جامعة محمد خيضر
بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

# مذكرة ماستر

الميدان: حقوق
الفرع: قانون خاص
التخصص: قانون الاسرة
رقم: .....

إعداد الطالبتين:
نوال خينش
قطر الندى البار
يوم:2024/06/12

# مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

**لجنة المناقشة**

| | | | |
|---|---|---|---|
| شراد صوفيا | أستاذ | الجامعة: محمد خيضر بسكرة | **رئيسا** |
| حفيظة مستاوي | أ.مس.أ | الجامعة: محمد خيضر بسكرة | **مقررا ومناقشا** |
| منيرة بلورغي | أ.مح.ب | الجامعة: محمد خيضر بسكرة | **رئيسا** |

السنة الجامعية:2024/2023

بسم الله الرحمن الرحيم

# شكر وعرفان

بسم الله والحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة والحمد لله الذي وفقنا على انجاز هذا العمل، ونتوجه بجزيل الشكر إلى كل من ساعدنا من قريب وبعيد على انجاز هذا العمل، وفي تجاوز كل صعوباته.

كما نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير للأساتذة الفاضلة

**مستاوي حفيظة**

التي لم تبخل علينا بتوجيهاتها ونصائحها طيلة انجاز هذا العمل فقد كانت عونا وسندا لنا في اتمام هذه المذكرة.

كما نشكر جزيل الشكر الأستاذة أعضاء اللجنة الذين تكرموا بمناقشة هذه الرسالة.

الحمد لله أولا وأخرا

# اهداء

قال تعالى:«قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون»

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلى بطاعتك.

ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك.....ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك...

ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

الله جل جلاله

إلى ملاكي في الحياة ...إلى معنى الحب ومعنى الحنان إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي .... أمي الحبيبة

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار ... إلى من كلله الله بالهيبة والوقار...والدي العزيز.

إلى من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب أسأل الله لهم العافية وطول العمر والحياة السعيدة

إلى إخوتي

إلى أنفاس عطري الباقي إلى من كان لي هدية من الرحمان وكان لي عونا في الحياة ومد لي يد العون.

من قال أنا لها نالها رغما عنها.

نوال

# اهداء

الحمد لله الذي أعاننا وأكرمنا بالتقوى.

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى فيض الحنان وينبوع المحبة .....أمي العزيزة.

إلى مصدر فخري واعتزازي من أجل أن أسير في طريق النجاح...أبي العزيز.

إلى سندي في الحياة أخي وإخوتي.... حفظهم الله

إلى كل من لم يذكرهم القلم ولم ينساهم القلب أهدي

ثمرة هذا العمل المتواضع.

**قطر الندى**

# مقدمـــــــة

# مقدمـــــــــــــة

شرع الله تعالى الزواج لما فيه من بركة وأهداف سامية لتحقيق الهدف الاسمى وهو اجتناب اختلاط الانساب بين الزوجين ، فتكوين الأسرة من متطلبات الحياة حيث أن صلاحها من صلاح المجتمع وفسادها من فساد المجتمع، فهي التي تنبت الفرد الصالح من خلال تنشئته داخل محيط محافظ وسليم، إذ يولد صفحة بيضاء بفطرة إسلامية سليمة، ومع مرور الوقت يتأثر بالمحيط الذي يعيش فيه مما يجعله إما صالحا لوالديه ولمجتمعه أوغير صالح لكليهما، فتربيته تلعب دورا هاما في الحفاظ عليه من الخطر والمهالك، لأنه ينتقل بها إلى حياة حرة يستقل بها لوحده.

وفي حالة اختلاف طبائع الزوجين واضطراب علاقتهما فهنا يصبح أنه لا معنى لبقائهما داخل أسرة واحدة فمن الضروري حماية الطفل وعدم تركه عرضة للأخطار وكل هذا استجابة لمصالح الفئة الحساسة ، وهنا شرع الله تعالى الطلاق لما فيه من تهدئة للنفوس رغم أنه أبغض الحلال عند الله، لكنه يصح لاستحالة التوافق بينهما وتعذراستمرارالحياة الزوجية، وقد حرص كل من الفقه الإسلامي ثم التشريع الجزائري على التنبيه عل مصلحة الأولاد بعد الفرقة الزوجية، فوجب رعاية الأولاد والحرص على تربيتهم تربية أساسهاالمنهج الصحيح والذي يقوم على الدين الإسلامي كقاعدة أساسية وذلك لاعتبارهم الحلقة الضعيفة داخل الأسرة والمجتمع فالحرص على تربيتهم بطريقة سوية يجعلهم أفراد صالحين محترمين لدينهم الإسلامي وكذا مقتضيات القانون.

ولحفظ مصلحة الأولاد جاءت الحضانة للحفاظ على الطفل المحضون وحفظ حقوقه من الضياع، من خلال أحكام شرعية فصلت من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية لإثبات هذا الحق وتنظيم حياة المحضون من مرحلة رضاعته إلى أن يبلغ أشده، وكذلك وضعت بنصوص تشريعية وقانونية لتنظم الحضانة وكل ذلك مراعاة لمصلحة الطفل المحضون، فمخالفة هذه الأحكام والشروط اللازمة للحاضن تسقط الحق في الحضانة بقوة القانون.

## 1.أسباب اختيار الموضوع:

تظهر أسباب اختيار موضوعنا في أسباب ذاتية تتعلق بشخص الباحث، وأسباب أخرى موضوعية تخص موضوع البحث:

**أ. أسباب ذاتية:**

- زيادة الفرقة الزوجية وانتشارها في الآونة الأخيرة مما بعث فينا حب الاطلاع على هذا الموضوع، خاصة بعدما تم معايشة حالة مشابهة في المحيط العائلي، مما بعث فينا الفضول لدراسة هذا الموضوع.
- الغموض في بعض المواد التي تخص الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بعث فينا حب البحث في معانيها، وإيجاد حلول لمصير الأولاد بعد الفرقة الزوجية وذلك لمساعدة الحواضن في معرفة حقوقهم وواجباتهم تجاه الطفل المحضون.
- محاولة تنمية كل من الثقافة الإسلامية والقانونية لدينا من خلال دراستنا لموضوع الحضانة.

**ب. أسباب موضوعية:**

- تسليط الضوء على مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي خاصة لقلة اهتمام الباحثين بالمجال الفقهي والتركيز على المجال القانوني.
- اظهار شمولية الفقه الإسلامي في تطرقه لكافة القضايا قديما وذلك لحرصه الكبير على حقوق الطفل وحقوق الإنسان.
- ابراز الآراء التي تطرق لها الفقه الإسلامي ومقارنتها بما تطرق له التشريع الجزائري وذلك للتمييز بينهما حول السبيل الأصح لمصلحة الطفل المحضون.

## 2. طرح الإشكالية:

لمعالجة موضوع الحضانة ارتأينا طرح الإشكالية التالية:

- **كيف عالج التشريع الجزائري مسقطات الحضانة مقارنة بما أقره الفقه الإسلامي؟**

## 3. أهمية الموضوع:

لقد حظي موضوع الحضانة بأهمية بالغة خاصة في الآونة الأخيرة مع انتشار ظاهرة الطلاق، حيث تظهر أهمية الموضوع في:

- لقى موضوع الحضانة رواجا واسعا في الآونة الأخيرة كونه يتعلق بشخص الطفل الذي يعد حلقة هشة وضعيفة داخل الأسرة خاصة والمجتمع بشكل عام، حيث لا يستطيع حماية نفسه ولا رعايتها لصغر سنه فوجب حمايته من قبل كل من الفقه الإسلامي وكذا القانون.
- يعتبر الطفل ثروة مهمة في الوسط العائلي يتعين على هذا الأخير أن يوفر له كل متطلبات الحياة من بيئة مناسبة وظروف معيشية صحية لتنشئته نشأة صالحة.
- تعد الحضانة من الحقوق الصعبة في اسنادها وإسقاطها نظرا لتعلقها بالمحضون بشكل أولي وبعدها بوالديه لذلك يتعين على قاضي الأحوال الشخصية النظر في كافة هذه الجوانب وذلك لعدم الضرر بالمحضون.

## 4.أهداف الدراسة:

نحاول من خلال هذه الدراسة الوصول إلى الأهداف التالية:

- تبيان الأصح للطفل في حالة الفرقة الزوجية من خلال وضع النصوص القانونية من التشريع الجزائري والأدلة الفقهية من الشريعة الإسلامية وذلك بإعطاء حلول تعالج حق الطفل المحضون عن طريق الفقه الإسلامي في حال عجز القاضي الجزائري عن ايجاد حل في المواد القانونية.
- ابراز مكانة الطفل في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري داخل المجتمع وإعطائه أهمية في خضم المشاكل الأسرية.
- توضيح حقوق الطفل المحضون والمحافظة عليها وذلك من خلال القيام بها على أكمل وجه واعتبارها مسؤولية.

## 5. المنهج المستخدم:

تم توظيف منهجين وذلك من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة حيث تم توظيف كل من: المنهج الوصفي وذلك بوصف أهمية الحضانة ودورها في حماية مصلحة المحضون فقد تم توظيفه في المطلب الثاني من المبحث الأول للفصل الأول، بالإضافة إلى المنهج التحليلي وذلك بالتعمق في حالات سقوط الحضانة وإزالة الغموض عنها وقد تم توظيفها في المبحث الثاني من الفصل الثاني، ومن ثم تم تدعيم الدراسة ببعض المقارنة بين كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وحتى بين المذاهب في حد ذاتها.

## 6. تقسيم الخطة:

تم تقسيم الخطة إلى فصلين وذلك لطبيعة الموضوع الذي يتطلب هذا التقسيم، حيث يحتوي الفصل الأول على مبحثين: المبحث الأول يتناول تعريف وأهمية الحضانة، أما المبحث الثاني فيحتوي على مشروعية الحضانة، في مقابل ذلك الفصل الثاني كذلك يحتوي على مبحثين، المبحث الأول يتناول ترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة أما المبحث الثاني فيحتوي على حالات سقوط الحضانة.

# الفصل الأول

# مفهـــــــوم الحضانـــــــة

**المبحث الأول: تعريف وأهمية الحضانة**

المطلب الأول: تعريف الحضانة

المطلب الثاني: أهمية الحضانة

**المبحث الثاني: مشروعية الحضانة**

المطلب الأول: أدلة مشروعية الحضانة

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة

من أهم المسائل المثارة في وقتنا الحالي هي مسألة الحضانة، التي تعد من أبرز الآثار الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية، فقد اهتم بها الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من خلال مراعاة مصلحة الطفل المحضون بشكل أولي باعتباره مميز ولا يستطيع الاستقلال بأمور نفسه، فأقروا الحضانة لأنها تربية واعتناء وحفظ الصغير نفسيا وصحيا وإبعاده عند كل ما يؤذيه، ولذلك نظم كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري الحضانة من خلال تعريفها وأهميتها، وكذا أدلة مشروعية الحضانة وشروط ممارستها.

ومن خلال هذا الفصل سوف نتطرق في المبحث الأول الي دراسة تعريف وأهمية الحضانة، وفي المبحث الثاني مشروعية الحضانة.

## المبحث الأول

## تعريف وأهمية الحضانة

منالحقوقالهامةالتيشرعهاالله‌حمايةللطفلومصلحتهو حقالحضانة،وهوأنيعيشالطفلفيحضنمن يحافظعليهيرعاهويعتنيبهبعيداعنالخلافاتوالمنازعاتالتيتنشبداخلأسرته[1].

فقداهتمتالشريعةالإسلاميةوالتشريعالجزائريبالحضانةوذلكلتعلقهابمصيرالأولادالناجمينعنفكالرابطةالزوجيةلأن الحضانةتتمثلفيالرعايةبالطفلبحيثيكفللطفلالتربيةالصحيةوالخلقيةالسليمة،وقد أولتالشريعةالإسلاميةوقانونالأسرةالجزائريعنايةواهتماماخاصابحضانةالطفلباعتبارهاواجبالأينبغيابهايهلكالطفلفوجبحفظهمنالهلاك.

فمنخلالماسبقتطرقنالإلىدراسةتعريفالحضانةفيالمطلبالأولوأهميتهافيالمطلبالثاني.

### المطلب الأول

### تعريف الحضانة

1- عبدالمطلبعبدالرزاقحمدان،**الحقوقالمتعلقةبالطفلفيالشريعةالإسلامية**،دارالفكرالجامعي،الطبعةالأولى،القاهرة، 2005،ص 140.

مما لاشكفيهأنالولدالصغيربعدفكالرابطةالزوجيةيكونبحاجةلمنيعتنيبه،ويقومعلىحفظهوتدبيرشؤ ونهوذلكلعجزهعنالقيامبحاجاتهلوحدهوغيرمدركلمايضرهوينفعه،ولذلككانتالحضانةلمنهوأقدروأشفقوأ صبرعلىتحملالمتاعبوالمشاقبسببالولدوكذلكمنهوأفرغللقيامبخدمتهإلىأنيستقلبأمورهبنفسه.

منخلالهذاالمطلبسوفنتعرفعلىمصطلحالحضانةعندكل منالفقهاالإسلاميوالتشريعالجزائري،وبا لحديث منالحضانةفقدعرفت بكسرالحاء: مصدر ،مأخوذةمنحضنبكسرالحاءوالضادوالنونأصلواحديقاسعليه،وهوحفظالشيءوصيانته . والحضنمأخوذمنالابطإلىالكشح[1].

والحاضنةهيالتيتقومبتربيةالطفلرعايتهوحفظه،والحضانةالفعلالذيتقومبهواحتضنتالشيءأيج علتهفيحضنيحضنالصبييحضنهحضناوحضانةجعلهفيحضنهأورباه[2].

منخلالهذاالمطلبسنبينفيالفرعالأولتعريفالحضانةفي الفقهالإسلامي،وفيالفرعالثانيتعريفالحضانةفي التشريعالجزائري.

**الفرعالأول:تعريفالحضانةفيالفقهالإسلامي**

اختلفالفقهاءالأربعةفيتعريفالحضانةحيثأنكلفقيهوجدلهاتعريفاخاصابهمختلفاعنبقيةالمذاهب كالتالي:

**أولا. تعريف الحضانةعندالحنفية:**

عرفالحنفيةالحضانةبعدةتعريفاتنذكرمنها: "هيتربيةالطفلورعايتهوالقيامبجميعأمورهفيسنمعينةممنله الحقفيالحضانة"[1]، وحضت بتعريف آخروهو" :تربيةالأم،أوغيرهاالصغيرأوالصغيرة"[2].

1 – ابنمنظور ،**لسانالعرب**،دارالمعارف،الطبعةالأولى،القاهرة، 1119، ص 911.

2– وفاءمعتوقحمزة،**الطلاقوآثارهالمعنويةوالماليةفيالفقهالإسلامي**،مكتبة القاهرةللكتاب،الطبعةالأولى،القاهرة،2000 ،ص ص 445-446.

وقدعرفتبتعريفمختصرلابنعابدينفقال :

"تربيةالولدلمنلهحقالحضانة."وهووإنكانيصلحلكلمنلهحقالحضانةسواءكانالأمأوالأبأوغيرهماالاأنفيه دونحيثأخذالمعرّف(الحضانة)جزءمنالتعريف[3].

نلاحظفيتعريفالحنفيةللحضانةبأنهاموكلةلمنهوأولبالحضانة،فتعريفاتهمشاملةوتتشابهبالقيامبجميعأمورالطفل.

**ثانيا. تعريف الحضانةعندالمالكية:**

حضتالحضانةبعدةتعريفاتعندفقهاءالمالكيةومنبينهاتعريفالعدويللحضانةبقوله "هيالكفاءةوالتربيةوالقيام بجميعأمورالمحضونومصالحه،وهيفرضكفايةلايحلأنيتركالطفلبغيركفالة"[4].

وقدعرفابنعرفة(رحمهالله)الحضانةبقوله:" هيحفظالولد في مبيته،ومؤونةطعامهوملبسهومضجعه،وتنظيفجسمه"[5].وقالالدسوقي:" هيحفظالولدوالقيامبمصالحه حيثفسرهابأنحفظالولديعنيمبيتهوذهابهومجيئهوالقيامبمصالحهأيطعامهولباسهوتنظيفجسمه"[6].

ويلاحظأنتعريفاتالمالكيةللحضانةتعدمشابهةلبقيةأقوالالفقهاء،حيثأنالمالكيةيعتبرونأنالحضانة كفالة،إلاأنالدسوقيفيتعريفهيطابقالأحنافوالشافعيةمنناحيةالمعاني.

**ثالثا. تعريف الحضانةعندالشافعية:**

وأمافقهاءالشافعيةومنبينهمالرمليفعرفهابأنها:

"حفظمنلايستقلبأمورهوتربيتهبمايصلحهويدفععنهمايضره"[1].

---

1- علاءالدينأبي بكرمسعودالكسانيالحنفي،**بدائعالصنائعفيترتيبالشرائع**،الجزءالخامس،دارالكتبالعلمية،الطبعةالأولى،بيروت،1997،ص 202.

2- إسماعيلأبابكرالبامري،**أحكامالأسرة (الزواجوالطلاقبينالحنفيةالشافعية)**،دارالحامدللنشروالتوزيع،الطبعةالأولى،عمان، 2009، ص442.

3- حمزةبنحسينالفعرالشريف،"**أحكامالحضانةفيضوءالمقاصدالشرعية**"،مداخلةألقيتفيندوةبعنوان: **أثرمتغيراتالعصرفيأحكامالحضانة**،المجمعالفقهيالإسلاميرابطةالعالمالإسلامي،كليةالشريعةوالدراساتالإسلاميةبجامعةأمالقرى،السعودية، 1463هـ، ص7.

4- محمدعليويناصر،**الحضانةبينالشريعةوالقانون**،دارالثقافةللنشرالتوزيع،الطبعةالأولى،عمان، 2010،ص ص 25-26.

5-سليمانناصر، سعادسطحي،**أحكامالطلاقفيالشريعةالإسلامية**،دارالهدىللطباعةوالنشروالتوزيع،قسنطينة،2003 ،ص 205.

6- محمدعرفةالدسوقي،**حاشيةالدسوقيعلىالشرحالكبير**،الجزء الثاني،مطبعةالأزهريةبمصر،مصر، 1934، ص 526.

أماالباجوريفقدقال:"هيحفظمنلايستقلبأمرنفسهعمايؤذيه لعدم تمييزهكطفلوكبيرمجنون"[2].

ويلاحظفيتعريفاتالفقيهينالرمليوالباجوريأنالرمليركزعلىكلمةتربيةوهيتعنيالإرشادوالتوجيهوهوتعريفأدقمقارنةبتعريفالباجوري.

**رابعا. تعريف الحصانةعندالحنابلة:**

تعددتتعريفاتالحضانةعنالحنابلة،حيثعرفهاالباهوتي "بأنهاحفظالصغيرونحوهكالمجنونوالمعتوهعمايضرهموتربيتهم بعملمصالحهم"[3].

وكذلكأعطىابنقدامةتعريفالهاعلىأنها:"كفالةالطفلوحفظهمنالهلاكوالإنفاقعليهوإنجائهمن المهالكة"[4].

نلاحظمنخلالالتعريفاتالسابقةلفقهاءالحنابلةلكلمنالباهوتيوابنقدامةأنهاتصبفيمعنىواحدوهوحفظالصغيرسواءكانمجنوناأومعتوهاوحفظهمنالهلاكأماالتعريفاتالسابقةلبقيةالفقهاءليستشاملةوواضحةمثلتعريفالحنابلة حيث أنهم بينوا حضانة الطفل أنها واجبة في كل حالاته.

**الفرعالثاني: تعريفالحضانةفيالتشريعالجزائري**

اهتمالمشرعالجزائريبالحضانةوأعطىلهاتعريفا منخلالالمادة **62**منقانونالأسرةالجزائريرقم 84-11 بأنها:[5]((رعايةالولدوتعليمهوالقيامبتربيتهعلىدينابيهوالسهر علىحمايتهوحفظهصحةوخلقا)).

