريف الحرية: حيث تعرف الحرية لغة واصطلاحا على النحو الآتي

-**الحـــــرية لغــة:** الحر ضد العبد والحرّة ضد الأمة، وتحرير الرقبة، عتقها وقيل الحر بالضم خلاف العبد، وخيار كل شيء[4].

---

[1] ــ الإمام الشافعي، عبد الله بن محمد بن إدريس، الأم، م3، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 2000م، ص93.

[2] ــ ابن قدامة، المصدر السابق، ج9، ص:297.

[3] ــ ابن حزم الأندلسي، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، ج10، د.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ت، ص323.

[4] ــ الفيروز آبادي، المصدر السابق، ص 7.

-**الحـــــرية اصطلاحا:** هي التحرر من القيود، التي تكبل طاقة الإنسان وإنتاجه، سواء كانت قيودا مادية أو معنوية، فهي تشمل التخلص من العبودية، لشخص أو جماعة أو لذات.

قال تعالى: " .....**الْحُرّ بِالْحُرِ وَالْعَبْد بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى**.....[1]".

د-2 اشتراط الحـــــريـــة في الفقه الإسلامي:

وهي من الشروط المختلف فيها بين الفقهاء، وسأتطرق لذلك من خلال آراء الفقهاء كالتالي:

- **رأي الحنفية:** أجمع فقهاء الحنفية، على وجوب توفر شرط الحرية في الحاضن، وعدّوا انشغال العبد والأمة بخدمة سيدهما عجزا مضرا بالصغير، وقالوا بأولوية أحد الأبوين الحر عن الرقيق في حضانة الصغير، والسيد أحق بحضانة الولد الرقيق [2].

- **رأي المالكية:** والمعمول به عندهم أن الأم أحق بالحضانة، ولو كانت أمة، وهذا ما نص عليه في المشهور عنهم [3].

قال العدوي: " الحضانة حق للأم حرة كانت أو أمة[4]".

- **رأي الشافعية:** قالوا بأن حضانة الرقيق للولد الحر ممنوعة، لكونها ولاية وليس هو من أهلها، وهذا ما قاله الشافعي[5].

ويفهم من خلال هذا الشرط، أن المملوك والرقيق يجوز له حضانة الطفل الرقيق، وهذا القول الغالب عند أصحاب هذا المذهب.

- **رأي الحنابلة:** وقالوا بأن يكون الحاضن حرا، وذلك لأن المملوك لا يملك منافعه، وفرقوا بين من كله رق أو بعضه رق، ونصوا عليه ضمن شروط الحضانة،

---

[1] ــ سورة البقرة، الآية (178)..

[2] ــ السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص:213، ناصر محمد عليوي، مرجع سابق، ص88.

[3] ــ الإمام مالك، المصدر السابق، م2، ج3، ص: 359.

[4] ــ العدوي، علي بن حسن بن أبي زيد القيرواني، حاشية العدوي، ج2، طبعة دار الطباعة العامرة، القاهرة، مصر، 1959م، ص 114.

[5] ــ الإمام الشافعي، المصدر السابق، م3، ص93.

وهناك قول ثان لمحمد بن عبد الوهاب، الذي لم يذكر الحرية ضمن الشروط[1] .

هــ/ الإســـــلام: حيث سأعرف الإسلام لغة واصطلاحا، وأذكر موقف الفقهاء والمشرع من هذا الشرط

هــ-1 تعريف الإسلام: حيث يعرف لغة واصطلاحا على النحو الآتي.

-**الإسلام في اللغة:** من الفعل سَلِمَ، والإسلام و الاستسلام تعني الانقياد، والإسلام في الشريعة يعني إظهار الخضوع، والالتزام بما أتى به الدين[2] .

والإسلام ضد الكفر، قال تعالى: " **وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الخَاسِرِينْ**" [3].

الإسلام اصطلاحا: هو الامتثال لأوامر الله ونواهيه، وهو مبني على خمسة أركان: الشهادة، والصلاة، والزكاة، وصوم رمضان، والحج لقوله تعالى: "**إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللهِ الإِسْلَامْ**"[4]

هــ-2 اشتراط الإسلام في الفقه الإسلامي:

وهذا الشرط أيضا مختلف فيه، فقد قال فيه الفقهاء أقوالا وآراء نسرد منها الآتي:

- **الحنفية:** حيث قالوا على لسان الكاساني في اعتبار شرط الإسلام للحاضن :(عدم ردتها حتى لو ارتدّت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة، لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع)[5].

ويثبت حق حضانة الأم الذمية لولدها المسلم بشرط أن لا يعقل الدين، أو يخشى عليه من أن يألف الكفر[6].

- **المالكية:** فقد ذهبوا إلى عدم اعتبار هذا الشرط، وأنه لا أثر له لاختلاف الدين في الحضانة، فتجوز الحضانة من الكتابية وغير الكتابية، حتى لو كان الحاضن كافرا أو

---

[1] ــ محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي، مختصر الإنصاف، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص461.

[2] ــ ابن منظور، المصدر السابق، ج7، ص243.

[3] ــ سورة آل عمران، الآية 85.

[4] ــ سورة آل عمران، الآية 19.

[5] ــ الكاساني، المصدر السابق، ج4، ص42.

[6] ــ نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص137.

مجوسيا أو غيره، وكان المحضون مسلما وسواء كان الحاضن ذكرا أم أنثى إلا إذا خيف على المحضون من فساد الحاضن، يضم إلى جيران مسلمين لمراقبته ولا ينزع منها[1].

وقد صرّح الدرير: "فليس الإسلام شرطا في الحاضن، ذكرا أو أنثى، وضمت الذات الحاضنة، إن خيف على المحضون منها فسادا[2]".

- **الشافعية:** أخذوا بعدم كفر الحاضن للمحضون المسلم، ويجوز عندهم أن يكون الحاضن مسلما، والمحضون كافرا، أما العكس فلا يجوز، وهذاا لقول للباجوري: " يشترط إسلام الحاضن فيما إذا كان المحضون مسلما[3]".

-**الحنابلة:** قالوا باشتراط إتحاد الدين في الحضانة بين الحاضن والمحضون، لأن الحضانة ولاية، وهي لا تثبت لكافر على مسلم[4].

ثانياً :موقف المشرع الجزائري من الشروط العامة في الحضانة : وكان موقف المشرع الجزائري على النحو الآتـــي :

-1-اشـــــتراط العقل في قانون الأسرة:

فنجد أن المشرع الجزائري لم يذكر هذا الشرط في باب الحضانة، ماعدا ما ذكره في المادة 62 في فقرتها الثانية، من قانون الأسرة بنصها: " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة".

وبمعنى أن يكون بالغا، عاقلا، فلا حضانة لصغير واو كان مميزا ولا لمجنون ولا مجنونة ولا لمعتوه ولا معتوهة، لأن هؤلاء جميعا في حاجة إلى من يتعهدهم ويرعاهم،

[1] ــ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الأزرايطية، مصر، 2008، ص33.

[2] ــ أحمد بن محمد الدرير، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج2، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.ت، ص529.

[3] ــ الباجوري، المصدر السابق ، ج3، ص197.

[4] ــ محمد سماره، أحكام وآثار الزوجية، " شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية "، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص391.

وذلك لعجزهم عن حفظ نفسهم وبالتالي هم عاجزون عن حفظ غيرهم، بل يخشى على الصغير منه[1].

وبذلك يجب علينا الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة، التي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

2-اشتراط البلوغ في قانون الأسرة:

والمقصود بالبلوغ في التشريع الجزائري هو أهلية الأداء، التي تسمح باعتبار الشخص قادرا على تولي شؤون نفسه، ليتسنى تكليفه قانونا بالسهر على مصالح غيره، وقد ذكر المشرع هذا الشرط في المادة 62 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية، بذكرها لشرط الأهلية الذي يعتبر البلوغ أحد عناصرها، وعلينا الرجوع الى الماد 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا الى أحكام الشريعة الإسلامية .

3-اشتراط القدرة في قانون الأسرة:

لقد أكد المشرع الجزائري على شرط القدرة، وهذا ما جاء في نص المادة62 من قانون الأسرة، بنصها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً" .

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"[2]. فمعنى القدرة هنا هو القدرة الجسمانية، وذلك بالعمل على رعاية المحضون والقيام بجميع شؤونه، من تربية وتعليم وتنشئته خلقيا، وتوفير الرعاية الصحية له، ونستنتج من ذلك أنه لا حضانة لذوي العاهات، مثل الكفيف أو ضعيف البصر، أوالمصاب بمرض معدي، أو مرض يعجز عن القيام بشؤون المحضون، أو متقدم في السن والذي هو في حاجة إلى غيره ليرعاه.

كذلك يدخل في القدرة الاستطاعة المادية، لتلبية حاجيات المحضون.

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة، فيظهر ذلك في العديد من قرارات المحكمة العليا، إذ جاء في قرارها المؤرخ

---

[1] ــ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2014، ص152.

[2] ــ المادة 62 من قانون الأسرة.

في: 1984/07/09: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون[1]".

فالقضاء بذلك يؤكد على شرط القدرة كشرط أساسي في الحضانة، وأن إسناد الحضانة من طرف قضاة الاستئناف لشخص عاجز يعد مخالفة وخرقا لقواعد الفقه الإسلامي، يستوجب نقضه وإبطاله. فالقدرة بذلك تعني سلامة الجسم من العاهات والأمراض المعدية، وتعني كذلك القدرة المادية لتغطية حاجيات المحضون.

4-اشتراط الأمانة في التشريع الجزائري:

فقد جاء التشريع الجزائري مؤكدا على هذا الشرط وذلك من خلال قانون الأسرة وإن لم نجد نصا صريحا يشترط الأمانة، إلا أنه في التطبيقات القضائية ما أكد على هذا الشرط، حيث تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن وتكرّس ذلك في العديد من أحكامه و قراراته.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: "إن عدم إبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة، لعجزها عن القيام بشؤونهم ومراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة، كتلك التي قام بها أخ المطلقة، الذي هتك عرض أختهم من أبيهم، خاصة وأن من المحضونين بنتين إن تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما "[2].

حيث قام القضاء بإسقاط الحضانة عن الأم، لأن المحيط الذي يعيش فيه الطفل غير مأمون، والسبب في ذلك يعود إلى تلك الأم الحاضنة، التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة الشرف، فلا تكون بذلك أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه، إذا نشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها.

5- اشتراط الحرية في التشريع الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الجانب، على اعتبار أن زمن العبودية كان في وقت ماضي، وقد ولّى وبالتالي لا حاجة لدى المشرع الجزائري للتطرق إلى هذا، ونظرا لعدم الحاجة إليها وانعدامها في هذا الزمن.

---

[1] ــ م.ع.غ.أ.ش : بتاريخ:1984/07/09، ملف رقم: 3391، م.ق: 1989، عدد:04، ص:76.

[2] ــ م.ع.غ.أ.ش بتاريخ: 1984/07/09، ملف رقم:33921، م ق سنة 1989 ــ العدد: 04.

فالقوانين جاءت لتعالج أمور وإشكالات موجودة في الواقع، وإن كان هذا الشرط مختلف فيه شرعا فهو متفق عليه قانونا، على اعتبار عدم وجوده.

إلا أنه في حالة وجود رقيق لاقدّر الله يرجع المشرع الجزائري إلى الفقه الإسلامي، باعتباره الخلفية الحقيقية لقوانين الأحوال الشخصية، عند العرب عموما وعند المشرع الجزائري خصوصا، بحكم طبيعة الدراسة لهذا الموضوع.

6-اشتراط الإسلام في التشريع الجزائري:

لقد ذكر المشرع الجزائري الدين وهو ليس شرطا من شروط الحضانة، حيث جاء في المادة 62 من قانون الأسرة أن " الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه....." ويفهم من ذلك أن المشرع الجزائري، قصد بكلمة على دين أبيه، إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، فالعبارة وردت مطلقة من دون تفصيل فيها، ولزوال الغموض على القاضي أن يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية، دون التقيد بمذهب معين، فنجد أن المشرع الجزائري فصل الأمر بكلمة موجزة على دين أبيه دون تحديد لمذهب معين.

والقول الفقهي الراجح هو ما قال به الدكتور محمد عليوي، بإتحاد الدين وعدم الارتداد، لما لها من تأثير في العلائق العقائدية، والتربية الأخلاقية للمحضون[1].

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إن خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة و القانون[2]".

وجاء في قرار آخر لها: "من المقرر قضاءًا في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإنه من يوجد بها أحق ولو كانت الأم غير مسلمة....[3]".

---

[1] ــ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص271.

[2] ــ م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ: 1989/03/13، ملف رقم: 52221، م.ق العدد الأول:1993، ص48.

[3] ــ م.ع، غ. أ. ش، بتاريخ:1989/12/25، ملف رقم:56597، م.ق، العدد 3: 1991، ص74.

فالواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري، أنه لم يشترط الإسلام كشرط من شروط الحضانة ، لكنه في حالة الخوف على دين المحضون فإنه يوضع تحت رقابة مسلمين ولا ينزع المحضون من حاضنته.

ثــانــيــا: الشروط الخاصة بالنساء

إن التأكيد على دور المرأة المهم في الحضانة مقارنة بالرجل، نظرا لما لها من دور كبير في تربية الصغير خاصة في المراحل الأولى من عمره، ولهذا أكدت الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري على ضرورة توفر شروط معينة في النساء، وسأوردها فيما يلي:

أ-**الشروط الخاصة بالنساء في الشريعة الإسلامية:** اختلفت أراء الفقهاء حول الشروط الخاصة بالنساء على النحو الآتي:

1/ الخلو من زوج أجنبي للمحضون:

فإن تزوجت المرأة بغير ذي رحم محرم من الصغير فإن حقها في الحضانة يسقط[1]، وهذا راجع للحديث النبوي الشريف:

"عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عنه جده، أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: إن ابني هذا كان بطني له وعاء و ثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي "[2].

وهذا ما قاله الأئمة الأربعة وحذا حذوه المشرع الجزائري كما يلي:

- **قال الحنفية:** أن لا تتزوج غير أبيه (والد الصغير)، فإن تزوجت سقط حقها في الحضانة، إلا أن يكون زوجها رحما للصغير، كأن يكون عما له، فإن تزوجت أجنبيا سقط حقها، فإن طلقها الزوج الثاني عاد لها حقها في الحضانة[3].

---

[1] ــ التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، م4، ط1، دار الوعي للنشر والتوزيع، الرويبة، الجزائر، 2009، ص880.

[2] سبق تخريجه .

[3] ــ العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار، الجزائر، 2013، ص275.

-**وقال المالكية:** إن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير والدخول بها هو الذي يسقط حضانتها، وهو ما قال به جمهور الفقهاء، وذكره الدسوقي في حاشيته[1]، ويؤكدون على وجوب الدخول بالزوجة لتفقد حضانتها، لانشغالها بزوجها[2].

-**وذهب الشافعية والحنابلة:** إلى أنه لا يشترط الدخول بالأجنبي، فسقوط الحضانة عن المرأة المتزوجة بالأجنبي يثبت من حين العقد، لأن التزوج اسم للعقد، فلا يتوقف السقوط على الدخول[3].

- **وقال ابن حزم الظاهري والحسن البصري:** أن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وحجتهم في ذلك أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله عليه وسلم لم تسقط بزواجها كفالتها لبنيها[4].

2/ أن تكون ذات رحم محرم للمحضون:

أي أن تكون الحاضنة رحما محرما للمحضون كأمه أو أخته أو جدته، فلا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لابن الخال وابن الخالة وابن العم وابن العمة في حضانة الإناث، ولكن لهم الحق في حضانة الذكور[5].

-**الحنفية:** يقول ابن الهمام : " بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة، لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية[6].

---

[1] ــ الدسوقي، المصدر السابق ، ج2، ص 600.

[2] ــ الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، لبنان، 2006، ص:161.

[3] ــ أبي الحسن علي بن سلمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، ص425.

[4] ــ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976، ص285.

[5] ــ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1980، ص408.

[6] ــ ابن الهمام، المصدر السابق ، ج4، ص332.

ويقتضي التنويه إلى أن الرحم المحرم، لا يقوم شرطا عند الحنفية، وإنما يعد قيد لتحرز من الفتنة، فلو أمن المحضون، جاز أن يدفع لغير المحرم[1].

-**المالكية:** ولهم في ذلك قولان:

القول الأول: لاحضانة لغير الرحم المحرم، وهو الراجح عندهم .

القول الثاني: أن له الحضانة، فقد جاء في قول للدسوقي في معرض كلامه عن حضانة الوصي: " .... وكذا إذا كان المحضون أنثى مطيقة وكان الحاضن أنثى، أو كان ذكرا تزوج بأم المحضونة أو جدتها، وتلذذ بها بحيث صارت المحضونة من محارمه. وإلا فلا حضانة له على ما رجحه المصنف في التوضيح. ورجح ابن عرفة أن له الحضانة[2]".

-**الشافعية:** أخذوا بالرحم المحرم وقيدوه بالمحضونة الأنثى وبعد أن تبلغ حدا تشتهي به، فقال ابن أبي الدم:(لو كان العصبة ابن العم وقلنا إن الحضانة تثبت للعصبة، فإن كان الولد ابناً خير بينه وبين الأم، وإن كانت بنتاً كانت عند الأم إلى أن تبلغ ولا تخير لأن ابن العم ليس بمحرم لها فلا يجوز تسليمها إليه)[3].

-**الحنابلة:** أخذوا بشرط الرحم المحرم، وقال ابن قدامة في حضانة ذوي الأرحام من الرجال : (احتمل وجهين: أحدهما – هم أولى لأن لهم رحماً، وقرابة يرثون بها.... كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم، والثاني: لا حق لهم في الحضانة، وينتقل الأمر إلى الحاكم، والأولى أولى)[4].

ويبدو أن أخذهم بالرحم المحرم مختص بالصبية، المتجاوزة لسن السابعة حسب ما جاء في المغني.

---

[1] ــ ناصر محمد عليوي، مرجع سابق، ص109.

[2] ــ الدسوقي، المصدر السابق ، ج2، ص529.

[3] ــ ابن أبي الدم، إبراهيم عبد الله المهذاني، أدب القضاء، ج2، ط1، طبعة وزارة الأوقاف، بغداد، العراق، د.ت، ص477.

[4] ــ ابن قدامة، مصدر سابق، ج11، ص520.

-**الزيدية:** اشترطوا الرحم المحرم في الحاضن، قال أحمد المرتضي "ومتى بطلت حضانة النساء فالأقرب من العصبة المحارم[1]".

3/ **عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه:**هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء، فمنهم من لم يعتبره شرطا في الحاضن، وهذا الرأي للشافعية والحنابلة، ومنهم من اعتبره شرطا لازما، وهذا حسب ما ورد عن المذاهب الحنفية، وفي قول المالكية، بأن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد، والذكر لسن معينة، فإذا كان المحضون في مكان غير مأمون، فإن حضانته تسقط وهذا لتعرضه للأذى[2].

فالمالكية اعتبروا إقامة الحاضنة بالولد، في بيت معرض فيه للأذى، يجعله عرضة للعناء والضياع، وهذا لتأثر الصغير بالمحيط الذي يعيش فيه، فإن هو وجد الجو المناسب، والظروف الملائمة لراحته النفسية، انعكس ذلك إيجابا على مواهبه وملكاته، وأصبح عضوا صالح في المجتمع، ينفع نفسه وأسرته والمجتمع[3].

4/ ألاّ تكون قد امتنعت عن حضانته والأب معسرًا:

هذا الشرط أيضا مختلف فيه بين الفقهاء، فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اشتراط هذا الشرط، وخالفهم في ذلك الحنفية، واعتبروا هذا الشرط لازما في المرأة الحاضنة[4].

وحسب رأيهم أن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا، عند إعسار الأب مسقط للحضانة وعدم الامتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة[5].

فإذا كان الأب معسرًا، وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة[6].

---

[1] ــ أحمد بن يحي بن المرتضي، البحر الزخار الجامع لمذاهب الأمصار، ج3، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1394هـ، ص 285، 288.

[2] ــ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، ج4، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969، ص598.

[3] ــ عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ص599.

[4] ــ ابن الهمام، المصدر السابق، ج3، ص318.

[5] ــ الباهوتي، المصدر السابق، ج5، ص497.

[6] ــ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989، ص729.

ب/ موقف المشرع الجزائري من الشروط الخاصة بالنساء: ويتمثل موقفه كالآتي

1 / الخلو من زوج أجنبي للمحضون:

لقد تجسد ذلك من خلال المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج يغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

فالتشريع الجزائري جاء مسايرا لما أجمع عليه جمهور الفقهاء، فيفهم منه أن الحضانة تسقط عن الحاضنة بزواجها بالأجنبي عن المحضون، أو بالقريب غير المحرم، أما القريب المحرم فلا يسقط حقها في الحضانة.

وعلى لسان الدكتور العربي بلحاج قال: " أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب إذا لم تتزوج، فإن تزوجت تسقط حضانتها، لأن الأجنبي يبغض الولد ويتمنى موته، وذلك لأنه يراه غريمه في حب زوجته، فيربى الولد على المذلة، والحضانة إنما شرعت لضمان حسن الرعاية، وكمال العناية به[1]".

وهذا ما نلاحظه في التطبيقات القضائية حيث جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1989/07/03، بقوله: "من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون[2]"، ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر، وأخذ بهذا الشرط، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون.

2/ أن تكون ذات رحم محرم للمحضون:

ففي قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع ذكر هذا الشرط من خلال نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، بنصه :" يسقط حق الحضانة، بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون ". ويفهم من هذا النص، أن تكون الحاضنة متزوجة بمن هو محرما للولد، وإلا سقط حقها في الحضانة، ولو كانت أمًا مع الأخذ بمصلحة المحضون.

---

[1] ــ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج والطلاق "، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص384.

[2] ــ م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ: 1989/07/03، ملف رقم :4353، م.ق، العدد الأول، 1992، ص45.

والملاحظ أن المشرع الجزائري أشار إلى هذا الشرط بشكل ظاهر، وهذا ما يترك مجالا للاجتهاد القضائي مفتوحا.

3/ عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه فيظهر موقف المشرع الجزائري، من خلال ما ورد في مضمون المادة 70 من قانون الأسرة، بنصها: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة، إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون، المتزوجة بغير قريب محرم". فسكن الخالة أو الجدة مع المحضون و ابنتها المتزوجة بشخص غريب يبغضه، يجعلهما دون أحقية لحضانة الصغير، إلاّ إذا انفردتا بسكن آخر مستقل عن مسكن أم المحضون، وجاءت هذه المادة مؤكدة على مصلحة المحضون، ليتربى وينشأ نشأة سوية، بعيدة عن كل المشاكل المحيطة به، والتي تؤثر عليه سلبا في مستقبله[1].

4/ ألاّ تكون قد امتنعت عن حضانته والأب معسرًا:

لم يذكر المشرع الجزائري هذا الشرط في قانون الأسرة، غير أنه بالرجوع إلى التطبيقات القضائية وآراء الفقهاء نجد المخرج في ذلك، فللقاضي واسع النظر في الأخذ بهذا الشرط أو وضعه جانبا، بحكم أن القاضي يرجع إلى المذاهب الإسلامية دون تمييز بينها، وهذا في حالة عدم وجود نص صريح في ذلك.

ثــالــثــــا: الشروط الخاصة بالرجال:

بالإضافة إلى الشروط العامة في الرجال والنساء، فإنه يشترط في الرجال شروط خاصة، تتناسب وطبيعتهم تكون مؤهلا لهم للقيام بهذه الولاية، وتحقيقا لمصلحة المحضون في نفس الوقت.

أ-الشروط الخاصة بالرجال في الشريعة الإسلامية: اختلفت مواقف الفقهاء في الشروط الخاصة بالرجال على النحو الآتي.

[1] ــ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2013، ص115.

1/ أن يكون ذا رحم محرم للصغير:

ويكون هذا الشرط في حالة إذا كان المحضون أنثى ومشتهاة، أما إن كان المحضون ذكرا فلا إشكال في حضانة الرجال له، وقد فرق الفقهاء بين مرحلتين في حياة الأنثى المحضونة[1]. كما يلي:

أ/المرحلة الأولى: وهي مرحلة ما قبل الرغبة فيها، بأن تكون غير مشتهاة أو غير مطيقة، وقد حددها الحنابلة والحنفية بما دون سن السابعة[2].

وقد اختلف الفقهاء حول استحقاق الحاضن الرجل للمحضونة الأنثى على قولين:

-**القول الأول:** وهو للشافعية والحنابلة وبعض الأحناف والمالكية، لا يشترط كون الحاضن ذا رحم محرم للأنثى، لأنها غير مشتهاة، طالما أنه غير مأمون عليها، فوقوع الفتنة مع هذا السن بالأخص أمر مستبعد[3].

-**القول الثاني:** وهو قول بعض الأحناف والزيدية، ويشترط في الحاضن أن يكون ذا رحم محرم في كل الحالات بدون اعتداد بسن الصغيرة، حتى لو كانت غير مشتهاة، سدًا لأسباب الفتنة إلا أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها، فللقاضي أن يبقيها عنده إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده، لأنه أولى من الأجنبي والحاكم.

ب/المرحلة الثانية: وهي المرحلة التي تكون فيها الصغيرة مشتهاة، أو مطيقة أو بلغت سن السابعة فأكثر، وهذه المرحلة يشترط فيها أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة، وهو يكون كذلك بنسب أو مصاهرة أو رضاع، فلا يحق لابن العم في حضانة الجارية.

ويرى الأحناف: أن ابن العم لا يحق له في ضم الجارية إليه، لأنه رحم غير محرم، فلا يؤمن منه أن يطمع فيها.

---

[1] ــ البهوتي، المصدر السابق، ج3، ص264.

[2] ــ البهوتي، المصدر السابق، ج2، ص329، ابن الهمام، المصدر سابق، ج4، ص370.

[3] ــ الشربيني، المصدر السابق ، ج7، ص623. ابن الهمام، المصدر سابق، ج3، ص318. البهوتي، مصدر سابق، ج2، ص329. الصاوي، أبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج1، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، د.ت، ص529.

فلهذا لا يكون له أن يضمها، وإن كانت ولاية التزويج له باعتبار العصبة[1].

وأجازوا ذلك في حالة ما لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها، جاز إبقائها عنده بأمر من القاضي، إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى الفتنة منه[2].

يرى المالكية والحنابلة: أن يكون الرجل الحاضن للأنثى المحضونة ذا رحم محرم لها، في كل مراحل حياتها[3].

ويرى الشافعية: بجواز تسليمها لغير رحم محرم، إن كان برفقة ابنته أو نحوها، كأخته الثقة وتسلم لها لا له، يقول الشربيني: "ولا تسلم مشتهاة لغير محرم، حذرا من الخلوة المحرمة، بل تسلم لثقة يعينها هو كبنته[4]".

2/ أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء:

وهذا الشرط مختلف فيه، بل أن جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة لم يقولوا بهذا الشرط، باستثناء المالكية بقولهم أن يكون عند الحاضن من يحضن من الإناث، كأم أو زوجة أو خالة أو عمة أو خادمة، لأن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كما للنساء[5].