ومما يلاحظمن خلالالمادة 62 منقانونالاسرةالجزائريأنالمشرعقدوفقفيهذاالتعريفوذلكمنخلالتركيزهعلىحاجياتالطفلالدينيةوالصحية

---

1- محمدعليويناصر ،مرجعالسابق،ص25.

2- المرجعنفسه،ص 25.

3- منصوربنيونسبنإدريسالباهوتي،**كشافالقناععنمتنالإقناع**،الجزءالرابع،دارالفكر ،بيروت،1997،ص432 .

4- موفقالدينأبيأحمدعبداللهبنأحمدبنقدامة،**المغنيالشرح الكبير**،الجزءالتاسع،مطبعةالمنار ،الطبعةالأولى،مصر، 1930، ص 299.

5- القانونرقم 84-11،المؤرخفي: 12 جوان 1984،**المتضمنقانون الأسرة**،الجريدةالرسمية للجمهوريةالجزائرية،العدد 24،الصادرة بتاريخ: 12جوان 1984.

والخلقيةوالتربويةوالمادية،لذلكفانهيتعينعلىالمحكمةعندالنطقبالطلاقوالفصلفيحقالحضانةأنتراعيكلا عناصرالتيتتضمنهاالتعريفالقانوني[1].

وبذلكذهبإلىتوضيحأهدافالحضانةوعرفهامنالجانبالروحيوالعقائديللطفل،ومحاولةإنشاءوتنميةا لجانبالعقليوكذلكالجسدي،وأرادأنيلفتالحاضنإلى رعايةالمحضون،وبذلكيكونقانونا لاسرةالجزائريأكثر توفيقامنحيثشموليةمن الفقه الإسلامي في حاجياتالطفل[2].

## المطلب الثاني

## أهمية الحضانة

اهتما لإسلامبالحضانة،وأعطىلها أهميةبالغةولذلكلخطورتها،وشأنهاالعظيمعندوقوعالطلاقبينا لزوجينووجودأولاددونالسنالقانونيالذييستغنيفيها الصغيرعنالحاضن،فيهذاالموضوعلابدمنالتطرقلأه ميةالحضانةفيالفقها لإسلاميوالتشريعالجزائري.

من خلال هذا المطلب سنبين في الفرع الأول أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي، وفي الفرع الثاني أهمية الحضانة في التشريع الجزائري.

### الفرعالأول: أهميةالحضانةفي الفقهالإسلامي

لقد

عنيتالشريعةالإسلاميةبالأسرةورسمتلها الطريق السويلكيتستمرالمودةبين الزوجين،فقدأمرتبرعاية الا ولدوالمحافظةعلىحياتهونشأتهبينا لأبوين،لكنعندماينفصلالأبوينوتحصلالفرقةبينهما لا تتركالشريعةالاسلاميةالأولادللضياعوالتشرد،حيثأنهاجاءتبتعاليمساميةلكيتفتحالأنفسعلىالخيرومرد لةالحضانةهذهحافظفيها الإسلامعلىالولدأولاوالامثانيا[3].

إنموضوعالحضانةفيالفقها لإسلاميعتبرمنأهموأجلقضايا

الأسرةفهيلصيقةبحياةالأولادبعدالفرقةالزوجيةلذلكأعطتها الشريعةالإسلاميةأهميةبالغةنظرالتزايدالم

---

1- أحمدهلتالي،"**استحقاقالحضانةفيالتشريعالجزائريبينترتيبات النصوصالقانونيةومحاذيرالمنح**"،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3،العدد 3،جامعة المسيلة،الجزائر،سبتمبر 2018،ص ص 319-378.

2- فضيل سعد،**شرحقانونالأسرة(الزواجوالطلاق)**،الجزءالأول، المؤسسةالوطنية للكتاب،الجزائر،1986،ص 370.

3- سعيدبنعلي بنوهفالقحطاني،**الهديالنبويفيتربيةالأولادفيضوءالكتابوالسنة**،مطبعةسفير،الطبعةالأولى،الرياض، 2011، ص 112.

شاكلالأسريةفيالسنواتالأخيرة،وأهمشيءفيالموضوعكلههومصلحةالمحضونالذيهوبحاجةلمنيرعاهو يحافظعليه،وإلىمنيربيهتربيةسليمةإلىحينأنيشتدعودهويصبحقادراعلىالتكفلبنفسه.

**الفرعالثاني: أهميةالحضانةفيالتشريعالجزائري**

علىغرارباقيالتشريعاتالوضعيةفقداهتمالمشرعالجزائري بحضانةالأطفالوذلكمنخلالالنصوصا لقانونيةالتيتوضحالاحكامالمتعلقةبهاإضافةإلىفرضالتزاماتعلى الحاضن والتشديدعلىالعقوباتعندالإخلال بهذه الالتزامات.

وفيحالةإخلالالحاضنبالتزاماتهومسؤولياتهتجاهالطفلالمحضونتسقطعنهاالحضانةوذلكبموجب قرارمنالقاضيفيحالةأنيكونالحاضنغيرأهللممارسةالحضانةويحكمعلىالحاضنبعقوبةجزائية،وتسليمال طفللشخصأخريكونأهلابالحضانة،فمنحقالطفلأنيعيشفيبيئةسليمةبعيداعنالخلافاتالأسرية[1].

نلاحظأنأهميةالحضانةفيالفقهالإسلاميوالتشريعالجزائرييشتركانفيعدةمحطاتأهمهاأنكلمنهمايرتبالتزاماتوعقوباتفيحالةالإخلال بالحضانة وكذلك أن الحضانةتسقطعلىأحدالوالدينأوأيشخصحاضنفي حالة مخالفةالشروطسالفةالذكر،ويختلفانفيأنالتشريعالجزائريوضععدةنصوصوقوانينتهدفلحمايةحقالطفلا لمحضونورتبتمخالفاتفيحالةالإخلالبها،فيالمقابلكان الفقهالإسلاميأكثرتوسعاوتشديدافيالحضانةلأنهاتعتبرمنأهمالمسائلالأسريةوالاجتماعيةفهيلمتنظم فينصوصقانونيةكالتشريعالجزائريبلنظمتفيمصادرالشريعة،كالقرآن ،السنةالنبويةوإجماعالفقهاءومعذلكلايوجداختلافكبيربينأهميتهامنناحيةالتشريعالجزائريأوالفقهالإس لاميفكلمنهماحرصعلىحقوقالطفلالمحضون.

## المبحث الثاني

## مشروعية الحضانة

حرصالمشرعوالقانونعلىتنظيمحقوقالأولاد،وذلكللقيامبهاعلىأكملوجهليضمناستقرارالمجتمعوحف ظالنسل،ومنبينهاحقالحضانةللأطفاللاحتياجهمفيبواكيرأعمارهمإلىمنيرعشؤونهم[1].

1- لحسينبنالشيخآثملويا،**قانونالاسرةنصاوشرحا**، دارالهدى،الجزائر،بدونسنةنشر،ص27.

فقدثبتتمشروعيةالحضانةوشروطهاكثيرا فيالقرآنالكريم والسنةالنبويةالشريفةوفيعدةأحاديث،كماأجمعفقهاءالشريعةالإسلاميةعلىحفظحياةالمحضونوهيملزمة علىالحاضنلضمانحياةالصغيركونهاتعدجزءمنحقهوعندالإخلالبهاتؤديإلىهلاكه،فالأصلفيمشروعية الحضانةالقرآنالكريموالسنةالنبوية*الشريفة* وإجماعالفقهاء.

وعليهسنتطرقمنخلالهذاالمبحثإلىأدلةمشروعيةالحضانةفيالمطلبالأول،وشروطممارستهافيالمطلبالثاني.

## المطلب الأول

## أدلة مشروعية الحضانة

للحضانةأسانيدهامنالقرآنالكريموسنةنبيناصلىاللهعليهوسلموإجماعالمسلمين،وكذلكالتشريعالجزائري،وذلكباعتبارهامسؤوليةمقررةمنطرفالحاضنفائدةللمحضون،حيثحرصالإسلامعلىالعنايةبالفرد منذولادتهفالصغيرعندمايخرجمنبطنأمهإلىالنظرفي أموره ومصالحهوالقيامبحوائجه[2]، ولضمانمصلحةالمحضونظمالتشريعالجزائريعدةقوانينتضبطوأسستهدفالى تحقيقهدفساميألاوهوحقالطفلالمحضون.

سنحاولمنخلال هذاالمطلبتبيانمشروعيةالحضانةفيالفرع الأولوالأساسالقانونيللحضانةفيالتشريعالجزائريفيالفرعالثاني.

### الفرعالأول: أدلةمشروعيةالحضانةفيالفقهالإسلامي

اختلفتالشريعةالإسلاميةفيإعطاءأدلةلمشروعيةالحضانةوذلكلاختلافمصادرها،فكلمصدريعطي دليلا خاصا به.

**أولا. أدلةالحضانةمنالقرآنالكريم:**

حظيتالحضانةبعدةآياتقرآنيةمنهاقولهتعالىفيشأنقصةسيدناموسىعليهالسلام:﴿إِذْ تَمْشِيٓ أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ

1- مصطفىعبدالغنيشيبة،**أحكاماالأسرةفيالشريعةالإسلامية(الطلاقوآثاره)**،الكتابالوطنية،الطبعةالأولى،ليبيا،بدونسنةنشر،ص 224.

2- وفاءمعتوق حمزة،مرجعالسابق،ص 452.

﴾[1].فيهذهالآيةدلالةعلىأنهيجبأنيكونهناكللطفلالمحضونشخصيكفلهويقومبرعايتهوحفظه.وقولهتعال ى﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَفَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَاۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓاْ أَوْلَـٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[2].

فهناالآيةفيهادليلعلىحقالصبيفيالرضاعة،وذلكيكونفيفترةالحضانة،ومنهتكونالآيةقدبينةضمانالرضا عةللحاضنةلمدةحولينكامليناإذأرادتإتمامالرضاعة[3].

إضافةإلىقولهتعالىفيشأنولادةالسيدةمريمعليهاالسلام﴿فتقبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[4].

ففيهذهالآيةدلالةعلىمشروعيةالحضانةمنخلالقولهتعالىفيسورةآلعمرانبأناللهتقبلهابقبولحسنوكف لهازكرياويعدهذادليلاعلىأن الحضانةمشروعةمنذظهورالإسلام[5].

كماقالتعالى:﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّا إِيَّاهُ وَبِٱلْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴿٢٤﴾﴾[6].

فوجهالدلالةفيهذهالآياتهوعلىأناللهسبحانهوتعالىقامبذكرتربيةالوالدللصغير،وهذهالتربيةهيحد ضانتهوالقيامبشؤونه.

**ثانيا.أدلةالحضانةمنالسنةالنبوية:**

وردتالعديدمنالأحاديثالنبويةفعنعمروبنشعيبعنأبيهعنجدهعبداللهبنعمروأنامرأةمنالأنصارقالت: يارسولاللهإنابنيهذاكانبطنيلهوعاء،وثديي*له*سقاء،وحجريلهحواء،وإنأباهطلقنيوأرادأنينزعهمنيفقاللهار سولاللهصلىاللهعليهوسلمأنتأحق به ما لم تنكحي[1].

---

1- سورة طه، الآية 40.

2- سورة البقرة، الآية 233.

3- عبدالمطلبعبدالرزاقحمدان،مرجع سابق،ص 141.

4- سورةآلعمران،الآية 37.

5- محمدعقلةالإبراهيم،**الزواجوفرقهفيالفقهالإسلامي**، دارالنفائسللنشروالتوزيع،الطبعةالأولى،الأردن، 2014، ص 314.

6-سورةالإسراء،الآية، 23-24.

ومماوردفيالسنن:

أنامرأةجاءتإلىالرسولصلىاللهعليهوسلم"فقالتيارسولاللهإنزوجييريدأنيذهببابنيوقدسقانيمنبئرأبيعنبةوقدنفعني،فقالرسولاللهصلىاللهعليهوسلم(استهماعليه)فقالزوجها:منيحاقنيفيولدي؟فقالرسولاللهصلىاللهعليهوسلمللغلام: هذاأبوكوهذهأمك،وخذبيديأيهماشئتفأخذبيدأمه،فانطلقتبه"[2].

فهذهالأحاديثتددلتعلىأنهإذاافترقالوالدانفالأمتكونأحقبتربيةوحضانةصغيرها،وذلكلتمتعهابصفاتاختصتبهادونالأب،لذلكمنحهاالنبيصلىاللهعليهوسلمالأحقيةوحكملهابتربيةولدهادونغيرها.

**ثالثا. أدلةالحضانةمنالإجماع:**

انعقدإجماعالأمةمنالسلفوالخلفعلىمشروعيةالحضانة،يقولابنرشد:"وأماالاجماعفلا خلافبينأحدمنالأئمةفيإيجابكفالةالأطفال،لأنالإنسانخلقضعيفامفتقراإلىمنيكفلهويربيهحتىينفعنفسهويستغنىبذاته،وقالالمواقونقلاالمتيطيالإجماععلىوجوبكفالةالأطفالالصغارلأنهمخلقواضعفاء"[3].

"كماروياأنعمربنالخطابفارقامرأتهجميلةبعدأنأنجبمنهاعاصم،ثمشجر خلافبينعمرومطلقتهبشأنحضانة عاصمابنهماكليودأنيضمهإليه،ومن ثمرفعهذاالنزاع إلىأبيبكرر ضياللهعنهفقضىبمنعمرمنضمابنهإليهوقاللعمر:

ريحهاومسحهاوريقهاخيرلهمنالشهدعندك،وكانالصحابةحينقالذلكحاضرينولمينكرعليهأحدمنهم ذلك فكاناجماعاً"[4].

**الفرعالثاني: الأساسالقانونيللحضانةفيالتشريعالجزائري**

---

1- رواهأحمدوأبوداودوصححهالحاكم،**سبلالسلامشرحبلدالحرامالحديث**،الجزءالثاني،ص 330.

2- محمدسمارة،**أحكام وآثارالزوجية (شرحمقارنلقانونالأحوالالشخصية)**،دارالثقافةللنشر والتوزيع،الطبعةالأولى،عمان، 2008، ص 383.

3- محمدعقلةالإبراهيم، مرجعسابق،ص 316.

4- رمضانعلي السيدالشرنباصي،**أحكامالاسرةفيالشريعةالإسلامية**، منشوراتالحلبيالحقوقية،بيروت، 2002، ص394.

اهتم قانونا لأسرةالجزائريبالطفلالمحضونوأعطىلهمجموعةمنالحقوقالمتمثلةفيالتربيةالتعليموالسهرعلىحمايتهورعايتهصحةوخلقاوتنشئتهعلىدينأبيه[1].

*وذلك*طبقاللمادة 62 منقانونا لأسرةالتيتنصعلىأن((الحضانة هي رعايةالولد وتعليمهوالقيامبتربيتهعلىدينأبيه والسهرعلىحمايتهوتحفظهصحةوخلقا)).

تعدالحضانةحقللطفلماميبلغسنالرشدوهذاماهو منصوصعليهفيالقانونحيثأنهاتعد ملزمةللحاضنحيثأنهاتتطلبممارسةالحضانةبشكلجيد،عدةقواعدوأسسلتدقيقالاهدافالساميةالتيتقررهاالأحكامالشرعيةوالقانونيةالمنصوصعليهافيالمواد62، 64، 65، 66، 67، 68، 69، 70، 71 و72 منقانونا لأسرةالجزائريالذييتصفيمتنهعلىالحضانةوكيفيةممارستهاومنهوالأحقبها وكيفيةإسنادهاحسبت رتيبأصحابالحقفيهاحفاظاعلى المحضونومصلحته[2].

ونلاحظ أنمشروعيةالحضانةفيالشريعةالإسلاميةكانتشاملةومفسرةللحضانةوذلكمنخلالالأدلة ةمنالقرآنالكريمالسنةالنبوية
الشريفةوالإجماعووفقتأكثرمقارنةبالتشريعالجزائريمنخلالأنالأدلةالفقهيةكانتأكثرتفسيراللحضانةفالقرآنالكريمكانكفيامنخلالآياتهفقدذكراللهسبحانهوتعالىأنالحضانةمشروعةوواجبةحيثأنالقرآن والمصادرالشرعيةتكونأقوىإثباتمنغيرها،علىعكسالتشريعالجزائرياكتفىفقطبالنصوصالقانونيةالقابلةللتغيير .

## المطلبالثاني

## شروط ممارسة الحضانة

1- مبروكة غضبان، دليلة فركوس،**حقوقالطفلالمحضونفيضوءالقضاء الجزائري**،جامعةالجزائر، 2018،ص 15.

2- مبروكمنصوري،"**شروطالحضانةومسألةإسقاطهافيقوانينالأسرةللدولالمغاربية**"،مجلةالاجتهادللدراساتالقانونيةوالاقتصادية،المجلد 4، العدد 8،الجزائر،جوان 2015،ص95 .

حتىتراعىمصالحالمحضونرعايةصحيحةوكاملة،وينشأنشأةجديدةمندونالخوفعليهمنالضياعوا لإهمال[1]،قامالفقهالإسلاميوقانونالأسرة الجزائري بحمايةحقالحضانةبشروطمعينةيجبتوافرهافي الشخصالحاضن.

لذلكسنتطرقفيهذاالمطلبإلىشروطممارسةالحضانةفيالفقهالإسلاميفيالفرعالأول،وشروطصلا حية الحضانةفيالتشريعالجزائريفيالفرعالثاني.

**الفرعالأول:شروطممارسةالحضانةفيالفقهالإسلامي**

كفلتالشريعةالإسلاميةحقحضانةالطفل،لمالهامنأهميةبالغةفيهذاالزمانحيثنظمتهاعلىأنهاتعتبر حق منالحقوقوجبعدمتركه،فمهماعدلتالبشريةفيهذه الحقوقتبقىتائهةوضائعةحتىترجعلتعاليمالشريعة الإسلامية،فوضعتلهاشروطاخاصةفيحالةمخالفتهاتسقطهذاالحقوتحرمالحاضنمنهاحيثأنكلفقيهاشتر طشروطاخاصةبهتتمثلفيما يلي:

**أولا. شروطالحضانةعندالحنفية:**

اشترطالأحنافعدةشروطلاستحقاقالحضانة،وهيتتمثلفي:

1. **الحرية:**وهيألايكونالحاضنعبداأومنشغلامع سيده وألاتكونلهشروطأوضغطخارجيعلىاتخاذقراراتهأوتحديدخياراته[2].
2. **العقل:**الذييشترطفيالشخصالحاضنأنيكونعاقلبالغغيرمجنونسواءكانذلكالجنونمتقطعأودائم[3].
3. **الأمانة:**وهيترتبطبأخلاقوتصرفاتالحاضنوهيماينعكسعلىالمحضونفيتربيته[4].
4. **عدم فسقالحاضنبشكليؤذيويضرالولدالمحضون:**حيثأنهذاالفسققديؤديبضياع المحضون صحة وأكثرمنذلكخلقه.

---

1- محمدسمارة،مرجعسابق، ص 400.

2- عبداللهبنمحمودوموددالموصليالحنفي، **الاختيارلتعليلالمختار**، الجزءالرابع، دارالكتبالعلمية،بدونسنةنشر، ص ص 15-16.

3- المرجع نفسه، ص ص 15-16.

4- عبداللهبنمحمودوموددالموصليالحنفي، مرجع سابق، ص ص 15-16.

**5. عدم الزواجبرجلأجنبيعلىالولد:**

فهيتعدمنمسقطاتحقالحضانةوذلكلأنهاتضربمصلحةالولدونشأته،وأخيرا لميشترطالأحنافالإسلامفيالحاضنةحيث أنهم اجازوهاللكافرة[1].