ب/موقف المشرع الجزائري من الشروط الخاصة بالرجال:ويتمثل موقف المشرع الجزائري على النحو الآتي

1/ أن يكون ذا رحم محرم للصغير:

فلم نجد نصا صريحا، في التشريع الجزائري يقول بهذا الشرط، إلا أننا بالرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، نجد الحل المناسب، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد أي مذهب بحد ذاته، والقاضي مطالب بالاجتهاد في الرأي والأخذ بالرأي الفقهي المناسب لذلك، حسب القضية المعروضة عليه.

---

[1] ــ السرخسي، المصدر السابق، ص212.

[2] ــ الكساني، المصدر السابق، ج3، ص564.

[3] ــ الصاوي، ج1، المصدر السابق، ص529. الباهوتي، ج2، المصدر السابق، ص329.

[4] ــ محمد الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ت، ص194.

[5] ــ أحمد بن محمد الدرير، المصدر السابق، ج2، ص529.

2/ أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء:

نفس الملاحظة في الشرط، حيث أن المشرع الجزائري، لم يورد نص في ذلك، وبالتالي يمكن للقاضي إيجاد الحل في مختلف المذاهب الفقهية، كما قالت بها المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

ومن خلال دراستي لطبيعة الحضانة أخلص إلى ما يلي:

أوجه التشابه:

-تتفق الشريعة الإسلامية مع موقف المشرع الجزائري، على أن الحضانة ذو طبيعة هجينة، فهي حق للحاضنة والمحضون في نفس الوقت، أي أنها حق مزدوج، وأن هذا الحق يسقط بأسباب إرادية وغير إرادية .

-تغليب مصلحة المحضون على الحاضن، فهما ينظران الى أن حق الصغير أقوى؛ لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه.

أوجه الاختلاف:

تختلف كل من الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري فيما يلي :

- اعتبار الشريعة الإسلامية أن الحضانة حق من حقوق الله تعالى، أي أنه حق عام، تعم منفعته جميع الناس فتم انتسابه الى الله تعالى، لكننا نجد أن المشرع الجزائري لم يشر الى هذا النوع من الحق، بل حصر هذا الحق في حق المحضونين وحق الحاضنة فقط دون ذكره كحق عام .

- تشديد فقهاء الشريعة الإسلامية حين تنازل الحاضنة عن حضانتها في حال كون هذا التنازل أحدث ضررا بمصلحة المحضون وذلك بذكره لعبارة -تجبر- فهذا اللفظ فيه من التشديد، في حين أن المشرع الجزائري قيد هو الآخر التنازل المطلق للحاضنة عن الحضانة ولكن من دون استعمال عبارات تجديد في ذلك

وفيما يتعلق بشروط ممارسة الحاضنة خلصت الى ما يلي :

أوجه التشابه:

-العقل شرط ضروري وأكيد في الحاضنة أو الحاضن، فلا تصح الحضانة بفقدان العقل،

-البلوغ كذلك شرط من الشروط الضرورية في الحضانة؛ لأن بالبلوغ يصبح الشخص قادر على تولي شؤون نفسه، ليكلف فيما بعد بشؤون غيره، والصغير ليس أهلاً لذلك، وبالبلوغ تكتمل الإدارة كذلك .

-القدرة، تعني السلامة الجسمانية التي تؤثر على الحاضن في القيام بشؤون المحضون، وكذلك الاستطاعة المادية

-التأكيد على شرط الأمانة كشرط ضروري يجب توفره لدى الشخص في رأي وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك المشرع الجزائري، وقالوا بانعدام الحضانة لمن لا أمانة له.

-الخلو من زوج أجنبي من زوج للمحضون، وهو شرط ضروري في الحاضنة، حيث لاحظت من موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، ورأي المشرع الجزائري اتفاقها على سقوط حق الحضانة بالزوج بغير قريب محرم للمحضون.

-أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم لمحضون وسواء كان الحاضن ذكراً أو أنثى، فيشترط المحرمية بين الحاضن والمحضون .

-اشتراط عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه، وهو شرط متفق عليه عند بعض أراء فقهاء الشريعة والمشرع الجزائري.

أوجه الاختلاف:

-اختلف الفقهاء في شرط وجوب العقل في الشخص الحاضن بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، فمنهم من قال بأن الجنون المتقطع ليس شرط في الحاضنة، بينما قال المشرع الجزائري بشرط العقل في الحاضنة ولم يذكر كون هذا الجنون مطبقاً أو متقطعاً.

-اختلف فقهاء الشريعة في تحديد البلوغ والذي يشترط في الحضانة، بين من حدده بسن معينة ، وبين من حدده بظهوره علامات في الذكور و الأنثى تكون بمثابة دلالة على البلوغ، في حين أن المشرع الجزائري حدده بسن معينة وهي 19 سنة كاملة بالنسبة للذكر و الأنثى على السواء .

-وتعتبر القدرة من شرط الحضانة كذلك واختلف في معنى القدرة لدى الفقهاء بين من يعتبرها سلامة البدن من الأمراض و العاهات و الأمراض المعدية، وبين من يعتبرها

بأنها اليسر في الإنفاق، ويقول الفقهاء بأن الأمراض المانعة من الحضانة، هي الأمراض المعدية .

–ومنهم من يقول بأن المرض المشغل هو المانع للحضانة، وكذلك العاهات مثل الخرس، والعمى، و الصم، ومنهم من قال بأن الأعمى تثبت له الحضانة، وفي مقابل ذلك أخذ المشرع الجزائري بشرط القدرة واعتبر المقصود منه السلامة الجسمانية، واليسر في الإنفاق واعتبر ذوي العاهات أشخاص ممنوعون من الحضانة، وكذلك اعتبر الأمراض المعدية والتقدم في السن والاستطاعة المادية من عدمها من موانع الحضانة.

واختلف فقهاء الشريعة في معنى الأمانة ، ولقد أخذ معظم الفقهاء بها كشرط في الحضانة وشددوا عليها، ماعدا قول واحد في رأي الحنفية لم يأخذ بها، وفي مقابل ذلك اخذ المشرع الجزائري بها هو الآخر، وشدد على اعتبارها كشرط من شروط الحضانة على الرغم من عدم وجود نص صريح في ذلك ما عدا ما ذكر في القرارات القضائية.

–ولقد اختلف الفقهاء في اعتبار شرط الحرية، بين من يقول بأن العبد أو الأمة ممنوعون من القيام بالحضانة، وبين من يقول بإجازة حضانة الرقيق للمحضون الرقيق، وفرق البعض الآخر بين من كله رق وبعضه رق، ومن الفقهاء من قال بجواز حضانة الأمة، وفي مقابل ذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الجانب، على اعتبار نهاية زمن العبودية، والمشرع إنما يقوم بمعالجة أمور واقعية.

– وبالنسبة للإسلام، اختلف فقهاء الشريعة، في اعتبار هذا الشرط بين من لا يعتبره شرطاً في الحضانة، إلا إذا خيف على المحضون من فساد الحاضن، وبين من يراه شرطاً ضرورياً ولازماً، . فلا بد أن يكون الحاضن مسلماً وبين من يرى بضرورة إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، وبين من يرى بضرورة عدم ردة الحاضنة، وعلق حضانتها على ردتها، وبين من يرى بعدم شرط الإسلام بشرط أن لا يعقل الصغير الدين، وفي مقابل ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بضرورة إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، ونجد في القرارات القضائية بأنها ساوى بين الأم المسلمة والغير المسلمة في استحقاق الحضانة، إلا في حالة الخوف على دين المحضون يوضع تحت رقابة المسلمين ولا ينزع من حاضنته وهو ما يتوافق ورأي المالكية.

المبحث الثاني:حقوق الحاضن والمحضون له و أصحاب الحق في الحضانة :

إن من آثار الحضانة توفير سكن للمحضون يأويه وتمارس فيه حضانته، والسكن عنصراً مهم في حضانة الطفل، وتعتبر زيارة المحضون كذلك أثر من هاته الآثار، والذي هو حق للمحضون وحق لأحد الأبوين الذي لم يكن له حق حضانة ولده، وقد أقرت الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري بهذين الحقين كعاملين أساسين في حضانة الطفل، كما أعطت الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري حق حضانة الطفل للعديد من الأشخاص ورتبتهم ترتيباً مميزاً، فينتقل هذا الحق إلى الشخص الآخر بسقوطه عن الأول، وقد تناولت هذا المبحث في مطلبين

المطلب الأول: حق الحاضن والمحضون له:

المطلب الثاني : أصحاب الحق في الحضانة:

المطلب الأول: حقوق الحاضن والمحضون له:

من حقوق المحضون توفير سكن يأويه وتمارس فيه حضانته ورعايته، وكذلك حقه في الزيارة، حيث أن إسناد الحضانة إلى مستحقيها يكون في الغالب إلى الأعم وهي الأم، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، مما يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن والده، مما يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على التوازن رعاية لمصلحة المحضون من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى بتمكينه من زيارة ورؤية ابنه وحق زيارة المحضون في الفقه والقانون.

الفرع الأول:حق مسكن الحضانة:

يعتبر مسكن الحضانة من إحدى الضروريات اللازمة لحضانة الصغير، حيث ينشأ وتتم فيه رعايته، وهو من الحقوق اللصيقة بالمحضون، ولقد اختلف موقف الفقهاء حول أحقية وعدم أحقية المحضون في السكن.

أ/-مرحلة الزوجية و العدة: ولفقهاء الشريعة والمشرع الجزائري أراء حول حق مسكن الحضانة في هاته المرحلة على النحو الآتي

أولا: في الشريعة الإسلامية :تعددت مواقف الفقهاء حول حق المحضون في السكن وذلك من مرحلة الزوجية والعدة الى مرحلة ما بعد العدة على النحو الآتي :

ويعتبر حق الزوجة في السكن في مرحلة الزوجية والعدة من حقوقها على الزوج، و أما سكنى المعتدّة في بيت الزوجية، فواجبة و قد أمر بها تعالى، والبيت المضاف للمرأة هو البيت الذي تسكنه عند الفرقة، سوءا كانت مطلقة أو توفي عنها زوجها، لكن الحنفية قالوا بجواز بقاء المطلقة رجعياً مع الزوج في داراً واحدة، وله إن قصدَ مراجعتها و الاستمتاع بها بعد الطلاق؛ لأن الطلاق الرجعي لا يحرم عندهم على الرجل المطلقة على من طلقها .أم في الطلاق البائن أو الثلاث فلا بد من ساتراً حاجزاً بين الرجل والمطلقة، فإن كان المسكن متسعاً استقلت المرأة بحجرة فيه، ويعد فسق الزوج وضيق المسكن عذراً يجيز في رأي الحنفية للمطلقة أو المتوفي عنها زوجها الخروج من البيت[1] وذكر الشافعية أن الرجل إذا عاشر المعتدّة كزوج، بخلوة ولو بدخول دار هي فيها، ونوم ولو في الليل فقط وأكل ونحو ذلك، بلا وطئ لها، في عدت أقراء أو أشهر، فالأصح إن كانت بائنا انقضت عدتها ، وان كانت رجعية فلا تنقضي عدتها[2].

هذا ونشير أن الشريعة الإسلامية قد بينت مكان الحضانة في هاته المرحلة على النحو الآتي :

– يعتبر مكان الحضانة إذا كانت الزوجية بينهما قائمة، وكذا إذا كانت الأم المطلقة طلاقا رجعيا هو مكان الزوجين.

وبذلك لا يحق للزوج أثناء قيام الزوجية، الخروج بالولد قبل الاستغناء عن أمه أو حاضنته، ففي ذلك عبارة عن إبطال حقها في حضانته، ولا يحق لها مغادرة ذلك البلد إلى بلد آخر، لأن عليها واجب الحضانة فتبقى بذلك في مسكن الحضانة، إلى حين استغناء الولد[3]، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾[4] .

---

[1] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 8، ط 3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2012، ص 622

[2] الشربيني، مغني المحتاج، مصدر السابق ، ج 3، ص 393.

[3] ــ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص66.

[4] ــ سورة الطلاق، الآية رقم (01).

ثانياً : في قانون الأسرة الجزائري :

إن المادتين 72 و 78 من قانون الأسرة تفيدان بواجب توفير مسكن الحضانة، إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم، فإنها (أي الأم) تحضن الأبناء في مكان الزوجية، وكذلك إذا كانت معتدةً من طلاق رجعي أو بائن، وذلك لأن المرأة تعتبر ناشزا إن تركت بيت الزوجية في هذه الأحوال، ولذلك إذا خرجت من المسكن في هذه الحال ومعها ولدها، أو لم يكن معها فللزوج أن يعيدها إلى مسكن الزوجية، إذ له عليها حق الطاعة، إن كانت زوجةً، ولها عليها حق الإقامة في المسكن إن كانت معتدةً[1]، وما يؤكد ذلك القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والذي مفاده (يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة[2].

ب/–مرحلة ما بعد العدة : واختلفت أراء الفقهاء وموقف المشرع الجزائري حول أحقية وعدم أحقية المحضون في السكن في هاته المرحلة على النحو الآتي:

أولاً: في الشريعة الإسلامية:

اختلف موقف الفقهاء حول أحقية وعدم أحقية المحضون في السكن على النحو الآتي:

– **رأي فقهاء المالكية:** اتفق المالكية على أن السكن واجب على الأب فيما يخص المحضون، واختلفوا فيما يخص الحاضنة، وفي قول آخر للمالكية أنها واجبة على الحاضنة[3]. ومنهم من قال أنها على المعسر بمعنى أن الحاضنة إذا أيسرت دون الأب لم يكن على الأب سكنى، وإن أيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء، وإلا فباجتهاد الحاكم بفرض الأجرة جزء منها على الأب وجزء على الأم حسب يسارها .

[1] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص410.

[2] م ع، غ أ ش، بتاريخ :2010/11/11، ملف رقم : 581700، م ج ع، العدد الأول، 2011، ص 252.

[3] ــ نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقهًا وتطبيقاً، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص70.

يقول الإمام سحنون[1]: "إن سكنى الطفل على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها، ويكون توزيع الأجرة بين أب المحضون ونصفها على الحاضنة"[2].

-**رأي فقهاء الحنفية:** لفقهاء الحنفية خلاف في وجوب توفير مسكن الحضانة للصغير على تلزمه النفقة،

الأول: أن أجرة السكن في الحضانة غير واجبة، يقول ابن عابدين: "لا تجب في الحضانة أجرة السكن الذي يحضن فيه الصبي[3]"، وهذا عند امتلاك الحاضنة لمسكن.

الثاني: إذا لم يكن للحاضنة مسكن، فالراجح وجوب أجرة المسكن على الأب، وهذا لكون أجرة المسكن مبنية على وجوب النفقة على المحضون، وليس وجوب الأجر على الحاضنة[4].

- **رأي فقهاء الشافعية:**

ولفقهاء الشافعية في مسكن المحضون والقول بوجوب أجرته أم لا، قولان:

الأول: عدم الوجوب، وفي ذلك يقول ابن حجر الهيثمي: "الأم الحاضنة إن كانت في عصمة الزوج الأب فالإسكان عليه، وإلاّ فليس لها إلاّ أجرة الحضانة، فتستأجر منها مسكنا إن شاءت ولا تسقط حضانتها بعدم ملكها المسكن، والله سبحانه أعلم بالصواب[5]".

الثاني: أنها واجبة وتدخل ضمن المؤونة، يقول الشربيني: "ومؤونة الحضانة في مال المحضون، فإن لم يكن له مال، فعلى من تلزمه نفقته؛ لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة[6]".

---

[1] عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي الملقب سحنون وسحنون طائر جديد لقب بذلك لجدته في المسائل أصله شامي من حمس ولد بالقيروان عام 160ه، توفي رحمه الله في رجب سنة 240ه، من مؤلفاته المدونة في فروع المالكية

[2] – عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر ، 2011، ص 24 .

[3] ــ ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة الإبانة، ج1، دط ، د ت ،ص268.

[4] ــ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص233.

[5] ــ ابن حجر الهيثمي، أحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن حجر، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج4، مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، مصر، ص216.

[6] ــ الشربيني، المصدر السابق ، ج3، ص452.

-**رأي فقهاء الحنابلة** : لم يتطرق فقهاء الحنابلة إلى مسألة السكن أو أجرته، فكان تطرقهم فقط للنفقة، يقول ابن قدامة: "ويجبر الرجل على نفقة والديه وأولاده الذكور والإناث، إذا كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم[1]".

فلو كان السكن ضمن النفقة فهو واجب.

-هذا ونشير الى أن الشريعة الإسلامية قد حددت مكان الحضانة واختلفت أراء الفقهاء في ذلك على النحو الآتي:

-**رأي فقهاء الحنفية:** قالوا بأن الأم المطلقة بعد انتهاء العدة، يكون مكان حضانتها هو أيضا مكان إقامة الزوج، ولا يجوز لها الخروج من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت، بحيث لا يمكن الوالد أن يبصر ولده، ثم يرجع في نهاره، إلاّ إذا انتقلت به إلى وطنها، وكان قد تزوجها (أي عقد عليها عقد الزواج فيه[2].

-**رأي فقهاء الشافعية:** ذهب الشافعية إلى أنه إن كان السفر من أحد الزوجين المفترقين بالطلاق سفر حاجة كتجارة وحج، كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعود، فمكان الحضانة يكون للشخص المقيم منهما[3]، وإذا كان السفر من أحد الزوجين للإقامة، فإن الأب والعصبة أولى بإمساك الصغير بشرط أمن الطريق وأمن البلد المقصود بالسفر، حفظا للنسب، فإنه يحفظه الآباء، أو رعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق.

فإن كان السفر مخوّفا، أو البلد الذي يسافر إليه مخوفا، فالمقيم أحق بحضانة للولد، يقول المطيعي: "وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمنا وطريقه آمنا فالأب أحق به، سواء كان هو المقيم أم المنتقل؛ لأن كون الولد مع الأب حفظ للنسب والتأديب[4]".

3/**رأي فقهاء المالكية:** قالوا بأن مكان ((الحضانة للمطلقة بعد انقضاء العدة هو مكان إقامة والد المحضون. فليس لها السفر سفر نقله، وانقطاع من بلد إلى بلد ستة

---

[1] ــ ابن قدامة، المصدر السابق ، ج8، ص211.

[2] الكاساني، المصدر السابق ، جزء 5، ص 2261، 2662، أبو الحسن المرغاني، المصدر سابق، ج 2، ص 38، 39

[3] الباجوري، المصدر السابق، ج2، ص 192 .

[4] ــ محمد نجيب المطيعي، المرجع السابق، ج17، ص183.

بُرُد(133كلم) فأكثر، فإن سافرت إلى مكان يبعد هذه المسافة على بعد إقامة الأب، سقط حقها في الحضانة لاحتياج المحضون إلى رعاية الولي. ولا يسقط حقها في الحضانة بسفر التجارة والزيارة والحج ونحوه[1].

قال الإمام مالك رحمه الله: (وليس للأم أن تنقلهم عن الموضع القريب البريد ونحوه)[2].

وقالوا: إن كراء السكن للحاضنة والمحضونين على والدهم، فإن كان الأب معسرا، وجبت عليه وجعلت دينا في الذمة، يطالب به عند اليسار[3].

4/**رأي فقهاء الحنابلة:** قرر الحنابلة أنه متى أراد أحد الأبوين الانتقال بالمحضون إلى بلد آمن، مسافة القصر فأكثر، ليسكنه، فتسقط حضانة الحاضنة، ويكون الأب أحق، ما لم يرد بنقله مضارتها، فإن أراد بنقلته مضارة الأم، لم يسقط حقها في الحضانة[4].

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما لذلك، وإن تعذر على الأب ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن[5]".

يتضح لنا من المادة أعلاه أن توفير سكن لممارسة الحضانة لازم ولصيق بها، فهو المكان الذي يتطلب لتحقيق مضمون الحضانة، مما نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة.

ــ أقرّ المشرع الجزائري من خلال مضمون المادة 72 من قانون الأسرة، على وجوب والتزام الأب بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وهذا في حالة الطلاق وافتراق

---

[1] – الإمام مالك، المصدر السابق ، م 2، ج3، ص 358 .

[2] ــ الإمام مالك، المصدر السابق ، م2، ج3، ص358.

[3] ــ عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص297.

[4] ــ وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، مرجع سابق، ص 682 .

[5] ــ المادة 72 من قانون الأسرة المعدلة والمتممة بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27.

الزوجين (صدور حكم نهائي)، كما يجب أن يكون هذا السكن ملائما للحضانة، والقاضي هو الذي يقدر وحده مدى صلاحية هذا المسكن و ملائمته للعيش وممارسة الحضانة فيه، وإن تعذّر الأب المطلق توفير السكن الملائم لذلك، فهو مطالب وملزم بدفع الإيجار للأم الحاضنة[1].

وقد حدد المشرع الجزائري مجموعة من الشروط التي يجب توفرها لإمكانية الحكم للحاضنة بسكن مناسب تقيم فيه هي ومحضونها، ومجمل هذه الشروط تتمثل فيما يلي[2]:

1- صدور حكم نهائي بالطلاق يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.

2- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، لأنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هو الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة.

3- أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده وإذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فيجب عليه في هذه الحالة أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها ولمثلها .

وهذا ما أكّده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي:

"حيث أنه تبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن الطاعن أبدى استعداده لتوفير مسكن للمطعون ضدها لممارسة الحضانة بينما طالبت بدفع الإيجار للمحكوم به لها بموجب الحكم المستأنف، وحيث أن المادة 72من قانون الأسرة تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وحيث أنه كذلك يجب على قضاة المجلس التطرق إلى عرض الطاعن فيما يخص سكن ممارسة الحضانة، لأن الإلزام الأول الواقع على الطاعن المطلق

[1] ــ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومة للطباعة وللنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص145.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع سابق، ص145، 146.

هو توفير سكن لممارسة الحضانة وإن تعذر ذلك عليه نقل الإلزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم إلا بواحد منهما وليس بالخيار[1].

ــ ولقد استقر القضاء على أن أجرة مسكن الحضانة مسألة من مسائل الواقع تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فالقاضي بعد تأكده من عدم قدرة الأب على توفير السكن الملائم للحضانة يحكم عليه ببدل الإيجار، مراعيا في ذلك جملة من الظروف حسب تقديره على النحو الآتي[2]:

ــ الحالة المادية للأب

ــ موقع السكن .

ــ مستوى المعيشة .

ــ مراعاة زمن استحقاق الأجرة .

ــ مراعاة تعدد المحضونين .

-ولقد ألزم المشرع المطلقة بالبقاء في بمسكن الزوجية دون أي قيد يذكر، إلى غاية التزام الأب بتنفيذ الحكم القاضي بالسكن، وهذا لقضاء العدة ابتداء من تاريخ التصريح بالطلاق، ويجب على مطلِّقها تحمل نفقة العدة المحكوم بها قضائيا طبقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري[3] لكن هذا الحق في النفقة يسقط شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقض فيه العدة دون مبرر شرعي سواء كليا أو جزئيا.

وبقاء الحاضنة في مسكن الزوجية، إنما هو حل مؤقت، مرهون بمدة الحضانة وعدم سقوطها شرعا وقانونا، ولأن حق المحضون مقرر لمصلحته فالحاضنة تستحقه بالتبعية له لصفتها كحاضنة[4].

---

[1] ــ م.ع، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 2010/09/18، ملف رقم:566381، م.ق، 2010، عدد02، ص268.

[2] ــ عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص42.

[3] ــ تنص المادة 61 على : " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

[4] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 52 .

وما يؤكد ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والذي مفاده: "يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحضانة[1]"

-هذا ونشير إلى أن المشرع الجزائري قد بين مكان حضانة المحضون في مرحلة ما بعد العدة على النحو الآتـــي:

عند انقضاء عدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يلزمها أحد البقاء بالمحضون في بيت الزوجية، فلها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة.

نرى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي تمارس فيه حضانة الصغير، ولكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء من نص المادة 69 من قانون الأسرة، إذ تنص على أنه" وإذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون[2].

بمفهوم المخالفة نجد أن المشرع الجزائري يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون، والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه ورعايته وزيارته بسهولة ودون عناء في ذلك.

أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

وتؤكد المحكمة العليا في قراراها الصادر عن الغرفة الأحوال الشخصية والذي مفاده أنه: " من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمة فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءا مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

---

[1] ــ م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ: 2010/11/11، ملف رقم:581700، م ج ع، العدد:01، 2011، ص:252.

[2] ــ المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] ــ م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ: 1990/02/19، ملف رقم:59013، م ق، لسنة 1991، العدد:04، ص:116.

فإذا تولت إحدى المحارم من النساء حضانة الطفل وجب عليها أن تقيم به في مكان إقامة أبيه ولا تنتقل بالمحضون إلاّ بإذن من يقوم مقامه من الرجال في حالة عدم وجود الأب، وإلاّ سقط حقها في الحضانة إلاّ إذا أذن لها أب المحضون بالسفر.

الفرع الثاني: رؤيـــــة المحضـــــون (زيارته) :

إن حق رؤية المحضون يعتبر من أحد الحقوق الواجبة للطرف الذي لم يثبت له حق حضانة الصغير، لتمكينه من الاطمئنان على حاله ومباشرة شؤونه وسد حاجاته، التي قد لا يستطيع الحاضن الإيفاء بها وهو حق ثابت شرعا وقانونا.

أولا: تعريف الرؤية :

أ/ تعريف الرؤية لغة: ورد لفظ الرؤية في المعاجم اللغوية بمعان مترادفة ومتشابهة تدور هذه المعاني بين النظر بالعين أو القلب وبين المعاينة والإطلاع.

" المشاهدة: شهد من باب سلم، الشهادة خبر قاطع، والمشاهدة: المعاينة، وشَهِدَهُ: أي حضره فهو شاهد، وقيل شاهده: عاينه، والشهيد: الشاهد والأمين في شهادته، والذي لا يغيب عن علمه شيء"[1].

ب/ تعريف الرؤية اصطلاحا:

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري بيان معنى الرؤية وفقا للتوضيح الآتي:

*** تعريف الرؤية في الفقه الإسلامي:**

لم يعطي فقهاء الشريعة الإسلامية تعريفا معينا للرؤية باعتبارها حقا للطرف الذي لم يثبت له حق حضانة الصغير وإنما أوردوا ألفاظا كثيرة للدلالة على الرؤية منها لفظ المشاهدة والمطالعة والإبصار والزيارة حيث جاء في:

حاشية ابن عابدين " ... ولها أن تبصر ولدها[2]".

[1] ــ الفيروز آبادي، المصدر السابق، ج1، ص331.

[2] ــ ابن عابدين، المصدر السابق، ج2، ص661.

*** تعريف الرؤية في التشريع الجزائري :**

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا محددا للرؤية وذكرها من خلال المادة 64 من ق أ بنصها " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة، 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[1]".

وحسب ما ورد في تعريف عبد العزيز سعد " رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون[2]".

ثانيا: موقف الشريعة و قانون الأسرة من حق الرؤية :اتفق الفقهاء في إتيان حق الرؤية ولكنهم إختلفوا في كيفية تجسيدها،كما نظمها المشرع الجزائري كذلك:

أ/ موقف الشريعة من حق الرؤية :

تعتبر رؤية المحضون حق مقرر شرعا، وقد نظمت الشريعة الإسلامية هذا الحق وجعلته من باب صلة الأرحام التي أمر الله أن توصل[3]، وجاءت أدلة مشروعيتها:

-من الكتاب: " **وَاعْبُدُوا اللّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ**....[4]

-من السنة: عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: " من أحب أن يبسط له في رزقه وينشأ له في أثره فليصل رحمه[5].