**ثانيا. شروطالحضانةعندالمالكية:**

وقد اشترطوافيالحاضنمايلي[2]:

1. **الكفاءة:**وهيالقدرةعلىحفظالمحضونوالقيام بشؤونهمنتعليمورعايةصحيةونفسية.
2. **الأمانة:**فمنكانمشتهرابفسقأوسكرأو شيءيؤذيالمحضونفليسلهالحقفيالحضانةوذلكخوفا من فسادأخلاقالطفل.
3. **العقل:** حيثأنالحاضنيجبأنيكونبكامل قواهالعقلية حتىلوكانجنونامتقطعا .
4. **السلامةمنالامراض:** وهي تتمثلفيالأمراضالمعديةوغير المعديةكالجذام،والبرصوغيرها.
5. **الرشد:**يعتبرالرشدعاملاأساسيالاستحقاق الحضانة حيثأنالمبذرلايحسنالتصرفاتالماليةفلا حضانةله،وذلكخوفامنضياعمالالمحضون.
6. **مسكنالمحضون:** هوأنيكونللمحضونمسكندائمومعلوملوالدهيقيمفيهبشكلدائمومستقر.
7. **أنتكونالحاضنةذاترحممحرم للمحضون،** فللمالكية قولان:

"القولالأول:لاحضانةلغيرالرحمالمحرموهوالراجح عندهمأماالقولالثانيأنلهاالحضانةفيقولالدسوق يفيمعرضكلامهعنحضانةالوصي:وكذاإنكانالمحضونأنثىمطيقة والحاضنأنثىأوكانذكراتزوجبأمالمحضونةأوجدتهاوصارتمنمحارمهفلا حضانةله"[3].

"كمااشترطالمالكيةعدمإقامةالحاضنة بالمحضونفيبيتيبغضه،وقولهمبأنيكونللحاضنمكانيمكنحفظالبنتفيهاالتيبلغتحد الشهوةمنالفساد،والذ كرلسنمعينة،فإذاكانالمحضونفيمكانغيرمأمونفإنحضانتهتسقطوهذاالتعرضهللأذى"[1].

---

1- المرجع نفسه، ص ص 15-16.

2- عثمان بن حسين بري الجعليالمالكي،**سراحالمسالكشرحأسهل المالك**،الجزء الأول، دارصادر،الطبعةالأولى، بيروت، 1994، ص 378.

3- محمد سمارة، مرجعسابق،ص 450.

**ثالثا. شروطالحضانةعندالشافعية:**

أماالشافعيةفقالوابأنشروطالحضانةمتعددةتتمثلفي:

1. **العقل:**فلاحضانةللمجنونفهيتكونللعاقلولا تثبتللمعتوهأوناقصالعقل[2].
2. **القدرة:**وهيالمقدرةعلىالقيامبأعباءالمحضون والقياموالاستطاعةبأموره.
3. **الخلومنالأمراض:**كالجذاموالبرصبمعنىأنيكونصحيحالجسموغيرعاجزبضعفأوكبرسن.
4. **الحرية:**كأنيكونحراغيرمقيدوغيرمستعبد.
5. **أنيكونمسلما:** ومحافظعلىالتعاليمالدينيةخشيةعلىالمحضونمنالفتنةفيدينهوأخيراألاتكون عمياءوألايكونالشخصالحاضنأصملأنهلاتجوزحضانته،وعدمخلوالحاضنةمعأجنبي[3].

**رابعا. شروطالحضانةعندالحنابلة:**

قالوايشترطللحضانة :

1. **أنيكونالحاضنعاقلا:**فلا حضانةلمجنون.
2. **ألايكونرقيقا:**بمعنىألايكونمستعبدا او غير حر.
3. **ألا يكون كفيفا:**كأعمىلعدمحصولالمقصودبه،ومثل الأعمىضعيفالبصر.
4. **ألايكونأبرصأوأجزم:**وهذايسقطحقهفي الحضانةلعجزهعنتربيةالطفل.
5. **ألاتكونالحاضنةمتزوجةبأجنبيعلى الطفل:**فإنكانغير أجنبيكجدهوقريبه،فإنلهاالحضانة[4].

**الفرعالثاني:شروطصلاحيةالحضانةفيالتشريعالجزائري**

---

1- محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 529.

2- إبراهيمبنمحمدبنأحمـــدالباجوري،**حاشيـــةالباجوري**،الجزء الثاني،دارالمنهـــاج،الطبعةالأولى،مصر،2016، ص ص 682-683.

3- المرجع نفسه، ص ص 682-683.

4- عبدالرحمانالجزيري،**الفقهعلىالمذاهبالاربعة**،الجزءالرابع،دارالكتبالعلمية،الطبعةالثانية،مصر، 2003، ص 536.

اشترطالمشرعالجزائريفيالمادة(62/2)منقانونالأسرةأنتتوفرفيالحاضنسواءكانرجلاأوامرأةالأهلية فيممارسةالحضانة،ويجبأنتكونوفقالشروط التالية :

1. **العقل**:وذلكمنخلالالمادة 87 منقانونالاسرةالجزائريالمعدلعلىأنالحضانةهيولايةعلىالنفسولايمكن للمجنونأوالمعتوهأنيقومبذلكأيلاتصحتصرفاتهبأنيكونوليا علىشخصآخربمعنىليسلهالصلاحية في ممارسةالحضانة[1].

2. **البلوغ**:حسبنصالمادة 86 منقانونالاسرةالجزائريرقم84-11((منبلغسنالرشدولميحجرعليهويعتبركاملالأهليةوفقالأحكامالمادة 40 منالقانونالمدني)).

يعتبركلمنلميبلغسنالرشد 19 سنةسواءللذكرأوالأنثىعلىحدسواءليسأهلالحضانةالطفلحيثأنهيعتبرأهليةوجوبوأداءوالتيتجعلالشخصة ادراعلىتدبيرشؤونهبنفسهممايكونمكلفاشرعاوقانونا بالقيامبرعايةمصالحغيره.

3. **القدرة**:وهيالتيأكدعليهاالمشرعالجزائريفيالمادة 62 والتيتنصعلى ((الحضانةهيرعايةالولدوتعليمهوالقيامبتربيتهعلىدينأبيهوالسهرعلىحمايتهوحفظهصحة خلقا،ويشترط فيالحاضنأنيكونأهلاللقيامبذلك))،بمعنىألايكونعاجزاويكونخاليامنالأمراضوغيرمصابباًيعاهةمنالعاهاتممايجعلهغيرقادرعلىممارسةالحضانة،فهيتعتبرمنشروطممارسةالحضانةفهيالأداءوالاستطاعةعلىرعايةالطفل،فلوكانتعاجزةعنذلكلمرضأوتقدمفيالسنفلاتكونأهلاللحضانة[2].

4. **الأمانة**:فلاحضانةلغيرالأمينوهوالفاسقكانرجلاًوامرأةسواءكانسكيراأومشتهراًبالزنىواللهووالمجونفلاتصحلهحضانةالطفل،فالأمانةتعدصفةفيالحاضنيكونبهاأهلاًلممارسةالحضانةوبيئةمصاحبةلمحضونتضمنحداأدنىمنالتربية السليمةللصغيرإذتسقطالحضانةإذاألقيبالصغيرفيبيئة

---

1- كمالبعاكية،"**الحضانةوشروطهابينالشريعةالإسلاميةوقانونالأسرةالجزائري**"،مجلةالاجتهادللدراساتالقانونيةوالاقتصادية،المجلد7، العدد 6،جامعةوهران،الجزائر،أكتوبر 2018، ص 420.

2- عبدالكريمنذير،"**الحضانةفيالتشريعالجزائري**"،مجلةالعلومالقانونيةوالاجتماعية،المجلد 6، العدد 4،ديسمبر 2021 ، ص474.

سيئةمصاحبةلهتأثرعليهسلباوتثيرالشكوكحولسلامةتربيتهوالملخصحولالحضانةوسقوطها هيمصلحة للصغيروصيانتهمنالاهمالوالضياع[1].

5. **الإسلام**:وهيتربيةالولدعلىدينأبيهحيثأن المشرعالجزائريقدسايرالمذهبالمالكيوذلكمانلمسهفيالمادة 62

منقانونالأسرةالجزائري،فعبارةالقيامبتربيتهعلىدينأبيهبمفهومالموافقةأنهيمكنأنيتزوجمسلممعكتابية،وفي حالةهناكطلاقوكانتالحضانةلهافيجبأنتربيالأبناءعلىدينأبيهموهوالإسلام[2].

6. **ألاتكونالحاضنة متزوجةبأجنبيعنالصغير**:حيثأنهذاالشرطيسقطحقهافيالحضانةإضافةإلىزواجهابقريبغيرمحرمللطفل ،نجدأنالمشرعالجزائريفقدساير الفقهالمالكيفيمسألةخلوالحاضنةمنزوجأجنبيعنالمحضون،حيثألزمها في المادة66 منقانونالأسرةالجزائرياأنهفيحالةمخالفةهذاالشرطيسقط حقهافيالحضانة.

وعلىلسانالدكتوربلحاجقال:"أنالأمأحقبحضانة الولدمنالأبإذاالمتتزوج،فإنتزوجتتسقطحضانتها ،لأنالأجنبييبغضالولدويتمنىموته،وذلكلأنهيراهغريمهفيحبزوجته،فيربى الولدعلىالمذلة،والحضانة إنماشرعتلضمانحسنالرعاية،وكمالالعنايةبه"[3].

7. **أنتقيم الحاضنةفيبيتلايبغضالمحضون**: وذلكحسبالمادة 70 منقانونالأسرةالجزائرفإنه لا يمكنأنيبقىالمحضونمعشخصيبغضهسواءكانزوجا أجنبيا أوغيرمحرم،وذلكخشيةعلى الطفلالمحضونمنضياعه.

8. **أنيكونالحاضنذارحممحرمللصغير**:فهنالايوجدنصصريحفيالتشريعالجزائريالذيينصعلىهذاالشرطممايلزمالرجوعإلىالاحكامالختاميةفيالمادة 222 من*قانون* الأسرةالجزائريرقم84-11والتيتنصعلى ((كلماميردالنصعليهفيهذاالقانونيرجعفيهإلىأحكامالشريعةالإسلامية)).

9. **أنيكونمعالحاضنامرأةتصلحللقيامبخدمةالصغير**:أييجبوجودامرأةمعالشخصالحاضنخاصة فيحالةماكانرجلاوذلكلكيتقومبشؤونالمحضونونجدهافيالمادة 64

---

1-المرجع نفسه، ص 474.

2- كمالبعاكية،مرجعسابق، ص ص 421- 422.

3- العربيبلحاج،**الوجيزفيشرحقانونالاسرةالجزائري(الزواجوالطلاق)**،الجزء 1،ديوانالمطبوعاتالجامعية،الجزائر،1999،ص 384.

منقانونا لأسرةحيثأعطىالمشرعالجزائريللأبحقالحضانةمباشرةبعدالأمفيحالةسقوطهامعالعلمأنالنساء هن
الأصلحوالأقدربتربيةالمحضون،حيثأنالمشرعالجزائريلمينصصراحةعلىهذاالشرط،حيثيجبأنيكونعند الحاضنمنأبأوغيرهمنيصلحللحضانةمنالنساءكزوجةأوأمأوخالةأوعمةإذلاقدرةولاصبرللرجالعلىأحوال الأطفالكماالنساء[1].

**الفرع الثالث: مقارنة بين شروط ممارسة الحضانة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري**

من خلال دراستنا لشروط الحضانة نلخص أن هناك أوجه تشابه واختلاف بين الشروط الموجودة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ذلك على النحو التالي:

**أولا. بالنسبة لشرط الحرية:**

ويظهر ذلك في:

**1. أوجهالتشابه:**

يتفق الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في مسألة الحرية، على أنه في حالة وجود عبيد تكون الأم هي الأحق بالحضانة مهما كانت صفتها سواء عبدة أو حرة فهي الأولى بها.

**2. أوجه الاختلاف:**

اختلف بعض الفقهاء في شرط الحرية، فهناك من يقول بأن العبيد ممنوعون عن القيام بالحضانة، وهناك من أجازوا بحضانة العبيد للمحضون العبد في كل من الحاضنة والحاضن فأصحاب هذا الرأي الذين أجازوا الحضانة للحاضن العبد ذلك لرؤيتهم لمصلحة العبد

1- عبدالكريمنذير،مرجعسابق،ص 476.

المحضون عكس الفقهاء الآخرين الذين رفضوا حضانة العبيد، في مقابل ذلك نجد أن المشرع الجزائري أعطى حق الحضانة لكل شخص يستحقها فلم ينظر له بصفته إن كان الشخص الحاضن عبدا أم حرا، فالمشرع هنا لم ينظر لشرط الحرية كثيرا على عكس الفقه الإسلامي الذي اهتم بهذه المسألة[1].

**ثانيا. بالنسبة لشرط الإسلام:**

ويظهر ذلك في:

**1. أوجه التشابه:**

اتفق التشريع الجزائري مع المذهب المالكي في شأن الإسلام، وذلك في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، حيث أنه لم يشترط أن تكون الحاضنة مسلمة في حين أنه يحب تربية الولد على دين أبيه وذلك حفاظا ومراعاة لمصلحة المحضون.

**2. أوجه الاختلاف:**

بالنسبة لشرط قيام الحاضن رجلا او امرأة لتربية المحضون على دين أبيه وهو شرط الإسلام،وهو ما اشترطه الأحناف لمستحقي الحضانة خلافا للحاضنة لا يعد هذا شرط لها لاستحقاق هذا الحق، في حين أن المالكية اختلفوا معهم ولم يقوموا باشتراط إسلام الحاضن دليلا على أنهم لا يثبتون الحضانة للرجال بشرط وجود النساء تصلح للقيام بالحضانة، كما

1- محمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، الجزائر، 2009، ص ص 152-153.

لا يشترطون إسلام الحاضنة، فالتشريع الجزائري اختلف مع جميع المذاهب ما عدى المذهب المالكي والتشريع الجزائري لم يشترط إسلام المرأة خلاف لما جاء به الفقهاء[1].

**ثالثا. بالنسبة لشرط الإعسار:**

ويظهر ذلك في:

**1. أوجه التشابه:**

لم يتم ذكر شرط الأب المعسر من قبل المشرع الجزائري في التشريع الجزائري فترك هذا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، حيث أن له واسع النظر في الأخذ بهذا الشرط أو تركه بحكم أن التشريع الجزائري إن لم يكن هنالك نص يشترط شرطا معينا يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية، ذلك لعدم وجود نص صريح ينص صراحة على هذا الأمر.

**2. أوجه الاختلاف:**

يعد شرط الإعسار شرطا مختلفا فيه بين الفقهاء، فلقد اعتبر الحنفية من خلال ماجاؤوا به أن هذا الشرط واجب توفره في الأم الحاضنة، لأنه حسب رأيهم أن امتناعها عن تربية الولد في حالة علمها بإعسار الأب، فتسقط عنها الحضانة لأن عدم الامتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة،ففي هذه الحالة إذا كان الأب معسرا، تقوم قريبة للعائلة بتربيته ويسقط حق الحاضنة وذلك بسب امتناعها عن الحاضنة،وفي مقابل هذا الشرط نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط هذا الشرط بنص صريح يدل فيه على أن الحضانة تسقط في حالة امتناع الحاضنة لعلمها باعسارالأب وانما تركه للسلطة التقديرية للقاضي عكس الفقه الإسلامي الذي حرص على وجود هذا الشرط في الشخص الحاضن[2].

**رابعا. بالنسبة لشرط العقل:**

ويظهر ذلك في:

**1. أوجهالتشابه:**

العقل يعد شرطا ضروريا بالنسبة لكل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وعنصرا مهما في كل منهما، فلا تصح الحضانة بدونه، والعمل عند الفقهاء من أهم الشروط فلا

1- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 153.

2- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 599.

تكون الحضانة عندهم لمجنون حتى ولو كان ذلك الجنون متقطعا وكذلك لا حضانة لمن فيها سفاهة او طيش، فالولاية تكون لها لعاقلة لأنه لا يأتي منها الحفظ والصون والتعهد.

فتكون هي بحد ذاتها بحاجة إلى من يرعاها، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فأولى له أهمية كبيرة ولم يختلف مع الفقهاء في شرط العقل، ولكنه ذكره في المادة 87 قانون الأسرة واعتبره ولاية على النفس، ولا يمكن لفاقد العقل أن يستحق الحضانة فلا تصح تصرفاته لأنه فاقد للعقل ولا يأتي منه الحفظ لأمور الصغير، فيكون هو في هذه الحالة في حاجة لمن يرعاه ويحفظه كالطفل الصغير، وهذا ما تفق عليه الفقهاء والمشرع الجزائري.

2. **أوجهالاختلاف:**

اختلف الفقهاء في شرط وجوب العقل في الحاضن بين الجنون الدائم والجنون المتقطع ومنهم من قال إن هذا الأخير لا يعد شرطا مسقطا للحضانة بينما المشرع الجزائري اختلف معه في هذه النقطة ولم يذكر كون هذا الجنون متقطع أم دائم[1].

**خامسا. بالنسبة لشرط السلامة الجسدية:**

ويظهر ذلك في:

**1. أوجه التشابه:**

اتفق كل من الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري على شرط السلامة الجسمانية وهو المرض، فقد مثل الفقهاء ذلك بالجذام و المرض والسل والفالج، فتحديد الفقهاء لهذه الأمراض في شكل خاص هو مراعاة لمصلحة الولد المحضون، فهذا الأمر يسقط حق الأم في حضانة صغيرها في مقابل ذلك فإن الأمراض غير المعدية لا تشكل مانعا بين المحضون وأمه، فقرر الفقهاء بأن الجذام والبرص لا يمنع الحق في الحضانة، وهو ما اتفقوا فيه مع المشرع الجزائري وذلك بالأخذ بالسلامة الجسمانية، فقد اعتبر الأمراض المعدية وذوي العاهات ممنوعون من الحضانة وهنا اشتركا في نقطة واحدة وهي مراعاة مصلحة المحضون وقد عدت الاستطاعة المادية والتي تتمثل في: أنها القدرة المالية على توفير

1- وفاء معتوق حمزة، مرجع سابق، ص 458.

المأكل والملبس والمسكن وكل ما يحتاجه الطفل لعيش حياة كريمة، بأنها أكبر الموانع للحضانة في حالة عدم توفرها.

2. **أوجه الاختلاف:**

اختلف التشريع الجزائري مع الفقه الإسلامي في نقطة واحدة ألا وهي الاستطاعة المادية، حيث أن المشرع الجزائري اعتبرها من أكبر الموانع مع السلامة الجسمانية، في حين أن الفقه الإسلامي لم يقم بذكرها[1].

**سادسا. بالنسبة لشرط الفسق:**

وبظهر ذلك في:

1. **أوجه التشابه:**

اعتبر الفقهاء أن الأم الفاسقة لا يسقط حقها في حضانة الصبي إلا إذا أدى ذلك الفسق إلى ضياعه خلقا، وقد حدد كل من الحنفية والمالكية هذه الشروط في شرب الخمر والزنا واللهو والمجون، فإذا كان الحاضن فاسقا يؤدي ذلك إلى ضياعه خلقا ويؤدي إلى إهماله من طرف الشخص الحاضن فتضر مستقبله أكثر من حياته، وفي هذا اتفق الفقهاء مع التشريع الجزائري أن القانون يتدخل ويسقط حق حضانة الأم لفسقها.

2. **أوجه الاختلاف:**

اختلف بعض الفقهاء في هذا الشأن حيث اعتبروا أن مجرد ترك الصلاة يعد فسقا بسيطا فقد يسقط لها حقها في الحضانة، فهي تعتبر غير مؤمنة ولا توفي للحضانة حقها ولا تعتبرها أنها مسؤولة ولا تؤدي واجبها اتجاه ابنها بشكل كامل، فالحضانة شرعت لمصلحة الطفل لا غيره فإذا كانت والدته بتلك الصفات سالفة الذكر هنا لا يستفيد المحضون شيء من هذه الحضانة، وتنعكس عليه بالضرر وينشأ فاسقا مثلها، في حين أن المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن وترك له المسؤولية[2].

**سابعا. بالنسبة لشرط الأمانة:**

---

1- وفاء معتوق حمزة، مرجع سابق، ص 459.

2- محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، المكتبة العلمية، لبنان، 2007، ص 405.

ويظهر ذلك في:

**1. أوجه التشابه:**

اتفق الفقه الإسلامي مع التشريع الجزائري في شرط الأمانة، حيث أن الفقهاء اشترطوا في الأم الحاضنة أن تكون أمينة حتى ولو كانت مشغولة عن المحضون بالخروج من منزلها كثيرا فهنا بالنسبة لهم تكون أهلا للحضانة وهو نفس الحال بالنسبة للتشريع الجزائري، وهذا ما تم اقراره في السوابق القضائية وذلك حماية للطفل لأنه يكون في مرحلة خطر مما يؤدي به للضياع، أما بالنسبة للحاضن فيمكنه الخروج من المنزل أكثر من الأوقات المطلوبة، ففي هذا الحال يجب عليه احضار شخص يقوم بمساعدته في البقاء مع الطفل،فإن لم يوفر هذا الشرط لا يكون أهلا للحضانة لأن هذا الأمر يؤدي بالطفل إلى الضياع.

**2. أوجه الاختلاف:**

لم يكن هناك نص صريح في التشريع الجزائري بشكل مفصل كالفقه الإسلامي بشأن هذا الشرط، فقد ترك للسلطة التقديرية للقاضي، وهو ما تؤكده أحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية[1].

**ثامنا. بالنسبة لشرط زواج الحاضنة:**

ويظهر ذلك في:

**1. أوجه التشابه:**

اتفق كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في شرط زواج الحاضنة بشخص أجنبي على الصبي، فوجود هذا الشخص يسقط حقها في الحضانة وينتقل هذا الحق للشخص التالي في الترتيب.

**2. أوجه الاختلاف:**

اختلف الفقهاء في استحقاق الأم للحضانة إذا اقترنت بزوج أجنبي عن الصغير في فترة حضانتها على النحو التالي:

1-المرجع نفسه، ص 405.

أ. في رواية للحنابلة أن في هذه الحالة تسقط حضانة الذكر فقط، أما الأنثى فلا تسقط إلا أن تبلغ سن السابعة[1].

ب. وفي رواية أخرى للحنفية والمالكية والشافعية إضافة إلى الحنابلة، أن الحاضنة يسقط حقها إذا تزوجت بشخص أجنبي عن الصغير، أما في حالة كونه قريب له ومن العائلة لا يسقط عنها هذا الحق[2].

ج. بين الفقهاء من هو أجنبي عن الصغير ومتى يعد أجنبيا، فذهب الأحناف إلى أن الزوج الأجنبي هو الذي لا يكون ذا رحم محرم للمحضون، أما إذا كان الزوج الذي تزوجته كالعم أو غيره من الأقارب لا يسقط هذا الحق، في حين أن المالكية يقولون أن هذا الزوج الأجنبي إذا كان ممن له حق الحضانة كالعم وليس له حق الحضانة كالخال، لا يسقط حق الأم في الحضانة، في حين أن الشافعية قالوا حتى لا يكون الشخص أجنبيا أن يكون من المحارم أو ليس من المحارم فيكون له حق الحضانة كالعم وابن العم، أما بالنسبة للحنابلة اشترطوا أن يكون نسبيا للطفل و أن يكون قريبا له ولو كان غير محرم له، فيكون للأم حق حضانة الطفل في هذه الحالة[3].

**تاسعا. بالنسبة لشرط إقامة الحاضنة:**

ويظهر ذلك في:

**1. أوجه التشابه:**

اتفق الفقهاء مع التشريع الجزائري في أن تكون الحاضنة مقيمة في بيت يبغضه الطفل المحضون ويكرهه ولا يطيقه، فبإجماع الفقهاء يجب على الحاضنة أن تستقل بمسكن خاصا بها بعيدا عن الأشخاص الذين من الممكن أن يسببوا ضررا على الصبي مع إقامته في بيت المبغض له، فهنا لا يكون ذلك الشخص مؤمننا عليه، وكذلك هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري حيث تمت الإشارة إلى ذلك في المادة 70 في قانون الأسرة الجزائري بنصها على أنه:(( تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير

1- وفاء معتوق حمزة، مرجع سابق، ص ص 481-482.

2- المرجع نفسه، ص ص 481-482.

3- المرجع نفسه،ص 482.

قريب محرم ))، إذ نلاحظ من خلال هذه المادة أنها وافقت الفقه الإسلامي في شرط عدم إقامة الطفل المحضون في بيت يبغضه، ويعد كل ذلك تكريسا لمصلحة الطفل المحضون، فقد عدت هذه المصلحة ملقاة على عاتق القاضي حيث اعتبر أنه الشخص الوحيد المكلف والملزم بالبحث عن حماية المضمون من نفسه بشكل أولي ومن الأشخاص الحاضنين له، فاعتبر المشرع الجزائري أن هذه المصلحة من أهداف الحضانة وهذا ما أتى به الفقه الإسلامي كذلك[1].

2. **أوجه الاختلاف:**

هنا اختلف الفقهاء في شرط عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه الصغير أو صاحب البيت كان يبغض الطفل، فمنه من لم يعتبره شرطا في الحاضن وهذا رأي كل من الشافعية والحنابلة في مقابل ذلك هنالك من اعتبره شرطا من الشروط الواجب توفرها، وهذا ما تم ذكره في كل من المذاهب الحنفية وفي قول من المالكية بشرط وجود بيت يصلح لحضانة الطفل سواء كان ذكرا أو أنثى، وركزوا على البنت التي بلغت حد الشهوة من الفساد، والذكر أعطوا له سننا معينة حيث اعتبروا أن وجود الولد المحضون في مكان لا يليق به ولا يُرى نسبه يكون مسقطا للحضانة، وهذا لتعرضه للأذى من قبل من يعيش عنده نظرا لتعريضه للعناء والضياع، وهذا ما ينعكس سلبا على حياته مستقبلا، وهنا برز الاختلاف حيث أن للشافعية والحنابلة رأي خالف رأي كل من المالكية والحنفية حول هذا الشرط[2].

بينما يظهر موقف المشرع الجزائري في أنه اختلف مع الفقهاء في وضع نص قانوني ورد في المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري بالنص على سقوط الحاضنة إذا كانت الجدة والخالة ساكنة بالمحضون مع أم المحضون المتزوجة برجل أجنبي عن الولد وهو غير محرم، وهذا مما يجعلهما دون أحقية لحضانة الطفل الصغير إلا في حالة انفرادها ببيت آخر

1- صليحة بوجادي، " **الحماية القانونية لحق الطفل في الحاضنة في التشريع الجزائري**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 1، جامعة برج بوعريريج، الجزائر، جوان 2021، ص 264.

2- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص ص 598-599.

غير ذلك البيت، وكل ذلك أقره المشرع الجزائري دفاعا على مصلحة الطفل لتربيته تربية سوية آمنة وتكون بعيدة عن المشاكل التي قد تسبب له مشاكل نفسية وخلقية في المستقبل[1].

من خلال ما سبق نلاحظ، أن المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري قد جمعت شروط الحضانة في كلمة واحدة ألا وهي أن يكون أهلا للحضانة، فهنا المشرع قصد الأهلية وكل الشروط الأخرى ذكرها باختصار في هذه الكلمة، مما جعله يترك السلطة التقديرية للقاضي حسب رؤيته لمصلحة الطفل المحضون، حيث أن الحضانة تتطلب الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق الكامل، حتى أنه يكره للإنسان أن يقوم بالدعاء على الولد أثناء تربيته فالمحضون في هذه الحالة هو حلقة ضعيفة لا يستطيع الاستقلال بأمور نفسه عما يؤذيه، وذلك لعدم تمييزه كطفل صغير وكبير مجنون أو معتوه[2].

فالحضانة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي لا تثبت إلا على الطفل أو المعتوه، أما الشخص البالغ الذي يعتبر راشدا فلا وجود للحضانة عليه، فهو من يقوم باختيار الإقامة التي تناسبه عند من شاء من أبويه، فإن كان الشخص رجلا فله حق الانفراد بنفسه وذلك لاستغنائه عن أبويه، أما في حالة كونها أنثى فلا يكن لها حق الانفراد بنفسها وذلك حفاظا على سلامتها، ولأبيها حق منعها منه، في حين أنه كان للفقه الوضوح الكامل في عرضه لشروط الحضانة فقد ذكرها بالتفصيل، وكان لكل فقيه من الفقهاء شروطه الخاصة به والتي تميزه عن غيره من الفقهاء، عكس التشريع الجزائري الذي لم يكن واضحا على عكس الفقه الإسلامي الذي كان

1- المرجع نفسه، ص ص 598-599.

2- عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص 358.

واضحا مفصلا وشاملا لكل معاني الشروط الخاصة والعامة لممارسة الحضانة، وذلك مراعاة لمصلحة الطفل المحضون والحفاظ عليه صحة وخلقا بشكل أدق وكامل، وذلك نظرا لأنه حلقة ضعيفة وهشة وقابلة للضياع في أي لحظة، لذلك وجب توفر هذه الشروط في كل شخص يقوم بحضانة الطفل[1].

1-عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 356.

# الفصل الثاني

# إســـــــــاد الحضانـــــة

## المبحث الأول: ترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة

المطلب الأول: ترتيب الفقه الإسلامي لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة

المطلب الثاني: ترتيب التشريع الجزائري لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة

## المبحث الثاني: حالات سقوط الحضانة

المطلب الأول: سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا

المطلب الثاني: تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن

المطلب الثالث: عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها

المطلب الرابع: زواج الحاضنة بغير قريب محرم

المطلب الخامس: سفر الحاضن بالحضون إلى بلد بعيد

أول كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري الحضانة وأعطوا لها أهمية بالغة ومكانة خاصة، فبعد الفرقة الزوجية تأتي مسألة إسناد الحضانة، فلم يترك كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري أمر الحاضن بلا قيود ولا حدود من خلال وضع أحكام ترتب أحق الناس بممارسة الحضانة، وعقوبات مسلطة على كل من يقوم بالإخلال بالتزامه اتجاه الطفل المحضون متمثلة في سقوط الحضانة عنه وانتقاله لمن يليه في المرتبة إذا استوفت فيه الشروط المطلوبة.

ومن خلال هذا الفصل سوف نتطرقإلى دراسة ترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة في المبحث الأول وإلى حالات سقوط الحضانة في المبحث الثاني.

## المبحث الأول

## ترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة

تعتبر مسألة ترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة مسألة خلافية، حيث أنها تعتبر اجتهادية بالأساس و ضابطها الرئيسي هو البحث في مصلحة الطفل المحضون، لذلك أخذ ترتيب مستحقي الحضانة اهتماما بالغا من قبل الفقه الإسلامي وكذا التشريع الجزائري، وذلك أنهم لم يراعو فقط ترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة، بل اعتمدوا أكثر عل الشخص الحاضن الذي يكون أكثر شفقة و عطفا و حرصا على تربية الطفل و تأديبه و تنشئته نشأة صالحة غير مخالفة لتعاليم الدين الإسلامي، وهو ما جعل فقهاء المسلمين ومن بعدهم المشرع الجزائري يقومون بترتيب الحواضن حسب نظرة كل منهما، لأن علاقة الحاضن بالمحضون تعتبر علاقة إنسانية تبرز فيها المعالم الإنسانية التي تؤكد مصلحة الطفل المحضون.

وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يتعلق بترتيب الفقه الإسلامي لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة، والمطلب الثاني يختص بترتيب التشريع الجزائري لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة[1].

1- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 356.

## المطلب الأول

## ترتيب الفقه الإسلامي لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة

لقد أناط الشارع أمر حضانة الطفل إلى أوثق الناس صلة وأكثرهم شفقة وعطفا به وهما الأبوان،" ولما كانت المرأة في جلبة خلقتها لا تتوافق مع القيام بوظائفها من وفير الشفقة والعطف والحنان أكثر مما لدى الرجل، كانت الأم أحق الناس بحضانة طفلها"[1].

ومن أجل ذلك كله جعلت الشريعة الإسلامية حسب مقتضيات العقل والفطرة السليمة حق حضانة الصغير أولا لمحارمه من النساء، وهي أمه فقرابة الأم مقدمة في استحقاق الحضانة على القرابة بالأب، ذلك لأن النساء أقدر وأوفر وأكثر صبرا على احتمال الولد والسهر على تربيته[2]. كما اتفق الفقهاء الأربعة على أن الأولى بالحضانة هن النساء، لكنهم اختلفوا في ترتيب هؤلاء.

### الفرع الأول: أحق الناس بممارسة الحضانة عند الحنفية

قبل البدء في تعداد الحاضنات من النساء على الترتيب عند الحنفية يجب ملاحظة أنه عندما يجتمع صنف من درجة واحدة، كالأخوات في تعداد الحاضنات من النساء والعمات، وبنات الإخوة وما إلى ذلك فتقدم ما كانت شقيقة ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب[3].

فحسب علماء الحنفية نستنتج أن الحضانة للحاضنين سواء كانوا ذكورا او إناثا، لكن الأم الحاضنة أحق بها من غيرها سواء كانت متزوجة بوالد الصغير أو مطلقة، فترتيب الحواضن من النساء حسب فقهاء الحنفية يكون بالشكل التالي:

---

1-أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دار المسير للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، عمان، 2009، ص 170.

2-محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، المكتبة العلمية، بيروت، 2008، ص 406.

3- عادل شباب، "**حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**"، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، الجامعة الإفريقية الجزائر، 2011، ص 54.

"الأم، ثم أم الأم ثم أم الأب، ثم الأخوات الشقيقات، ثم الأخوات لأم ثم الأخوات لأب ثم الخالات، ثم بنات الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخ، ثم العمات، خالة الأم، خالة الأب، عمات الأمهات والآباء، ثم العصبات حسب ترتيب الإرث"[1].

فإذا لم يكن هناك شخص يستحق الحضانة ينتقل هذا الحق إلى محارم المحضون من الرجال وهم بالترتيب التالي:

الأب، الجد أبو الأب وإن علا، الأخ الشقيق، الأب لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب وكذا كل من نزل من أولادهم، العم الشقيق لأب، الأب، فأماأولاد الأعمام يدفع لهما المحضون (الصبي)فنبدأبابن العم لأب وأم وبعده العم لأب،فالصبية لا تدفع لأنهم لا يعتبرون غير محارم لها، لأنه يصح لها الزواج بهم عند بلوغها سن الزواج وذلك للحفاظ عليها[2].

وفي حالة تساوي أصحاب الحق في الحضانة وكانوا في مرتبة واحدة، فيكون الاختيار لمن هو أصح وأعقل والأورع ثم الأمين غير الفاسق والمعتوه، فكلما وجد حاضن يرجى منه الشروط السابقة فيقدم على من دونه وتكون له الحضانة دون غيره، وكل ذلك يعتبره سلطة تقديرية للقاضي لأن الحضانة شرعت لتربية الولد والحفاظ عليه وحمايته مما يؤذيه.

كما أن هناك ترتيب لأصحاب حضانة ذوي الأرحام، ويشترط أن يكونوا ذو رحم عن المحضون، ففي حالة إذا لم يكن للمحضون أحد من العصبان المستحقين للحضانة فتؤول الحضانة إلى المحارم من غير العصبان، ويكون ترتيبهم بالشكل التالي:

جد المحضون لأمه، أخ المحضون لأمه، فابن أخيه لأمه، عم المحضون لأمه، خال المحضون الشقيق، خال لأب ثم خال لأم.

---

1-محمد بجلق، "**مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية**"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 11، العدد 17، جامعة الوا دي، الجزائر، جانفي 2014، ص 193.

2-كمال بن الهام، **فتح القدير**، الجزء الرابع، دار الفكر، الطبعة الأولى، لبنان، 1980، ص 371.

في حالة لم يكن هناك من العصبات المستحقين للحضانة حسب الترتيب، ففي هذه الحالة ينتقل حق الحضانة مباشرة إلى ذوي الأرحام. وهذا الترتيب يكون عند فقهاء الحنفية في رؤيتهم أن الأصح لمصلحة الطفل المحضون يكون على هذا الأساس، وبهذا الترتيب، وذلك لحفظ الطفل صحة وخلقا وتفادي عدم ضياعه وتنشئته نشأة صحيحة وسوية[1].

**الفرع الثاني: أحق الناس بممارسة الحضانة عند المالكية**

اختلفت تقسيمات المذهب المالكي عند المذاهب الأخرى اختلافا بينا بين الحواضن من النساء وكذلك الحواضن من الرجال، فالحضانة مرتبة عندهم بحسب الحنان والرفق بالمحضون، فتعتبر الأم لما تحتويه من رقة وشفقة وحنان أحق من الأب في الحضانة، وقرابتها من بعدها أحق من قرابة الأب الحاضن.

فترتيب الحواضن من النساء عند المالكية بالشكل التالي:

الأم، فإن لم تكن الأم أو كان لها زوج فأمها جدة الغير لأمه فإن لم تكن فأم أمها أي جدة أم الصغير أو أم أبيها وهي أم أب المحضون وثم الأخت ثم العمة ثم ابنة الأخ ثم للوصي ثم للأفضل من العصبة[2].

أما ترتيب أصحاب الحق في الحضانة من الرجال تكون كالتالي:

" الأخ ثم ابنه ثم العم ثم ابنه لا جد لأم واختار خلافه أي فإن لم يكن وصي وسقط حقه في الحضانة هنا يكون الأخ أولى منه حيث أن الشقيقة على غيره"[3] ثم يأتي كما بعده الأخ، الجد، ابن الأخ، العم، وهكذا مع ملاحظة ترتيب حضانة العصبات عند المالكية لا يجري على قاعدة ميراث المال.

---

1-أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام؛ الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب**، منشأة المعرف، مصر، 1998، ص 226.

2-أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 225.

3- أبو عبد الله محمد الخرشي، **شرح الخرشي على مختصر خليل**، الجزء الرابع، دار الفكر للطباعة، الطبعة الثانية، بيروت، 1317 هـ، ص 210.

أحيانا تجتمع الوصاية مع الحضانة في حالة كل من له الوصاية سواء كان ذكر أو انثى فله الحضانة على المحضون الذكر وله على المحضونة الأنثى غير المطيئة الوطئ، الوصي، الأنثى أو المتزوج بأم المحضونة أو جدتها له حضانة الأنثى المطيقة لأنها إحدى محارمه وإلا فليس له حضانة المحضون[1].

ويقول الإمام مالك: "كونها أي المحضونة أنثى المطيقة من زوج أمها أحب إلى من أن تحمل عند وصيها لأن زوج أمها محرم بخلاف الوصي"[2].

فترتيب حواضن العصبة عند فقهاء المالكية كالتالي:

" الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم وقبل الأخت فالجد وإن علا ثم ابن الأخ ثم ابن العم وقبل الأخ ثم الجد الأدنى، فابن الأخ فالعم، فابن العم، وقد اختلفت في الجد لأم فقال ابن رشد ليس له حضانة كالخال بينما اللحمي يجعل له حضانة"[3].