---

[1] ــ المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] ــ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص297.

[3] ــ أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة "، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص463.

[4] سورة النساء الآية 36 .

[5] ــأخرجه البخاري كتاب الأدب، باب من بسط له في الرزق لصلة الرحم، حديث رقم 5956.

ومن الأحاديث الدالة على تلك الصلة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الرحم متعلقة بالعرش تقول : من وصلني وصله الله ومن قطعني قطعه الله[1]".

-**وجه الدلالة** : أن الرسول صلى الله عليه وسلم حث على صلة الأرحام وعدم قطعها حيث أن من يصل رحمه يصله الله وينال مرضاته، ومن يقطعها يحل عليه غضب الله وتنقطع صلته بخالقه.

ولقد تعددت أراء الفقهاء حول حق الرؤية على النحو الآتي :

1/ الحنفية:يرى الحنفية أنه لا يمنع أحد الأبوين من زيارة المحضون ورؤيته كل يوم، إذا كان في حضانة الآخر، وتكون الزيارة نهارًا.

ولا يجبر من هو عنده على إرساله إلى مكان إقامة الآخر ليراه، بل يجبر على إخراجه إلى مكان يستطيع أن يراه فيه، وتكون الزيارة، كل شهر لغير الأم[2].

2/ المالكية: أن للأم الحق في رؤية أولادها الصغار بحسب سنهم، فبالنسبة للصغار كل يوم أما الكبار مرة في الأسبوع، ومثال ذلك الأب في رؤية أبنائه قبل بلوغ سن التعليم، لأن لهم حق رعايته، وأما بعد سن التربية والتعليم فله مطالعة أبنائه من حين لآخر أي الإطلاع عليه، وتكون الزيارة نهارا ويعود إلى أمه ليلا[3].

3/ **الشافعية والحنابلة:** فرق الشافعية والحنابلة في رؤية المحضون بين الذكر والأنثى، فإن كان المحضون ذكرا و اختار الأم عند تخييره في سن التمييز، كان عند الأم ليلا وعند الأب نهارا ليعلمه ويؤدبه، لأن في هذا مصلحة المحضون وحق الأب، أما لو كان قد اختار أباه عند التخيير، وهو في حضانة أبيه، فيبقى المحضون في حضانة أبيه ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة أمه، لأن منعه إغراء بعقوق الوالدين وقطيعة الرحم وكلاهما محرمان[4]، فإن مرض المحضون فالأم أولى بتمريضه في بيتها، لأن بهذا

---

[1] أخرجه مسلم بن الحجاج بن الحسن القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، التحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ج 4، د ط ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، باب صلة، كتاب الأدب، باب صلة الرحم وقطيعتها، حديث رقم 2557.

[2] ــ ابن عابدين، المصدر سابق، ج2، ص885.

[3] ــ الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص512.

[4] ــ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، المرجع السابق، ص349.

المرض أصبح يحتاج إلى من يقوم بشؤونه، أما لو مرض أحد الوالدين فلا يمنع المحضون، ذكرا كان أو أنثى، من زيارته وعيادته وحضوره إن مات، وأما في حال الصحة فالذكر يزور أمه لأنها عورة وسترها أولى.

أما إذا كان المحضونة أنثى، فإن كانت عند الأم أو عند الأب فتبقى عند أحدهما ليلا ونهارا، لأن تأديبها وتعليمها في داخل البيت، ولا يمنع الحاضن الطرف الآخر من زيارتها، دون خلوة الأبوين المفترقين، أو إطالة في المكث واختيار الوقت المناسب منعا للشبهة، واستئذان صاحب البيت للدخول، وإن مرضت المحضونة فالأم أحق بتمريضها في بيتها، وإذا كانت الصغيرة في حضانة أبيها، فالأم هي التي تزورها لأن كل منهما عورة، وستر البنت أولى لأن الأم لها سنها وخبرتها وعقلها بخلاف الصغيرة[1].

ب/ موقف المشرع الجزائري من حق الرؤية:

نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أنه: " ..... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ما يستشف من هذه المادة أنه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة، وفق ترتيبات وتنظيمات، فتكون الزيارة لمرات معينة، وفي أوقات وأماكن محددة، وذلك عند الحكم بإسناد الحضانة، وحق الرؤية من الحقوق التي حماها القانون، نظرا لأهميتها البالغة وأثرها في الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون.

فالمحضون بعد افتراق الوالدين، لابد له من العيش مع أحدهما، والذي يكون في الغالب الأم بموجب إسناد الحضانة لها، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، مما ينتج عنه ابتعاد الأب عن ابنه، فيتصل بالحضانة حق الرؤية، فالولد إذا كان في حضانة الأم وأراد أبوه أن يراه فإنها لا تمنعه من ذلك وكذلك إذا كان الطفل مع أبيه وسقطت حضانة الأم لسبب من الأسباب، لا يمنعه من رؤية أمه[2].

والزيارة على العادة تكون محددة ولا تكون مطلقة، فتكون في يوم من عدة أيام، وإذا كان الابن مع أمه المتزوجة بشخص آخر، فيجب على الأب ليتمكن من الرؤية ابنه

[1] محمد سمارة، المرجع السابق، ص400.

[2] ــ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص83.

الحصول على إذن ذلك الزوج بالزيارة، فإن حصل ولم يأذن له كان واجبا على الأم إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد أحواله[1].

وعليه يعتبر حق الرؤية أمرا بالغ الأهمية لتعلقها بحق من حقوقه، فالمشرع من خلال المادة 64 تكلم عن حق رؤية المحضون بوصفها حقا من حقوقه، ضف إلى ذلك أنه كان على المشرع أن يوسع أكثر في نطاق مفهوم الرؤية[2].

وتكرس حق الرؤية في عدّة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في قرارها المؤرخ في: 1990/04/16 والذي جاء فيه: " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن للقاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناؤه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الرؤية الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[3]".

وعليه يتبين أن القرار أكد أن الرؤية تكون مرة في الأسبوع وهذا لغاية تعهد الأب لأبنائه وربط الصلة بهم، فالقضاء بذلك منح حق الرؤية في أوقات محددة، إضافة إلى ذلك نلاحظ أن المشرع لم يحدد مكان ممارسة حق الزيارة سواء كان في المنزل الذي يقيم فيه المحضون مع حاضنه أو حاضنته أو في مكان آخر.

تاركا المجال للسلطة التقديرية للقاضي، والذي يراعي العرف والعادة ومقتضيات الشريعة الإسلامية.

وحق الزيارة مكفول لمن ثبت له أحقية الحضانة من ذوي رحم المحضون، وهذا ما أكده القضاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1998/04/21 والذي مفاده:

" من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له حق الرؤية أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الرؤية للجد الذي يعتبر أصلا للولد

---

[1] ــ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص424.

[2] ــ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2008، ص.

[3] ــ م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1990/04/16، ملف رقم: 59784، م ق، العدد 04، 1991، ص126.

وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة77 من قانون الأسرة فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب ورفض الطعن"[1].

وحق الرؤية من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة في الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون[2]، بل ورتب عقوبة جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به إذ تنص المادة 328 من قانون العقوبات[3]، على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500دج إلى 5000دج، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه، أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه، أو إبعاده حتى ولو وقع بغير تحايل أو عنف، وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

من خلال دراستي لمسكن ومكان المحضون خلصت الى ما يلي

أوجه التشابه :

- أن مسكن الحاضنة في حالة قيام الزوجية والعدة من طلاق رجعي هو مسكن الزوجية وكـذلك الشأن بالنسبة لمكان الحضانة. إجماع اغلب الفقهاء على وجوب توفير سكن للحضانة في حالة الطلاق، ويكون واجباً على الأب توفيره، وإذا تعذر عليه ذلك فهو ملزم بدفع بدل الإيجار وهو ما يتوافق وموقف الموقف المشرع الجزائري .

- ضرورة أن يكون المسكن الممنوح ملائماً لممارسة الحضانة فيه

- إجماع أغلب الفقهاء على أن مكان الحضانة في مرحلة ما بعد العدة هو محل إقامة والد المحضون وهو ما يتوافق وموقف المشرع الجزائري .

---

[1] ــ م.ع، غ، أ، ش، بتاريخ: 1998/04/21، ملف رقم:189181، م ق، 2001، عدد خاص، ص192.

[2] ــ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، "الزواج والطلاق"، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص386.

[3] ــ الأمر رقم 66ــ156، المؤرخ في 08 يونيو1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد:49 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06ــ23 المؤرخ في:2006/12/20، عدد84.

أوجه الاختلاف:

– اختلاف الفقهاء حول أحقية مسكن الحضانة والقول بوجوب أجرته، بين من يقول بالوجوب وبين من يشترط عدم امتلاك الحاضنة لمسكن حتى يحق لها مسكن الحضانة، وبين من يدخل أجرة السكن ضمن المؤونة، بينما نجد أن المشرع الجزائري قد أقر بوجوب توفير سكن لممارسة الحضانة في حالة صدور حكم نهائي بالطلاق ويكون واجباً على الأب توفيره، وإذا تعذر عليه ذلك فهو مطالب بدفع بدل الإيجار .

– لم يفصل الفقهاء في قيمة أجرة السكن الواجبة على الأب بينما أخضعها المشرع الجزائري الى السلطة التقديرية للقاضي .

–إلزام المشرع الجزائري على بقاء الحاضنة بمسكن الزوجية الى حين تنفيذ الأب الحكم القاضي بالسكن، وهو ما يتناقض مع ما أقرته الشريعة الإسلامية، فبقاء الحاضنة بمسكن الزوجية الى حين تنفيذ الحكم القاضي بالسكن رغم كونها مطلقة، بعد مخالفة شرعية لكونها أجنبية عنه . وفي حق زيارة المحضون من طرف أحد الأبوين الذي لم يكن له حق حضانة الصغير خلصت ما يلي

أوجه التشابه:

تكون الزيارة، في مواعيد منتظمة وأوقات معينة، مع احترام آداب الزيارة من طرف، الشخص الزائر، والحصول في ذلك على إذن منه .

منع حق الزيارة محظور شرعاً، ويعد تحريضاً على العقوق ويعد انتهاك لأحد الحقوق بالنسبة الى القانون .

– أوجه الاختلاف :

اختلف الفقهاء في تحديد عدد أيام الزيارة وفي الترتيبات التنظيمية لها، فمنهم من قال بأحقية زيارة المحضون كل يوم وتكون الزيارة نهاراً، ومنهم من حدد أيام الزيارة بحسب سن الطفل، ومنهم من فرق في الزيارة بحسب جنس المحضون، واختياره للحاضن سواء الأب أو الأم، فإن كان ذكرا فيبقى عند من اختاره بالليل ويرسل الى الأخر نهاراً، وان كانت أنثى، فتبقى عند من اختارته ليلاً ونهاراً ولا تمنع من زيارة الطرف الآخر، ويتفق الفقهاء في وجوب تحديد مكان الزيارة، وفي مقابل ذلك أجد أن المشرع الجزائري لم يحدد

مدة الزيارة وعددها، كما يلاحظ على المشرع أنه لا يقم بتحديد مكان الزيارة، تاركاً المجال في ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، وكما يلاحظ أن القضاء قد أقر بأحقية الزيارة لذوي رحم المحضون، وقد أقر المشرع الجزائري بعقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق.

المطــلــــب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

يتعدد مستحقي الحضانة بحسب درجة قرابتهم من الصغير المحضون، وينتقل هذا الحق بالترتيب من شخص الى آخر، وهذا لسقوط هذا الحق لسبب من الأسباب عن صاحبها الأول فتنتقل بذلك لمن يليه من ذوي الحق في الحضانة، وسأتطرق لكل هذا من خلال االفروع الآتية:

الفرع الأول:الأم ومن يليها من قريبتها

إن تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار، هي قاعدة شرعية تقتضها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال، وهذا ما قاله فقهاء الشريعة مع بعض الاختلافات في ترتيبهن، ومن هنا أخذ المشرع الجزائري بحسب ما يتناسب مع طبيعة المجتمع، وذلك بإتباع مذهب معين.

أولا: في الشريعة الإسلامية

1/ فقهاء الحنفية: وقالوا بالترتيب التالي:

الأولى: الأم وأمهاتها وإن علون، لأن الحضانة عندهم ولاية، تستفيد منها الأم، لأحقيتها للصغير من غيرها، لذلك فالنساء من جهتها أولى لأنهن يدلين للصغير بالأم، ولا يشمل ذلك النساء من جهة أب الأم، بل تتقدم أم الأب عليهن[1].

الثانية: أم الأب (الجدة) وإن علت، باستثناء أم الأب البعيدة (من جهة الأب).

الثالثة: الأخت الشقيقة، فالأخت لأم على الترتيب، والبعض من الحنفية قال على أن يساوى بينهما بقرابة الأم، ووجود الأب في الشقيقة لا يؤثر عندهم في الترتيب، والمعمول به، ما قاله ابن عابدين إن: "قرابة الأب وإن كانت لا مدخل لها، فيما يعتبر هو الأولى بالأم، لكنها تصلح للترجيح[2]"، ويفهم منه أن الأخت الشقيقة، مقدمة على الأخت لأب.

---

[1] ــ ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص563.

[2] ــ ابن عابدين، المصدر نفسه، ج2، ص63.

الرابعة: أخت الأب، وفي تقديم الخالة عليها خلاف، كون الخالة تدلي للصغير بالأم، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "الخالة بمنزلة الأم"[1].

الخامسة: بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، وهما أحق من الخالة، على خلاف ما نقله ابن عابدين، على أن الخالة أحق من بنت الأخت لأب[2].

السادسة: الخالة لأبوين، والخالة من جهة الأم مقدمة على الخالة من جهة الأب.

السابعة: بنت أخت المحضون لأب، والبعض قدمها على الخالة، الغالب تقديم الخالة عليها[3].

الثامنة: بنات أخ المحضون لأبويه، فبنات الأخ لأم، فبنات الأخ لأب.

التاسعة: العمات بتقديم عمة المحضون لأبوين، فالعمة لأم، فالتي لأب.

العاشرة: خالة الأم، فخالة الأب، فعمات الأم، فعمات الأب، بتقديم من تدلي بأم على من تدلي بأب، أما بنات العم والعمة، والخال والخالة، فلا يحق لهن في الحضانة، لعدم المحرمية[4].

2/ فقهاء المالكية: وقالوا بالترتيب التالي:

الأولى: الأم وأمهاتها، على النحو الآتي: الأم فأمها، فجدة أم المحضون من ناحية والد أمها، فجدة والد أم المحضون، فجدة والد الأم من الأب، فخالة المحضون الشقيقة، فالتي لأم، ثم التي لأب، فخالة أم المحضون تتقدم الشقيقة، فالتي لأم ثم التي لأب، فعمات أم المحضون، تتقدم الشقيقة، ثم التي لأم ثم التي لأب[5].

الثانية: أمهات الأب، بتقديم من تدلي بأم الأب على من تدلي بأب الأب، على الترتيب التالي:

أم أب المحضون، فأم أم أب المحضون، فأم أب الأب، فأم أم أم الأب، فأم أم أب الأب.

---

[1] ــ سبق تخريجه .

[2] ــ الأسرو شيني، محمد بن محمود، جامع أحكام الصغار، ج1، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د ت، ص:279.

[3] ــ الأسرو شيني، المصدر نفسه، ص280.

[4] ــ الأسرو شيني، الصدر نفسه، ص281.

[5] ــ الإمام مالك، المصدر السابق، م2، ج3، ص357.

وهذا قول المالكية بتقديم الأب على قريباته مطلقا، ثم بعده جداته[1].

3/ فقهاء الشافعية: وقالوا بالترتيب الآتي:

الأولى: الأم

الثانية: أمهات الأم، فأخت المحضون، ثم الخالة (على الرأي القديم)، أما الرأي الجديد فتقديم أم الأب وإن علت على أخت المحضون وعلى الخالة، ثم لأمهاتها ٱقرب فالأقرب.

الثالثة: أم الجد، ثم أمهاتها وإن علون، فأم أب الجد وإن علت.

الرابعة: عند انعدام أمهات الأبوين، فالحضانة للأخوات، ثم إلى الخالات فالعمات، وتقديم الشقيقة على غيرها، ثم تقدم التي لأم على التي لأب، وتقدم الخالة على بنت الأخ وبنت الأخت، وتقدم بنت الأخ وبنت الأخت، على العمة وعلى كل جدة لا ترث[2].

4/ فقهاء الحنابلة: وترتيب أهل الحضانة عندهم، على النحو التالي:

الأم فأمهاتها القربى فالقربى، ثم بعدهن يأتي دور الأب ثم أمهاته، ثم الجد لأب ثم أمهاته، ثم جد الأب ثم أمهاته، ثم جد الجد ثم أمهاته، وبعد الأصول، يأتي دور الأخوات وبعد الأخوات تأتي الخالات، ويقدمن على العمات، ثم يأتي دور العصبة، الأقرب فالأقرب[3].

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

حيث نجد أنها مستمدة ومتجسدة من تعاليم الشريعة الإسلامية، مع إختلاف طفيف في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، فالمشرع الجزائري له خلفية شرعية واضحة.

فنجد أن المشرع الجزائري قد أعطى الأولوية للنساء، في استحقاق الحضانة بالنسبة للرجال، لكونها أقدر وأصبر من الرجال على تربية الولد وهن أشفق عليه.

---

[1] ــ الإمام مالك، المصدر السابق، ص357.

[2] ــ الرملي، المصدر السابق ، ج7، ص216.

[3] ــ ابن قدامة، المصدر السابق، ج8، ص546.

والنساء كلهن لسن في نفس المرتبة في استحقاق الحضانة، ولذا فإن المشرع جعلهن في مراتب مختلفة[1].

ففي المرتبة الأولى: أم المحضون التي تسبق الجميع من النساء والرجال، فهي بذلك تتمركز في الصدارة، وهذا حق معترف به من قبل المشرع الجزائري من خلال ما ورد في قانون الأسرة، سواء في نصه القديم (قانون 11/84) أو القانون الجديد (02/05) في المادة 64 منه على أن : " الأم أولى بحضانة ولدها.....".

وهذا ما سار على نهجه القضاء الجزائري، حيث نلمس أثر ذلك في التطبيقات القضائية، والتي أكد من خلالها على أسبقية الأم في الحضانة قبل غيرها. وفي هذا الاتجاه أقر المجلس الأعلى بتاريخ: 1968/06/12، أن: " من المقرر شرعا بأنه حرصا على مصلحة الولد، تسند الشريعة الإسلامية حضانته إلى الأم أولا، ما لم يسقط حقها فيها، بسبب من الأسباب المحددة في المشرع [2]".

وفي قضية: (ب خ) ضد (ج أ) بالمحكمة العليا، فقد صدر لها قرار بتاريخ:1993/03/13، تقول فيه: " من المقرر شرعا وقانونا، أن الأم أولى بحضانة ولدها....."[3].

وفي قرار قضاء المجلس الأعلى، بتاريخ: 06/28/ 1986 بأن:" الأم أولى بالحضانة فإن تنازلت، انتقل الحق ....."[4].

ونجد أن المشرع الجزائري بعد التعديل الأخير قد رتب الأب بعد الأم مباشرة، في حين أنه قبل التعديل كانت رتبة الأب بعد الأم وقريباتها.

وبعد الأم والأب تأتي أم الأم، وهذا ما قاله المشرع الجزائري في المادة 64 من التعديل الأخير، بأن رتبها في المرتبة الثالثة بقوله:

" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم.....".

---

[1] ــ الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دت، ص:132.

[2] م أ، غ م، بتاريخ: 1968/06/12، سنة 1968، ص240.

[3] م ع، غ أ ش، بتاريخ:1993/03/13، العدد الأول، م ق، 1993، ص48.

[4] ــ م أ، بتاريخ: 1986/06/28، قرار رقم: 911، م ق ق، عدد:83ــ95.

وقد ذكر المشرع الجزائري بعد الجدة لأم مجموعة من النساء المؤهلات للقيام بحضانة الولد، وهو ما تضمنته المادة 64 من قانون الأسرة، وفق الترتيب التالي:

الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون رتبة، وعلى القاضي أن ينظر لمن هو أصلح واكتفى بهذا القدر، وفي حالة عدم صلاحية هؤلاء أو عدم وجودهم، فعلى القاضي اختيار الحاضنة التي تتوفر فيها الشروط محققا مصلحة المحضون بقدر ممكن، وهذا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: الأب وما يليه من أقاربه

ويقصد بهم العصبة من الرجال، حيث ينتقل الحق لهم في استحقاق الحضانة، بانعدام النساء أو بانقضاء مدة حضانتهن أو انعدام أهلية الحضانة في أي واحدة منهن.

أولا: في الشريعة الإسلامية

1/ فقهاء الحنفية:

فلا يقوم حق للعصبة عندهم، إلاّ بعد فقدان الحواضن من النساء المحرميات، وترتيب حضانة العصبة مثل ترتيب الولاية، بعد إكمال سن الحضانة، فيمكن، استحقاقهم للحضانة كاستحقاقهم للإرث، الأقرب فالأقرب، شرط إتحاد الدين، وعلى المراتب الآتية[1]:

الأولى: الأب فالجد لأب وإن علا

الثانية: الأخ الشقيق، ثم الذي لأب

الثالثة: ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب

الرابعة: العم الشقيق، فالذي لأب

ولو تساوى من لهم حق الحضانة، من العصبات في مرتبة واحدة، فمدار الاختيار على الأصلح والأروع والأسن[2].

2/ فقهاء المالكية:

تنتقل الحضانة بعد الحواضن من النساء المحرميات، مباشرة إلى الوصي الذي يعينه القاضي، أو الولي ثم الأخ، فالجد، فابن الأخ، ثم العم، وقيل الأخت فالجد، وإن علا ثم ابن

[1] ــ ابن عابدين، المصدر السابق، ص63.

[2] ــ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص595.

الأخ ثم ابن العم، وقيل الأخ ثم الجد الأدنى، فابن الأخ، فالعم، فابن العم، وإن سفل فأبو الجد، ويمكن أن يسبق بابن العم وقد اختلف في الجد لأم، فقال ابن رشد، ليس له حضانة كالخال، والذمي يجعل له حضانة لحنانه وشفقته، فهو أب وإن لم يرد فيه نص ويفضل جد الأب، على جد الأم[1].

3/ فقهاء الشافعية:

الأولى: الأب، **الثانية:** أباء الأب الأقرب فالأقرب، **الثالثة:** الأخ الشقيق، فالأخ لأب، فابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب.

الرابعة: العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم، وقيل لا حضانة له، لفقده المحرمية، وقيل أن له الحضانة لقوة قرابته بالإرث، وتسلم البنت المشتهاة إلى امرأة ثقة تحت إشرافه، وإعانته لها وبأجرة من ماله، وهو الرأي الراجح عندهم[2].

4/ فقهاء الحنابلة :

وترتيب أهل الحضانة عندهم بعد حضانة النساء، كالتالي:

الأب، ثم الجد من الأب وإن علا، فالأخ الشقيق، ثم للأب، فبنوهم على ترتيب الميراث[3]. فالعمومة فبنوهم، فعمومة الأب، فبنوهم.

وقد اختلفوا في تسليم المحضونة الأنثى لابن العم لعدم المحرمية، فقيل بتسليمها وقول آخر يقول بتسليمها قبل سبع سنوات، لأنها غير مشتهاة، أما بعد ذلك فلا[4].

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

اكتفى المشرع الجزائري بذكر الأب، والذي يأتي في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة أو يتساوى معها في الدرجة، فواضح أن المشرع الجزائري قد أكد على أهمية ودور الأب في الحضانة، حيث تظهر أولويته فيها ليس على الحواضن الرجال فحسب بل حتى على النساء الحواضن، وهذا لكونه أكثر حرصا على مصلحة ابنه من الغير.

---

[1] ــ الإمام مالك، المصدر السابق، م2، ج3، ص357.

[2] ــ الإمام الشافعي، المصدر السابق، م3، ص92، 93.

[3] ــ البهوتي، مصدر السابق ، ج5، ص499.

[4] ــ البهوتي، المصدر نفسه، ص499.

فالمشرع من خلال المادة 64 والتي جاء فيها: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ....."، ذكر بأنه في حالة عدم وجود الأم، أو انتفاء الشروط اللازمة في استحقاقها للحضانة أو بتنازلها عنها، ينتقل استحقاق الحضانة للأب مباشرة دون منازع، والذي عليه أن يوفر للمحضون من النساء من ترعاه وتقوم على شؤونه، بشرط أن تكون أمينة عليه، خاصة إذا كان هذا المحضون فطيما.

والذي يفهم من خلال مضمون المادة 64 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري ساوى بين الأم والأب في استحقاق الحضانة، بأن جعلهما في مرتبة واحدة، ليكون أي شخص آخر بعدهما هو من يملك الأحقية فيها، ولو لم يكن ذلك الشخص من ذوي القربى، والقاضي غير ملزم حسب هذا الترتيب فيمكنه تعيين الحاضن المناسب في حالة وفاة الوالدين أو انعدام صلاحيتهما، وكل ذلك مراعاة لمصلحة المحضون[1].

وقد جاءت تطبيقات القضاء مؤكدة على ذلك، حيث نجد أن القضاء الجزائري أصدر قراره في أحقية الأب وما يليه من العصبات، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ: 2001/02/12 في قضية (م، ر) ضد (ن، م) أن : " إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون"[2].

وفي قرار آخر صادر عن محكمة تلمسان جاء بتاريخ: 1998/10/10 حيث جاء فيه:

" حيث أمام التنازل الاختياري للأم، عن حضانة طفلها واستعداد المدعى عليه للتكفل به، يتعين الإشهاد لها عن ذلك، وتحول الحضانة للأب"[3].

الفرع الثالث: حضانة ذوي الأرحام

تختلف الآراء الفقهية والقانونية في تحديد هؤلاء الأشخاص ولكن تم الاتفاق على التنصيص الآتي:

---

[1] ــ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص205.

[2] ــ م ع، غ أ ش، بتاريخ: 2001/02/12، ملف رقم: 256629 م ق ع 2004، 2، ص421.

[3] ــ محكمة تلمسان، ق ح، بتاريخ 1998/10/10، ملف رقم:97/949 نقلاعن يوسف دلاندة.

أولا: في الشريعة الإسلامية

أ/ القريبات من المحارم: واختلفت أراء الفقهاء في ذلك على النحو الآتي :

1/ المذهب الحنفي:

يرتب أصحاب هذا المذهب، القريبات من المحارم بداية بأخوات المحضون، ثم بنات الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخوة، ثم عمات المحضون، فخالات الأم ثم خالات الأب، ثم عمات الأم فعمات الأب، وتقدم الشقيقات على التي لأم، والتي لأم تقدم على التي لأب[1].

2/ المذهب المالكي:

يبدأ بالأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، فالأخت لأب، ثم عمته (أخت أبيه) ثم عمة أبيه (أخت جدته)، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم الذي لأم وبعدها الذي لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأم ثم التي لأب.

وإذا اجتمع هؤلاء تقدم الأصلح منهن للحضانة، وإذا تساوى الحاضنات في جميع ذلك، تقدم أكبرهن سنا، وتقدم دوما الشقيقة على التي لأم، والتي لأم على التي لأب[2].

3/ المذهب الشافعي:

القريبات من المحارم هن: الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة، ثم بنت العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات، على غيرهن والتي لأب تقدم على التي لأم[3].