نلاحظ أن ترتيب الحواضن عند فقهاء المالكية تختلف عن الترتيب الذي وضعه فقهاء الحنفية، حيث قدم المالكية الخالة عن الجدة لأب و الجدة لأب عن الأخوات و الأخت عن الخالات والعمة عن بنات الأخت، وأدخل الوصي في الترتيب حيث قدمهم عن العمات، في حين أن الحنفية لم يذكروا الوصي، فاختلف ترتيب العصبات لفقهاء المالكية عن فقهاء الحنفية، فالمالكية أعطوا الأولوية للأخ في العصبة ومن بعدها يأتي الجد في العصبة وذلك خلافا لما جاء به الحنفية في ترتيب العصبة فقد جعلوا ترتيبها حسب ترتيبهم في الإرث بينما المالكية قاموا بتحديد ترتيبهم و تبيينه وذلك لخدمة مصلحة الطفل المحضون و الحفاظ عليه.

ونظرا لكل هذا الخلاف فقد اتفق الفقيهين في نقطة واحدة وهو أنه في حالة إذا تعدد مستحقو الحضانة وكانوا من درجة واحدة كإخوة أو أعمام، فكان أحقهم بها للحضانة قدرة وخلقا، وفي حالة ما إن كانوا متساويين قدم الأكبر منهم سنا[1].

1- محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص 150.

2- المرجع نفسه، ص 218.

3-المرجع نفسه، ص 59.

**الفرع الثالث: أحق الناس بممارسة الحضانة عند الشافعية**

الأصل في الحضانة عند الفقهاء الشافعية أن الأقرب هو الذي يقدم، فإن اجتمع اثنان في الحضانة وكانا في درجة واحدة كالأخوين والأختين او العمين يقرع بينهما حسب الشروط الواجب توفرها حسب هذا المذهب[2].

ففي مذهب الإمام الشافعي يبدأ الترتيب بالأم وأمهاتها ثم الأب وأمهاته بعدها أم أبي الأب وبعدها أم أبي الجد.

فنجد الأخت التي تعتبر أنها مقدمة في كل حال من الأحوال على الخالة، ثم بنت الأخ والأخت، حيث نجد تقديما للأخت من الأب على الأخت من الأم، وتليها العمة بحيث أن العمة والخالة من أب تكون أولى بالحضانة من الخالة والعمة ولأم، أما بشأن الخال والخالة وبنات العم والعمة فتكون لهن الحضانة وذلك يكون بشرط ألا يكون الذكر المحضون لا يشتهى، لأن الأصل في الحضانة التربية والسهر على المحضون والقيام بأموره ولا اشتهائه من قبل الحواضن وإذا اختل هذا الشرط فلا حضانة لهن[3].

ورغم حق النساء في الحضانة يكون مقدم لأنهن أليق بها من ناحية الرقة والشفقة على المحضون، ولكن إذ لم يكن هناك امرأة قريبة للطفل وأبت أن تحضنه فهنا تنتقل الحضانة إلى الرجال، فيقدم منهم المحرم الوارث، على ترتيب الإرث، إلا الجد فإنه يقدم على الإخوة، ثم الوارث غير المحرم، على ترتيب الإرث، كذلك فيقدم الأب بعده الجد وإن علا ثم الأخ

---

1- عطا مهدي فليح، "**الحضانة في الفقه الإسلامي**"، مجلة كلية التربية الأساسية، المجلد 30، العدد 19، جامعة المستنصرية، 2019، ص 516.

2-إسماعيل أبا بكر علي البامري، مرجع سابق، ص 443.

3-لمين لعريط، "**الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة**"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر، المجلد 34، العدد 3، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، مارس 2021، ص 427.

الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق، وبعده ابن الأخ الأب وبعدها العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق وبعده ابن العم لأب[1].

وقد قدم الفقهاء الشافعية الحضانة إلى أقرب الناس إلى الطفل وجعلهم من مستحقيها، لأن الأقرب يكون أكثر شفقة من الشخص الأبعد وأكثر حرصا على حق الرعاية وحسن التربية ومراعاة مصلحة المحضون الصغير[2].

ونلاحظ أنه لا خلاف بين الحنفية والشافعية في أن الأم هي الأحق بالحضانة من الأب ولا خلاف في ترتيب الحاضنين بينهما، وعند الشافعية في قول آخر أن الأخت الأم تتقدم على الأخت لأم وذلك كونها متقدمة عليها في الميراث، لكن هناك خلاف بين الفقهاء الحنفية والمالكية، وكذلك الشافعية في كون أن المالكية اشترط الوصي كمستحق للحضانة، بينما الحنفية والشافعية اختلفوا في أنهم وجدو حاضنات غير الأم وكانا في درجة واحدة فاختاروا فيمن يقدم أولا، وهنا تكون السلطة التقديرية للقاضي[3].

ففي هذا المذهب إذا اجتمع النساء من أهل الحضانة قدمت الأم عن الجميع، ففي حديث للرسول صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، ولأنها الأكثر شفقة من غيرها على طفلها فإذا سقط شرط من شروط الحضانة انتقلت مباشرة إلى من تليها من الحاضنات من حيث قوة القرابة الأقرب فالأقرب،ففي هذا المذهب فيقول فقهاء الشافعية أنها تسقط الجدة التي لا ترث مثل أم الأب الأم التي تدلي بذكرها على الأصح، أما القول الثاني فهي لا تسقط لأنها تعتبر من الأصول فيشملها أحكام الأصول من عتق ولزوم النفقة، على أن تكون الجدة في الترتيب الأخير عن الأخريات، ويلحق بالجدة الساقطة كل محرم تدلى بذكر واحد كبنت ابن البنت وبنت العم للأم والأصح أن الحضانة تثبت لغير محرم، والقول الثاني لا تصح حضانتهم للاحتياط وتختص بالرحم فقط[4].

---

1- مصطفى سعيد الخن، مصطفى البغا على الشريجي، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، الجزء الرابع، دار القلم، دمشق، 2009، ص 193.

2-مصطفى سعيد الخن، مصطفى البغا على الشريجي، مرجع سابق، ص 193.

3- إسماعيل أبابكر علي البامري، مرجع سابق، ص 442.

4-عايدة سليمان أبو سالم، **الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني**، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، تخصص: شريعة (فقه مقارن)، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2003، ص ص 31-33.

فهنا نرى أن فقهاء الشافعية قد أخروا الجدة في الترتيب على عكس بعض الفقهاء الذين قاموا بتقديم الجدة في ترتيب استحقاقهم للحضانة.

**الفرع الرابع: أحق الناس بممارسة الحضانة عند الحنابلة**

إن أقرب التقسيمات في مسألة الحضانة للنظر الفقهي والشرعي في ترتيب الفقهاء الحنابلة يبدأ بالنساء أولا ثم الرجال، فترتيب أحق الناس في ممارسة الحضانة بالنسبة للنساء حسب الحنابلة يكون كالتالي:

**أولا:** الأم التي تعتبر هي الأولى بالحضانة ثم تليها الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم أمهات الجد، ثم الأخت الشقيقة لأم ولأب وتليهم الخالة الشقيقة كذلك لأم وأب وبعدها العمات وتليها الخالة لأب وبعدها العمة لأب، ومن ثم بنت الأخ وبنت عم الأب، وباقي العصبة الأقرب فالأقرب درجة[1].

أما ترتيب الرجال عند فقهاء الحنابلة فيكون بالشكل التالي: " الأب ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب ثم بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة ثم بنوهم، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم"[2].

ونلاحظ في ترتيب الفقهاء الحنابلة أنهم قدموا النساء على الرجال وهذا ما اتفق عليه كل الفقهاء من حنفية والمالكية والشافعية، وذلك لأن النساء أكثر شفقة وحنانا على الطفل المحضون.

من خلال ما تناولناه في ترتيب الفقهاء الأربعة في أحق الناس بممارسة الحضانة أنهم قاموا بتقديم النساء على الرجال، وقد فضلوا الأم على سواها من النساء سواء كانت زوجة أو مطلقة في العدة أو منتهية العدة، متى توافرت فيها شروط أهلية الحضانة[3]، حيث أن فقهاء الشافعية والأحناف و الحنابلة اعتبروا أن أحق الناس بالحضانة هي الأم و إذا كانت غير

1- نصر سليمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 429.

2- لمين لعريط، مرجع سابق، ص 429.

3- أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، مرجع سابق، ص 171.

أهل لها انتقلت إلى أم الأم، ثم أم الأب، وإلى الخالة عند المالكية ثم إلى الأخوات الشقيقات فالأخوات لأب فالأخوات لأم عند الحنفية و الشافعية وعند المالكية اعتبروا أن الوصي يقدم على العصبات السابقين و يستحق الحضانة سواء كان مقدما من قبل الأب أو القاضي[1]، أما الحنفية فرتبوا ذوي الأرحام و أعطوا لهم الحق في ممارسة الحضانة بعد العصبات ولا حضانة عند الشافعية و الحنابلة لذوي الأرحام[2].

أما في حالة حضانة الرجال والنساء معا هناك قولان:

**القول الأول:** للرجال حق في حضانة الأولاد لأن لهم رحما وقرابة تجعلهم يرثون بها عند فقد من هو أولى بالحضانة ففي هذه الحالة يشبهون البعيد من العصبة.

**القول الثاني:** إذا فقد حضانة العصبات فلا حضانة للرجال فينتقل ذلك الأمر إلى الحاكم لأن الرجال لا يستطيعون حضانة الطفل بأنفسهم لانشغالهم طول اليوم وليس لهم ولاية لعدم تعصيبهم فهنا فهم أشبه بالأجانب[3].

فنلاحظ هنا أن القول الأول يتمثل في أنه عند فقدان حضانة العصبات تنتقل الحضانة إلى أب الأم و أمهاتهم، فيقدم على الخال لأن الخال بطبيعة الحال يسقط حقه بالميراث في حضور أب الأم، أما في حالة تقديم أب الأم على الأخ لأم فهنا له قولان: الأول يتمثل في يقدم الأخ لأم على أب الأم باعتباره وارثا بالفرض يسقط الأرحام فيتقدم عليها أما القول الثاني: يتقدم أب الأم وأمهاته على الأخ لأم، لأن أب الأم يتميز بالأبوة في حين أن الأخ يتميز بالنبوة، بعدما ذهب إليه فقهاء الشافعية في تقديمه للأم على كافة الحواضن لأنها

---

1- سليمان ولد خسال، **المسير في شرح قانون الأسرة**، الأصالة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2012، ص 183.

2-محمد المهدي حرازي، "**مستحقو الحضانة وترتيبهم حسب متغيرات العصر**"، مداخلة ألقيت في ندوة بعنوان: **أثرمتغيرات العصر في أحكام الحضانة**، المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436 هـ، ص 52.

3-موفق الدين أبي أحمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، مرجع سابق، ص 301.

الأكثر شفقة على الطفل المحضون إضافة إلى أنه يعتبر رأي أكثر دقة و ملاءمة، و هو ما يتوافق لما تم ذكره مسبقا عن حضانة النساء[1].

## المطلب الثاني

## ترتيب التشريع الجزائري لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة

قام التشريع الجزائري بترتيب مستحقي الحضانة بشكل مخالف للفقه الإسلامي في حالة واحدة، في وقت كان على المشرع أن يبقى على الترتيب الفقهي، وهذا ما أدى إلى وقع سلبي على المجتمع ككل، حيث أنها مازالت الآثار باقية سواء قبل التعديل أو بعده، كونه خرج عن اجتهادات الفقهاء ومقتضيات الشريعة الإسلامية من منطلق أنه الأصح لمصلحة الطفل المحضون، لأن الطفل بحاجة إلى رعاية وعطف وشفقة وصبر إلى أن يبلغ السن القانوني.

ويعتبر أصحاب الحق في الحضانة أشخاص عديدون وفقا لقواعد القانون، حيث نظمهم التشريع الجزائري في عدة مراتب حسب استحقاقهم لهذا الحق[2].

وسنتطرق في هذا المطلب إلى بيان ترتيب أحق الناس بممارسة الحضانة في التشريع الجزائري في ظل القانون رقم11/84في الفرع الأول، ثم في ظل القانون 02/05 في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: أحق الناس بممارسة الحضانة في ظل القانون رقم 11/84

لقد تطرق المشرع الجزائري لترتيب مستحقي الحضانة في القانون رقم 11/84من خلال المادة 64 التي نصت على أن: ((الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك،وعلى القاضي يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)).

1-المرجع نفسه، ص ص 301-302.

2- أحمد هلتالي، مرجع سابق، ص 381.

فيتبين من خلال هذه أن المشرع الجزائري أثبت حق الحضانة للنساء أصلا باعتبارهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الولد والعناية به[1]، ولكونهن الأقرب إليه وأكثر من رحمه وشفقة عليه فالأصل في حضانة الأم أنها أعطف الناس على صغيرها وأكثرهن تحملا لمتاعب الطفل لقوله صلى الله عليه وسلم: «من فرق بين الولد وولدها فرق الله بينهم وبين أحبته يوم القيامة»[2].

ويعد ثبوت الحضانة للنساء في القانون الجزائري أمر طبيعي، فهي تعتبر الأحق بولدها ما لم تتزوج وما دامت أهلية شروط الحضانة متوفرة فيها، وكل ذلك لمراعاة مصلحة المحضون ففي هذا الترتيب تقدم رحم الأم فتكون الأم في المرتبة فتليها أمها ثم الخالة، ثم يأتي الأب في المرتبة الرابعة فتليه أمه ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون[3].

من خلال النظر في هذه المادة يظهر مدى تأثر المشرع الجزائري باتجاه الفقه الإسلامي في هذه المسألة خاصة الفقه المالكي الذي يقدم الإناث من جهة الأم على الإناث من جهة الأب، وقد خالف المشرع الجزائري المذهب المالكي في حالة واحدة وهي تقديم الجدة لأب على الأب[4].

نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84في مادته (64) يتطابق نوعا ما مع الفقه الإسلامي في ترتيب الحواضن مع مراعاة لمصلحة المحضون، لأن هذا الترتيب يقوم على أساس سليم، فقرابة رحم الأم أولى من قرابة رحم الأب في ترتيب الاستحقاق، فلا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من هذا القانون.

إلا إذا ثبت بالدليل الأجدر والأقدر بدور التربية والرعاية الصحية والمعنوية للمحضون.

---

1- العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص 380.

2- الراوي أبو أيوب الأنصاري، **المحدث الألباني / المصدر: صحيح الترمذي**، الصفحة 1566، التخريج أخرجه الترمذي.

3- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 381.

4-عبد السلام نور الدين، "**استحقاق الحضانة في القانون الجزائري**"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، جامعة عين تموشنت، الجزائر، مارس 2022، ص 266.

" أما في حالة تعدد مستحقي الحضانة من درجة واحدة، كإخوة أو أعمام، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقا، فإن تساووا كان أولاهم أكبرهم سنا. وقد خول القانون للقاضي حق اختيار الأصلح على أساس مصلحة المحضون"[1].

## الفرع الثاني: أحق الناس بممارسة الحضانة في ظل القانون رقم 02/05

خالف المشرع الجزائري في تعديله لترتيب لمستحقي الحضانة من قانون الأسرة رقم 02/05 ما كان عليه سابقا[2]، فالمادة 64 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري نصت على ما يلي:

((الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)).

فهذا الترتيب الجديد لأحق الناس بممارسة الحضانة يجعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة، وبعده تأتي كل من الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، وللقاضي السلطة التقديرية في مخالفة هذا الترتيب إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها، وللقاضي اسناد الحضانة بالنظر إلى مصلحة المحضون دون مراعات الترتيب الوارد في نص 64 من القانون رقم 02/05.

وعليه يتضح لنا " أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الذي وضعه فيه القانون، فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة وليس من النظام العام[3].

---

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 382.

2- القانون رقم 05-02، المؤرخ في:27 فبراير2005، **المتضمن قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ: 27 فبراير2005.

3- أنيسة لشهب، "**الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة**"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 13، جامعة البليدة، الجزائر، جانفي 2018، ص 290.

وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يعتمد على قراره بإسناد حق حضانة الطفل إلى الشخص الذي يكون طالبا لهذا الحق، وليس شرط أن يكون على الترتيب المذكور فيه نص المادة سالفة الذكر، فإذا حكم القاضي بالفرقة بين الزوجين وتنازعا حول حضانة الطفل فإن الأمر يعود للقاضي بعد القيام بتحقيق جاد، وذلك بالنظر في مصلحة الطفل كأولوية وبهذا الشكل يقوم بإسناد حق الحضانة لمستحقيها، حتى ولو لم يلتزم بذلك الترتيب[1].

وفي هذا الصدد ترى الدكتورة حميدو زكية أن المادة 64 الأصل فيها مراعاة مصلحة المحضون، متوافرة مع الشخص الأول في القائمة الذي أسندت إليه الحضانة، أما إذا لم تتوفر معه المصلحة فتسند إلى من بعده، وهذا ما يدفعنا نقول إلى القول إن هذا الترتيب ما هو سوى مجرد اقتراح ويمكن عدم احترامه إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك[2].

كما ترى الدكتورة حميدو أن هذا الترتيب يعد ضروريا حتى ولو لم يكن ملزما، لأنه يصلح كموجه للقاضي في مساعدته على اكتشاف المستحقين للحضانة والمؤهلين لذلك، حيث أنه يرى مصلحة للمحضون أهم من كافة الاعتبارات، ومن ثم تكمن أهمية هذا النص القانوني في إظهار وكشف أصحاب الحق في ممارسة الحضانة، وأن ذلك الترتيب يكون على أساس واحد وهو مصلحة الطفل المحضون[3].

بينما يرى الدكتور بلحاج العربي أن القانون الجزائري قد أعطى حق الحضانة للأم كمرتبة أولى، ويليها الأب لأنه أكثر الناس بعد الأم خوفا وحرصا على مصلحة صغيره، وأكثرهم قدرة على تربيته وتنشئته نشأة سليمة ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك[4].

ومن ثم فإن هذا الترتيب بعد التعديل أعطى المرتبة الثانية للأب كمستحق للحضانة بعد الأم مباشرة، وذلك لأن الأب هو أحق الناس بممارسة الحضانة كونه يتحمل مسؤولية

---

1-المرجع نفسه، ص 290.

2- زكية حميدو، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة: دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2005، ص 377.

3- المرجع نفسه، ص 377.

4- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 382.

كبيرة في واجب النفقة، فليس من المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى منه بحضانة طفله، لأن الطفل يعتبر نتاج علاقة زوجية مشتركة، والأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه وأقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة[1].

ونلاحظ أن التعديل الجديد كان أكثر مراعاة في مصلحة المحضون النفسية والاجتماعية والتربوية والمادية عند إسناد الحضانة للأب، من خلال جعله في المرتبة الثانية مباشرة بعد الأم عل عكس القانون القديم، لأنه الأصح لمصلحة الطفل المحضون، وكل ذلك لتحقيق مبدأ واحد وهوالمساواة بين الأم والأب وجعل كل منهما الحق في الحضانة[2].

## المبحث الثاني

## حالات سقوط الحضانة

يعد حق الحضانة من الحقوق الهامة التي نص عليها كل من الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، فقد نظمها الفقه الإسلامي الذي وضع حالات عديدة وأسباب، تؤدي إلى سقوط الحضانة وينتقل هذا الحق إلى الشخص الذي يليه في المرتبة، فبالرغم من كل ذلك فإن هذا الحق يسقط عن الحاضن أو الحاضنة إذا اختلت أحد الشروط ويصبح هذا الحق للشخص الذي يستحقه ويلي في المرتبة التي بعدها، أما بالنسبة للتشريع الجزائري حيث نظمها هذا الأخير في خمس مواد من المادة 66 إلى غاية المادة 70 من قانون الأسرة، فهو حق يناله الشخص ويحدد بمجموعة من القواعد والضوابط إذا اختلت حالة من الحالات سلب منه هذا الحق بقوة القانون بحيث لا يمكنه التمسك بها وبعدها يجبر على تسليم الولد المحضون للحاضن الذي يليه في المرتبة أو إلى حاضن آخر يعينه القاضي، وهنا يبرز دور قاضي الأحوال الشخصية وسلطته التقديرية[3].