4/ المذهب الحنبلي:

يرتب أصحابه، القريبات من المحارم، الأخوات (الشقيقة فالتي لأم فالتي لأب)، فالخالة، فالعمة ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخواته، ثم بنات إخوانه، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه، ثم بنات أعمام أبيه[4].

---

[1] ــ ابن الهمام، المصدر السابق، ج3، ص315. محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص474.

[2] ــ الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص597. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص302.

[3] ــ الرملي، المصدر السابق، ج7، ص216. عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص218.

[4] ــ ابن قدامة، مصدر السابق ، ج8، ص546.

ب/ العصبات من المحارم:

فالعاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده، أو ما بقي بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، فإذا كان العاصب رجلا، فلا يكون عاصبا إلا بنفسه، وترتيب هذه الفئة من الرجال، يكون بناءا على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح[1].

فيرتب أخ المحضون (الشقيق ثم لأب)، وهذا عند الأحناف، خلافا للمالكية الذين يجعلون الجد أسبق من الأخ[2]، وهو الجد لأب وإن علا، ثم ابن أخ المحضون، ثم عم المحضون الشقيق فعمه لأب، فعم الأب، ثم أبناء العم (ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكور) إذ أنهم من العصبات غير المحارم، والعصبات تقدم كما في الميراث، الأقرب فالأقرب.

ج/ المحارم من الرجال غير العصبة:

لا تتوقف الحضانة عند القريبات، وأصحاب العصبات من المحارم، بل تتعداهم إلى العصبات غير المحارم، في حالة عدم وجود الفئة الأولى والثانية، أو وجدوا وليسوا أهلا لحضانة الصغير، فينقل هذا الحق إليهم، وهم كالتالي:

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم ابن العم لأم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم[3].

وإن لم يوجد أحد الأصناف الثلاثة السالفة الذكر، يرجع الأمر فيه للقاضي، ليحكم ويختار ما هو أصلح للمحضون[4].

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري :

لقد حددت لنا المادة 64 من قانون الأسرة الفئة الثالثة من مستحقي الحضانة، غير أنه ما يؤخذ عليها أنها جاءت غامضة حيث نصت: " ..... ثم الأقربون درجة .....".

---

[1] ــ عبد الرحمن الجزيري، مرجع السابق ، ص:469.

[2] ــ الكاساني، المصدر السابق ، ج5، ص:359، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 219.

[3] ــ الإمام مالك، المصدر السابق ، م2، ج3، ص:357. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص7302.

[4] ــ الدسوقي، المصدر السابق ، ج2، ص:597، 598. صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص123.

فهذا يعبر عن سكوت المشرع، وهذا ما يحيلنا للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بمقتضى نص المادة 222، حيث يرجع فيها الاختيار للقاضي باختياره الأنسب لحضانة الصغير، وفقا لأحد المذاهب الفقهية سواء من جهة النساء أو من جهة الرجال .

فبهذا نجد أن المشرع الجزائري قد ترسك بعض مستحقي الحضانة، دون ذكر مكتفيا بوصفهم بالأقرب أو الأقربون درجة، تاركا لنا المجال لتفسير المعنى بالأقربون على أنهم القريبات من النساء كالأخت والعمة، وبنت الأخت، أو إمكانية القصد بالقربة على أنها الرجال العصبات، وحتى غير العصبات، كالجد والأخ وابن الأخ.

وهذا ما أكده القضاء، فنجد في قرار صادر عن المحكمة، بتاريخ: 1999/05/16 وذلك بقولها: " من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها، يجب مراعاة مصلحة المحضون....."[1].

من خلال دراستي لأصحاب الحق في الحضانة خلصت الى ما يلي :

أوجه التشابه :

تقديم الأم بالأولوية في استحقاق الحضانة، ، وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية، ووافقها في ذلك المشرع الجزائري.

انتقال الحضانة بعد النساء المحرميات إلى الأب، وهو رأي معظم الفقهاء، ووافقها في ذلك المشرع الجزائري قديماً.

ترتيب الشريعة الإسلامية لذوي الأرحام في المرتبة الثالثة في درجة استحقاق الحضانة، بعد الأم وأمهاتها، والأب وما يليه من ٌقاربه، وهو ما وافق موقف المشرع والذي عبر عن هاته الفئة بذوي الأرحام .

أوجه الاختلاف:

اختلف فقهاء المذاهب في ترتيب الحاضنات والحواضن من نساء ورجال، فمنهم من أخذ في الترتيب بعد الأم بأمهاتها وأخواتها، ثم أصول الأب وفروعه، ومنهم من قال بغير ذلك و ومنهم من رتب الأب بعد الأم مباشرةَ ومنهم من آخره، ومنهم من قدم الخالة ومنهم من آخرها ولهذا كله نجد أن المشرع الجزائري في ترتيبه لمستحقي الحضانة إلى خليط

[1] ــ م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1999/05/16، ملف رقم: 222655، م ق 2011، عدد خاص، ص185.

من أراء الفقهاء، فنجده قد رتب الأب بعد الأم مباشرة, ثم الى أصول الأم وأخواتها، وهذا أيضاً نجده يتطابق مع رأي فقهي آخر، و كهذا نجد أن المشرع الجزائري قد اخذ من هذا المذهب ومن ذاك، ولكنه لم يواصل الترتيب في من لهم الحق في الحضانة، واكتفى بعدد معين من أقارب المحضون عكس ما هو وارد عند فقهاء الشريعة الإسلامية الذين فصلوا في هذا الموضوع وأعطوه كامل حقه .

خلاصة الفصل

الحضانة هي حفظ الصغير صحةً وخلقً ودفع ما يؤذيه ورعاية مصالحه والقيام بما يلزم من مؤونة المعيشة، وكفالته بشتى وسائل التربية، وتربيته على دين أبيه والحضانة واجبة للصغير على الملزم بها وأن الحضانة ذات طبيعة هجينة فهي حق للحاضن من جهة وحقاً للمحضون من جهةً أخرى، كما أن للحضانة شروط عامة مشتركة بين الرجال والنساء وأخرى خاصة بالرجال وأخرى خاصة بالنساء، ومن حقوق المحضون حقه في السكن والزيارة ويتعدد أصحاب الحق في الحضانة ويختلف ترتيبهم حسب مواقف الفقهاء وما استقاه المشرع الجزائري من ذلك .

الفصل الثاني:
مقومات الحضانة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: سقوط الحق في الحضانة وعودتها

المطلب الأول: سقوط الحق في الحضانة

المطلب الثاني: عودة الحق في الحضانة

المبحث الثاني: نفقة المحضون وأجرة الرضاع

المطلب الأول: نفقة المحضون

المطلب الثاني: أجرة الرضاع

تمهيد

يترتب عن الحضانة آثار، بالنسبة للمحضون، وقد بينت الشريعة الإسلامية نتيجة هاته الآثار، ومن بينها نفقة المحضون و أجرة الرضاع والإخلال بهاته الواجبات يؤدي إلى سقوط الحضانة عن صاحبها.

ومن خلال هذا الفصل سأحاول تبيين المقصود بالنفقة وما يترتب عنها و ذلك من خلال أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ثم سأتطرق إلى أجرة الرضاع، وذلك بتعريف معناها وما يترتب عنها من أحكام في الشريعة الإسلامية، مبيناً رأي المشرع الجزائري في ذلك، وسأتطرق في هذا الفصل الى مبحثين

المبحث الأول : سقوط الحضانة وعودة الحق فيها.

المبحث الثاني : نفقة المحضون وأجرة الرضاعة.

المبحث الأول: سقوط الحق في الحضانة وعودتها.

إن حق الحضانة ليس حق دائم يتمتع به صاحبه بصفة مؤبدة، فإما أن ينتهي هذا الحق ببلوغ السن المحددة لذلك شرعا وقانونا، وهذا عند قيام الحاضن بكل الالتزامات المتعلقة بالحضانة، أو ينتهي عند الإخلال بأحد هاته الالتزامات، أو فقدان شرط من شروط أهلية الحضانة، إذا زال أحد تلك الأسباب التي أدت إلى فقدانها، وإلا كانت نتيجة ذلك انتقال هذا الحق إلى الغير ممن له الحق في الحضانة.

ومن هنا يقسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول: سقوط الحق في الحضانة، المطلب الثاني: عودة الحق في الحضانة.

المطلب الأول: سقوط الحق في الحضانة:

ومن خلال هذا المطلب سأبين أسباب سقوط الحضانة وذلك من خلال تقسيمه إلى فرعين وهي:

الفرع الأول: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل.

الفرع الثاني: سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا.

لنبين في كل حالة من الحالات موقف المشرع الجزائري، وذلك من خلال ما ورد في قانون الأسرة وأراء فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك.

الفرع الأول: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل:

أولاً : سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني:

أ : سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني في الشريعة الإسلامية :

ويكون ذلك في حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم، وانتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي ومساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها.

1- سقوط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم للمحضون:

لم يكن هذا السبب محل إجماع من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية، فمنهم من يرى وجوب توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة، سواء بقريب أم غير قريب محرم، ومنهم من يرى عدم الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون.

ففقهاء المالكية وكذلك جمهور الحنفية قيدوا سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم، واستندوا فيما ذهبوا إليه حديث روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال: "كانت

امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار، فأقبل عنها زوجها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فأنكحها الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: "أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي"، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها فقال: أنكحت فلانا فلانة ؟ "فقال نعم، فقال أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي وانكحي عم ولدك[1]"، فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الولد منها لو تزوجت بالغير، بل أنكحها عم ولدها لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم.[2]

أما الشافعية وسعوا في سبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم، وقد استندوا في ذلك إلى قوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي[3]".

– فيقول الإمام الشافعي: "أن هذا الدليل لم يفصل وهو الظاهر"[4].

– أما الظاهرية فلم يأخذوا بهذا السبب إطلاقا، ومن بين حججهم التي احتجوا بها ما روي عن أم سلمى تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في كفالتها.[5]

وهناك فريق آخر من الفقهاء قالوا بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، فإذا لم تكن مراعاة سقط حق الحضانة، ولم يفرقوا بين زواجها بأجنبي عن المحضون وزواجها بقريب منه [6]، فإذا كانت الحاضنة هي الأم وتزوجت مع غير القريب المحرم، وكانت مصلحة المحضون في بقائه مع أمه، فإن الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون. [7]

---

[1] – أخرجه أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، ج6، ط2، المكتب الإسلامي بيروت، 1403ه، كتاب مصنف عبد الرزاق، باب ما يكره عليه من النكاح فلا يجوز حديث رقم 10304، ص 147.

[2] – بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة أصلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، الجزائر، 1994، ص 14.

[3] سبق تخريجه .

[4] – بلقاسم أعراب، المرجع نفسه، ص 148.

[5] – بلقاسم أعراب، المرجع نفسه، ص 147.

[6]– بلقاسم أعراب، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[7] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 141.

وقد اختلف الفقهاء في الوقت الذي تسقط فيه الحضانة بالزواج من أجنبي على النحو الآتي:

1- إن الحضانة تسقط بمجرد إبرام عقد النكاح، حتى ولو لم يتم الدخول بها، وعليه فالحضانة تسقط بمجرد العقد سواء دخل بها أو لا، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة.[1]

2- إن الحضانة لا تسقط إلا بالدخول، فلا يكفي مجرد العقد، بل لابد من الدخول الحقيقي بها وبهذا قال المالكية.[2]

2-انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي:

يعتبر السفر والانتقال بالمحضون مسألة مختلف فيها بين الفقهاء، فإذا أراد أحد الأبوين السفر بالولد ثم العودة به – كالسفر للتجارة والزيارة – والآخر مقيم، فالمقيم أحق بحضانته، لأن في السفر إضرار بالولد، وهذا قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.[3]

وهو قول **الحنفية**، أنه إذا أراد الأب الانتقال بالمحضون فالأم أحق به، وإذا أرادت الأم الانتقال به وكان بعد انتهاء عدتها منه، فإذا كان الانتقال إلى البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق به، وإذا كان إلى بلد آخر فالأب أحق به، ما دام البلد بعيدًا، أما إذا كان البلد قريبًا بحيث يمكن للأب رؤية الولد ويمكنه الرجوع قبل الليل، فإنه لا تسقط حضانتها، أما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فتسقط حضانتها بمجرد السفر[4]

المالكية: ذهبوا إلى أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا سافرت بالمحضون إلى مكان بعيد وقدروه بستة برود فأكثر، وكان سفرها سفر نقلة وانقطاع[5].

الشافعية: وذهبوا إلى أن الحضانة تسقط عنها إذا سافرت بالمحضون إلى مكان مخوف، أو كان سفرها سفر نقلة وانقطاع، سواء كان هذا السفر قصيرًا أم طويلًا.[6]

---

[1] – ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 565، ابن قدامة، المصدر السابق، ج9، ص 307.

[2]– الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 05.

[3] الدسوقي، المصدر نفسه، ج2، ص 531.

[4] –الكاساني، المصدر السابق، ج4، ص44.

[5] الدردير، الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص 531.

[6] الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج5، ص 281.

وذهب **الحنابلة** إلى أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا سافرت بالمحضون إلى بلد بعيد بمسافة القصر أو أكثر.[1]

وقد علق جميع الفقهاء في ذلك بأن تراعى مصلحة المحضون في كل الأحوال، بمعنى أنه إذا كان إسقاط الحاضنة بسبب السفر يتعارض مع مصلحة المحضون فلا تسقط، وهو أمر يقدره القاضي.

3- مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها:

لقد اشترط المالكية عدم سكنى الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها، وفي هذا يقول الخرشي في صياغ كلامه على ترتيب الحاضنات: " ثم أمها ثم جدة الأم إن انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها. الضمير في "انفردت" يعود إلى جدة الطفل وجدة أمه، والمعنى أن كلًا منهما لا تستحق الحضانة إلا بشرط انفرادها بالسكنى بالطفل عن أم سقطت حضانتها بالتزويج أو غيره، وذلك أن تقول لا خصوصية لهما بذلك، بل كل من استحق الحضانة يشترط فيه أن ينفرد بالسكن عن التي سقطت حضانتها".[2]

ب: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني في قانون الأسرة الجزائري:

1- سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم:

مما يلاحظ عن موقف المشرع الجزائري من خلال المادة (66) من قانون الأسرة بقولها: "يسقط حق الحضانة، بالتزوج بغير قريب محرم....."، اعتبار مضمونها دليل على سقوط الحق في الحضانة عن الحاضنة ضمنيا وسقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم عن المحضون، يكون بمقتضى حكم قضائي ولا يكون بقوة القانون، حيث يتقدم صاحب الحق فيها بعد احترام المادة 68 من قانون الأسرة، وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 62 من ذات القانون، ومن ثم فإن كل ما في الأمر، وتطبيقا لذلك، هو أن القاضي متى تمسك أمامه بهذا السبب، لا

[1] – علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ت، ص 315.

[2] الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 527.

يمكنه الاجتهاد وتأويل النص أكثر ما يطيقه، وإنما يكون واجبا عليه إسقاط الحضانة عن صاحبتها، ويكون حكمه كاشفاً وهذا ما أرادت به المادة 66 من قانون الأسرة[1].

فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون، كعمه وابن عمه، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له حق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته[2]

وهذا ما أكدته القرارات القضائية، فجاء في قرار للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1986/05/05، حيث قضى بأنه: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أمًا، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من زوج أما إذا كانت متزوجة، فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ، وأسند حضانة البنت، لجدتها الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة[3]".

ومن خلال ما تقدم نجد أن المشرع الجزائري، بنصه المادة 66 بقواعدها الآمرة، قد قيدت من سلطة القاضي، بجعله مجرد زواج الحاضنة ولو كانت أمًا، سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة، إلا إذا تبين أن هذا التنازل الضمني عن حقها، يضر بمصلحة المحضون فعلى القاضي الحكم بخلاف ذلك.

2-انتقال الحاضن بالمحضون الى بلد أجنبي: عالج المشرع الجزائري، موضوع انتقال الحاضن بالمحضون، إلى بلد أجنبي وجعله من أسباب التنازل الضمني عن الحضانة، نظرا للضرر الذي قد يلحق بالمحضون بسبب هذا السفر الطويل الذي يقصد منه النقلة والانقطاع[4].

حيث يظهر ذلك جليا من خلال المادة 69 من قانون الأسرة بنصها: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة، أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في أثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

---

[1] – زكية حميدو، المرجع السابق، ص 523 و524.

[2] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 395.

[3] – م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1986/05/05، ملف رقم: 40438، م ق 1989، عدد 02، ص 75.

[4] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 68.

فمصلحة المحضون تقتضي تعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي، على إذن القاضي ومن ثم بعدم تحميل الأب أو الولي، حق التمتع بمنح هذه الرخصة[1].

فمن خلال الإمعان في نص المادة، نجدها ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، في الخضوع لرقابة القاضي وكل ذلك مصلحة للمحضون وبقائه تحت رقابة أبويه.

فالسفر المقصود هو السفر خارج الوطن، من أجل الإقامة بشكل مستمر ودائم. وهذا ما أكدت عليه التطبيقات القضائية، ففي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1990/02/19، بقولها: "من المقرر شرعًا وقانونًا، أن إسناد الحضانة، يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه.

من ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالف للشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه".[2]

فمن خلال نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر البلد الأجنبي بأنه ما كان خارج التراب الوطني.

3- مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها:

يتضح موقف المشرع الجزائري من خلال ما ورد في المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها، مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

وقد استقى المشرع الجزائري، هذه المادة من المذهب المالكي.[3]

وما يلاحظ على هاته المادة أنها تتفق مع مضمون المادة 66 من قانون الأسرة، حول إسقاط حق الحضانة عن صاحبها، في حالة إسكان المحضون مع شخص غريب عنه، أي غير محرم بالنسبة له، ولكننا نجد أنها تختلف عنها، فالمادة 70 تتكلم عن

[1]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 411.

[2] م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1990/02/19، ملف رقم: 59013، م ق 1991، عدد: 04، ص 116.

[3] - زكية حميدو، المرجع السابق، ص 302.

حاضنتين فقط وهما الجدة والخالة، في حين أن المادة 66 تشمل كل الحاضنات بما فيها الجدة والخالة، وهذه المادة مكملة للمادة 66 ولها نفس الحكم.

وتسقط الحضانة عن الجدة والخالة، بتوفر الشروط الآتية: [1]

1- أن تكون الحاضنة أمًا لأم المحضون أو خالته.

2- أن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة.

3- أن تكون الأم متزوجة مع قريب غير محرم.

والمقصود بالمساكنة المسقطة للحضانة، هي اتخاذ الحاضنة سكن أم المحضون موطنا لها، أي تكون إقامتها فيه مستمرة وغير مؤقتة.

ومما تقدم، تبين أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة لأم دون غيرهما، إلا لأن القاضي الجزائري له السلطة التقديرية في ذلك بمراعاة مصلحة المحضون.

ثانياً: سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل الصريح :

أ : سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل الصريح في الشريعة الإسلامية :

وهذا ما سوف أعرفه من خلال أراء فقهاء الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري، حيث يشمل التنازل الصريح انتهاء الحضانة بعدم المطالبة بها مع مضي مدة معينة، وكذلك التنازل بالإدارة المنفردة والتنازل الاتفاقي.

1- سقوط الحضانة بعد مضي سنة من المطالبة بها:

وقد ذكر المالكية هذا السبب لسقوط الحضانة، حيث يقولون أنه إذا أستحق الحضانة و سكت صاحب الحق عن مطالبتها بها، فإن حقه في الحضانة يسقط، و ذلك وفقا لشروط معينة : [2]

- أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك، فإن سكوته لا يبطل حقه في طلب الحضانة.
- مضي سنة من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة، فلو مضى أقل من سنة قضي له باستحقاقها من طلبها.

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 302.

[2] – عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 293

وفي ذلك يقول الدرير: "وشرطها للأنثى الحاضنة و لو أماً الخلو عن زوج دخل بها، فإن دخل بها سقطت لاشتغالها بأمر الزوج، فليس الدعاء للدخول كالدخول،...إلا أن يعلم من له الحضانة بعدها بتزوجها و دخولها، مع علمه بأنه مسقط، و يسكت بعد ذلك العام بلا عذر[1]

2-التنازل عن الحضانة بالإدارة المنفردة:

وفي هذا السبب يرى بعض الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الشافعية، إلى أن الحضانة حق للولد وواجبة على الحاضنة، وعليه لا يمكن لها أن تتنازل عنها إلا إذا وجد غيرها، فإن لم يوجد غيرها أجبرت عليها مراعاة لمصلحة المحضون وحماية لحقه في الحضانة.[2]

3-التنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف:

ومن ضمن هذا النوع من التنازل هو التنازل الاتفاقي، فيقول فريق بصحة الخلع وبطلان المقابل المشتمل عن الحضانة، لتعلقه بحق الغير.

وهذا القول قال به أغلب الفقهاء، وفريق ثاني يرى بعدم جواز الخلع، على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها، وهذا بقولهم أن الحضانة هي حق للولد، ولتقوم مصلحته لا بد من عدم قبول هذا التنازل مقابل الخلع .

ويرى المالكية بإجازة إسقاط الحضانة بالخلع، وانتقالها إلى الأب إذا توفر الشرطان التاليان:

1- أن لا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه.

2- أن يكون الأب قادرا على حضانة الولد.

وإلا يقع الطلاق ولا تسقط الحضانة[3].

---

[1] - الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 529 و530

[2] - ابن نجيم، المصدر السابق، ج4، ص 256، الدردير، الشرح الكبير، مصدر السابق، ج2، ص 532، أبي زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي، مجموع شرح المذهب ج 18، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ت، ص 325

[3] - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 363

ب : سقوط الحضانة بالتنازل الصريح في قانون الأسرة الجزائري:

1: سقوط الحضانة بعد مضي سنة من المطالبة بها:

يتضح موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 68 من قانون الأسرة بقولها" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة، مدة تزيد عن سنة بدون عذر يسقط حقه فيها "

فيرى الأستاذ عبد العزيز سعد، أن حق الحضانة في هذه الحالة يسقط بقوة القانون ولا يطلب من القاضي إذا قدمت الدعوى على مستواه، إلا أن يقر بموجب حكم صادر على المحكمة المختصة[1]، و مع ذلك السقوط لا يحدث تلقائيا، بموجب حكم قضائي لإثبات حالة من حالات الإسقاط، وللعلم أن هذا الحق لا يسقطه القاضي من تلقاء نفسه، إلا إذا طلب من له المصلحة بهذا الحق.

وهذا بالرجوع إلى الشريعة العامة في القانون المدني، حيث تقول المادة 321 في فقرتها الأولى، والتي تنص بأنه: «**لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم، بل يجب أن يكون بناء على طلب المدين أومن أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به**»

إلا أن المشرع الجزائري لم يشر إلى تاريخ بداية سريان السنة، وهذا يحيلنا بالرجوع المادة :222 والتي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

2-التنازل عن الحضانة بالإدارة المنفردة:

يظهر ذلك في موقف المشرع الجزائري من خلال مضمون المادة 66 من ق،أ بقولها:" يسقط حق الحاضنة ....وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"

ومن خلال مضمون هاته المادة يرى المشرع الجزائري بسقوط الحضانة، عن صاحبها وذلك وفقاً لإرادته ولكن قيد ذلك بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وبضرورة وجود حاضن آخر تسند له الحضانة وتتوفر فيه الشروط المطلوبة قانوناً[2] .

فيسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا ولا يقبل طلب استرجاعها[3].

---

[1] - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 301 .

[2] ــ حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ج1، ص 474

[3] – صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 134 .

وهذا ما أكده القضاء الجزائري، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بقولها:« **أنه** من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها، يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد مخالفا لأحكام الحضانة»[1]

3-التنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف:

لم يشر المشرع الجزائري للخلع في باب الحضانة، وإنما قد أشار إليه في المادة 54 فقرة 02 من القانون بقوله:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي." فمن المحتمل أن تتنازل الزوجة عن الحضانة في مقابل الخلع أي مقابل حريتها، والذي يمكن الإشارة إليه هو على القاضي الانتباه في مثل هاته الحالات ووضع مصلحة المحضون فوق أي اعتبار.

وهذا ما قالت به المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ،:1982/02/08، على أنه : « من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال، لا يفرض على الزوجة، كما لا يفرض الزوج إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها غير قادرة على البقاء مع زوجها، وتعرض عليه مالا لمفارقتها، إذا قبل تم الخلع وطلقت الزوجة»[2]

للحضانة مقومات، ومنها نفقة المحضون وأجرة الرضاع، والإخلال بهاته الواجبات يؤدي إلى سقوط الحضانة عن صاحبها.

الفرع الثاني: سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقًا:

ويكون ذلك في حالة الأمراض العقلية والجسدية، وفي حالة السلوك المشين للحاضنة أو الحاضن، وكذلك في حالة عمل المرأة، وهو ما سأبينه من خلال أراء فقهاء الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري.

[1] – م ع، غ أ ش : بتاريخ :1987/12/07، ملف رقم : 44858، م، ق، 1990، عدد :04، مرجع السابق، ص 50

[2] – م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1982/02/08، ملف رقم : 26709، ن ق 1982، عدد خاص، ص 258.

أ : سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحةً وخلقاً في الشريعة الإسلامية :

1- سقوط الحق في الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية:

وهذه السبب جاري به العمل في الفقه الإسلامي عامة. غير أن بغض الفقهاء وعلى رأسهم علي التسولي، يرى بأنه: "ما دام المرض غير معد، ويقتصر أثره على عجز المريض عن القيام بشؤون المحضون فإنه لا يسقط الحاضانة إذا كان لدى المريض من يقوم بها تحت اشراقته ورقابته[1].

وقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي: "أن الحضانة تسقط.....بضرر في بدن الحاضن كالجنون، والجذام، والبرص[2]

والواقع أن الفقهاء متفقون بالإجماع على إسقاط الحضانة في مثل هاته الحالات وركزوا كثيرا بشأن المرض المعدي، حيث يرى البعض منهم أنه لا يجوز للحاضنة أن تستمر في حضانتها، إذا حال دون ذلك مرض معدي يخشى انتقاله[3].

بل ذهب البعض الآخر إلى القول بإسقاط الحضانة عن صاحبتها إذا كانت مصابة بأحد الأمراض المعدية ولو كان المحضون مريضا بنفس مرض الحاضنة لاحتمال تفاقم الحالة الصحية للمحضون.[4]

وقيد الرملي إسقاط الحضانة في هذا الصدد بالمخالطة، مما يفيد أنه إذا لم تكن هناك مخالطة فلا يسقط حق الحضانة بالمرض المعدي[5]، وقيده البعض الآخر بألا يكون المرض خفيفا، فقالوا إن خفيف الجذام والبرص مغتفر و فاحشهما مانع من الحضانة.[6]

2- سقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن

إن من أسباب سقوط الحق في الحضانة هو فسق الحاضن أو الحاضنة أو قلة دينه، بأن كان غير مأمون على الولد ؛ لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة، وهذا متفق

---

[1] – علي التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، مطبعة المعاهد، القاهرة، مصر، 1353ه، ص 407.

[2] – ابن جزي الكلبي، أبو القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، دار الكتاب الجزائر، 1987، ص 224.

[3]– زكية حميدو، المرجع السابق، ، ص 396 .

[4]– زكية حميدو، المرجع نفسه، ص 396.

[5]– الرملي، المصدر السابق، ج6، ص 273.

[6]– البهوتي، المصدر السابق، ج3، ص 328.

عليه.[1] وفي ذلك يقول بدران أبو العينين بدران:« أما إذا كان فسق المرأة أو الرجل لا يمنع من العناية بالصغير، والقيام بأمره فلا يسقط حقها، إلا أن المرأة إذا كانت سيئة السلوك، وخيف على الولد أن يتأثر بسلوكها فإنه يكون لها حق الحضانة إلى أن يعقل الصغير، وذلك ببلوغه سبع سنين، حتى إذا خيف عليه أن يألف ما تفعله من المعاصي فقالوا يسقط حقها في الحضانة وإن لم يبلغ هذه السن، مراعاة لصالح الصغير حتى يشب دارجا على الرذيلة، وهذا ما تجري عليه المحاكم»[2]، أو كما قال الأستاذ وهبة الزحيلي «ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور أمه، فينزع منها، صونا لأخلاقه من الفساد، لأنها غير آمنة »[3]

3- سقوط الحق في الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة :

يرى بعض الفقهاء ان عمل المرأة مسقط للحضانة، فهم يشددون في مسألة عمل المرأة إلا للضرورة، إذا لم تجد من يعولها هي وصغارها، لفقدان الأب أو عجزه، ويجب أن يكون العمل ذو طبيعة محددة، يتلائم مع المرأة كالعمل في علاج النساء الأخريات، أو تعليم الصغار دينهم، كما اتفقوا على أن هذا العمل إذا كان يؤدي إلى إهمال الصغار فهو مسقط للحضانة أما إذا لم يؤدي إلى إهمال الصغار، فلا مانع في ذلك ولا يسقط الحضانة[4].

ب- سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقًا في قانون الأسرة الجزائري:

1- سقوط الحق في الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية:

إن من شروط الحضانة، المذكورة في المادة 62 هي الخلو من الأمراض العقلية والجسدية، وبذلك لابد أن لا يكون المؤهل للحضانة مجنونا أو معتوها [5]، وأن لا يكون عاجزًا عن الكسب بسبب المرض أو الهرم، فإذا اختلت الشروط المنصوص عليها في

[1] – وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 691

[2] – بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 552

[3] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، 728 .

[4] – محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، العدد 17، تاريخ النشر جانفي 2014 ص 207

[5] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج2، ص 726.

المادة 62 من قانون الأسرة، المتعلقة بأهلية الحاضن، والتزاماته المتعلقة بالحضانة يسقط حقه فيها، وهذا ما أكدت عليه المادة 67 من ذات القانون، بقولها: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.....، غير أنه يجب في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون".

ومن خلال هذه المادة، نلاحظ أنها جاءت عامة، وقد نصت عن حالات عدم تأهيل الحاضن، والتي يستند عليها الحكم الذي يقضي، بإسقاط الحضانة، تاركة الأمر للتحليل ولسلطة القاضي التقديرية[1].

وما ينبغي توضيحه هنا، أن سقوط الحق في الحضانة، يتعلق في قضية الحال بأي شلل جسدي جزئي أو كلي، أو ذهاب للقوة العقلية، أو مرض معدي،أي بجميع الأمراض التي تؤثر على قدرة العمل، بشكل يعجز معه الحاضن عن العناية بالطفل، ورعايته.[2]

وفي هذا الشأن، أسقط قضاة المحكمة العليا عن الأم حقها في الحضانة، بسبب مرضها العقلي، وهذا من خلال القرار الآتي نصه:« حيث أنه من الثابت أمام المجلس،أن الزوج، إنما صمم على طلاق زوجته، لأنها مصابة بمرض عقلي أو عصبي،وحيث أن المجلس لم يسبب قراره في إسناد الحضانة إلى الأم، المدعي عليها بأنها حائزة لصحة العقل، أو البرء من المرض الذي أصابها، حتى تصبح صالحة للقيام بمحضونها، وعليه فإن قضاة الاستئناف لم يسببوا قرارهم تسبيبا كافيا.»[3]

2- سقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن :

لقد جعل المشرع الجزائري السلوك المشين للحاضن من الأسباب المسقطة للحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 67 من قانون الأسرة بقولها " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه....." بالرجوع إلى المادة 62، نجدها تقول أن :" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

---

[1]- زكية حميدو، المرجع السابق، ص 392.

[2] - زكية حميدو، المرجع نفسه، ص 394.

[3] - م ع، غ أش، بتاريخ : 1978/18/25، ملف رقم : 13395، غير منشور.

فمن خلال مضمون هاته المادة، نجد أن المشرع الجزائري أشار إلى السلوك المشين للحاضن، والذي يجعل منه سببا في انعدام أهليته للحضانة، وبالتالي إسقاط حقه فيها، غير أن المشرع لم يقم بضبط مفهوم السلوك المشين للحاضن، وترك المجال مفتوحا للقضاء، حتى يضبط مفهوم السلوك المشين مع أخذه في عين الاعتبار لمصدر المحضون.

فقد صدر قرار للمجلس الأعلى، يقول فيه : « من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم، لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما معا.»[1]

كما اعتبرت أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة، يعد مخالفا للقانون وأحكام المادة 62 من قانون الأسرة.[2]

فقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا، بقولها :" حيث أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة شرعاً وقانوناً، إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه" إلا أن القاضي أبقى على أحقيتها فيها، وكل هذا مراعاة لمصلحة المحضون بالنظر إلى عدم استطاعته الاستغناء عن أمه في السنوات الأولى. [3]

3- سقوط الحق في الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة:

بالرجوع إلى نص المادة 67 الفقرة الثانية،ومن قانون الأسرة، نجدها تقول: "لا يمكن لعمل المرأة، أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون."

ونصت المادة 19،من ذات القانون بقولها " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عمل المرأة"

ومن خلال التعديل الجديد نجد أن المشرع الجزائري قد حسم الموقف[4] واعتبر أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، لكن عمل المرأة قد يتناقض

[1] – م أ، غ أ ش، بتاريخ : 1984/01/09، ملف رقم : 31997، م ق : 1989، عدد 01، ص 73.

[2] – صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 142..

[3] م ع، غ أ ش، بتاريخ : 1997/09/30، ملف رقم : 171684، م ق 2001، عدد خاص، ص 170 .

[4] سليمان ولد خسان، الميسر في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، 187 .

مع مصلحة المحضون بسبب كثرة الخروج وإهمال المحضون، فالأمر يترك إذا توافق مع مصلحة المحضون، والتي تعتبر مقدمة على مصالح الغير عند التعارض، وإلا فما الفرق بين الحاضنة التي تقضي أكثر أوقاتها بعيدا عن بيت الحضانة، وبين امرأة عاجزة عن القيام بالطفل أو التي تفتقر للكفاءة المطلوبة في التربية والرعاية[1]. فإذا استطاعت المرأة التوفيق بين عملها خارج البيت وعملها كحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة، أما إذ ضاع الطفل وأهمل فهنا يختلف الأمر.

وهذا ما أكد عليه القضاة، فقد قررت المحكمة العليا بتاريخ :2002/07/03، يقولها :« حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في الحضانة، ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والتربية .»[2]

ومن خلال دراستي لسقوط الحق في الحضانة خلصت إلى أن:

أوجه الاتفاق والاختلاف:

❖ **أوجه الاتفاق:** تتفق كل من الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة فيما يلي:

- يسقط حق الحضانة بالزواج بغير قريب محرم للمحضون، فإن كان من تزوجته الحاضنة قريب محرم للمحضون فلا يسقط حقها في الحضانة.
- يسقط حق الحضانة بالسفر والانتقال بالمحضون إلى بلد بعيد في رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذلك حسب رأي المشرع الجزائري لكن المشرع يقصد بالبلد البعيد، هو ذلك البلد الأجنبي ويتفقان كذلك في نوعية السفر، حيث أن السفر هو من أجل الإقامة والاستيطان.
- تتفق كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة بسقوط الحضانة وبمساكنة الحاضنة الجديدة بالمحضون مع من سقطت حضانتها.
- اتفاق كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة في سقوط الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية، وخاصة الأمراض المعدية، أو حدوث شلل في الجسم سواء

[1] – عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية مقارنة، ط1، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، ص 219 و 220.

[2] – م ع، غ أ ش، بتاريخ : 2002/07/03، ملف رقم : 274207، غير منشور.

كلي أو جزئي، وبصورة عامة كل أمراض تؤثر على قدرة العمل، بشكل يعجز معه الشخص الحاضن عن القيام بشؤون المحضون.

- اتفاق كل من الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، في سقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن بكل ما يحمل هذا السلوك من معنى سوى قلة دين الحاضن أو فسقه.....الخ

غير أن الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري يتفقان على الأخذ بمراعاة المصلحة المحضون، فبالرغم من السلوك المشين للحاضن، إلا أنه لا يسقط حقه في الحضانة إذا كان المحضون صغير لا يستطيع الاستغناء عن أمه.

- اتفاق كل من الشريعة الإسلامية مع قانون الأسرة الجزائري في سقوط الحق في الحضانة بسبب عمل المرأة، إذا كان هذا العمل يؤدي إلى إهمال هذا الصغير وضياعه.
- تتفق كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة في سقوط الحق في الحضانة بمضي مدة زمنية محددة وحدّدوها بسنة كاملة من تاريخ استحقاقها وشرط أن يكون عدم المطالبة بالحضانة في خلال هاته المدة من دون عذر بيّن.
- اتفاق كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري بسقوط الحق في الحضانة بالتنازل بالإدارة المنفردة لصاحبها، أي باختياره لكن بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون، ووجود حاضن آخر تتوفر فيه الشروط المطلوبة و تسند له الحضانة.
- يتفق بعض أراء فقهاء الشريعة ومنهم المالكية بسقوط الحق في الحضانة في مقابل الخلع، لكن شرط مراعاة مصلحة المحضون، وعدم إلحاق الضرر به من جراء مفارقته لأمه.

أوجه الاختلاف: تختلف آراء فقهاء الشريعة الإسلامية مع رأي المشرع الجزائري في إسقاط الحق في الحضانة على النحو الآتي:

- اختلف موقف فقهاء الشريعة في إسقاط الحق في الحضانة بالزواج، فمنهم من يرى وجوب توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة سواء بقريب أم غير قريب محرم للمحضون ومنهم من يرى في الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون، ومنهم من يرى في عدم الأخذ به إطلاقا سواء الزواج بقريب أم غير قريب محرم للمحضون، ومنهم

من يرى في سقوط الحضانة عن الحاضنة بمجرد الزواج بغير قريب محرم للمحضون، بينما نجد أن المشرع الجزائري قرر مسألة سقوط الحضانة عن الحاضنة بتزوجها بغير قريب محرم من دون تفصيل في ذلك.

وسقوط الحق في الحضانة بالزواج في الشريعة الإسلامية وقع فيه خلاف بين الفقهاء، فمنهم يقول بسقوط هذا الحق بمجرد إبرام عقد النكاح حتى ولو لم يتم الدخول، ومنهم من يقول بسقوط هذا الحق في تحقيق الدخول الحقيقي وليس بمجرد إبرام عقد النكاح، وسقوط هذا الحق فصل فيه الفقهاء وقالوا بتحقق السقوط بمجرد وقوع الزواج، بينما نجد أن المشرع الجزائري لم يربط مسألة سقوط الحضانة بالزواج بمجرد العقد أو بحصول الدخول الحقيقي وترك الأمر مفتوحا من دون تفصيل في ذلك، واقتصر على عموم وقوع الزواج، وكذلك أوجب المشرع الجزائري الحكم القضائي حتى يصبح سقوط الحضانة نافذاً وفعلياً وذلك بعد تقديم الطلب من قبل صاحب الحق فيها أمام القاضي .

- كذلك اختلف الفقهاء الشريعة الإسلامية في سقوط الحضانة بالسفر وانتقال بالمحضون.

اتفق فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية على سقوط الحق في الحضانة إذا كان السفر سفر نقلة وانقطاع، أي السفر بالمحضون من أجل إقامة.

واتفق المالكية والحنابلة والحنفية على أن مسافة السفر وانتقال بالمحضون يسقط الحق في الحضانة وقالوا أن بعد مسافة هو الذي يحقق ذلك استثنى الحنفية سقوط الحضانة عن الأم بعد مسافة الانتقال، إذا الانتقال إلى المكان الذي فيه أصل النكاح، وقالوا سقوط الحضانة عن الحاضنة غير الأم بمجرد السفر ولم يرعوا في ذلك مسافة الانتقال وقالوا سقوط الحضانة عنها سواء كان السفر بعيدا أم قريبا ولم يراعي الشافعية إلى مسافة الانتقال والسفر بالمحضون وقالوا بسقوط الحضانة عن الأم بمجرد السفر سواء كان ذلك السفر قريبا أم بعيدا.

- بينما المشرع الجزائري، قد جعل مسألة سقوط الحضانة عن صاحبها بالسفر من أجل الإقامة والاستيطان المقيدة والمرهونة بمدى الموافقة القاضي على ذلك، فالقاضي وحده الذي له صلاحية إثبات الحضانة لصاحبها أو إسقاطها عنه، مع مراعاة في ذلك إلى

مصلحة المحضون، كذلك مسافة السفر المسقطة للحضانة في نظر المشرع الجزائري هي المسافة التي تتعدى حدود الوطن إلى البلد الأجنبي.

- وفي سقوط الحضانة بالمساكنة نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يقولون بسقوط الحضانة عن الحضانة الجديدة عند سكنها مع المحضون وأمه التي سقطت حضانتها بالتزويج أو غير ذلك من مسقطات الحضانة، بينما نجد أن المشرع الجزائري قد أوجب سقوط الحضانة عن الحضانة عند مساكنتها بالمحضون مع من سقطت حضانتها بالتزويج، فقد حصر المشرع الجزائري مسألة الزواج كسبب سقوط الحضانة بالمساكنة، وكذلك نجد أن المشرع الجزائري قد حصر في حالات معينة سقوط الحضانة بالمساكنة في حالة كون الحاضنة الجديدة هي جدّة المحضون أو خالته ولم يحدد القصد من وراء ذلك وترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية.
- وفي سقوط الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية ركزوا كثيرا بشأن المرض المعدي وقالوا بسقوط الحق في الحضانة بسبب شدة المرض المعدي ، وأن يكون هناك مخالطة تسبب انتقال العدوى، وكما قالوا بعدم سقوط الحق في الحضانة إذا كان المرض غير معد وكان لدى المريض من يقوم بالحضانة تحت إشرافه، بينما نجد أن المشرع الجزائري لم يفصل في ذلك وتركها عامة، حيث إعتبر أن عموم المرض مسقط للحضانة سواء كان شديدا أو خفيفا وسواء وقع اختلاط أم لا، وبصورة عامة اعتبر المشرع الجزائري أن أي مرض يؤثر على قدرة العمل والقيام بشؤون المحضون هو مسقط للحضانة، بينما الشريعة الإسلامية ركزت على خصوصية المرض ومدى قوته وتركيزه وتأثيره على المحضون، ومدى فعالية المرض في الانتشار بسبب المخالطة .
- وفي سقوط الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن، نجد أن بعض فقهاء الشريعة لا يقولون بسقوط الحق في الحضانة ما دام ذلك لا يمنع من العناية بالصغير المحضون، وما دام ذلك لا يؤثر في سلوكه، حتى يبلغ المرحلة التي يعقل فيها التصرفات الصادرة عن الحاضنة فيسقط بذلك حق الحاضنة في الحضانة، وذلك خوفا من تأثير المحضون بتلك الطباع السيئة، وبالمقابل نجد أن المشرع الجزائري قال بسقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضنة سواء كان المحضون صغيرا جدا لا يعقل، أو

كان يعقل التصرفات والسلوكات الصادرة عن الحاضنة، فالمشرع ترك الأمر على عمومه، ولم يعر اهتماما لعامل السن القانوني.

وكما نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد أعطوا عدة أوصاف للسلوك المشين للحاضنة فعبروا عنه : بالفسق، وقلة الدين ...الخ، وفي مقابل ذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يقم بضبط السلوك المشين للحاضنة، وترك المجال مفتوحا للقضاء.

وفي سقوط الحق في الحضانة بسبب عمل المرأة، نجد أن فقهاء الشريعة يتشدّدون في مسألة عمل المرأة، فالفقهاء يرون أن واجب الأم الحاضنة هو في البيت والقيام برعاية المحضون، إلا إذا اضطرت للعمل لانعدام من يعولها ويعول صغارها، وذلك وفق ضوابط شرعية محددة ومعينة، ومراعاة طبيعة العمل في ذلك، بحيث لا يكون حاجزا في رعاية الصغير والقيام بشؤونه، بينما نجد أن المشرع الجزائري لا يتشدّد في مسألة عمل المرأة بشرط أن لا يتعارض مع مصلحة المحضون، كأن يؤدي هذا العمل إلى إهمال المحضون والتقصير في رعايته والقيام بشؤونه، حيث تكون طبيعة العمل متروكة للسلطة التقديرية للقاضي، والذي يحدد مدى دور عمل الحاضنة في القيام بواجبات الصغير أو إهمالها.

- جعلت الشريعة الإسلامية شروط محددة لسقوط الحضانة بعد مضي سنة من المطالبة بها بينما المشرع الجزائري لم يقيد ذلك بشروط وضوابط، وأقتصر فقط على مضي الزمن وهو سنة من تاريخ الاستحقاق.
- لا يشترط في الشريعة الإسلامية صدور حكم سقوط الحضانة بعد مرور سنة من المطالبة بها، بل الأمر مفصول فيه فبمجرد مرور سنة يسقط حق الحضانة، بينما اشترط المشرع الجزائري صدور حكم قضائي لإثبات الإسقاط، حتى يصبح السقوط نافذا.
- لا يشترط تقديم طلب من له مصلحة في سقوط الحق في الحضانة بعد مرور سنة من المطالبة بها في رأي فقهاء الشريعة، فيتحقق السقوط حتى ولو بعدم طلب صاحب الحق، بينما أشار المشرع الجزائري إلى ضرورة تقديم طلب من طرف من كان له مصلحة في ذلك.
- جعلت الشريعة الإسلامية سقوط الحق في الحضانة بعد مضي سنة من تاريخ عمله باستحقاق الحضانة، بينما المشرع الجزائري لم يشر إلى تاريخ بداية سريان السنة.

- لا يعتّد بالتنازل عن الحضانة الإدارة المنفردة في رأي فقهاء الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد شخص مؤهل لذلك وتتوفر فيه الشروط المطلوبة لتسند إليه، ويعتبر مثل هذا التصرف مخالفة لأحكام الشريعة، وتجبر الحاضنة على الحضانة بانعدام الشخص المؤهل لذلك بينما نجد أن المشرع الجزائري اعتبر مثل هذا التصرف مخالفة لأحكام القانون، ورتب على من تقوم بمثل هذا التصرف بأن تعامل معاملة نقيض قصدها.
- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في سقوط الحضانة في مقابل الخلع، فمنهم من قال بصحة الخلع وبطلان المقابل المشتمل عن الحضانة، وفريق يرى بعدم جواز إسقاط الحضانة في مقابل الخلع في مقابل تنازل الزوجة عن الحضانة ، وفريق قال بجواز إسقاط الحضانة في مقابل الخلع وفق شروط معينة وهي: عدم إلحاق الضرر بالمحضون من جراء ذلك – قدرة الأب على حضانة الولد.

بينما جعل المشرع الجزائري سقوط الحضانة في مقابل الخلع، خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يضع في حسبانه مصلحة المحضون فوق أي اعتبار.

المطلب الثاني: عودة الحق في الحضانة

كما تسقط الحضانة عن صاحبها لعّدة، أسباب، فإن هذا الحق يعود لصاحبه وللفقهاء والمشرع الجزائري مواقف مختلفة في ذلك.

حيث سأتناول في هذا المطلب عودة الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية، وعودة الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في فرعين

الفرع الأول: عودة الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية

لقد اختلف الفقهاء في سقوط الحضانة لمانع من الموانع، ثم عودتها إلى رأين:

القول الأول: إن الحق في الحضانة يعود لصاحبها إذا سقطت لمانع، ثم زاد هذا المانع وهو قول الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة، والإمامية والزيدية، وبعض المالكية، فلو كان بالحاضن جنون أو، فسق، أو مرض، فزال الجنون، وتاب الفاسق، وشفي المريض، عاد إليه حقه في الحضانة، لأنها امتنعت لمانع، وقد زال، وإذا زال المانع عاد الممنوع.[1]

[1] – الكاساني، المصدر السابق، ج 4، ص 42، البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج5، ص 500، أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 532 .

وفي سقوط الحضانة بالزواج يقول فقهاء الحنفية و الشافعية والحنابلة، أن حق الحضانة يعود للحاضنة التي يسقط حقها بالزواج إذا طلقت وقالوا في الحديث "**أنت أحق به ما لم تنحكي**" أن عبارة ما لم تنكحي " للتعليل وأن علة سقوط الحضانة هو الزواج فمتى حصل الطلاق فقدت العلة وبزوالها يعود الحق لأن الحكم يدور مع العلة وجودا أو عدما ."[1]

ويعود حق الحضانة عند الحنفية والمزنى من الشافعية وبعض الزيدية فور الطلاق البائن، ولا يتوقف على انقضاء العدة، أما في الطلاق الرجعي، فلا بد من مضي العدة[2]؛ لأن المعتدة الزوجة حكما، وتأخذ أحكام الزوجة بشكل عام، فهي ترث ولها النفقة، ويقع عليها الطلاق والإيلاء والظهار، ويحرم عليه الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها، ولذلك فهي العدة زوجة، فلا تعود لها الحضانة إلا إذا انقطعت الزوجية . ويكون انقطاع الزوجية، بانتهاء عدة الطلاق.[3]

وفي المهذب عن الشافعية وقول عند الحنابلة :أن حق الحضانة يعود فور طلاق المنكوحة، سواء أكان بائناً أم رجعيًا، ولا ينتظر إنهاء العدة.[4]

غير أن المالكية أضافوا إلى ذلك: أن من سقطت حضانته لعذر، ثم زال العذر، ولكنه لم يطلب بإعادة الحضانة إليه مباشرة، ومضت سنة على زوال العذر دون المطالبة بعودة الحضانة، فلا يحق للحاضن أن يطالب بعودة الحضانة إليه بعد هذه المدة، وكذلك إذا ألف المحضون من عنده ويشق إرجاعه إلى الحاضن أو الحاضنة الأولى.[5]

ومن ضمن أدلة أصحاب القول الأول هو:

---

[1] – الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 492، ابن عابدين، المصدر السابق، ج2، ص 880، الرملي، نهاية المحتاج . المصدر السابق، ج6، ص 274 .

[2] – الكاساني، المصدر السابق، ج4، ص 42.

[3] – ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 565.

[4] – أبي زكريا، يحي بن شرف النووي، المصدر السابق، ج9، ص 101، الشربتني، المصدر السابق، ج3، ص 456، البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، ج5، ص، ص 500.

[5] – الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 474، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، طبعة عيسى البابي الحلبي وشركة بمصر، سوريا، ج ت، ص 763

- إن لمقتضى الحق في الحضانة هو قرابتها الخاصة، وإنما عارضها مانع كالنكاح لما يوجبه من إضاعة الطفل واشتغالها بحقوق الزوج الأجنبي منه عن مصالحه، فإذا انقطع النكاح بموت أو فرقة زال المانع، والمقتضي قائم، فترتب عليه أثره، وهكذا كل من قام به من أهل الحضانة مانع منها، ككفر أو فسق أو إنتقال، فإنه لا حضانة لها، فإذا زالت الموانع عاد حقهم في الحضانة.[1]
- إن الحضانة فيها حق للحاضنة وحق للصغير، وأن أقوى الحقين هو حق الصغير، فإذا أسقطت الأم حقها فلا تقدر على إسقاط حق الصغير أبدا، فيظل قائما، فمتى عاد حقها، عادت لها الحضانة شيئا فشيئا فيسقط الكائن فقط ولا يسقط المستقبل، قياسا على إسقاط إحدى الزوجتين حقها في القسم لمضرتها.[2]

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية في المشهور عندهم حيث يفرقون بين سقوط الحضانة لعذر اضطراري وعذر اختياري.

- **زوال الحضانة لعذر اختياري:** فإذا ما زالت الحضانة لعذر اختياري كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي من المحضون ثم طلقت، أو أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة، فلا تعود بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق للحاضن.[3]

وقيل تعود بناء على أن الحضانة حق المحضون لكنهم قالوا إذا كانت الحضانة لا تعود للمطلقة إلا أنه من حق من انتقلت له الحضانة رد المحضون لمن انتقلت عنه الحضانة، فإن كان الرد للأم للأب، لأنه نقل لما هو أفضل وإن كان الرد لأختها مثلا فللأب المنع من ذلك، فمعنى أن الحضانة لا تعود لأي: لا تجبر من انتقلت لها الحضانة على رد المحضون ولها الرد باختيارها.[4]

وكذلك إذا وجبت لها الحضانة وهي إذ ذاك متزوجة ثم طلق الزوج، أو مات، فإن الحضانة تعود لها! لأنها معذورة بالمنع من الحضانة بسبب كونها متزوجة فإن وجبت لها

---

[1] – ابن القيم، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدى الخير العباد، ج5، الرسالة، بيروت، لبنان، ط3، 1419هـ، 1998م، ص 404 .

[2] – ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 559.

[3] – الإمام مالك، المصدر السابق، ج5، ص 42.

[4] – التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص 889.

وهي غير متزوجة فتزوجت، ثم تأيمت فلا تعود لها لإدخالها على نفسها ما يسقط حضانتها.[1]

• **زوال الحضانة لعذر اضطراري:** فإذا ما زالت الحضانة لعذر إجباري، كالمرض والسفر ونحوهما مما يصعب على الحضانة القيام بأعمال المحضون، ثم زال هذا العذر، عاد حق الحضانة للحاضن، لأن المانع هو العذر الاضطراري وإذا زال المانع عاد الممنوع.[2]

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 71 من قانون الأسرة على أنه:« يعود الحق في الحضانة إذا زال سقوطه غير الاختياري»

وما يستشف من خلال مضمون هاته المادة أن المشرع الجزائري أقر بوجوب عودة الحضانة، للحاضنة التي سقط حقها فيها، وإذا كان سبب السقوط راجع لعذر اضطراري، خارج عن إرادة الحاضنة ولا دخل لها فيه، كمرض الحاضنة وعدم قدرتها عن الحضانة إلى غير ذلك، وأما وإن كان سبب السقوط راجع لإدارة الحاضنة، أي بعذر اختياري كزوجها وتنازلها عن الحضانة بإرادتها المنفردة، فإن حق الحضانة لا يعود إليها بعد ذلك، فمصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

وهذا ما أكدّه القضاء من خلال قرار المحكمة العليا بتاريخ:1990/02/05 في قضية:(ق.ز) ضد (ب.ف) بقولها: « من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .

لما كان من الثابت – في القضية الحال – أن الأم أسقطتها حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا و اختياريا يكون قد خالف القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.»[3]

---

[1] – التواتي بن التواتي، المرجع نفسه، ص 889.

[2] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 85.

[3]– م ع، غ أ ش بتاريخ :1990/02/05، ملف رقم: 58812، م ق لسنة : 1992م، عدد :04، ص 58.