---

1-أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص ص 308 -309.

2-أحمد هلتالي، مرجع سابق، ص 382.

3- ربيعة حزاب، "**حالات السقوط الإجباري للحضانة في قانون الأسرة الجزائري وسلطة القاضي في ذلك**"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 8، العدد 10، جامعة وهران، الجزائر، أفريل2004، ص 142.

فمن خلال ما سبق تطرقنا إلى دراسة سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا في المطلب الأول وتخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن في المطلب الثاني، وعدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها في المطلب الثالث، وزواج الحاضنة بغير قريب محرم في المطلب الرابع ثم سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد في المطلب الخامس.

## المطلب الأول

## سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا

حرصت التشريعات على حماية الطفل المحضون ورعايته، فلابد أن تكون هذه الحماية تتعلق بصحته بشكل أولي وذلك لاستقراره النفسي والجسدي، وحماية الطفل لا تكون من الغير فقط بل تشمل حتى حمايته من نفسه ومن الشخص الحاضن كذلك، فالحضانة مسؤولية للحاضن ولا تشمل أكله فقط بل تكون في تعليمه وتربيته والحفاظ على خلقه، حتى يكون له تأثير إيجابي على المجتمع ويترك للشارع ويكون عرضة لرفقاء السوء، ففي حالة مخالفة الحاضن لهذه الحالات يسقط حقه في الحضانة، باعتباره حقا مقرر للطفل بسبب عجزه وضعفه وعدم قدرته على الدفاع وتلبية حاجياته بنفسه، كما أنه حق وواجب للحاضن لا يستحق أي أجر عليه[1].

لذلك سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا في الفقه الإسلامي في الفرع الأول ثم سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا في التشريع الجزائري في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا في الفقه الإسلامي

1-غنيمة قينف، "**مصلحة المحضون (احدى إشكاليات دعوى الحضانة)**"، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 10، العدد 1، جامعة تيزي وزو، الجزائر، أفريل 2022، ص 228.

أحاط الإسلام الولد المحضون منذ ولادته بسياج قويم ومتين ألا وهو حقوقه الشرعية، والتعاليم الإسلامية التي تضمن له الحفاظ على حياته وتكون حامية له، فبعد حقوقه الشرعية ألزم والديه بحفظه سواء في حالة ارتباطهم أو فرقتهم الزوجية وتكون هذه الحماية في إنجائه ومنعه من الوقوع في المشكلات والأمراض، فتتمثل هذه الحقوق في حق المحضون في الرعاية الصحية من علاجه وابعاده عن كل ما يؤذيه والمحافظة عليه إلا أن يبلغ أشده ويصبح قادرا على الحفاظ على نفسه، أما الحق الثاني فيكون في حفظه من الناحية الخلقية والقيام بتربيته تربية حسنة تقية من الوقوع في الانحراف ويكون بعيدا عن رفقاء السوء[1].

وقد اتخذ الفقه الإسلامي العديد من الوسائل الشرعية التي كانت كفيلة بالحفاظ على مصلحة الطفل المحضون، فكل هذه التدابير الوقائية للحفاظ على الولد وفق منهج إسلامي صحيح وقويم لا اعوجاج فيه، ولا يعادله أي منهج ولا يساويه أي تشريع آخر[2]، وترتبط صحة الطفل وخلقه بما يلي:

**أولا. سقوط الحق في الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية:**

يرى علي التسولي بأنه: مادام المرض غير معدي ويقتصر أثره على عجز المريض عن القيام بشؤون المحضون، فإنه لا يسقط الحاضنة إذا كان لدى المريض من يقوم بها تحت اشرافه ورقابته، فهذا السبب معمول به في الفقه الإسلامي عامة لأنه يعد سبب من أسباب سقوط حق الحضانة ولا عاملا أساسيا يعتمد عليه في زوال الحضانة وانتقالها إلى الشخص الذي يليه في المرتبة، كما أن الفقهاء يتفقون بالأجماع على اسقاط الحضانة في كل حالة من الحالات التي تم ذكرها مثل الأمراض المعدية كالجذام والبرص حيث يرى البعض من الفقهاء لا يجوز للحاضنة الاستمرار في حضانتها، وذلك لخشية انتقاله للطفل[3].

**ثانيا. سقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن:**

1- عادل موسى عوض، "**حقوق المحضون في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة**"، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، المجلد 10، العدد 62، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، أكتوبر 2015، ص 202.

2- المرجع نفسه، ص 202.

3-علي التسولي، **البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول**، مطبعة المجاهد، القاهرة، 1353 هـ، ص 407.

إن من حالات سقوط الحق في الحضانة هي قلة الحياء والفسق لكل من الحاضن أو الحاضنة، أو قلة الدين وضعف ايمانه، حيث أنه كذلك يكون له تأثير سلبي على الولد فينتج عنه عدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة، وهذا متفق عليه من قبل الفقهاء[1].

**الفرع الثاني: سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا في التشريع الجزائري**

إن المغزى من تقرير الحضانة في التشريع الجزائري هو حاجة الطفل للرعاية الصحية والجسدية والنفسية، فصغره وعجزه عن تلبية حاجياته بنفسه أمر يجعله بحاجة من يكفله، فمن أهم النقاط التي يراعيها القاضي حين فصله في دعوى الحضانة سواء إسناد الحضانة أو إسقاطها أو تمديدها في الرعاية هي لصغر سنه، جنسه سواء كان ذكر أو أنثى فوجب توفير حماية أكبر للأنثى وذلك خوفا عليها من المجتمع لأنها تعتبر فئة هشة أكبر من الصبي فتركها بدون رقيب يشكل عليها خطرا على سلامتها وراحتها النفسية وكذا الجسدية[2].

فمرحلة الطفولة تعتبر من أهم المراحل التي تترك بصمات واضحة في حياة الطفل المحضون، لأن خلال ما يتلقاه يتحدد إطار شخصيته فهنا يكون دور الشخص الحاضن في التربية، فعلاقة الطفل داخل هذه الأسرة هو العامل الأساسي في نشأته، وهنا تكون مسؤولية الشخص الحاضن ودوره في غرس روح القيم والخلق الحميد والمثل العليا والمبادئ الأخلاقية في نفس الطفل[3].

فلقد عرفت الحضانة بأنها رعاية الولد صحة وخلقا، ولذلك حرص المشرع الجزائري على حق الطفل المحضون وجعل له حقوق في ذمة الحاضن واعتبرها مسؤولية له، فإذا أخل بها فقد حقه في الحضانة.

ويمكن حصر ذلك في:

---

1- وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، دار الفكر، الطبعة الثالثة، دمشق،2012، ص 691.

2- غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص ص 229-230.

3- فتيحة بلعسلة، "**العلاقات الأسرية وتأثيراتها على الاستقرار النفسي للطفل دراسة نفسية تحليلية**"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المجلد 12، العدد 12، جامعة المدية، الجزائر، جوان 2018، ص 4.

**1. سقوط الحق في الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية:**

نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على وجوب الحاضن من الأمراض العقلية والجسدية حيث أنه لابد ألا يكون الشخص المؤهل للحضانة مجنونا، معتوها أو مريضا بمرض معدي يجعله عاجزا وغير قادر على أداء مسؤولياته تجاه الطفل المحضون أو يسبب لهذا الأخير مرضا يصعب معالجته مستقبلا، فلا حضانة لمن به مرض من الأمراض التي تم ذكرها سابق خشية انتقالها للمحضون فإذا اختلت هذه الشروط سقط حقه في الحضانة بقوة القانون[1].

**2. سقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين:**

لقد جعل المشرع الجزائري خلق الحاضن من الحالات المهمة المسقطة للحضانة، وهذا ما نصت عليها المادة 67 من قانون الأسرة بقولها:((تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه))، نجد من خلال مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري صنف الأفعال المشينة من مسقطات الحضانة وذلك لأنها تؤدي بالضرر على مستقبل الطفل حيث أن أساس هذا الحق يرتكز على تربية الولد تربية صالحة غير معيبة[2].

نلاحظ من خلال ما تم ذكره سابقا أن الفقه الإسلامي كان أكثر تفسيرا للحالات المسقطة للحضانة، وأكثر وضوحا وحرصا على مصلحة الطفل المحضون، مقارنة بالتشريع الجزائري الذي قام بحصرها في مادتين فقط بدون تفسير.

## المطلب الثاني

## تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن

قد وافق الفقه الإسلامي التشريع الجزائري في أن حق الحضانة يسقط بتخلف أحد الشروط المطلوبة في الشخص الحاضن، غير أنه وجب مراعاة مصلحة الطفل المحضون بشكل أولي، فالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اختلفت واتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية، الرعاية الصحية والخلقية، يؤدي كل هذا إلى سقوط الحق في الحضانة، وذلك

1- محمد سمارة، مرجع سابق، ص 390.

2- زكية حميدو، مرجع سابق، ص 392.

للأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل المحضون كأولى الاعتبارات، ويسلم للشخص الذي يليه في ترتيب مستحقي الحضانة[1].

سنحاول من خلال هذا المطلب بيان تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن في الفقه الإسلامي في الفرع الأول ثم بيان تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن في التشريع الجزائري في الفرع الثاني.

**الفرع الأول: تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن في الفقه الإسلامي**

مما لاشك فيه أن الحضانة لها شروطها الخاصة لاستحقاقها باعتبارها مسؤولية تكون بعد فك الرابطة الزوجية، وهذا ما أشار اليه الفقه الإسلامي فقد حرص على المحافظة على الطفل المحضون كونه بحاجة إلى الرعاية الصحية والنفسية وكذلك الجسدية، حيث يشير الفقه الإسلامي إلى مجموعة من الأمور التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق في حالة وجود مانع يمنع من استحقاقها، أو في حالة زوال شرط من شروطها.

وتتمثل هذه الشروط في إصابة الحاضن بآفة أو مرض معدي يؤذي المحضون ويضر به من خلال العدوة التي تنتشر بسرعة فتؤدي بالصغير إلى التهلكة، وكذلك اصابتها بالعته أو الجنون الدائم أو المتقطع فهنا يكون الحاضن غير قادر على تربية الولد أو كفالته، إذ يكون فاقد للأهلية مما يجعله يضر الطفل المحضون عمدا أو غير عمد، فالحاضن نفسه في هذه الحالة يكون بحاجة من يرعاه وبحاجة من يحافظ عليه[2].

**الفرع الثاني: تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن في التشريع الجزائري**

لقد ذكر قانون الأسرة الجزائري وعدد الشروط الواجبة لحفظ مصلحة الطفل المحضون، حيث يجب على الشخص الحاضن أن تتوفر فيه هذه الشروط ليكون أهلا للقيام بهذه المسؤولية المهمة، وكذا لتحقيق أهداف الحضانة من حماية ورعاية صحية وجسدية ونفسية للطفل والخلقية، لكن إن حدث واختلت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون تكون في خطر، مما يجبر القانون على اسقاطها للحاضن وتسليم المحضون لمن يليه في الترتيب إذا كان كامل للشروط المطلوبة[3].

---

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 388.

2- محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 530.

3- حنان بن داود، مرجع سابق، ص 244.

وقد جمع المشرع الجزائري الشروط المطلوبة في الحاضن والتي تؤهله للممارسة الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في مصطلح أن يكون أهلا للقيام بذلك، وترك التفسير والسلطة التقديرية للقاضي عن طريق رجوعه للقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية حيث نصت عليها في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص صريح[1].

وبناء على ذلك نجد الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد عددوا الشروط الواجب توفرها في الحاضن لاستحقاقه الحضانة، لكن الفقه الإسلامي لقد كان واضحا أكثر من التشريع الجزائري، حيث قام بترتيبها وحصرها في ثلاث: البلوغ والسلامة العقلية والجسدية للحاضن المتمثلة في أن يكون غير مصاب بأحد الأمراض المعدية التي تؤثر بشكل سلبي على مصلحة المحضون، ووقايته من الجنون سواء كان الجنون مؤقتا أو دائما، ويجب أن تتوفر في الشخص الحاضن عدة شروط تتمثل في:

الأمانة والقدرة على أداء مسؤولياته اتجاه الطفل المحضون، حيث أن التشريع الجزائري حصر هذه الشروط في مادة واحدة وفي كلمة واحدة وهي أن يكون أهلا للقيام بذلك[2].

## المطلب الثالث

## عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها

تعتبر الحضانة من أهم أثار الطلاق وواحدة من أهم المسائل التي أقرها الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري للمحافظة على مصلحة الطفل المحضون، وفي حال قيام الحاضن بعدم المحافظة على الولد حسبما تقتضيه الحضانة فإنها تسقط عنه، وذلك يكون في حالة مالم يقم الشخص أو غيره بالمطالبة بحقه في الحضانة أو السكوت عنها أو القيام بالتنازل عنها للشخص الذي سيقوم بحضانة الطفل الصغير ويقوم بالمحافظة عليه من جميع النواحي النفسية، الصحية وكذا الاجتماعية وذلك بشكل أفضل، أو بانتهاء مدتها ويكون ذلك بحسب ما أقره كل من الفقه الإسلامي أو التشريع الجزائري، فيعتبر هذا الحق من الحقوق المصنفة أنها مزدوجة الجانب لأنه يعتبر حق لكل من الحاضن كمسؤول عن الصبي وعن المحضون كصاحب الحق، وقد يسقط الحق في الحضانة بالتنازل عنه من جانب الشخص

1- غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 234.

2- ربيعة حزاب، مرجع سابق، ص 144.

الحاضن متى شاء لكن مجرد التنازل قد يسلبه حقه مرة أخرى في حالة ما إذا أراد عودة المحضون له[1]، وقد يسري عليه التقادم إذ لم يقم صاحبه خلال مدة محددة فيسقط بقوة القانون وهذا يكون بالنسبة للتشريع الجزائري، أما أنه ينتهي كذلك ببلوغ الطفل لسن معين حيث يكون قادرا على تحمل أعبائه بنفسه ويكون قادرا كذلك على رعاية شؤون نفسه وهذا فقط بالنسبة للتنازل، أما بالنسبة لانتهاء مدتها فقد حددت من قبل كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وذلك ببلوغ الطفل المحضون سنا معينة، مما يجعله هذا السن قادرا على حماية نفسه دون أن يستعين بشخص آخر كالحاضن[2].

من خلال ما سبق سنتطرق في هذا المطلب إلى عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها في الفقه الإسلامي وذلك في الفرع الأول، وعدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها وانتهاء مدتها وذلك في التشريع الجزائري في الفرع الثاني.

**الفرع الأول: عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها في الفقه الإسلامي**

سنعالج في هذا الفرع عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها من خلال رأي فقهاء الفقه الإسلامي.

**أولا. عدم المطالبة بالحضانة:**

لقد ذكر فقهاء المالكية على خلاف الفقهاء الآخرين هذا السبب كسبب من أسباب سقوط الحضانة على الشخص الحاضن، حيث يقولون إنه إذا استحق الحضانة وقام بالسكوت عنها ولم يقم بالمطالبة بها، فإنه يسقط حقه بالشروط الآتية[3]:

**1. وهو أن يكون عالما بحقه في الحضانة:** أي إن كان يجهل بحقه في الحضانة وسكت عن طلب حقه فيها، فإنه لا يسقط مهما طالت مدة سكوته.

---

1- مروة بن شويخ، "**مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري**"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 3، جامعة البليدة، الجزائر، سبتمبر 2017، ص 139.

2- مروة بن شويخ، مرجع سابق، ص 139.

3- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء العاشر، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، الطبعة الأولى، دمشق، 1985، ص 44.

**2. في حالة أنه يعلم أن سكوته سيسقط حقه في الحضانة:** فإذا كان لا يعلم بذلك فإن حقه فيها لا يبطل بسكوته، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس يجهله.

**3. مرور سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة:** ففي حالة أنه مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت، ثم قام بطلبها قبل مضي العام فإنه يقضى له باستحقاقها، أما إذا مضي العام ولم يطالب بها فهنا تسقط عنه.

وتأسيسا على ذلك فإنه"لو تزوجت الحاضنة بأجنبي ودخل بها وعلم بذلك ولي المحضون، وسكت ولم يطلب أخذ الولد منها حتى مضت سنة، فإنه لا يقضى له إذا رفع دعوى بعد ذلك يطلب فيها أخذ الولد وضمه إليه"[1].

**ثانيا. التنازل عن الحضانة:**

يكون التنازل عن الحق في الحضانة عن طريق الإرادة المنفردة للشخص الحاضن، وغالبا ما يكون ذلك لوجود أسباب لدى الشخص الحاضن التي تدفعه للتنازل عن هذا الحق بإرادته الخالصة، مما جعل بعض فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية يرون أن الحضانة هي حق خالص للطفل المحضون، وعليه فلا يمكن للحاضنة أن تتنازل عليها إلا إذا وجد غيرها، فإذا لم تجد من يقوم بحضانة الولد أجبرت عليها مراعاة لمصلحة المحضون وحماية حقه في الحضانة[2].

كما يكون التنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف في حال الطلاق بالتراضي بمقابل حق الحضانة، وكذا يصح الخلع على اسقاط الحضانة بان يكون التنازل عنها مقابل الخلع، فإذا قالت المرأة لزوجها خالعني مقابل اسقاط حقي في حضانة الولد منك، فيقول خالعتك على ذلك، فإنه يصح التنازل ويسقط حقها في الحضانة وينتقل إلى الأب، ولو كان هناك من يستحقها غيره.

يرى بعض الفقهاء بإجازة إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب إذا توفر الشرطان:

- وهو ألا يلحق الولد أي ضرر نتيجة مفارقة أمه.

---

1-ابن نجيم زين الدين، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الجزء الرابع، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، 1997، ص 166.

2- عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 369.

- وأن يكون الأب قادرا على حضانة الولد ورعايته[1].

**ثالثا. انتهاء مدة الحضانة:**

تنتهي مدة الحضانة إذا استغنى الطفل الصغير أو الصغيرة عن خدمة النساء وبلغ سن التمييز، واستطاع كل منهما على القيام بتلبية حاجياته لوحده من مأكل، مشرب، أن يلبس وحده، ويستطيع تنظيف نفسه بنفسه دون مساعدة غيره وليس هناك مدة معينة تنتهي بها، فالعبرة في الفقه الإسلامي في الحضانة هي التمييز والاستغناء عن الغير، فالمذهب الحنفي وغيره يقول أن للحضانة مدة معينة وقد قاموا بتحديدها بسن معينة للصبي بسبع سنين، وقد اختلفت بالنسبة للبنت عندهم فحددت بإتمامها سن التاسعة وقد قصدوا هذا السن بالنسبة للبنت الصغيرة لتتمكن من اعتياد عادات النساء في مرحلة حضانتها، فالسن الذي اقترحه التشريع الإسلامي هي سن دلت التجاوب على أنها لا يستغني فيها الصغير أو الصغيرة عن هذا الحق، فيكونان في خطر في حالة كونهما مع غير النساء، ويقصد بهذه العبارة في حالة ما إذا كان والدها متزوجا مع امرأة ليست والدتها، فقد اختلف رأي الفقهاء في تقدير سن التخلي عن الصبي أو الصبية فكان لكل منها رأي مختلف فمنهم من قام بتقديرها بتسع سنوات، وبعضهم بسبع سنوات، أما البعض الآخر فقد قدرها ببلوغ حد الشهوة والبعض الآخر كذلك قدرها بإحدى عشر سنة، فكل ذلك جاء لخدمة مصلحة المحضون كونه غير قادر على تولي أموره بنفسه فكان لكل مذهب رأيه في سن التخلي عن الصبي، فانتهاء المدة عند الفقهاء يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة على الشخص الحاضن فبالتالي تكون للشخص الذي يليه في المرتبة وذلك حسب ترتيب الفقه الإسلامي لمستحقي الحضانة[2].

**الفرع الثاني:عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها في التشريع الجزائري**

سنتطرق في هذا الفرع إلى عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها في التشريع الجزائري.

**أولا. عدم المطالبة بالحضانة:**

---

1- المرجع نفسه، ص 369.

2- سيد سابق، **فقه السنة**، الجزء الثاني، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، بيروت، 1420، ص ص 346-347.

من خلال ما جاء في نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري في قولها:(( إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها))، أي أن المشرع الجزائري قد نص صراحة من خلال هذه المادة على أن من له الحق في الحضانة ولم يطالب بها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، فإذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية قد تخلى عن هذا الحق ولم يطالب به في الوقت المناسب ومضى على ذلك سنة كاملة من الزمن، فإن حقه هنا يسقط بقوة القانون، ففي حالة إذا وقع الطلاق وبقى الطفل المحضون عند أحد الحاضنين ولم يطلب الشخص الآخر الذي لديه الحق في الحضانة بالمطالبة بهذا الحق حتى مضى أكثر من سنة، فلم يعد لهذا الشخص أن يطالب أمام المحكمة بحقه في الحضانة[1].

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد تاريخ بداية سريان مدة السنة، وبالتالي تكون الإجابة هنا في المادة 222 التي تنص صراحة أنه على القاضي الجزائري العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرسمي وذلك في حالة تعذر وجود نص صريح.

**ثانيا. التنازل عن الحضانة:**

يعتبر التنازل عن الحضانة حقا للحاضن، وهو مقيد بمصلحة المحضون، ويثبت التنازل في التشريع الجزائري بموجب حكم من المحكمة، ويكون التنازل إما بالإرادة المنفردة أو بالتنازل الاتفاقي.

**1. التنازل بالإرادة المنفردة عن الحضانة:**

يقرره في الوقت الحاضر قانون الأسرة الجزائري حيث تقضي المادة 66 على أنه((يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون))، أي أنه ينبغي لإحداث هذا الأثر بأن يكون غير مضر لمصلحة المحضون، وأن يأتي هذا التنازل وفقا لأحكام القانون[2].

**2. التنازل الاتفاقي عن الحضانة:**

---

1-ربيحة إلغات، "**الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاة المحكمة العليا**"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 31، العدد 2، جامعة الجزائر، ديسمبر2017، ص ص 55-56.

2- زكية حميدو، مرجع سابق، ص 464.

يكون إما في الطلاق بالتراضي فهنا المشرع لم يتعرض لهذه المسألة صراحة، وإنما حرص على أن أي تعديل لا يكون إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، دون المساس بمصالح المحضون، وكذلك يكون التنازل مقابل الخلع المشرع الجزائري لم يشر للخلع في باب الحضانة،وإنما أشار إليها في المادة 1/54 من قانون الأسرة بقوله: ((يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي))، أي أن الزوجة لها الحق في التنازل عن الحضانة مقابل للحرية، وذلك لأخذ حريتها بشرط النظر لمصلحة المحضون[1].

**ثالثا. انتهاء مدة الحضانة:**

بعد انتهاء فترة حضانة النساء بالأخص الأم في هذه الحالة ينتقل هذا الحق إلى الرجال وبالأخص الأب ثم بعده تنتقل إلى الأشخاص الأقربون درجة من النساء وكذلك الرجال، ويكون ذلك بانتهاء مدة الحضانة، وهنا بالنسبة للطفل الذكر يكون عند بلوغه سن معينة وقد حددت من قبل التشريع الجزائري بسن 10، أما بالنسبة للطفلة الأنثى باعتبارها حلقة ضعيفة في المجتمع وغير قادرة على تولي أمورها بنفسها جعل لها المشرع الجزائري سنا مخالفا لسن الذكر وقرر أنه يحدد سنها بزواجها، وقد تركت السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية بتمديد السن بالنسبة للولد الذكر عند بلوغه سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تقم بالزواج ثانية مراعاة لمصلحة الطفل المحضون بشكل أولي[2]، وهذا ما تضمنته المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري في قولها:(( تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون)).

هنا قام المشرع الجزائري بذكر مدة انتهاء حضانة كل من الذكر والأنثى وبعد ذلك ترك لقاضي الأحوال الشخصية السلطة التقديرية وخبرته الميدانية في المحاكم والمجالس، وحسب رؤيته الشخصية لمصلحة الطفل المحضون باعتبارها مسألة معقدة خاصة أمام الفراغات والنقائص الموجودة في قانون الأسرة الجزائري، وقد حري بالقاضي النزيه في هذه المسألة أن

---

1- كمال صمامة، **مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص: أحوال شخصية، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015، ص 114.

2- صليحة بوجادي، مرجع سابق، ص 270.

يقوم بحمل هذه المهمة مراعيا لمصلحة الطفل المحضون والقيام بحمايته من نفسه، من والديه وكذلك من المجتمع[1].

نلاحظ من خلال ما سبق أن سقوط الحضانة بعدم المطالبة أو انتهاء مدتها أو التنازل في الفقه الإسلامي متوافقة مع التشريع الجزائري في عدة نقاط، حيث حدد الفقه أن الحاضن يسقط عنه الحضانة في حال سكت عنها و لم يطالب بها وهذا ما جاء في التشريع الجزائري، كذلك الأمر بالنسبة لانتهاء مدتها أو التنازل عنها، حيث جعلوا الحضانة فيها تسقط بالإرادة المنفردة وبالطلاق بالتراضي الذي يكون مقابله التنازل عن الحضانة، والخلع الذي يكون كمقابل للتنازل عن الحضانة وهو ما أشار إليه قانون الأسرة ضمنيا من خلال نص المادة 54 بمناسبة تنظيم مسألة الخلع[2].

## المطلب الرابع

## زواج الحاضنة بغير قريب محرم

تسقط الحضانة عن الحاضنة إذا وجد مانع يمنع من استحقاقها لها، مثل مانع الزواج بقريب يكون من غير أقارب الطفل المحضون أثناء فترة الحضانة، وهذا الأخير قد شدد الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في أحكامه على كل أم حاضنة تقوم به.

ومن هذا المنطلق سنتطرق: إلى زواج الحاضنة بغير قريب محرم في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، ثم زواج الحاضنة بغير قريب محرم في التشريع الجزائري من خلال قانون الأسرة في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: زواج الحاضنة بغير قريب محرم في الفقه الإسلامي

يعتبر زواج الحاضنة بشخص أجنبي عن المحضون بمعنى ليس من أقربائه أي ليس عمه أو أي أحد من أقاربه من جهة أبيه مسقطا حقها في الحضانة.

وهذا ما جاء به مجموعة من الفقهاء الذين قيدوا سقوط حقها في الحضانة في حال تزوجها بغير قريب محرم من بينهم المالكية وجمهور من الحنفية[3]. وأصحاب هذا الرأي

---

1- المرجع نفسه، ص 270.

2-عبد الحميد جياش، مرجع سابق، ص 294.

3- بلقاسم أعراب، "**مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن**"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 1، العدد 1، جامعة باتنة، الجزائر، جوان 1994، ص 49.

استدلوا بحديث رواه عبد الرزاق عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال:" كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل عنها زوجها يوم أحد، وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فأنكحها الرجل، وترك عم ولدها، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فيأخذ مني ولدي، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم أباها فقال: أنكحت فلانة لفلان؟ قال: نعم، قال: أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي فانكحي عم ولدك[1].

فالرسول صلى الله عليه وسلم هنا في هذه الحالة لم ينكر أخذ الولد منها بل قام بإنكاحها بعم الولد لتبقى الحضانة لها، وهذا الحديث دليل على أن نكاح المرأة يسقط الحضانة عنها، وبقائها إذا تزوجت بقريب الطفل.

أما فقهاء الشافعية قاموا بتعميم السبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة، حتى ولو كان بقريب محرم، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، حيث يقول الإمام الشافعي أن الدليل الذي جاء به لم يفصل كليا في المسألة وهذا ما هو مبين.

وهناك من الفقهاء الآخرين من قالو بضرورة مراعاة مصلحة المحضون وإذا لم تكن الحاضنة مسؤولة سقط حقها في الحضانة، لا فرق إذا كانت متزوجة بأجنبي عن المحضون أو بقريب منه، ففي كل الأحوال يرون أن حق الحضانة يجب أن يبقى عند الأم ولا يسقط عنها نظرا لمصلحة الطفل[2].

وقد اختلف الفقهاء في مسالة الوقت الذي تسقط فيه الحضانة بالزواج من أجنبي على النحو التالي: وهو أن الحضانة تسقط بمجرد القيام بعقد النكاح، لا لأن يتم الدخول بها حتى تسقط عنها الحضانة بمجرد العقد فقط سواء دخل بها أو لا تسقط عنها، وهذا ما ذهب إليه

1- أخرجه أبو بكر عبد الرزاق الصناعي، تحقيق حبيب عبد الرحمان الأعظمي، **مصنف عبد الرزاق**، (باب ما يكره عيه من النكاح)، الجزء السادس، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1403 هـ، ص 147.

2- بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 50.

الحنفية والشافعية والحنابلة[1]، أما المالكية قالوا إن الحضانة لا تسقط إلا بالدخول، وأن العقد لا يكفي وحده، بل لابد من الدخول الحقيقي[2].

**الفرع الثاني: زواج الحاضنة بغير قريب محرم في التشريع الجزائري**

يسقط الحق في الحضانة بتزوج الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: ((يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم...))، إذ يفهم من نص المادة أن زواج الحاضنة بقريب محرم لا يسقط حقها في الحضانة.

والسبب في ذلك هو انشغال الحاضنة عن المحضون وتضييع مصالحه، لأن في حال زواجها من غير محرم فلن تستطيع الاهتمام بالطفل كما يجب، وهذا ما ورد في العديد من الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، وفي كل الأحوال يسري هذا الحكم على كل حاضنة تزوجت بأجنبي عن المحضون[3].

ومن ذلك ما أخذت به المحكمة العليا في هذا الشأن في إحدى قراراتها واعتبرته تنازلا غير اختياري، ويجوز لها المطالبة بحقها في الحضانة في حالة إذا زال هذا السبب المسقط أي إذا تطلقت الحاضنة من زوجها الثاني، أي أن المحكمة العليا تقوم مباشرة بإسقاط الحضانة عن الحاضنة في حال تزوجها، تطبيقا لما جاء في المادة 66 وتقوم بإرجاعها لها إذا زال هذا السبب وتطلقت من زوجها[4].

كما يلاحظ أن سقوط الحق في الحضانة عن الحضانة بزواجها بغير قريب محرم يكون بمقتضى حكم قضائي ولا يكون مباشرة بقوة القانون، حيث يتقدم صاحب الحق فيها بعد احترام المادة 68 من قانون الأسرة، وبعد التأكد من الشروط المذكورة في المادة 62 من هذا القانون وتطبيقا لذلك، يقوم القاضي بإسقاط الحضانة عن صاحبتها متى تمسك أمامه

---

1- ابن عابدين، مرجع سابق، ص 566.

2- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 530.

3- محمد حيدرة، "**مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 4، العدد 6، جامعة مستغانم، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 16.

4- نوال مجدوب، "**آليات تكريس مصلحة المحضون على ضوء قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد 2، العدد 2، مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة، جامعة الأغواط، الجزائر، أفريل 2018، ص 42.

بهذا السبب، كما لا يمكنه الاجتهاد وتأويل النص أكثر ما يطيقه، ويكون حكمه كاشفا وهذا ما أرادت به المادة 66 من قانون الأسرة[1].

وإذا كانت الحاضنة متزوجة بقريب الطفل المحضون، كعمه أو ابن عمه أو ابن عم أبيه، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن الشخص الذي تزوجته له الحق في الحضانة، كما أنه مطالب في هذه الحالة برعايته ويتعاونان على كفالته[2].

نلاحظ أنه لا يوجد فرق كبير من خلال ما جاء به كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري حول سقوط الحضانة بسبب زواج الحاضنة، وإنما اتفقوا على أن زواجها بغير قريب المحضون، هو ما يجعل الحضانة تسقط عنها خلافا لحالة ما إذا تزوجت بقريبه لأن ذلك في مصلحة المحضون.

## المطلب الخامس

## سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد

إن الحضانة حق منصوص عليه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وهو ليس بالحق الدائم، حيث أن هناك مجموعة من الحالات التي إذا وقع فيها الحاضن فقد حقه فيها وهي ما تسمى بحالات سقوط الحضانة، ومن بين هاته الحالات سفر الحاضن بالمحضون الى بلد بعيد أي أخذه إلى مكان بعيد عن إقامته، وبهذا يكون فيه حرمان للشخص الآخر من الحق في الذهاب إليه أو رأيته.

ومن خلال هذا سنتطرق في هذا المطلب إلى سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، ثم سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد في التشريع الجزائري في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد في الفقه الإسلامي

يعد سفر الحاضن أو الحاضنة من أهم الأسباب المؤثرة على سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي، حيث ذهب الفقهاء الحنفية في قولهم أن الأم تسقط حضانتها إذا سافرت سفرا بعيدا وقدروه بالذي لا يقدر فيه الأب زيارة ابنه في نهار يرجع فيه لبيته، أما إذا كانت

---

1- زكية حميدو، مرجع سابق، ص 519.

2- عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر،2007، ص 395.

الحضانة عند غير الأم فتسقط عنها الحضانة بمجرد الانتقال، أما المالكية فأعطوا الحق للأب إذا أراد السفر بابنه إلى بلد آخر والعكس عند الأم فالأب هو أحق بالولد أيضا، أما إذا خرج لعمل أو قضاء حاجة من حاجياته كالتجارة أو شيء آخر، فهنا يكون ليس لها الحق في أخذه فمكانه الأصح في هذه الحالة يكون بجانب والدته، أما فقهاء الشافعية فيرون أن السفر الذي يكون مسقط للحضانة هو الذهاب بالمحضون لمكان مخيف، وليس هنالك فرق بين السفر القصير أو الطويل[1].

في حين أن الحنابلة رأوا أن السفر بالولد إضرارا به حتى لو كان لقضاء حاجاته فالشخص المقيم هو أولى به، أما في حالة إذا كان الطريق إلى السفر آمن كان الأب أحق به بشرط رؤية والدته له أو العكس، فدليلهم في سقوط الحضانة بالسفر كون وجود الصبي مع أبيه مصلحة دائمة على عكس الأم فهي مصلحة مؤقتة وتزول بسرعة[2].

والرأي الراجح بين أقوال الفقهاء يقوم على أنه ليس للأب حق الانتقال بالمحضون، سواء كان ذلك السفر للحاجة كالعمل أو للإقامة وسواء كانت دائمة أو مؤقتة ما دامت الأم مقيمة، وذلك لأن الأم أولى بحضانة صغيرها وعند سفر الأب مع الطفل المحضون يسقط هذا الحق، في حين أن الأم إذا سافرت مع الولد للحاجة فلا يسقط حقها في الحضانة، وفي المقابل إذا كان هذا السفر إلى بلد بعيد وكان مانعا للأب من رأيته ابنه وتربيته أسقط حقها[3].

**الفرع الثاني: سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد في التشريع الجزائري**

لقد اعتبر التشريع الجزائري الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي من مسقطات الحضانة، حيث أن المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: (( إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون))، حيث بين المشرع الجزائري من خلال هذه المادة أن أمر السفر بالمحضون أمر متروك تقديره لقاضي الدعوى وذلك مراعاة لمصلحة الطفل الصغير، فسفر الأم إلى بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب يعد أمرا مخالفا لمقتضيات الشرع والقانون ووجب نقضه، وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير

1- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 395.

2- نصر سليمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 211.

3- وفاء معتوق حمزة، مرجع سابق، ص 489.

مسلمة وكانت هنالك خصومة على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بالجزائر أحق بالحضانة ولو كانت الأم كافرة[1].

والسفر المقصود في هذه المادة هو السفر خارج الوطن وللإقامة الدائمة وبشكل مستمر، فمصلحة المحضون عندما تقضي انتقال الحاضن إلى بلد آخر فإن يكون ذلك بإذن القاضي.

ومن خلال التركيز في نص هذه المادة نجدها أنها ساوت بين الرجال والنساء من مستحقي الحضانة في الخضوع الى الرقابة القضائية، وكل ذلك بهدف مصلحة المحضون وبقائه تحت جناح أبويه إلى أن يبلغ أشده.

وقد استقر في العمل القضائي أن المسافة البعيدة بين كل من الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من المسافة المطلوبة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ومتى ما ثبت أن المسافة الفاصلة بين الحضانة وولي المحضونين تزيد على آلف كيلومتر فإن المجلس في حالة اسنادهم الحق في الحضانة الأولاد إلى أمهم فقد أخطئوا في تطبيق القانون، ووجب نقص القرار المطعون فيه، فالأصل أن إسناد الحضانة يجب فيها مراعاة مصلحة المحضون وتربيته على الدين الذي ينتمي له أبيه، ومن ثم فإن القضاء يرى أن اسناد الحضانة للأم بعيدا عن الأب ورقابته على أبنائه وهي في بلد بعيد أوفي بلد أجنبي، يعد مخالفا لمقتضيات الشرع والقانون[2].

نستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري قد تكلم عن مسألة سفر الحاضن بالولد المحضون من خلال نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري، حيث راعى مصلحة المحضون بشكل أولي، فجعلها تخضع لإذن القاضي وسلطته التقديرية بشأن هذه المسألة، لكن هذه المادة تفتقر إلى التوضيح الكافي، فقد سكت المشرع الجزائري حول مسألة جزئية تتعلق بسفر الحاضن خارج الوطن لقضاء حاجة مثل العمل أو غيره، فالمحكمة تراعي عدة معايير منها مصلحة المحضون، ظروف الوالد، وبعد المسافة حيث أن هذه الأخيرة تشكل

1- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 159.

2- العربي بلحاج، **قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية**، الطبعة الثالثة، الجزائر،2006، ص ص 379-381.

عائقا بين المحضون ووالده في مسألة رؤيته، ومن ثم أصبح القانون يرفض فكرة السفر بالمحضون ليس مراعاة فقط للولد بل مراعاة لوالده، ولدينه الإسلامي للمحافظة عليه[1].

وعليه يلاحظ من كل ما تم ذكره في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي عالج هذه المسألة من زاوية أن رؤية الحاضن لولد تعد جزءا من الهدف و ليس صدفا بحد ذاته فالهدف الأسمى هو تربية وتعليم والاعتناء بالولد لحالته النفسية والصحية، والمسافة البعيدة والسفر بالمحضون تفقده هذا الحق، وكل هذا لا يأتي بمجرد وصول الأب لمشاهدة ابنه لوقت قصير ثم يعود، ففي هذه الحالة فالأب كذلك سيكون منقطعا عن العمل وكسب قوته، مما يجعله غير قادر على الإنفاق على الولد، في حين أن التشريع الجزائري يرى أن مسألة السفر بالطفل المحضون إلى بلد بعيد خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، فالتشريع لم يوضح كثيرا في هذه القضية مقارنة

1- راضية بشير، رؤوف قروج، "**القصور الشرعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على الحق في الزيارة**"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7، العدد 1، جامعة قسنطينة، الجزائر، جانفي 2022، ص ص 165-171.

الفقه الإسلامي، وقد استقر الاجتهاد القضائي الجزائري على أنه لا يمكن تجزئة الحضانة بدون مبرر شرعي[1].

1- محمد سمارة، مرجع سابق، ص 403.

# الخاتمـــــــة

ختاما لكل ما سبق بعد تعذر الحياة الزوجية وحصول الطلاق، يبقى المحضون في كنف من يهتم به ويرعاه ويربيه تربية حسنة وعلى دين أبيه وفق شروط فصلها الفقه الإسلامي ومن بعده قانون الأسرة الجزائري وكل شرط يختل في الشخص الحاضن يؤدي إلى سقوط هذا الحق.