إلا أنه قد حدث تغيير في اجتهاد المحكمة العليا، واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من غير قريب محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في أحد قرارتها: « من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين أن المطعونة 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 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون»[1]

ومن خلال دراستي لعودة الحق في الحضانة خلصت إلى مايلي:

- **أوجه الاتفاق:**

تتفق الشريعة الإسلامية مع موقف المشرع الجزائري في أن حق الحضانة يعود لصاحبها الذي سقطت عنه لعذر اضطراري .

- **أوجه الاختلاف:**

تختلف الشريعة الإسلامية عن موقف المشرع الجزائري إلى أن عودة الحق في الحضانة مختلف فيه بين أراء الفقهاء، فيعود هذا الحق بزوال المانع، سواء كان المانع عذر اضطراري مثل المرض أو الجنون أو فسق أو عذر اختياري مثل زواج الحاضنة وهو رأي الجمهور (الحنفية، الشافعية، الحنابلة).

ويعود الحق في الحضانة إذا كان العذر اضطراري مثل المرض، أما إذا كان العذر اختياري مثل زواج الحاضنة، فلا يعود حق الحضانة لصاحبها بعد سقوطها (رأي المالكية).

أما المشرع الجزائري فموقفه من عودة الحضانة لصاحبها بعد سقوطه عنها، يتحقق إذا كان سبب السقوط راجع لعذر اختياري فلا يعود حق الحضانة لصاحبها وهو ما يتواقف مع الرأي المشهور للمالكية.

[1] – م ع، غ أش، بتاريخ : 2000/11/21، ملف رقم : 252308، م ق لسنة : 2001، عدد خاص، ص 284 .

المبحث الثاني: نفقة المحضون وأجرة الرضاع

يحتاج الطفل المحضون إلى رعاية وتلبية لحاجياته، ومن ضمن هاته الحاجيات وجوب النفقة عليه، والتي ترجع في الأصل إلى الأب لماله من سلطة الاتفاق على أولاده، وهذا لكون المحضون غير قادر على الإنفاق على نفسه في مرحلة الطفولة، بل هو حاجة إلى الغير وذلك وفقا لإمكانيات الأب، ومن ضمن رعاية المحضون وجوب إرضاعه في فترة معينة، حيث تقوم الأم الحاضنة بهذا الدور، فإن تعذّر ذلك بفقدان الأم أو امتناعها كان واجبا على الأب استئجار مرضعة لإرضاعه .

وسأتناول هذا المبحث مطلبين اثنين وهما كالآتي:

المطلب الأول: نفقة المحضون

إن الأب له سلطة الإنفاق على أولاده في فترة الطفولة، وهذا لعجزهم على الإنفاق عن أنفسهم، بل حاجة لمن ينفق عليهم ويلبي احتياجاتهم، وذلك وفقا لإمكانيات الأب.

حيث ستتناول في هذا المطلب مفهوم النفقة والمكلف بوجوبها .

الفرع الأول: مفهوم النفقة: حيث سأتعرض في ذلك إلى تعريف النفقة، شروط وجوبها، ومشمولاتها.

أولا: تعريف النفقة:

1- تعريف النفقة لغة:

من نفق ماله ودرهمه وطعامه نِفَاقاً ونِفَاقاً، وأنفقوا. أنفقت أموالهم وأَنْفَقَ المال: صَرَفَه والنفقة ما أَنْفَقْتَ و استفقتَ على العيال وعلى نفسك[1].

2- **تعريف النفقة اصطلاحا :** وتعرف شرعاً وفي قانون الأسرة الجزائري على النحو الآتي :

2-1- تعريف النفقة شرعا:

لقد تعددت عبارات الفقهاء في تحديد معنى النفقة على النحو التالي:

[1] – ابن منظور، لسان العرب، مرجع، ص 396

– **مذهب الحنفية:** يقصد بها الإدرار على شيء بما فيه بقاؤه .[1] وقد عرفت النفقة هنا بقصدها، ومعناها هو : الإنفاق على الإنسان من زوجة وأولاد وأقارب، وكل من تلزم نفقته بما فيها المحافظة على سلامته وحياته.

– **مذهب المالكية:** قال بن عرفه النفقة وهي: ما به قوام معتاد حال الآدمي من دون سرف[2].

ويقصد بها ما يدفع به الإنسان حاجة غيره، من غذاء وسكن وملبس، وما يلحق بذلك من كل ما تتطلب المعيشة، بدون تقصير ولا إسراف، حسب حال الطرفين.

– **مذهب الشافعية:** يعرفونها بقولهم أن الإنفاق هو الإخراج ولا يستعمل إلا في خير.[3]

د–مذهب الحنابلة: يعرفونها بقولهم هي كفاية من يموّنه خبزا، وإداما، وكسوة، ومسكنا، وتوابعا[4].

وبالنظر لتعدد تعريفات الفقهاء للنفقة، إلا أنهم لم يخرجوا في تعريفهم للنفقة عن ثلاثة أشياء: الطعام، الكسوة، السكن، باعتبارها من أهم العناصر الأساسية التي يحتاجها الطفل في حياته، لأن الهدف الأساسي من النفقة تحقيق مصلحة الطفل.

2–2 تعريف النفقة قانونا (قانون الأسرة الجزائري):

لم يورد المشرع الجزائري من خلال ما تضمنه قانون الأسرة تعريفا محددا للنفقة، بل تكلم فقط عن أحكامها ومشمولاتها، لذلك فالنفقة بهاته الصورة هي الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل، من ملبس ومأكل ومصاريف علاج .....الخ[5]

وقد تكلم المشرع عن النفقة من خلال المواد:75،76، 77، 78،79،80 من القانون الأسرة.

---

[1] – ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 572، ابن الهمام، المصدر السابق، ج4، ص 378.

[2] – أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، ج2، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415 هـ، ص 68.

[3] – الشربيني، المصدر السابق، ج5، ص 459و 460.

[4] – البهوتي، المصدر السابق، ج5، ص 460 –462 .

[5] – فضيل سعد، المرجع السابق، ص 383.

ثانيا: أدلة مشروعية النفقة:

من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ** ﴾[1]

وقوله تعالى: ﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[2]

من السنة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال :« جاء رجل إلى النبي –صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله: عندي دينار قال: أنفقه على نفسك، قال: عندي آخر قال: أنفقه على ولدك، قال: عندي آخر قال: أنفقه على أهلك، قال: عندي آخر قال: أنفقه على خادمك، قال: عندي آخر قال: أنت أعلم به.[3]

وجه الدلالة: حث الرسول صلى الله وعليه وسلم بوجوب إنفاق المنفق عل نفسه أولا ثم على الولد ثم على الأهل، ثم على الخادم بحسب ترتيب الأقرب فالأقرب من الشخص المنفق.

وماروي عن هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم **(خذي من ما يكفيك وولدك بالمعروف)**[4]

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوجوب الإنفاق على الطفل الصغير، حيث رخص لهند بنت عتبة بأخذ مقدار من مال زوجها على قدر كفايتها هي وصغيرها.

---

[1] سورة الإسراء، الآية: 31.

[2] – سورة البقرة، الآية : 233.

[3] – أخرجه أبو داود سليمان ابن الأشعث ابن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج 2، د ط، المكتبة العصرية، بيروت، د ت، كتاب الزكاة، باب في صلة الرحم، حديث رقم : 1691 (حكم الألباني حسن)، ص 132 .

[4]أخرجه مسلم في صحيحه، الجامع الصحيح، ج 3، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة، حديث رقم 2211، ص 79 . ومسلم ، الجامع الصحيح، ج3، كتاب الأقضية، باب قضية هند، حديث رقم 1714 ، ص 1338 .

من الإجماع: انعقد إجماع الأمة على وجوب نفقة الابن على الأب، وتجب نفقة الأولاد على أبيهم إذ كانوا معسرين أو غير قادرين على الكسب، وتجب على الأب وحده، وتستمر نفقتهم إلى حين الاستغناء بمال أو كسب، أو استغناء الأنثى بالزواج، أو قدرة الغلام على الكسب.[1]

ثالثا: شروط وجوب النفقة ومشمولاتها

1- شروط وجوب النفقة: لوجوب النفقة شروط معينة يجب توافرها في المنفق و المنفق عليه.

أ- شروط وجوب النفقة في الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء في تحديد شروط وجوب النفقة كما يلي:

1-**الحنفية: <u>إذا كان الولد ذكرا:</u>**

- أن يكون فقيرا لا مال له، فإن كان له مال، فينفق عليه من ماله، وأن لم يكن لديه مال فنفقته واجبة على أبيه.

واختلف في حد العسر الذي يستحق النفقة، فقيل هو الذي يحل له أخذ الصدقة، ولا تجب عليه الزكاة، وقيل هو المحتاج .

- أن تكون به عاهة من العاهات مثل عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما ولم يبلغ حد الكسب، فإن بلغ ولم يكن به عاهة تمنعه من اكتساب المال، فكان عليه أن يكتسب وينفق على نفسه وإلا استمرت نفقته على أبيه .[2]
- طالب العلم بشرط أن يكون رشيدا أي متفوقا في دراسته وناجحا متوفقا في طلب العلم، وكان مشتغلا بالعلوم الشرعية الضرورية والنافعة وكان فقيرا فهنا وجبت نفقته على أبيه[3].
- أن يكون الولد حرا أي غير مملوك للغير، فإن كان مملوكا للغير فإن نفقته لا تجب على الوالد بل تكون واجبة على المالك،

---

[1] - ابن قدامة، المصدر السابق، ج8، ص 184، أبي إسحاق الشيرازي(المهذب)، المصدر السابق، ج2، ص 166..

[2] - الكسائي، المصدر السابق، ج4، ص 34 و35.

[3] - ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 614 .

•وبالنسبة للمنفق يشترط اليسار في قرابة غير الولادة من الرحم المحرم فلا تجب على غير الموسر، وأما في قرابة الولادة إن كان المنفق هو الأدب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافية لوجوب النفقة عليه.[1]

- **أما إذا كانت أنثى:**

أن تكون هامة البنت فقيرة، فإن كان لها كسب أو مال وجب أن ينفق عليها من مالها أو ما تحصل عليه من كسبها، وليس للأب أن يؤجر ابنته الفقيرة في عمل لتكسب.[2]

2- المالكية:

يجب على الأب نفقة أولاده بالشروط الآتية:

- أن يكونوا فقراء لا مال لهم، فإن كان لهم مال فنفقتهم من مالهم.
- أن يكون الولد حرا غير مملوك للغير، فإن كان مملوكا للغير وجبت نفقته على مالكه.[3]
- أن يكون بالغا عاقلا قادرا على الكسب فإذا بلغ على هذه الحالة فإن نفقته تسقط على أبيه إلا أن ينفذ ماله قبل بلوغه، أو يمرض الولد.[4]

-أما إذا كانت أنثى حرة: فإن نفقتها تجب على أبيها حتى يدخل بها زوجها أو يدعى للدخول بها، فإن النفقة في هاته الحالة تجب على الزوج، أما إن طلقها قبل بلوغها أو مات عنها زوجها عادت نفقتها على أبيها.[5]

- أن يكون الأب موسرا فإذا كان معسرا لا يلزم الأب على الكسب لأجل نفقة أولاده حتى لو كان قادرا على الكسب بضعة أو غيرها لم يجب عليه التكسب لينفق على أولاده المعسرين.[6]

---

[1] – الكسائي، المصدر السابق، ج4، ص 35 .

[2] – ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 614.

[3] – الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 524.

[4] – الخطاب، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1398هـ، ص 211.

[5] – الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 524..

[6] – ياسر أحمد عمر الدمهوجي، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي " دراسة فقهية مقارنة "، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 546.

3- الشافعية:

تجب على الأب النفقة بالشروط الآتية :

- يشترط يسار المنفق وذلك بفاضل عن قوته وقوت عياله، سواء أفضل ذلك بكسب أم بغيره.[1]

- أن يكون الولد ذكرا كان أو أنثى فقيرا فإذا كان الصغير غنيا فنفقته لا تجب على أبيه بل ينفق من ماله.[2]

- أن يكون الابن صغيرا فإذا كان بالغا فلا تجب على أبيه نفقة إلا إذا كان مجنونا أو ذا عاهة تمنعه من الكسب فإن نفقته تبقى مستمرة على أبيه.[3]

- أما إذا كانت أنثى فإن نفقتها تجب على أبيها، إلا أن تتزوج فتصبح نفقتها واجبة على زوجها، فإذا انفسخ العقد رجعت نفقتها إلى أصلها، أو فرعها، أو من تلزمه نفقتها.[4]

- طالب العلم لو كان مشتغلا بعلم شرعي، ويرجى منه النجابة وكان الكسب مانعا من طلب العلم وجبت نفقته، ولا يكلف الكسب.[5]

4- الحنابلة: تجب النفقة عن الأب بالشروط الآتية:

- أن يكونوا فقراء لا مال لهم، فإن كانوا موسرين بمال فلا نفقة لهم، لوجوبها على سبيل المواساة والموسر مستغني عن المواساة.[6]

- تجب النفقة للأنثى مطلقا، إذا كانت فقيرة والمنفق موسرا.

- تجب لطالب العلم، حيث يدخل ضمن من تجب لهم النفقة، وذلك على الرواية الراجحة في المذهب.[7]

---

[1] - الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 586.

[2] - الشربيني، مصدر نفسه، ج4، ص 35.

[3] - أبي إسحاق الشيرازي، المهذب، ج2، د.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت، ص 166.

[4] - أبي بكر بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ج4، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1997م، 1418 هـ، ص 99.98.

[5] - أبي بكر بن محمد شطا الدمياطي، المصدر نفسه، ج4، ص 89.

[6] - ابن قدامة، المصدر السابق، ج9، ص257.

[7] - ابن قدامة، المصدر نفسه، ج9، ص 258.

– أن يكون للأب أو لمن تجب عليه النفقة مال زائد عن نفقة نفسه ونفقة زوجته وخادمه ينفقه عليهم، إما من ماله وإما من كسبه.[1]،

– أن يكونا حرين فإن كان الأب رقيقا أو الابن رقيقا فلا تجب لأحدهما نفقة على الآخر.

- **شرط اتحاد الدين:** وهذا الشرط اشترطه الحنابلة في الرواية الثانية المشهورة عنهم، واستدلوا لما ذهبوا إليه من المعقول بقولهم: «إن هذه النفقة وجبت للمواساة، ولا مواساة مع اختلاف الدين، ووجبت للإرث ولا إرث مع اختلاف الدين »[2] .

ب–شروط وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري:

أقر المشرع الجزائري بوجوب نفقة المحضون على الأب، وذلك من خلال المادة 75 من قانون الأسرة :«من المقرر قانونا انه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، و الإناث إلى الدخول، و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب »

1– وهذا ما يدل على أن النفقة من واجب الأب على ابنه الذي لا مال له، وتستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد، وأما بالنسبة للإناث فتستمر نفقتهم إلى الزواج أو وقت الدخول بهن، أما بالنسبة للأولاد العاجزين عن الكسب بسبب مزاولتهم الدراسة أو بسبب عاهة عملية أو بدنية فتستمر نفقة الأب عليهم، ولا يسقط واجب الأب في النفقة عليهم، وإذا استغلى من قدرت له مصلحة هذا النفقة بسبب قدرته على الكسب وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

وهذا ما أكدت عليه قرارات القضاء، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا « من المقرر قانونا أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال.

بالنسبة للذكور إلى سن الرشد ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .

[1] – ابن قدامة، المصدر السابق، ج9، ص 258

[2] – ابن قدامة، المصدر نفسه، ج9، ص 257

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن البالغ من العمر 21 سنة المدة سابقة يكون قد خالف القانون.» [1]

2- فالمشرع الجزائري اعتبر إعسار الأب مانع له من النفقة، فلكي تكون النفقة واجبة على الأب يجب أن لا يكون معسرا، أي قادر وأن يكون الابن محتاجا للنفقة، وإذا لم يكن له مال أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج.[2]

المادة 76 من قانون الأسرة بنصها :« في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك »

فالملاحظ من خلال المادة 76 من ق، أ أن النفقة واجبة على الأب لأولاده، بشرط القدرة على الكسب وأن يكون الابن محتاجا لها، لكونه لا مال له، أو لصغر سنه، أو يكون ذا عاهة مزاولا للدراسة ويسقط هذا الحق في حالة عجز الأب أو فقره، وتنتقل نفقة الأولاد إلى الأم، إذا كانت قادرة على ذلك أي أن يكون لها مال يمكن أن تنفقه على أولادها ولها أن تعود على الأب إذا ظهر يسره لأنه هنا يعتبر المدين لها، يكون ذلك في حدود ما تقتضيه مصلحة المحضون .

3- تنص المادة 77 من ق أ :«تجب نفقة الأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث»[3]

- من خلال هاته المادة نلاحظ، أن النفقة شرعت لمصلحة المحضون ومراعاة لظروف معيشته، فهي تشمل على عنصرين أساسيين وهما القدرة والاحتياج، فالمكلف بالنفقة يجب أن يكون بحاجة إليها، ولهذا فالقاضي عند حكمه بتقدير نفقة المحضون فهو ملزم بأن يراعي حالة الطرفين، سواء المكلف بالنفقة أو من قدرت له النفقة، وتكون بقدر احتياج المحضون وحسب ظروف معيشته، وإلا تنتقل إلى غيره ممن له الحق وذلك

[1] – م ع، غ أ ش، بتاريخ : 1989/12/25، ملف رقم : 57227، م ق، 1991، عدد: 04، ص 106

[2] – باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، د .ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 84، 85

[3] – المادة 77 من الأمر رقم:05-02 المتؤرخ في:2005/02/27.

باعتبار أن النفقة شيء ضروري للمحضون، تنتقل النفقة للأصول على حسب درجة القرابة في الإرث.

2: مشتملات النفقة ومقدارها

أ-مشتملات النفقة ومقدارها في الشريعة الإسلامية:

اختلف الفقهاء في تحديد مشتملات النفقة ومقدارها إلى أربعة أراء:

الحنفية : تشمل النفقة : المأكل والمشرب والملبس والسكن والرضاع إن كان رضيعا، أما بيان مقدار الواجب في النفقة هو بقدر الحاجة والكفاية.[1]

المالكية: قالوا تشتمل النفقة على الخدمة والعفاف وكل ما يسد الحاجة.[2]

الشافعية: قالوا تقدر النفقة بما فيه كفايتهم من قوت وأدم وكسوة ولا بد من إشباعهم بدون مبالغة، ويجب له مؤنة خادم إن احتاجه مع سكنى لائقة به، وأجرة طبيب، وثمن أدوية .[3]،

الحنابلة: قالوا بأن مشتملات النفقة تتكون من الخبز، والأدم، والكسرة بقدر العادة، لأنها وجبت للحاجة فتقدر بما تدفع به الحاجة، والمقدار الواجب في النفقة يكون بقدر الحاجة .[4]

وبناء على ما تقدم فإن ما تشتمل عليه النفقة الأساسية يكون منحصرا في أمور ثلاثة: هي الطعام والكساء والسكنى،لأن هذه الثلاثة مما لا يستغني عنه أحد بحال.

ب- مشتملات النفقة ومقدارها في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"

- الملاحظ من نص المادة 78 أن المشرع الجزائري قد حدد مشتملات النفقة التي يحتاجها الطفل في حياته، والتي يجب على الأب أن يوفرها له وهي:

---

[1] - الكاساني، المصدر السابق، ج4، ص 38.

[2] - الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 524.

[3] -- الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 587.

[4]- أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج9، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1405هـ، ص 85.

1- الغذاء والمتمثل في الطعام والشراب، الكسوة وتتمثل في اللباس.

2- العلاج.

3- المسكن الصالح للعيش وفي حالة عدم قدرته على توفير مسكن يدفع بدل الإيجار.

4- كل ما يحتاجه الطفل وفقا للعادات والأعراف.[1]

تتحقق مصلحة المحضون بالاعتماد على ركن أساسي ألا وهو النفقة، باعتباره أهم عنصر تقوم عليه هاته المصلحة، وتشمل نفقة المحضون كل الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل من مأكل ومشرب ومصاريف علاج، وتعليم لأنه في هذه الفترة يكون غير قادر على إعالة نفسه بل في حاجة لمن يراعاه ويحفظ مصالحه.

- تنص المادة 77 من ق أ:« تجب نفقة الأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث.»[2]،

فالملاحظ من خلال محتوى هاته المادة، وما يستشف منها كذلك على حسب احتياج من قدرت له النفقة، أي الصغير المحضون .

ولهذا القاضي عند حكمه بتقدير النفقة، فهو ملزم بمراعاة حالة الطرفين، سواء المكلف بها أومن قدرت له، بقدر حاجته وحسب ظروف معيشته، وعلى القاضي عند الحكم بمبلغ النفقة أن يراعي كل ضروريات معيشة الطفل الصغير المحضون، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 79 من ق أ بقوله: « يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.»[3].

الفرع الثاني :المكلف بوجوب النفقة

أولا: في الشريعة الإسلامية

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب موجودا وموسرا أو قادرا على الكسب في رأي الجمهور، فعليه وحده نفقة أولاده، لا يشاركه فيها أحد.

[1] – المادة 78 من الأمر:05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] – المادة، 77 من الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

[3] – المادة : 79من الأمر 05-02 المؤرخ في : 27 فبراير 2005.

أما إذا لم يكن الأب موجودا أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر أو سن أو نحو ذلك، كانت نفقتهم في رأي الحنفية على الموجود من الأصول ذكرا كان أو أنثى إذا كان موسرا أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة، وللجد أو الأم إذا كان الأب موجودا معسرا غير مريض مرضا مزمنا الرجوع على الأب في حال يساره، ويكون ما أنفقه دينا على والدهم.

يجوز الرجوع عليه إذا أمر القاضي بالإنفاق[1].

وإن كان الموجود أكثر من واحد، فالحكم يكون تبعا لثبوت الإرث لهم جميعا وعدم ثبوته، أو لثبوتهم لبعضهم دون بعض فإن كانوا جميعا أو اختلافهم في درجة القرابة للولد محل النفقة.[2]

وإذا كان أقارب الولد غير وارثين، بأن كانوا من ذوي الأرحام، فالنفقة على أقربهم درجة، وإن اتحدت درجتهم، كانت النفقة عليهم بالسوية.

وإذ كان بعض الأقارب وارثا، والآخر غير وارث، كانت النفقة على الأقرب، وإن النفقة على الأقرب، وإن لم يكن وارثا، فإن تساووا في درجة القرابة، وجبت النفقة على الوارث دون غيره [3]

الشافعية : حيث يقولون بأنه إذا لم يوجد الأب أو كان عاجزاً وجبت النفقة على الأم لقوله تعالى:﴿لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [4] ولأنه إذا وجبت النفقة على الأب وولادته من جهة الظاهر، فلا تجب على الأم، فلأن تجب على الأم، وولادتها مقطوع بها، أولى، وتجب عليها نفقة ولد الولد؛ لأن الجدة كالأم، والجد كالأب في أحكام الولادة.

---

[1] ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، ج 3، ص 346، ابن عابدين، المصدر السابق، ج 2، ص 926–935. ابن جزي الكلبي، المصدر السابق، ص 223، أبي إسحاق الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، ج 2 ص 166.

[2] – عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص 263..

[3] – فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1313هـ، ص46.

[4] – سورة البقرة، الآية : 233.

وإذا استوت درجة القرابة واستحقاق الإرث وجبت النفقة على المتساوين ؛ لأن النفقة تشملها .وإما تفاوت درجة القرابة، فالأصح أن أقربها تجب النفقة عليه وارثا أو غيره،وإن استوي قربهما، يقدم الوارث في الأصح.[1]

فإذا كان هناك أم أو جد أبو الأب، فالنفقة كلها على الجد في الأصح، لأنه ينفرد بالتعصيب فأشبه الأب، وإذا كان للفرع أجداد وجدات يدلي بعضهم ببعض فالنفقة على الأقرب منهم، وإن لم يدلي بعضهم ببعض فتلزم النفقة بالقرب .[2]

المالكية: ويرى المالكية أنه تجب النفقة على الأب وحده دون غيره لأن النبي صلى عليه وسلم قال لرجل سأله: عِنْدِي دِينَارٌ ؟ فَقَالَ : " أَنْفِقْهُ عَلَى نَفْسِكَ "، فَقَالَ : عِنْدِي دِينَارٌ آخَرُ ؟ قَالَ: " أَنْفِقْهُ عَلَى زَوْجَتِكَ "، قَالَ: عِنْدِي دِينَارٌ آخَرُ ؟ قَالَ: " أَنْفِقْهُ عَلَى وَلَدِكَ"، قَالَ: عِنْدِي دِينَارٌ آخَرُ ؟، قَالَ: " أَنْفِقْهُ عَلَى خَادِمِكَ "، قَالَ : عِنْدِي دِينَارٌ آخَرُ ؟، قَالَ:" أَنْتَ أَعلم به" [3] ، ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء.

الحنابلة: يرى الحنابلة في ظاهر المذهب، أنه إذا لم يكن للولد الصغير أب، وجبت نفقته على كل وارث على قدر ميراث، لقوله تعالى:﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ [4]، ثم قال تعالى :﴿ **وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ** ﴾ [5].

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

تكون النفقة في رأي المشرع الجزائري واجبة على الأب وينتقل هذا الحق من الأب إلى الأم في حالة ما إذا كان الأب عاجزا والأم قادرة على النفقة والمقصود بالعجز هنا هو عدم القدرة التامة على الاسترزاق لا لكونه فقيرا، حيث نصت المادة 76 من قانون الأسرة على أنه :" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ".

---

[1] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص 826–827.

[2] – أبي إسحاق الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، ج2، ص 166، الشربيني، مغني المحتاج و، المصدر السابق، ج 3، ص 451 .

[3] – سبق إخراجه .

[4] – سورة البقرة، الآية، ص 233.

[5] – سورة البقرة، الآية، ص 233.

فالملاحظ من خلال المادة 76 من ق، أ، أن النفقة واجبة على الأب لأولاده، بشرط القدرة على الكسب وأن يكون الابن محتاجا لها، كونه لا مال له، أو بصغر سنه، أو يكون ذا عاهة أو من مزاولا للدراسة ويسقط هذا الحق في حالة عجز الأب أو فقره وتنتقل نفقة الأولاد إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك، أي يكون لها مال يمكن أن تنفقه على أولادها، ولها أن تعود على الأب إذا ظهر يسره، لأنه هنا يعتبر بمثابة المدين لها، ويكون ذلك في حدود ما تقتضيه مصلحة المحضون.

4- وتنص المادة 77 من ق، أ : "تجب نفقة الأصول على حسب الفروع حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث." [1] من خلال هاته المادة نلاحظ أن الاشخاص الذين تجب عليهم النفقة في حالة عجز الأب أو فقدانه، هم الأشخاص الذين يكونون أقرباء للطفل الصغير على حسب درجة الاستحقاق في الإرث، وهو ما يتوافق مع مذهب الحنابلة، بالنسبة للأشخاص الذين تجب عليهم في حالة عجز الأب أو فقدانه.

من خلال دراستي لنفقة المحضون خلصت إلى مايلي:

- **أوجه الشبه:**

- بالرغم من تعددت تعاريف الفقهاء للنفقة إلا أنها تمحورت حول إنفاق الملزم بها أو الكفيل على المكفول، وهو ما يتوافق مع تعريف المشرع الجزائري .
- النفقة واجبة على الأبناء لأبنائهم وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية ووافقها المشرع في ذلك.
- تجب النفقة على البنت إلى الدخول بها وللذكر إلى حد البلوغ.
- استمرار النفقة على البنت إلى الدخول بها وللذكر إلى حد البلوغ .
- استمرار النفقة على الابن الذي به عاهة من العاهات حتى وإن بلغ حد الكسب، سواء كانت هاته العاهة عملية أو بدنية، وتستمر كذلك على طالب العلم.
- سقوط النفقة على الابن وذلك بقدرته على الكسب .
- وجوب النفقة على الولد الفقير الذي لا مال له فنفقته من ماله .

[1] – المادة 77 من الأمر رقم :05-02 المؤرخ في: 2005/02/27.

- اشتمال النفقة على أمور أساسية وهي : الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته.
- تقدير قيمة النفقة على حسب حاجة المحضون .

- **أوجه الاختلاف:**

أوجبت الشريعة الإسلامية أن يكون كل من المنفق والمنفق عليه حرين، لتجب لأحدهما النفقة على الآخر، وهذا ما لم يرد عند المشرع الجزائري.

- اشتراط بعض الفقهاء اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه، في حين لم يعتبر المشرع ذلك كشرط من شروط النفقة.

- اختلاف الفقهاء في الأشخاص الواجب عليهم النفقة في حالة فقدان الأب، فمنهم من قال أنه بغياب الأب تنتقل إلى الأصول ذكرا كان أو أنثى، فإن كان الموجود أكثر من واحد، فتجب النفقة عليهم لثبوت الإرث لهم أو عدم ثبوته أو لثبوته للبعض دون الآخر، وإلا فنسبة استحقاقهم للميراث، بحسب درجة القرابة، ومنهم من قال بانتقال النفقة بعد الأب إلى الأم مباشرة، وعلى المتساويين في درجة القرابة واستحقاق الإرث، فإن تفاوتت القرابة يقدم الأقرب وإن تساوت يقدم الوارث، ومنهم من قال بأن النفقة بعد الأب تجب على كل وارث على قدر ميراثه في حين أن المشرع الجزائري اقتصر في انتقال النفقة عند فقدان الأب على الأم بشرط قدرتها على ذلك، وكذلك على أقارب الطفل الصغير بحسب درجة استحقاقهم للإرث، وهذا ما يتوافق ورأي فقهاء الحنابلة.

المطلب الثاني: أجرة الرضاع

يعتبر الإرضاع من الحقوق التي تثبت للأطفال على الآباء كأثر من آثار الزوجية، وباعتبار المرأة الأقرب للطفل في صغره بحكم الفطرة الإلهية، وبما أن الطفل يحتاج إلى الرضاعة كغذاء له في فترة صغره، فقد كان وجوب الرضاعة على الأم، وأختلف الفقهاء في جوب أجرة الرضاع على الأم بحسب الحالات كحالة الزوجية وأثناء العدة من الطلاق الرجعي وحالة انتهاء الزوجية والعدة عند الوفاة وسنتطرق إلى ذلك من خلال ما يلي :

- **تعريف الرضاع : :** ويعرف الرضاع لغةً وشرعاً على النحو الآتي :

لغة: الرّضاع بكسر الراء وفتحها، من باب تَعِبَ في لغة نجد، ورَضَعَ رَضْعًا من باب ضَرَبَ لغة لأهل تهامة وأهل مكة. [1]

والرِّضاعُ: مصدر رَاضَعْتُهُ رِضَاعًا ومُرَاضَعَةً [2]، والرَّضَاعَة اسم لمص الثدي وشرب لبنه [3]، ورضع الصبي أمه بالكسر رِضَاعًا بالفتح، وامرأة مرضع أي.

ويعرف الرضاع في الشرع: اختلف الفقهاء في تعريف الرضاع تبعا لاختلافهم في ضابط الرضاع المجرم على النحو الآتي:

الحنفية: أنه مص الرضيع من ثدي الآدمية في وقت مخصوص[4].

المالكية: أنه حصول لبن امرأة آدمية للجوف أي جوف الرضيع أو حلقه.[5]

الشافعية: أنه اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه.[6]

الحنابلة :أنه مص من دون الحولين لبناً ثاب عن حمل أو شربه نحوه.[7]

الظاهرية: أنه ما امتصه الراضع من ثدي المرضعة بفيه فقط.[8]

والرضاع مشروع بالكتاب والسنة و الإجماع

1- **الكتاب:**

- قوله تعالى:﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ [9]

---

[1] -الفيومي، المصدر السابق ص 139.

[2] - ابن منظور، المصدر السابق، ج3، ص 1660، الفيروزآبادي، المصدر السابق، ج3، ص 28، 30.

[3] - ابن منظور، المصدر نفسه، ج3، ص 1660، 166

[4]- ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 209، ابن الهمام، المصدر السابق، ج3، ص 438، ابن نجيم، المصدر السابق، ج3، ص 238.

[5] -الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 502، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، المصدر السابق، ج2، ص 54، الخطاب، المصدر السابق، ج4، ص 178.

[6] - الشربيني، الاقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المصدر السابق، ج2، ص 477، الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج3، ص 543، أبي بكر السيد البكري، المصدر السابق، ج3، ص 286

[7] - منصور البهوتي، ، المصدر السابق، ج3، ص 216، :

[8] -ابن حزم، المصدر السابق، ج10، ص 185ة

[9] - سورة البقرة، الآية : 233

2- السنة:

- « حديث علي رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله مالك تنوق في قريش وتدعنا؟ فقال: وعندكم شيء؟ فقلت: نعم، بنت حمزة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: انها لا تحل لي، أنها ابنة أخي من الرضاعة » رواه مسلم.[1]

- **وجه الدلالة:** الحديث دل على مشروعية الرضاع، وبه تكون القرابة المحرمة للزواج وأما الإجماع فقد نقله غير واحد من الفقهاء منهم ابن المنذر وابن حزم والموفق وغيرهم.

الفرع الأول: وجوب الرضاع على الأم

تعتبر الأم أقرب الناس إلى ولدها،وأن لبنها هو أفضل غذاء له من غيره باتفاق الأطباء، وقد اتفق الفقهاء على وجوب الرضاع على الأم ديانة، سواء أكانت متزوجة بأبي الرضيع،أم كانت مطلقة منه، وانتهت عدتها، فإن امتنعت عنه مع قدرتها كانت مسؤولة أمام الله تعالى، واستدلوا بقوله تعالى:«**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**»[2].والنص وإن كان وارد في صورة الخبر إلا أنه في معنى الامر، فيدل على الوجوب على وجه التأكيد، ولكنهم واختلفوا في وجوب الإرضاع عليه قضاء.[3]

<u>حالة الجبر والخيار:</u>

- **الحنفية:** يقولون أنه ليس لأمه أن ترضعه، لأن الكفالة على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة، وقد لا تقدر على الإرضاع لعذر فلا معنى للجبر وإلزامها الإرضاع مع كراهيتهما.[4]

---

[1] – أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة، حديث رقم برقم (2623)

[2] – سورة البقرة، الآية : 233

[3] – بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، د.ط، مؤسسة شباب الجامعة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر 1987، ص 49

[4] – الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، فتح القدير، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1993، ص 224، السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص 208.

- **الشافعية:** ذهب الشافعية إلى أنه لا يلزم المرأة رضاع ولدها كانت عند زوجها أو لم تكن إلا أن شاءت وسواء كانت شريفة أو دنية أو موسرة أم معسرة وذلك لقوله تعالى :«وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ»[1]

ولو رغبت الأم في إرضاعه ولو بأجرة مثله فليس للأب منعها، ولأنها أشفق على الولد من الأجنبية ولبنها له أصلح وأوفق .[2]

- **الحنابلة:** يقول ابن قدامة الآتي: " أن الأم مخيرة بالإرضاع، إذ امتنعت من إرضاع ولدها لم تجبر، ولو كانت في حبال الزوج

- لقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ [3]

- **المالكية:** ذهب المالكية إلى أن الأم يجب عليها إرضاع ولدها ديانة وقضاء بلا أجر، إذا كانت متزوجة بأب الرضيع أو مطلقة طلاقا رجعياً منه، إلا إذا كانت من قوم ليس من عادة نسائهم القيام بإرضاع أولادهن فلا يلزمها إرضاعه، إلا إذا كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها، فإن أرضعته فلها الأجر.[4]

ويفهم من هذا أن الفقهاء اتفقوا على وجوب الإرضاع على الأم قضاء في ثلاث حالات:

1- ألا يقبل الطفل الرضاعة إلا من ثدي أمه.

2- ألا توجد مرضعة سواها فيلزمها الإرضاع

3- إذا انعدم الأب ولم يوجد سواها، ولم يوجد مالا تستأجر به مرضعة ما ولم توجد متبرعة.

فهذه الحالات الثلاثة هي حالة الضرورة التي يتعين فيها للأم إرضاع ولدها.

---

[1] – سورة الطلاق، الآية : 06

[2] – أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج9، ص 88

[3] – سورة الطلاق، الآية : 06

[4] – الدسوقي، المصدر السابق، ج 2، ص 525، ابن جزي الكلبي، المصدر السابق، ص 147 – 148، أحمد بن غنيم بن سالم، النفراوي، المصدر السابق، ج2، ص 65

- **استئجار المرضع:**

عند امتناع الأم عن الإرضاع، وإذا لم يكن واجبا عليها يكون على الأب استئجار مرضعة لترضع الولد، وهذا من أجل المحافظة على حياة الصغير،وتسمى تلك المرضعة ظئرا، ويكون أجر المرضعة على الأب، وكل هذا عند انعدام امرأة متبرعة بالإرضاع.

فإن لم يقم الأب باستئجار مرضعة، كان للأم أن تطالبه بدفع أجرة الرضاع إليها، لتتولى هي استئجار من ترضع الولد، فإن امتنع عن ذلك كان للأم أن تطالبه قضاء بدفع أجرة الرضاع.[1]

وعلى الظئر المستأجرة أن ترضعه عند أمه ؛ لأن الحضانة حق لها،وامتناعها عن الإرضاع لا يسقط حقها في الحضانة، لأن كلاً منهما حق مستقل عن الآخر .[2]

الفرع الثاني: متطلبات الرضاعة وتتمثل في ما يلي

أولاً :استحقاق الأم أجرة الرضاع :

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى التفريق بين ما إذا كانت متزوجة والزوجية قائمة، ومعتدة أو مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا.

أ: حالة الزوجية وأثناء العدة من الطلاق الرجعي:

الحنفية: جاء في قولهم في المبسوط : « في حال قيام النكاح بينهما لا تستوجب الأجر على الإرضاع لأنه في حال بقاء النكاح الرضاع من الأعمال المستحقة عليها دينا أو ديانة، ولأن الاستئجار على مثل هذا العمل لا يجوز »[3]

وكذلك الشأن إن كانت معتدة من طلاق رجعي بعدم استحقاقها للأجر وذلك لوجوب الإرضاع عليها ديانة، ما هو واجب عليها لا تستحق عليه أجرة، وأيضا فإن الذي ينفق عليها حال قيام زوجتيها وحال الأجرة، وأيضا فإن الذي ينفق عليها حال العدة هو والد

[1] – بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص 53

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص 662

[3] – السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص 208، ابن همام، المصدر السابق، ج4، ، ص 242

طفلها، فإن الذي ينفق أوجبنا عليه أجرة الرضاعة كانت بذلك جامعة بين نفقتين في وقت واحد، وليس من حقها الجمع بين نفقتين وإن تعدد السبب.[1]

- **المالكية:** ووافق المالكية على هذا الرأي إذا كان الرضاع واجب على الأم وهو الغالب أما إذا كان الرضاع غير واجب على الأم كالشريفة كان لها الأجر لعدم وجوب الإرضاع عليها.[2]

- **الشافعية:** وقد ذهب الشافعية إلى أن الزوج والزوجة إذا رضيا على أن ترضع هي ولدهما فإن الأمر لا يعدو أن تكون قد رضيت بالإرضاع دون أن تطلب على ذلك أجرا.[3]

- إذا ما رضيت بالإرضاع مقابل الأجر فقد اختلف في ذلك إلى رأيين:

- ففريق ذهب على أن هذا الاستئجار جائز له ويجوز لها أخذ الأجرة على الإرضاع، ذلك لأن الإرضاع لا يعدو أن يكون عملا تقوم به الزوجة أو من هي في حبال الزوج، فلها الأجرة لأنه عمل غير مستحق عليها بالنكاح حتى تطالب به ولا تجبر عليه إذا امتنعت واستئجارها للإرضاع كاستئجارها للأعمال الأخرى كالخياطة وغيرها، وأما النفقة فإنها مستحقة لها بالنكاح لا بمقابله الإرضاع بدليل أنها إن أبت الإرضاع كانت لها النفقة فهي نظير نفقة الأقارب ولا تكون مانعة من صحة الاستئجار على الإرضاع.[4]

- وذهب فريق إلى أنه لا يجوز أن يستأجرها على الإرضاع، لأن الوقت الذي يضيع في الإرضاع من حق الزوج، فله أن يستمتع فيه بها، وهو استحق هذا الاستمتاع ببدل هو النفقة فلا يجوز لها مع هذا البدل أخذ بدل آخر.[5]

---

[1] – محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، د.ط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2010 م، ص 350.

[2] – الإمام مالك، المصدر السابق، ج2، ص 416، الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص 525

[3] – عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 167.

[4] – أبي إسحاق الشيرازي، المصدر السابق، ج2، ص 179و180، ابن قدامة، المصدر السابق، ج9، ص 312.

[5] – عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 168.

الحنابلة يقول الحنابلة أن الزوجة أو من في عدة مثلها مثل من بانت عن زوجها والأجنبية من حيث استحقاقها للأجر، إذا أرضعت ولدها من زوجها أو مطلقها وطلبت لذلك أجرا، وعندهم كذلك أن لها الزيادة بسبب الرضاع إذا لم تكن ترضع بأجر[1].

ثانياُ : حالة العدة من الطلاق البائن: اختلف أراء الفقهاء في ذلك على النحو الآتي:

– **الحنفية:** يقول الحنفية إذا كانت الأم في عدة الطلاق البائن من الأب، أنه تجب لها الأجرة، لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت، وصارت كالأجنبية، وقيل إن الاستئجار هنا لا يجوز، لأنها كالمعتدة من طلاق رجعي، ولأن ما تأخذه الأم من أجرة إنما هي مؤنة ونفقة، وأن على الأب نفقتها، ولا تجب لشخص واحد نفقتان وإن تعددت الأسباب، فاختلف الترجيح والعمل على عدم الوجوب .[2]

– **المالكية:** يقول المالكية أن الأم المعتدة من بائن تساوي مع الأجنبية في مسألة أجرة إرضاع الولد، فالمرأة في حال قيام الزوجية وفي العدة من طلاق رجعي لا تستحق على الإرضاع أجرا أما في البائن فإن الأب يكون عليه أجر الرضاع.[3]

– **الشافعية:** أن التفريق بين قيام الزوجية وعدة الرجعي وعدة البائن،في استحقاق الأجر ليس بظاهر عندهم.[4]

– أما **الحنابلة** فهم يسوون بين الزوجة والمعتدة من طلاق رجعي والمعتدة من طلاق بائن من حيث استحقاقها للأجر على الإرضاع.[5]

ج : حال انتهاء الزوجية والعدة وفي عدة الوفاة :

تستحق الأم الأجرة على الإرضاع باتفاق الفقهاء، بعد انتهاء الزوجية والعدة أو في عدة الوفاة، لقوله تعالى﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ، وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ**﴾ [6]

---

[1] – ابن قدامة، المصدر السابق، ج3، ص 312و313.

[2] – محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 403.

[3] – المواق، أبي عبد الله بن يوسف، المصدر السابق، ج4، ص 213.

[4] – أبي إسحاق الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، ج2، ص 180–189.

[5] – أبي قدامة، المصدر السابق، ج9، ص 312و313

[6] – سورة الطلاق، الآية :06.

فبعد الفرقة لا يعتبر الرضاع واجب ومستحق على الأم دينا ولا قضاء، وكما أن النفقة بعد الفطام على الأب لا يشاركه أحد في ذلك باعتبار أن الولد جزء منه والإنفاق عليه كالإنفاق عليه كالإنفاق على نفسه فكذلك قبل الفطام فإن مؤنة الرضاع عليه.

وذلك لأن الأم في هذه الحالة لا تجب لها النفقة على الأب لانقطاع رابطة الزوجية وآثارها، وفي إلزامها بالرضاع دون أجر مع انقطاع نفقتها إضرار بها وهو الأمر لا يجوز لذلك تستحق أجرة أو غير معينة، لأنه لا يلزمها أن ترضع ولدها وأجر رضاعته لازمة لأبيه.[1]

ثالثاً: التفضيل بين الأم والأجنبية في مقدار أجرة الرضاع

اتفق الفقهاء على أن الأم تقدم في الإرضاع إذا أرضعت ولدها بدون أجر، او لم تطلب زيادة على ما تأخذه الأجنبية ولو بدون أجر المثل ، أو لم توجد مرضعة إلا بالأجر، رعاية لمصلحة الصغير بسبب كون الأم أكثر حنان وشفقة عليه من غيرها، ولأن في منع الأم من إرضاع ولدها إضرار بها، وهو لا يجوز لقوله تعالى : ﴿لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ [2]، وقوله سبحانه : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [3] ففيه دلالة على أن الأم أحق برضاع ولدها في الحولين .[4]

وإذا وجدت متبرعة بالإرضاع وطلبت الأم الأجر،أو وجدت مرضعة بأجر أقل مما تأخذه الأم كانت عند المالكية والحنابلة هي الأحق من غيرها بأجر المثل لإطلاق الآية:﴿ لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ﴾[5]

وتقدم الأجنبية في رأي الحنفية، جاء في المبسوط «فإن كان يجد من يرضعه بأقله مما ترضعه المرأة الأم ولم تأخذ المرأة بذلك أستأجر الظئر الغرباء لترضعه[6]

---

[1] – مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، "الطلاق وآثاره "، ط1، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 2006، ص 216.

[2] – سورة البقرة، الآية: 233.

[3] – سورة البقرة، الآية، 233

[4] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص 703

[5] ابن العربي، محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، أحكام القرآن ج4 د.ط:دار الفكر؛ بيروت، د.ت، ص1.

[6] السرخسي، المصدر السابق، ج، 5، ص208 .

في مغني المحتاج فإن طلبت فوق أجرة المثل فلا وكذا إن تبرعت أجنبية أو رضيت بأقل، وفي الأظهر وأن التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا لضرر عنه وذلك سواء كان الأب موسرا أم معسرا لأنه لو لزم بذلك لكان هذا مضاره له.[1]

والله عز وجل شأنه يقول: ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ﴾ [2]

- **حالة أجر المثل:** عدا الشافعية فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا انتهت العدة وطلبت أجرة المثل أجيبت، ويقول الحنابلة الآتي: « وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجر مثلها فتكون أحق به من غيرها»[3].

- **وفي المبسوط عن الحنفية** « وأن أخذته الأم بمثل ذلك فهي أحق به، لأنها أشفق على الولد من الغرباء ولبنها أوفق له »[4].

- **أما المالكية فيقول ابن العربي** :« وأن شاءت إرضاعه فهي أولى به، من أن تأخذه غيرها.» [5]

بعد استعراض أراء الفقهاء، نجد أن هل الفقه قد اتفقوا على تقديم الأم في الإرضاع في حالتين:

أ- في حالة تبرع الأم أو بدون أجر المثل.

ب-في حالة الإرضاع بأجر المثل.

واختلفوا في حالة وجود متبرعة بالرضاع على الأم، حيث قالوا بتقديم الأم على الأم، حيث قالوا بتقديم الأم، وهو قول أبو حنفية والشافعي.

أما القول الثاني: يقدم الأم على الأجنبية وهذا هو قول المالكية والحنابلة.

---

[1] – الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج3، ص45.

[2] – سورة البقرة، الآية : 233 .

[3] – الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج3، ص 45.

[4] – السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص 201.

[5] - ابن العربي، أحكام القرآن، المصدر السابق، ج4، ص 1512، الإمام مالك، المصدر السابق، ج2، ص 416.

رابعاً : تاريخ استحقاق أجر الإرضاع :

الأصل أن أجر الإرضاع – كما هو الشأن في أجر الحضانة – لا يستحق إلا من تاريخ الاتفاق عليه أو قضاء القاضي به، لأنه أجر كسائر الأجور، وتعتبر المرضعة المتبرعة إذا ما أقدمت على الإرضاع قبل ذلك، ولا تستحق أجر الإرضاع .[1]

إذا كانت المرضعة هي الأم، فإنها تستحق أجر الإرضاع من تاريخ الإرضاع الفعلي، ذلك أن القرآن رتب على الإرضاع على الإرضاع في قوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2]

ففي هذا دلالة على إعطاء الأجر بمجرد الإرضاع من دون تقيد بقيد آخر، كحصول اتفاق بينها وبين الأب أو قضاء القاضي ولأن شفقة الأم الكاملة على ابنها، تدفعها إلى إرضاعه دون انتظار إلى اتفاق أو قضاء.[3]

إذا كانت الأم غير زوجة ولا معتدة من طلاق رجعي، وقامت بالرضاع بناء على اتفاق أو عقد بينها وبين الأب، فإنها بالرضاع بناء على اتفاق أو عقد بينها وبين الأب، فإنها تستحق الأجرة من تاريخ العقد أو الاتفاق.[4]

خامساً : المكلف بأجرة الرضاع ومقدارها ومدتها :

1- المكلف بأجرة الرضاع:

أجرة الرضاع تجب على من تجب عليه النفقة، وهو الأب لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[5]

---

[1] – محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء، " الأحوال الشخصية" ج3، دار محمود للنشر، مصر، دت، ص 50.

[2] – سورة الطلاق، الآية:06.

[3] – محمد مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام " دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983، ص 747، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 404

[4] – محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص406.

[5] – سورة البقرة، الآية : 233.

ويقول سبحانه :﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [1]

وتلزم الأب نفقة الصغير وإن خالفه في دينه، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج، وإن خالفه في دينه.

لكن إلزام الأب بالنفقة بأنواعها إذا لم يكن للصغير مال فإن كان له مال فالأصل أن النفقة للإنسان في مال نفسه، صغيرا كان أو كبيرا، فإن كان الأب فقيرا ولم يكن للصغير مال أجبرت الأم في رأي الحنفية على إرضاعه، وتكون الأجرة دينا على الأدب يطالب بها عند يساره، وتجبر الأم على الرضاع في رأي المالكية وليس لها الرجوع بالأجرة على الأب إذا أيسر.[2]

2- مقدار أجرة الرضاع ومدتها :

الأجرة التي تستحقها الأم هي أجرة المثل: وهي التي تقبل امرأة أخرى أن ترضع الولد في مقابلها، وتقديرها متروك للقاضي فلو طلبت الأم أكثر من أجل المثل لا تجاب إلى طلبها[3].

واتفق الفقهاء على تقدير مدة الرضاع فيما يخص وجوب استحقاق الأجرة بسنتان، فمتى بلغ الصغير سنتين لم يكن لأمة إذا كانت مرضعا حق بمطالبة الأجر.

وإن كان ذلك لا يمنع من حل الإرضاع بعد السنتين، إذا لم يستغني الصغير عن الإرضاع.[4]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من أجرة الرضاع:

لم يشر قانون الأسرة الجزائري إلى أجرة الرضاع ولم يذكرها في أي مادة أو نص قانوني، فالمشرع الجزائري تجاهل وتغافل عن هذا الحق، والذي يعتبر في الحقيقة حق من حقوق الصغير .وكذلك نجد أن القضاء الجزائري لم يذكر أجرة الرضاع ولم يشر إليها، فلا نلاحظ في الاجتهادات القضائية ما بين الاهتمام بهذا الحق وذكره والتفضيل فيه.

---

[1] – سورة الطلاق، الآية :06.

[2] – ابن الهمام، المصدر السابق، ج3، ص 346، ابن عابدين، المصدر السابق، ج2، ص 921.

[3] – وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق، ص 704.

[4] – ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 620

وجه المقارنة: تحدثت الشريعة الإسلامية عن أجرة الرضاع كحق من حقوق المحضون الصغير، بينما نجد أن المشرع يذكرها حتى ولو بمجرد الإشارة إليها.

خلاصة الفصل:

وفي خلاصة هذا الفصل أن للحضانة لأسباب عديدة للسقوط منها سقوط الحضانة بالتنازل الضمني وسقوط الحضانة بالتنازل الصريح لضياع الطفل صحةً وخلقاً وكما أن الحضانة تعود لصاحبها واختلف الفقهاء قي عودة الحق للحضانة بين من يقول أن حق الحضانة يعود بمجرد زوال المانع سواءً كان سبب السقوط راجع لعذراً اضطراري أو اختياري ومنهم من قال بأن حق الحضانة لا يعود لصاحبها إلا إذا كان العذر اضطراري فان كان العذر اختياري لا يعود هذا الحق لصاحبها، وقد وافق المشرع الجزائري الرأي القائل بعدم عودة الحق للحضانة لصاحبها إن كان العذر اختياري .

وكما ان من حق المحضون النفقة عليه فهي تدخل من ضمن متطلبات المعيشة وقد حددت الشريعة الإسلامية ترتيبات النفقة وشروطها واستحقاقها ومشتملاتها كما أن للمحضون الحق في الرضاعة وهذا الحق تكون الأم ملزمةً به واختلف في الحالات التي تكون فيها مخيرة و التي تكون فيها مجبرة على الإرضاع وكما انه من حق هاته الأم الأجرة على إرضاع المحضون في حالات معينة وان لم توجد الأم بسبب عجزها أو لسبب آخر يستأجر لرضاعة هذا الصغير مرضعة لتقوم بإرضاعه، ويكون من حقها أجرةً جراء إرضاعها لهذا المحضون .

خاتمـــــــة

خـــــاتــمة

من خلال دراستي لموضوع أحكام الحضانة بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري، وجدت أنها من المواضيع الحساسة، و ذلك لتعلقها بمصير الطفل الصغير بعد إفتراق الوالدين بالطلاق، حيث أنها قائمة على أساس مصلحة المحضون و الذي أولته الشريعة الإسلامية و من خلال أحكامها عناية هامة، و قد توصلنا في ختام هذه المذكرة الى عدة نتائج، و ختمنا المذكرة ببيان بعض التوصيات التي نراها ضرورية، و ذلك من أجل تقريب وجهة نظر المشرع الجزائري مع الشريعة الإسلامية، و سد الثغرات القانونية التي توصلنا إليها من خلال هاته الدراسة.

أولا: النتائج

1. ركزت الشريعة الإسلامية و كذا قانون الأسرة الجزائري في تعريفهما للحضانة على أساساها و أهدافها، و توضيح حقيقتها، و هي تربية الطفل على دين الإسلام، و القيام برعايته سواء صحيا أو خلقيا أو بما يلزم من مؤونة المعيشة و الحفاظ عليه من المهالك.

2. أن طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون ّالأسرة الجزائري هجينة، فهي حق للحاضن و المحضون معا، و لكن حق المحضون و مصلحته مغلبة على حق الحاضن.

3. أن الشريعة فصلت في شروط ممارسة الحاضنة، فمنها شروط عامة بالرجال والنساء و شروط خاصة بالرجال و شروط خاصة بالنساء، في حين أن قانون الأسرة الجزائري إكتفي بالقول أن يكون الحاضن أهلا لذلك من دون تفصيل في هذا.