وقد عالج المشرع الجزائري الحضانة وحاول قدر الإمكان الحفاظ على مصلحة الطفل المحضون من خلال محاولته لترميم وتعديل العلاقة بين المحضون والحاضنين، بإعطاء كل منهما الحق في الحضانة بشرط عدم مخالفة النصوص القانونية والشروط اللازمة، فالمبدأ الذي اعتمده التشريع الجزائري هو مبدأ مراعاة مصلحة الطفل باعتباره حقاله ومسؤولية بالنسبة للحاضن، في مقابل ذلك عالج الفقه الإسلامي الحضانة بطريقته الخاصة فكل مذهب كان له رأي خاص به لكونهم ركزوا على مبدأ واحد ألا وهو مصلحة الطفل المحضون.

## 1- النتائج:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى النتائج التالية:

- اختلف تعريف الحضانة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري فالفقه الإسلامي عالجها في أربعة مذاهب وكل مذهب أعطى تعريف خاصا به، بينما التشريع الجزائري عالجها في مادة واحدة كانت شاملة لكل معاني الحضانة.
- للحضانة أهمية بالغة فقد تم معالجتها بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري فكل منهم يعطي لها أهمية مختلفة عن الآخر فالفقه الإسلامي عالجها من خلال أربعة مذاهب الحنفي، المالكي، الشافعي والحنبلي أما التشريع الجزائري فوصفها في مواد وقال كل ذلك مراعاة لمصلحة الطفل المحضون.
- تضمن الفقه الإسلامي أدلة شرعية تعالج مسألة الحضانة، تتمثل في القرآن الكريم، السنة النبوية والإجماع، بينما عالجها التشريع الجزائري في إطار قانون الأسرة من المادة 62 إلى المادة 72.
- تم توضيح الشروط الواجب توفرها في الحاضن في الفقه الإسلامي من شروط عامة وشروط خاصة لكل من الرجال والنساء فتمثلت الشروط في الأهلية، العقل، البلوغ،

الأمانة، الإسلام وغيرها، أما التشريع الجزائري لم يتوفر على نص صريح للشروط الواجب توفرها في الحاضن، بل جاءت في كلمة واحدة وهي أن يكون أهلا لذلك.

- تم ترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة بحسب نظرة كل فقيه حيث أغلبهم أعطوا الأولوية للنساء في الحضانة نظرا لشفقتهن على الطفل، أما التشريع الجزائري فقد نص على ترتيبين وكل ترتيب كان في ظل قانون معين فالقانون 11/84وافق الفقهاء في الترتيب، أما القانون 02/05 وهو القانون المعمول به فقد خالف رأي الفقهاء، وأعطى الأب المرتبة الثانية مباشرة بعد الأم.
- تتعدد حالات سقوط الحضانة إلى صور مختلفة ولكنها محل اتفاق من حيث المبدأ بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، حيث أنها تتراوح بين ضياع صحة الطفل وخلقه، تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن وكذلك عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها وانتهائها، وزواج الحاضنة بغير قريب محرم وأخيرا سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد.

**2-الاقتراحات:**

بعد النتائج التي تم التوصل إليها يمكن اقتراح بعض الحلول التالية:

- إعادة ضبط الشروط الواجب توفرها في الحاضن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ورفع الغموض واللبس عنها، وذلك بتحديدها كالفقه الإسلامي.
- على المشرع تبيان أصحاب الحق في الحضانة وترتيبها كالفقه الإسلامي وعدم ترك السلطة التقديرية للقاضي، وذلك لرفع الثقل عن القضاء باعتبار الحضانة مسؤولية.
- على المشرع الجزائري إعطاء أهمية لموضوع الحضانة باعتبارها تستهدف فئة هشة من المجتمع ألا وهو الطفل، وذلك يكون بإعادة النظر في المواد المنظمة لها ورفع اللبس عنها.
- على المشرع الجزائري وضع حلول للتخفيف من ظاهرة الطلاق وذلك بإعطاء مدة أكبر لجلسات الصلح بين الزوجين والمحاولة قدر الأمان المحافظة على عدم تفكك الاسرة بهدف الحفاظ على مصلحة الأولاد.

# قائمة المصادر والمراجع

**أولا. قائمة المصادر:**

- القرآن الكريم، **رواية ورش عن الإمام ماهر بن نافع**، دار الخير، الطبعة الأولى، دمشق،2003.
- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى السلمي البوغي الترميذي، **صحيح الترمذي عن أبو عيسى محمد بن عيسى الترميذي**، دار العرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت،1966.

**1. كتب التفاسير:**

- إبراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري، **حاشية الباجوري**، الجزء الثاني، دار المنهاج الطبعة الأولى، مصر،2016.
- ابن نجيم زين الدين، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية الكبرى، مصر، 1997.
- أبو عبد الله محمد الخرشي، **شرح الخرشي على مختصر الخليل**، الجزء الرابع، دار الفكر للطباعة، الطبعة الثانية، بيروت، 1317 هـ.
- أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)**، منشأة المعارف، مصر، 1998.
- إسماعيل أبا بكر البامري، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)**، دار جامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان،2009.
- سعيد بن علي بن وهف القحطاني، **الهدي النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتابوالسنة**، مطبعة سفير، الطبعة الأولى، الرياض، 2001.
- سيد سابق، **فقه السنة**، الجزء الثاني، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، بيروت، 1420.
- عبدالرحمانالجزيري،**الفقهعلىالمذاهبالاربعة**،الجزءالرابع،دارالكتبالعلمية،الطبعةالثانية،مصر،2003.
- عبداللهبنمحمودومودودالموصليالحنفي، **الاختيارلتعليلالمختار**، الجزءالرابع، دارالكتبالعلمية،بدونسنةنشر.

- عثمان بن حسين بري الجعليالمالكي،**سراجالمسالكشرحأسهل المالك**،الجزء الأول، دارصادر ،الطبعةالأولى، بيروت، 1994.
- علاء الدين أبي بكر مسعود الكساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت،1997.
- علي التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، الجزء الأول، مطبعة المجاهد، القاهرة، 1353هـ.
- كمال بن الهام،**فتح القدير**، الجزء الرابع، دار الفكر، الطبعة الأولى، لبنان،1980.
- محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، الجزء الثاني، مطبعة الأزهرية بمصر، مصر، 1434.
- منصور بن يونس بن إدريس الباهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، 1997.
- موفق الدين أبي أحمد عبد الله بن أحمد، **المغني الشرح الكبير**، الجزء التاسع، مطبعة المنار، الطبعة الأولى، مصر، 1930.
- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء العاشر، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، الطبعة الأولى، دمشق، 1985.
- _____، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، دار الفكر، الطبعة الثالثة، دمشق، 2012.

## 2. النصوص القانونية:

- القانونرقم84-11، المؤرخفي:12 جوان1984، **المتضمنقانونالأسرة**، الجريدةالرسميةللجمهوريةالجزائرية،العدد24، الصادرةبتاريخ:12جوان 1984.
- القانون رقم 05-02، المؤرخ في:27 فبراير 2005، **المتضمن قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ:27فبراير 2005.

## 3. المعاجم:

- ابن منظور، **لسان العرب**، دار المعارف، الطبعة الأولى، القاهرة، 1199.

## ثانيا. قائمة المراجع:

### 1. الكتب:


- أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات (دراسة فقهية ونقديةمقارنة)**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دار المسير للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، عمان، 2009.
- أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارها**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- رمضانعلىالسيدالشرنباصي،**أحكامالاسرةفيالشريعةالإسلامية**، منشوراتالحلبيالحقوقية،بيروت، 2002.
- سليمان نصر، سعاد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، 2003.
- سليمان ولد خسال، **المسير في شرح قانون الأسرة**، الأصالة للنشر التوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2012.
- عبد الحميد جياش، **الاحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارها (دراسة فقهية مقارنة)**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 2009.
- عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.
- عبدالمطلبعبدالرزاقحمدان،**الحقوقالمتعلقةبالفعلفيالشريعةالإسلامية**،دارالفكرالجامعي،الطبعةالأولى، القاهرة،2005.
- العربيبلحاج،**الوجيزفيشرحقانونالاسرةالجزائري** " **الزواجوالطلاق**"،الجزء1،ديوانالمطبوعاتالجامعية،الجزائر،1999.
- _____، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005.

- _____، **قانون الأسرة**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2006.

- فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة (الزواج والطلاق)**، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

- لحسين بن الشيخ آث ملويا، **قانون الأسرة نصا وشرحا**، دار الهدى، الجزائر، بدون سنة نشر.

- مبروكة غضبان، دليلة فركوس،**حقوقالطفلالمحضونفيضوءالقضاء الجزائري**،جامعةالجزائر،2018.

- محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2008.

- محمدعقلةالإبراهيم،**الزواجوفرقهفيالفقهالإسلامي**،دارالنفائسللنشروالتوزيع،الطبعةالأولى، الأردن، 2014.

- محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010.

- محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، المكتبة العلمية، بيروت، 2008.

- مصطفىعبدالغنيشيبة،**أحكاماالأسرةفيالشريعةالإسلامية(الطلاقوآثاره)**،الكتبالوطنية،الطبعة الأولى،ليبيا،بدونسنةنشر.

- وفاء معتوق حمزة، **الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي**، مكتبة القاهرة للكتاب، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000.

## 2. الرسائل الجامعية:

- زكية حميدو، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة: دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2005.

- عادل شباب، **حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**،مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، الجامعة الإفريقية الجزائر،2011.

- عايدة سليمان أبو سالم، **الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصيةالفلسطيني**، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، تخصص: شريعة (فقه مقارن)، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2003.

- كمال صمامة، **مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص: أحوال شخصية، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015.

### 3. المقالات العلمية:

- أحمد هلتالي، "**استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد3، العدد3، جامعة المسيلة، الجزائر، سبتمبر2018.

- أنيسة لشهب، "**الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة**"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 13، جامعة البليدة، الجزائر، جانفي 2018.

- بلقاسم أعراب، "**مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن**"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 1، العدد1، جامعة باتنة، الجزائر، جوان 1994.

- راضية بشير، رؤوف قروج، "**القصور الشرعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على الحق في الزيارة**"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد7، العدد1، جامعة قسنطينة، الجزائر، جانفي 2002.

- ربيحة إلغات، "**الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاة المحكمة العليا**"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 31، العدد2، جامعة الجزائر، ديسمبر2017.

- ربيعة حزاب، "**حالات السقوط الإجباري للحضانة في قانون الأسرة الجزائري وسلطة القاضي في ذلك**"،مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 8، العدد 10، جامعة وهران، الجزائر، أفريل 2004.

- عادل موسى عوض، "**حقوق المحضون في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة**"، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، المجلد 10، العدد 62، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، أكتوبر 2015.

- عبد السلام نور الدين، "**استحقاق الحضانة في القانون الجزائري**"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، جامعة عين تموشنت، الجزائر، مارس 2022.

- عبدالكريمنذير، "**الحضانةفيالتشريعالجزائري**"،مجلةالعلومالقانونيةوالاجتماعية،المجلد 6، العدد4،ديسمبر 2021.

- عطا مهدي قليح، "**الحضانة في الفقه الإسلامي**"، مجلة كلية التربية الأساسية، المجلد 30، العدد 19، جامعة المستنصرية، العراق، 2019.

- غنيمة قنيف، "**مصلحة المحضون (احدى إشكاليات دعوى الحضانة)**، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 10، العدد 1، جامعة تيزي وزو، الجزائر، أفريل 2022.

- فتيحة بلعسلة،"**العلاقات الأسرية وتأثيراتها على الاستقرار النفسي للطفل**"**(دراسة نفسية تحليلية)**، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المجلد 12، العدد12، جامعة المدية، الجزائر، جوان 2018.

- كمالبعاكية،"**الحضانةوشروطهابينالشريعةالإسلاميةوقانونالأسرةالجزائري**"،مجلةالاجتهادللدراساتالقانونيةوالاقتصادية،المجلد،7العدد6 ،جامعةوهران،الجزائر،أكتوبر 2018.

- لمين لعريط، "**الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة**"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر، المجلد 34، العدد 3، جامعة المدية، الجزائر، مارس 2021.

- مبروكمنصوري،"**شروطالحضانةومسألةإسقاطهافيقوانينالأسرةللدولالمغاربية**"،مجلةالاجتهادللدراساتالقانونيةوالاقتصادية،المجلد 4، العدد8،جامعة تمنراست، الجزائر،جوان2015.

- محمد بجلق، "**مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية**"،مجلة البحوث والدراسات، المجلد 11، العدد 17، جامعة الوادي، الجزائر، جانفي 2014.

- محمد حيدرة، "**مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد4، العدد6، جامعة مستغانم، الجزائر، ديسمبر 2018.

- مروة بن شويخ،"**مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق**"**(دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري)**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد1، العدد3، جامعة البليدة، الجزائر، سبتمبر 2017.

- نوال مجدوب، "**آليات تكريس مصلحة المحضون على ضوء قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد2، العدد2، مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة، جامعة الأغواط، الجزائر، أفريل 2018.

## 4. الأوراق العلمية:

- حمزة بن حسين الفعر الشريف،"**أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية**"، مداخلةألقيت في ندوة بعنوان: **أثر متغيرات العصر في أحكام الشريعة والدراسات الإسلامية**، برابطةالعالم الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، السعودية، 1463 هـ.

- محمد المهدي حرازي،"**مستحقو الحضانة وترتيبهم حسب متغيرات العصر**"، مداخلة ألقيت في ندوة بعنوان: **أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة**، المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436 هـ.

# الفهـــــــــرس

# الفهرس

شكر وعرفان .....

اهداء.....

اهداء.....

مقدمـــــــة..... 1

**الفصل الأول: مفهـــــــــوم الحضانـــــــــة**

المبحث الأولتعريف وأهمية الحضانة ..... 6

المطلب الأولتعريف الحضانة..... 6

الفرعالأول :تعريفالحضانةفيالفقهالإسلامي..... 7

أولا. تعريف الحضانةعندالحنفية: ..... 7

ثانيا. تعريف الحضانةعندالمالكية:..... 8

ثالثا. تعريف الحضانةعندالشافعية: ..... 8

رابعا. تعريف الحصانةعندالحنابلة: ..... 9

الفرعالثاني: تعريفالحضانةفيالتشريعالجزائري ..... 9

المطلب الثانيأهمية الحضانة .....10

الفرعالأول: أهميةالحضانةفي الفقهالإسلامي .....10

الفرعالثاني: أهميةالحضانةفيالتشريعالجزائري .....11

المبحث الثانيمشروعية الحضانة .....11

المطلب الأولأدلة مشروعية الحضانة.....12

الفرعالأول: أدلةمشروعيةالحضانةفيالفقهالإسلامي .....12

أولا. أدلةالحضانةمنالقرآنالكريم:.....12

ثانيا. أدلةالحضانةمنالسنةالنبوية: .....13

ثالثا. أدلةالحضانةمنالإجماع: .....14

الفرعالثاني: الأساسالقانونيللحضانةفيالتشريعالجزائري.....14
المطلبالثاني .....15
شروط ممارسة الحضانة .....15
الفرعالأول:شروطممارسةالحضانةفيالفقهالإسلامي .....16
أولا. شروطالحضانةعندالحنفية: .....16
ثانيا. شروطالحصانةعندالمالكية: .....17
ثالثا. شروطالحضانةعندالشافعية: .....18
رابعا. شروطالحضانةعندالحنابلة:.....18
الفرعالثاني:شروطصلاحيةالحضانةفيالتشريعالجزائري .....18
الفرع الثالث: مقارنة بين شروط ممارسة الحضانة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري 21
أولا. بالنسبة لشرط الحرية: .....21
ثانيا. بالنسبة لشرط الإسلام: .....22
ثالثا. بالنسبة لشرط الإعسار: .....23
رابعا. بالنسبة لشرط العقل:.....23
خامسا. بالنسبة لشرط السلامة الجسدية:.....24
سادسا. بالنسبة لشرط الفسق: .....25
سابعا. بالنسبة لشرط الأمانة: .....25
ثامنا. بالنسبة لشرط زواج الحاضنة:.....26
تاسعا. بالنسبة لشرط إقامة الحاضنة:.....27

**الفصل الثانيإسنـــــــــــــاد الحضانـــــة**

المبحث الأولترتيب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة.....33
المطلب الأولترتيب الفقه الإسلامي لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة .....34
الفرع الأول: أحق الناس بممارسة الحضانة عند الحنفية .....34

الفرع الثاني: أحق الناس بممارسة الحضانة عند المالكية ..... 36
الفرع الثالث: أحق الناس بممارسة الحضانة عند الشافعية ..... 38
الفرع الرابع: أحق الناس بممارسة الحضانة عند الحنابلة..... 40
المطلب الثانيترتيب التشريع الجزائري لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة ..... 42
الفرع الأول: أحق الناس بممارسة الحضانة في ظل القانون رقم 11/84 ..... 42
الفرع الثاني: أحق الناس بممارسة الحضانة في ظل القانون رقم 02/05..... 44
المبحث الثانيحالات سقوط الحضانة..... 46
المطلب الأولسقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا..... 47
الفرع الأول: سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا في الفقه الإسلامي..... 47
أولا. سقوط الحق في الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية:..... 48
ثانيا. سقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن: ..... 48
الفرع الثاني: سقوط الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقا في التشريع الجزائري ..... 49
المطلب الثانيتخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن..... 50
الفرع الأول: تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن في الفقه الإسلامي..... 51
الفرع الثاني: تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن في التشريع الجزائري..... 51
المطلب الثالثعدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها ..... 52
الفرع الأول: عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها في الفقه الإسلامي 53
أولا. عدم المطالبة بالحضانة:..... 53
ثانيا. التنازل عن الحضانة:..... 54
ثالثا. انتهاء مدة الحضانة:..... 55
الفرع الثاني: عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها في التشريع الجزائري55
أولا. عدم المطالبة بالحضانة:..... 55
ثانيا. التنازل عن الحضانة:..... 56

ثالثا. انتهاء مدة الحضانة: ..... 57
المطلب الرابعزواج الحاضنة بغير قريب محرم ..... 58
الفرع الأول: زواج الحاضنة بغير قريب محرم في الفقه الإسلامي..... 58
الفرع الثاني: زواج الحاضنة بغير قريب محرم في التشريع الجزائري..... 60
المطلب الخامسسفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد ..... 61
الفرع الأول: سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد في الفقه الإسلامي..... 61
الفرع الثاني: سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد في التشريع الجزائري..... 62
الخاتمـــــــة .....
قائمة المصادر والمراجع ..... 69

**الملخص:**

إن للحضانة عدة حالات للسقوط عن الحاضن نظمها كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، من خلال ضبط الشروط الواجب توفرها في الحواضن والتي يؤدي اختلالها حتما إلى سقوط الحق في الحضانة، وذلك مراعاة لمصلحة الطفل المحضون.

وتتمثل هذه المسقطات في ضياع الطفل صحة وخلقا، تخلف أحد الشروط المطلوبة في الحاضن، عدم المطالبة بالحضانة أو التنازل عنها أو انتهاء مدتها، زواج الحاضنة بغير قريب محرم، وأخيرا سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد بعيد.

**Abstract**:

There are several cases of custody being for feited by the custodion, regulated by both islamic jurisprudence and algerien legislation, by regulating the conditions that must be met in foster care, the loss of the right to custody, taking into account the interest of the child in custody.

These disadvantages include the loss of the child's health and morals, the failure of one of the conditions required of the custodion, the failure to request an addition or waiver or the expiration of its term, the custodion's marriage to someone other than amham relative, and finlly the custodion's travel with the subject to a distant country.