4. إتفاق المشرع الجزائري مع ما أقرته الشريعة الإسلامية بخصوص ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، على أولوية الأم في هذا الحق.

5. أوجبت الشريعة الإسلامية و كذا قانون الأسرة الجزائري على وجوب و حق المحضون في السكن، لتمارس فيه حضانته، و أن يكون هذا السكن ملائما للعيش فيه، و يكون الأب هو الملزم بتوفير هذا السكن، و في حالة عجزه عليه القيام بدفع بدل الإيجار في مقابل ذلك.

6. حق زيارة المحضون حق تكلفة الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، لأحد الأبوين الذي لم يكن له حق حضانة الصغير، و قد جعلت الشريعة الإسلامية وقانون

الأسرة الجزائري لهذا الحق ضوابط و ترتيبات معنية، و حددته بأوقات خاصة وأماكن معينة.

7. أسباب سقوط الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري عديدة، تتمثل في الأمراض العقلية و الجسدية، و كذا السلوك المشين للحاضن وعمل المرأة، و أيضا التنازل عن الحضانة بمرور سنة كاملة، و بسبب التنازل بالإرادة المنفردة، و بالتنازل الإتفاقي، و تسقط أيضا بسبب زواج الحاضنة بالغريب عن المحضون و بالمساكنة، و أيضا بالسفر بالمحضون الى بلد أجنبي، و كذا العجز الجسدي للحاضن.

8. قيدت الشريعة الإسلامية عمل المرأة الحاضنة و جعلت عملها غير واجب إلا في حالات الضرورة و بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون و إلا سقط حقها في الحضانة، بينما إعتبر المشرع الجزائري أن عمل المرأة الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة، إلا إذا تضرر المحضون من ذلك.

9. إعتبرت الشريعة الإسلامية، مرور سنة كفيل بسقوط الحق في الحضانة، و قيد المالكية هذا السبب بشروط معينة منها عمله بأن عدم مطالبته بالحضانة بعد مرور سنة يسقط حقه فيها، فإن كان على عدم علمه فإن ذلك لا يسقط حقه فيها، كما اعتبر المشرع الجزائري مرور السنة كفيل بإسقاط الحق في الحضانة دون المطالبة بها.

10.إختلف الفقهاء في مسألة السفر و الإنتقال بالمحضون، فمنهم من قال أن هذا الحق يسقط إذا كان الإنتقال بالمحضون الى بلد بعيد و كان السفر للإقامة، و منهم من قال بسقوط هذا الحق إذا كان السفر لمكان مخوف و كان السفر من أجل الإقامة و لا إعتبار في هذا لمسافة الإنتقال، و منهم منقال أن هذا الحق لا يسقط إذا كان السفر الى البلد الذي فيه أصل النكاح .

11.قيدت الشريعة الإسلامية تنازل الحاضنة عن الحضانة الإرادة المنفردة بوجود غيرها، فإن لم يوجد غيرها أجبرت عليها و هذا لمصلحة المحضون، و وافق المشرع الجزائري الشريعة في ذلك.

12.حددت الشريعة الإسلامية مفهوم نفقة المحضون، بينما المشرع الجزائري لم يعطي في ذلك تعريفا محددا لها بل تكلم عن أحكامها.

13.إختلف الفقهاء في مشتملات النفقة بين الغذاء و المشرب والملبس و الرضاع وبين الخدمة والإعفاف والأدم و قالوا بأن مقدارها بما يسد الحاجة و حدد المشرع الجزائري مشتملات النفقة في الغذاء و الطعام والشراب و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة.

14.إختلف الفقهاء في شروط النفقة بين من قالوا بشرط يسار المنفق، و أن يكون المنفق عليه فقيرا، و كونه صغيرا غير بالغ لحد الكسب، و كذلك وجوب النفقة على طالب العلم، و من الفقهاء من اشترط إتحاد الدين بين المنفق و المنفق عليه.

و أن يكون المنفق عليه حرا، فلا تجب لرقيق و تستمر الى بلوغ الطفل و بالنسبة للإناث الى حين الدخول بهن و تستمر النفقة على الأبناء المزاولين الدراسة أو العاجزين بسبب عاهة من العاهات، و أجمل المشرع الجزائري هاته النفقة بالنسبة للذكور الى البلوغ، اما الإناث الى حين الزواج، و تبقى هاته النفقة مستمرة في حالة العجز بعاهة من العاهات العقلية أو البدنية أو مزالة الدراسة.

15.وجوب النفقة على الأب و في حالة عجزه ينتقل هذا الحق في رأي الفقهاء الى الموجود من الأصول ذكرا كان أو أنثى، و إذا كان الموجود أكثر من واحد فالحكم يكون تبعا لثبوت الإرث لهم جميعا و عدم ثبوته، او لثبوته للبعض دون الآخر، فإن كانوا ورثين جميعا فتجب عليهم حسب درجة إستحقاقهم للإرث، و من الفقهاء من قال بوجوبها على الأم إن كانت قادرة، و بوجودها على المتساوين في درجة القرابة و إستحقاق الإرث، ويرى المشرع الجزائري بإنتقال النفقة في حالة عجز الأب الى الأم إن كانت قادرة على ذلك و إلا إنتقل هذا الحق الى أقارب الصغير حسب درجة الإستحقاق في الإرث.

16.وجوب الرضاع على الأم و إختلف الفقهاء في هذا الوجوب قضاء بين من القائلين بعدم جبر الأم في حالة عجزها عن ذلك، لأن الكفالة واجبة على الأب، و من قائلين بتخيير الأم في ذلك و عند إمتناعها لا يمكن جبرها على ذلك، و من القائلين بوجوب .

الرضاع على الأم ديانة و قضاء بلا أجر، إن كانت متزوجة بأب الرضيع، أو مطلقة طلاقا رجعيا، إلا إذا كانت من قوم ليس من عادة نسائهم القيام بإرضاع أولادهن فلا يلزمها إرضاعه، أو إذا كان الصغير لا يقبل إلا ثدي أمه أو لا توجد مرضعة سوى الأم،

أو عند إنعدام الأب و لم يوجد غير الأم و إنعدام المال الذي تستأجر به المرضعة، وإنعدام المتبرعة بالرضاع، فهذه هي حالات وجوب الرضاع على الأم.

17.إستئجار المرضعة واجب على الأب في حالة إمتناع الأم عن الإرضاع.

18.إختلاف الفقهاء في استحقاق الأمر لأجرة الرضاع أثناء حالة الزوجية و العدة من الاطق الرجعي، و في حالة العدة من الطلاق البائن، و في حالة إنتهاء الزوجية و العدة و في عدة الوفاة حيث أنه من الفقهاء من قال بأن الأم لا يجب لها أجر الرضاع في حالة قيام الزوجية و في حالة كون الرضاع واجب على الأم، و ذهب البعض الآخر هذا الرأي في حالة كون الرضاع واجب على الأم، و ذهب البعض الآخر الى أنه إذا رضيت هي بإرضاعه دون أجر فلها ذلك و إذا ما رضيت بإرضاعه في مقابل الأجر، فمنهم من قال بجواز ذلك و منهم من قال بعدم الجواز، و منهم من بإستحقاق الأم لأجرة الرضاع مثلها مثل من بانت عن زوجها.

19.في حالة العدة من الطلاق البائن، إختلفت كذلك أراء الفقهاء بين من قائل بوجوب الأجر لها، إختلفت كذلك أراء الفقهاء بين من القائل بوجوب الأجر لها، و قيل بعدم جواز الاستئجار لكونها كالمعتدة من طلاق رجعي، و بين من ؟؟ و منهم من لم يفرق في استحقاق الأجر على ذلك بين حالة الزوجية و عدة الرجعي و عدة البائن، ومنهم من قال بالمساواة بين الزوجة و المعتمدة من رجعي و المعتدة من بائن.

20.في حالة إنتهاء الزوجية و العدة و في عدة الوفاة إتفق الفقهاء في هاته الحالة باستحقاق الأمر الأجر على الرضاع .

21.استحقاق الأجر على الارضاع يكون من يوم الإتفاق عليه أو قضاء القاضي به، و إذا كانت المرضعة هي الأم فتستحق الأجر على الارضاع من تاريخ الإرضاع الفعلي، و إذا كانت الأم غير زوجة ولا معتدة من طلاق رجعي، فإنها تستحق الأجر على الرضاع من تاريخ الإتفاق أو العقد.

22.المكلف بأجر الرضاع هو الأب في حالة إذا لم يكن للصغير مال و تلزم النفقة على الأب و غن خالفه الإبن في دينه،و في حالة كون الأب فقيرا أو إذا لم يكن للصغير مال، فتجبر الأم على الإرضاع و اختلف في كون الأجر دينا على الأب يطالب بها في حالة يساره، بين من يقول بوجوب الرجوع بها على الأب و بين من يقوم بعدم ذلك.

و بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يشر الى أجرة الرضاع.

ثانيا: التوصيات

1. مما يأخذ على المشرع الجزائري عدم تحديده للشروط الواجب توفرها في الحاضن و إكتفائه بعبارة أهلا لذلك، لذا نقترح استدراك ذلك في التعديلات المقبلة و أخذها بعين الاعتبار لتوافق بذلك الشريعة الاسلامية.

2. خروج الحاضنة للعمل، يعتبر من حالات الضرورة، و مبادرة المشرع الجزائري للتنصيص عليها تعتبر خطوة جريئة إلا أنه ينبغي ضبط ذلك و عدم فتح الباب على مصرعيه و ذلك مطابقة لما نصت عليه الشريعة الاسلامية، و ذلك بوضع شروط معينة تحقيقا لمصلحة المحضون.

3. عند انعدام نص مادة الأحوال الشخصية، نرجع الى الفقه الإسلامي كما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة.

4. تخصيص المشرع الجزائري مواد بالنسبة للسلوك المشين.

5. على المشرع الجزائري أن يوضح مسألة السفر بالمحضون الى بلد أجنبي، ويحدد المقصود منه.

6. المشرع الجزائري لم يعطي نصوصا خاصة بالشروط العامة الواجب توافرها في الحاضن في مقابل الشريعة الاسلامية التي فصلت في ذلك، و عليه تدارك هذا النقص.

7. المشرع الجزائري لم يعطي تفصيل في الأشخاص الذين يحق لهم الحضانة وبين فقط بأن الأم هي صاحبة الأولوية في ذلك، كما لم يبين من هم الأقارب الذي يحق لهم الحضانة و اكتفى بالقول "الأقربون درجة" و عليه تدارك هذا النقص و إعطائه جانبا من التفصيل.

8. إقتصار المشرع الجزائري في قضية المساكنة بالمحضون في بيت يبغضه على الجدة و الخالة دون بقية الحاضنات، و بالتالي عليه ذكر ذلك بشيء من التفصيل

9. ذكر المشرع الجزائري سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير قريب من محرم، مع العلم أنه في بعض الأحيان تكون مصلحة المحضون مع هذا الرجل الغريب الأجنبي، و لا تكون من القريب عديم الثقة و الرحمة، و بالتالي يجب عدم تقييد القاضي بهاته النصوص و ترك صلاحية السلطة التقديرية له.

10.لم يذكر المشرع الجزائري و لم ينص في مسألة الشروط الخاصة بالنساء على نصوص معينة و بالتالي يستوجب عليه تدارك هذا النقص.

11.نص المشرع الجزائري على بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية في حالة طلاقها الى حين تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، و في هذا مخالفة للشرع لأن الزوجة في هاته الحالة تعتبر أجنبية عنه، فعلى المشرع أنن يجعل ضوابط في ذلك، و منها مثلا إجبار الأب بتعجيله بتنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن.

12.رتب المشرع الجزائري الأب بعد الأم مباشرة في استحقاق الحضانة، و في اختلاف مع الشريعة التي رتبت أمهات الأم بعد الأم مباشرة، فعلى المشرع الجزائري مطابقة ما جاءت به أحكام الشريعة.

الفهـــــارس

فهرس الآيات القرآنية

الآية أو شطرها –السورة ورقمها	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة [2]		
«:"وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَه رِزْقُهُنّ وَكِسْوَتُهُنّ بِالْمَعْرُوفِ.....»	233	106- 14 115-
« الْحُرّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْد بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى.....»	178	33
« لاتُضَآرّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا .....»	233	-124-114 125
« وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ.....»	233	115
« والْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ....»	233	-119-118 124
سورة آل عمران [03]		
« وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلَامِ دِينَا.....»	85	34
« إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللهِ الإِسْلَامْ....»	19	34
سورة النساء[04]		
« وَاعْبُدُوا اللّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ....»	36	60
سورة الإسراء[17]		
« وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ....»	22	15
« وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ.....»	31	106

سورة الأحزاب[33]		
« إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ.....»	72	30
سورة الشورى [42]		
« لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ والأَرْضِ.....»	279	22
سورة الطلاق [65]		
« لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيوتِهِنَّ ولاَ يَخْرُجْنَ.....»	01	51
« وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى.....»	06	120
« فإن أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ.....»	06	126-123
سورة التحريم [66]		
« يَا أَيُّهَا الّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُم وَ أَهْلِيكُمْ نَارًا.....»	06	17

فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	رقم الصفحة
يا رسول الله ،إن إبني هذا كان بطني له وعاء...	15
أنا أحق بها وهي إبنة عمي.....	15
يا رسول الله ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني....	16
عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد	28
من أحب ان يبسط له في رزقه	60
من وصلني وصله الله.....	61
الخالة بمنزلة الأم	67
أنت أحق به ما لم تنكحي.....	81
كانت امرءة من الانصار تحت رجلا من الانصار	81
جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول عندي دينار	106
يا رسول ان أبا سفيان رجل شحيح ...	106
أنت أعلم به.....	115
إنها لا تحل لي	119

فهرس الأعلام المترجم لهم

الاسم	رقم الصفحة
الامام سحنون : عبد السلام بن سعيد بن حبيب ت 240 هـ	53

فهرس المصادر والمراجع

أولا :المصادر

1-القرآن الكريم برواية ورش:

2- كتب القرآن وعلوم التفسير :

1. القرطبي، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ/1964م.

كتب السنة

2. البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق، محمد زهير بن ناصر، ط1، دار طوق النجاة، لام، 1422ه.

3. الحاكم، أبي عبد الله محمد بن عبد الله، المستدرك على الصحيحين، تحقيق، مصطفى عبد القادر عطا، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422 ه، 2002م

4. داود، سليمان بن الأشعث بن عمروالازديالسجستاني، سنن أبي داود، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، دط، المكتبة العصرية، بيروت، 1403ه

5. مسلم بن الحجاج، أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان

6. الهمام، أبوبكر عبد الرزاق الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمان الاعظمي، ط2، المكتب الاسلامي بيروت 1403ه.

3-الكتب الفقهية

أ- كتب الفقه الحنفي:

7. الأسروشيني، محمد بن محمود، جامع أحكام الصغار، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، دت

8. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1313ه.

9. السرخسي، شمس الأئمة، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دت.

10. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1993.

11. ابن عابدين، محمد أ مين ابن عمر بن عبد العزيز عابدين، حاشية رد المحتار، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، دت.

12. الكساني، أبو بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الحديث، القاهرة، مصر، دت .

13. المرغياني، برهان الدين أبي الحسين، علي بن عبد الجليل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت.

14. ابن نجيم زين الدين إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418ه، 1997م.

15. الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الوهاب، شرح فتح القدير، دار إ حياء التراث، العربي، بيروت، لبنان، دت .

ب-كتب الفقه المالكي:

16. أحمد بن غنيم بن سالم التفراوي، الفواكه الدواني، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415ه.

17. الأصبحي مالك بن أنس، برواية سحنون عبد الرحمان، المدونة الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م.

18. الخطاب، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل، شرح مختصر خليل، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1398ه، دت.

19. الدرير، أحمد بن محمد الدرير، الشرح الكبير على مختصر خليل، دارإحياء الكتب العربية، مصر، دت .

20. الدرير، أحمد بن محمد الدرير، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ن طبعة عيسى الحلبي وشركه بمصر، دت، لام .

21. الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، دت.

22. الرهوني، حاشية الرهوني على شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1978.

23. الصاوي، أبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، دت.

24. عبد الله محمد بن أحمد الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام، دط، لام، دت.

25. العدوي ن علي بن حسن بن أبي زيد القيرواني، حاشية العدوي، طبعة دار الطباعة ن العامرة ن القاهرة، مصر، 1959.

26. الكلبي، أبو القاسم محمد بن احمد بن حزي الكلبي، القوانين الفقهية دار الكتاب، الجزائر، 1987

27. المواق، أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416ه، 1994م.

ج- كتب الفقه الشافعي :

28. ابن أبي الدم، إ براهيم عبد الله المهذاني، أدب القضاء، ط1، طبعة وزارة الأوقاف، بغداد، العراق، دت.

29. الباجوري إبراهيم، حاشية الباجوري، مطبعة شركة دار الكتاب، القاهرة، مصر، دت.

30. ابن حجر الهيثمي، أحمد بن محمد، الفتاوى الكبرى، مطبعة شركة دار الكتاب، القاهرة، مصر، دت .

31. الرملي، شمس الدين محمد بن أ بي العباس، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1983.

32. الشافعي، عبد الله محمد بن إ دريس، الام، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، مصر، سنة 2000.

33. الشربيني، شمس الدين محمد بن أ حمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت.

34. الشربيني، محمد بن أ حمد، مغني المحتاج إ لى معرفة معاني أ لفاظ المنهاج، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، دت .

35. الغزالي محمد بن محمد، أبو حامد، الوسيط، ط1، دار السلام، القاهرة، 1417ه.

36. المطيعي محمد نجيب، تكملة المجموع في شرح المهذب، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، دت .

37. النووي، أبي زكرياء يحي بن شرف النووي، مجموع شرح المهذب، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت .

38. النووي، أبي زكرياء يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1405.

د-كتب الفقه الحنبلي :

39. الباهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت.

40. التميمي، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان، مختصر الإنصاف، دار إ حياء التراث العربي، بيروت، لبنان .

41. ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، مجموع الفتاوى، طبعة الأوقاف، الرياض، السعودية، دت.

42. ابن قدامة، موفق الدين، وشمس الدين بن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دت .

43. المرداوي، أبي الحسن علي بن سلمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت

ه- كتب الفقه الظاهري والاباضي و الزيدي:

44. أطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، طبعة مكتبة الارشاد، جدة، السعودية، دت .

45. ابن حزم، أبي محمد علي ين أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت .

46. المرتضى، أحمد بن يحي المرتضى، البحر الزخارالجامع لمذاهب الأمصار، ط2، مؤوسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1394ه.

4-كتب اللغة:

47. سعدي أبو الحبيب، القاموس الفقهي، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1988م.

48. الفيروز آبادي، أبي الطاهر مجد الدين محمد، القاموس المحيط، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، دت.

49. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المغربي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دت.

50. ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، سنة 2003.

ثانياً : المراجع :

1- الكتب :

51. ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشجصية "الزواج والفرقة وحقوق الاقارب، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1999.

52. آث ملويا لحسين بن الشيخ، المرشد في قانون الاسرة، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015م.

53. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق آثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، السبع بنات، مصر، 2004.

54. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، 2014م.

55. الأعرجي زهير، النظام العائلي ودور الاسرة في البناء الإجتماعي الاسلامي، ط1، مطبعة الامير، قم، إيران، 1992.

56. بختي العربي، نظام الاسرة في الاسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار، الجزائر، 2013م

57. بخيت الغزالي أحمد ومحمد منصور عبد الحليم، أحكام الاسرة في الفقه الاسلامي، " دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2009.

58. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة والقانون، دط، مؤسسة شباب الجامعة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 1987م.

59. بدران أبوالعينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دت .

60. البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء"الاحوال الشخصية:، دار محمود للنشر، مصر، دت

61. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق"، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999م.

62. التسولي علي، البهجة في شرح التحفة، دط، ج1، مطبعة المعاهد، القاهرة، مصر، 1353ه.

63. التكروري عثمان، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2007م.

64. بن التواتي التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالادلة، م4، دار الوعي للنشر والتوزيع، الرويبة، الجزائر، 2009م.

65. الجياش عبد الحميد، الاحكام الشرعية للزواج والطلاقوآثارهما، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1430ه، 2009م.

66. حمدان عبد المطلب عبد الرزاق، الحضانة وأثرها في سلوك الأطفال في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الازاريطية، مصر، 2008م.

67. الدمهوجي ياسر أحمد عمر، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الاسلامي "دراسة فقهية مقارنة"، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2012م.

68. ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، دط، دار الهدى، عبن مليلة، الجزائر، 2008.

69. الذهبي محمد حسين، الاحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، دط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2012م.- شيبة مصطفى عبد الغني، أحكام

الاسرة في الشريعة الاسلامية، الطلاق وآثاره، ط1، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 2006م.

70. الزحيلي وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، قسم الاحوال الشخصية، دار الفكر المعاصر، الاسكندرية، مصر، دت.

71. الزحيلي وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989م.

72. الزحيلي وهبة، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ط3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2012م.

73. أبو زهرة محمد، الاحوال الشخصية، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1980م. بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2013م.

74. أبو زيد رشدي شحاته، شروط قبول حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الاحوال الشخصية "دراسة مقارنة ك، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2012

75. سعد عبد العزيز، االزواج والطلاق في قانون الاسرة، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989.

76. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996م.

77. سعد عبد العزيز، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013م.

78. سعد فضيل، شرح قانون الاسرة الجزائري، الزواج والطلاق، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

79. سمارة محمد، أحكام و آثارالزوجية"شرح مقارن لقانون الاحوال الشجصية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010م.

80. الشرنباصي رمضان علي السيد، أ حكام الاسرة في الشريعة الاسلامية ن الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2001.

81. شلبي محمد مصطفى، أحكام الاسرة في الاسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983م.

82. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2008م.

83. صقر نبيل، قانون الاسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006م.

84. طاهري حسين، الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع2009م..

85. عامر عبد العزيز، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاءا، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976م.

86. علي داود أحمد محمد، الاحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009.

87. عليوي، ناصر محمد، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، الاردن، 2010.

88. عمرعبد الله، محمد حامد قمحاوي، أحكام الاحوال الشخصية للمسلمين، دط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2003م.

89. الغرياني الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، دط، مؤسسة الريان، لبنان، 2006م.

90. الغزالي، محمد بن محمد، أبو حامد، إ حياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دت .

91. فراج حسين أحمد، أحكام الاسرة في الاسلام، الطلاق وحقوق الاولاد ونفقة الاقارب، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 1998.

92. فرج توفيق حسن، أحكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1982.

93. ابو لحية نور الدين، الزواج والطلاق وحقوق الاولاد والصغار، دط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009م.

94. محمد السعيد عبد الوهاب فائزة، دراسة بعض مشكلات الأطفال، مطبعة شفيق، بغداد، العراق، 1975

95. بن ملحة الغوثي، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دت .

96. منصور محمد حسين، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية

97. ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م.

6-المجلات:

98. أعراب بلقاسم، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي المقارن "دراسة تأصيلية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد01، 1994

99. بجاق محمد، " مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، العدد 17، جانفي 2014م.

2- الرسائل الجامعية:

أ- رسالة دكتوراه

100. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005م.

ب- رسائل المجاستير

101. حسين عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011م.

102. زياني عبد الله، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، جامعة وهران، 2011، 2012.

103. طعيبة عيسى، سكن المحضون في تشريع الاسرة والإجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر .

3- القوانين :

الأمر رقم 66 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06.23المؤرخ في 20,12,2006 .

104. القانون رقم :84-11 المؤرخ في :1984/06/09، يتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في :2005/02/27

4- المجلات والنشريات

المجلات:

105. المجلة القضائية لسنة 1989

106. المجلة القضائية لسنة 1991

107. المجلة القضائية لسنة 1992

108. المجلة القضائية لسنة 1993

109. المجلة القضائية لسنة 1993

110. المجلة القضائية لسنة 2001

111. المجلة القضائية لسنة 2011

112. المجلة القضائية لسنة2010

النشريات:

113. النشرية القضائية 1968

114. النشرية القضائية 1999 .

5- المواقع الالكترونية

115. https://www.arabpshe+com

116. (lastvisited 13/11/2014).

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
البسملة.	
الإهداء.	
شكر وتقدير.	
ملخص البحث.	
قائمة المختصرات.	
المقدمة.	أ–و
الفصل الأول: ماهية الحضانة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري	
تمهيد	08
المبحث الأول: مفهوم الحضانة	09
المطلب الأول: تعريف الحضانة ودليل مشروعيته	09
الفرع الأول: تعريف الحضانة	09
أولا: تعريف الحضانة لغة	09
ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا	10
الفرع الثاني: دليل مشروعية الحضانة	14
أولا: من القرآن الكريم	14
ثانيا : من السنة	15
ثالثا : من الإجماع	16
رابعا: من المعقول	17
المطلب الثاني: طبيعة الحضانة وشروط ممارستها	19

الفرع الأول: طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة	19
أولا: طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية	19
ثانيا: طبيعة الحضانة في قانون الأسرة	23
الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة	24
أولا: الشروط العامة في الرجال والنساء في الشريعة الإسلامية	25
ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء	39
ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال	44
المبحث الثاني: حق الحاضن والمحضون له وأصحاب الحق في الحضانة	50
المطلب الأول: حق الحاضن والمحضون له	50
الفرع الأول: حق مسكن الحضانة	50
أولا: في الشريعة الإسلامية	51
ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري	52
الفرع الثاني: رؤية المحضون (زيارته)	59
أولا: تعريف الرؤية	59
ثانيا: موقف الشريعة وقانون الأسرة من حق الرؤية	60
المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة	66
الفرع الأول: الأم ومن يليها من قريباتها	66
أولا: في الشريعة الإسلامية	66
ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري	68
الفرع الثاني: الأب ومن يليه من أقاربه	70
أولا: في الشريعة الإسلامية	70
ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري	71
الفرع الثالث: حضانة ذوي الأرحام	72
أولا: في الشريعة الإسلامية	73

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري	74
الفصل الثاني: مقومات الحضانة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري	79
المبحث الأول: سقوط الحق في الحضانة وعودتها	80
المطلب الأول: سقوط الحق في الحضانة	80
الفرع الأول: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل	80
أولا: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني	80
أولا: موقف الشريعة الإسلامية	80
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني	83
ثانيا: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الصريح	86
الفرع الثاني: سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا	89
أولا: موقف الشريعة الإسلامية	90
ثانيا: موقف المشرع الجزائري	91
المطلب الثاني: عودة الحق في الحضانة	99
الفرع الأول: عودة الحق في الحضانة في الشريعة	99
الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	102
المبحث الثاني: نفقة المحضون وأجرة الرضاع	104
المطلب الأول: نفقة المحضون	104
الفرع الأول: مفهوم النفقة	104
أولا: تعريف النفقة	104
ثانيا: أدلة مشروعية النفقة	106
ثالثا: شروط وجوب النفقة ومشمولاتها	107
الفرع الثاني: المكلف بالوجوب النفقة	113
أولا: في الشريعة الإسلامية	113

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري	115
المطلب الثاني: أجرة الرضاع	117
الفرع الأول: وجوب الرضاع على الأم	119
الفرع الثاني: متطلبات الرضاع	121
خلاصة الفصل	129
خاتمة	131
فهرس الآيات القرآنية	138
فهرس الأحاديث النبوية	140
فهرس الاعلام المترجم لهم	141
فهرس المصادر والمراجع	142
فهرس الموضوعات	152