جامعة محمد خيضر – بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة
مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة :
بـرقوق نسرين

إشراف الأستاذ :
الدكتورة بوسطلــة شهرزاد

الموسم الجامعي :2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

الشـــكر و التـــــقـديـــــر

لا يسعني بعد أن وفقني الله إلى إتمام هذه المذكرة المتواضعة ، إلا أن أتقدم بخالص الشكر .

للأستاذة الدكتورة بوسطلـــــة شهرزاد التي أشرفت على هذه الدراسة

ولم تبخل عليا بتوجيهاتها الدقيقة و ملاحظاتها القيمة و أمدتني خلال ذلك الكثير من وقتها.

كما أتوجه بالشكر و العرفان للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة

و ما بدلوه من جهد لقراءتها.

الإهـــــــــداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب

إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم

إلى القلب الكبير

والدي العزيز

إلى من أرضعتني الحب والحنان

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء

إلى القلب الناصع بالبياض

والدتي الحبيبة

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي إخوتي

أية، عبير، هبة الرحمان، ليليا

الآن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة

في عرض بحر واسع مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات

ذكريات الأخوة البعيدة إلى الذين أحببتهم وأحبوني

صديقاتي

نسيمة، سارة، إيمان

إلى كل الأهل و الأقارب

إلى كل شغوف بالعلم و المعرفة، مؤمن بأن العلم مطلوب لا محمول

و لا حدود له و أن فوق كل ذي علم عليم

نسرين.....✍

مقدمة

مقدمــة :

لقد اعتنت كل من الشريعة الإسلامية و القوانين برعاية الصغير و حمايته و العناية به و توفير كل ما يكفل له حياة كريمة بعيدا عن كل ما قد يؤثر على حياته و ذلك لأن الصغير هو النواة الأساسية للأسرة و التي بصلاحها تصلح الأسرة و المجتمع ، ولهذا فقد أقر وا جملة من الحقوق التي تثبت له من وقت خروجه من بطن أمه حتى بلوغه السن التي يمكن له فيها الاعتماد على نفسه و الاستغناء عن مساعدة الغير ، و لعل من أبرز هذه الحقوق حق الإرث و الوصية و النسب و الرضاع و النفقة و الحضانة .

كما يعتبر حق الحضانة من أهم الحقوق التي تؤثر في حياة الطفل سلبا و إيجابا نظرا لما لهذا الحق من أهمية بالغة في حفظ الصغير و رعايته و القيام بشؤونه التي لا يستطيع القيام بها بمفرده .

ولا إشكال في هذا الحق ما دامت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين إذ يعيش الصغير في كنف والديه و تحت رعايتهما و هي الفطرة التي فطر الله عزوجل الناس عليها ، باعتبار أن والديه يقومان بحفظه حتى يبلغ و يصبح قادرا على الاعتماد على نفسه.

إلاّ أن الإشكال يثور عند افتراق الزوجين و انقطاع العلاقة الزوجية بينهما بطلاق أو فرقة ، فتبرز هنا مشكلة على درجة كبيرة من الأهمية ألا و هي مشكلة العناية به و غالبا ما يتنازع الوالدين على حضانة الصغير كل منهما يريد ضمه إليه .

وقد نظمت الشريعة الإسلامية و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري قواعد خاصة بحضانة الصغير بما يحقق مصلحته و بعيدا عن كل ما قد يؤثر سلبا على حياته و تكوينه .

أهمية الموضوع :

تكمن أهمية البحث في موضوع : " مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري " في :

. أن الطفل هو أساس المجتمع لذلك يجب أن ينشأ نشأة صحيحة حتى يكون عضوا فعالا في المجتمع .

. تكمن أهمية الموضوع أيضا بأن الحضانة أمر ضروري للطفل لحماية مصالحه و لذلك أولاه القانون والقضاء و كذا الشريعة الإسلامية أهمية بالغة .

. كما أن مصلحة المحضون في كل من الشريعة و القانون تسعى إلى تأمين حاجات الطفل الأساسية التي تساعده في العيش حياة سعيدة و كريمة .

أسباب اختيار الموضوع :

. معرفة أسباب انتهاك حقوق المحضون و أهم الإشكالات التي تعترض تطبيق مصلحة المحضون رغم حماية الشريعة الإسلامية و كذا القوانين لمصالحه .

. معرفة الأساس الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري في تحديد شروط الحاضنين و ترتيب أصحاب الحق في الحضانة و أسباب سقوطها و عودتها .

أهداف الموضوع :

. معرفة أهم الطرق و الإجراءات التي يتخ ذها كل من الشريعة الإسلامية و القانون لحماية مصلحة المحضون باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة .

. دعوة الأولياء إلى التفكير ماليا قبل اتخاذ أي خطوة في الانفصال في مصير الأبناء .

. معرفة الوضعية الصعبة التي يعيشها بعض الأطفال بسبب افتراق والديهم و الصراع فيما بينهم حول الحضانة و ما يسود هذا النزاع من جو متوتر و سلبي على حياتهم .

. الحرص على أن يستوفي كل طفل حقه في الرعاية و التربية كبقية الأطفال .

الصعوبات:

. نقص المراجع المتخصصة التي تتعلق بمصلحة المحضون .

. وجود تقاطع كبير في العناصر التي قد تناولتها بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري باعتبار أن معظم قوانينه مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية .

الإشكالية المطروحة :

لدراسة هذا الموضوع يجب التطرق أولا إلى الأسئلة التالية :

ما هو الأساس التي اعتمدت عليه كل من الشريعة و القانون لتحديد مصلحة المحضون ؟ و إلى أي مدى وفق قانون الأسرة الجزائري في حماية مصلحة المحضون ؟ و هل تجسدت تلك الحماية فعلا ؟

وعليه فالإشكالية المطروحة هي :

ما هي المعايير التي اعتمد عليها كل من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري في تقدير مصلحة المحضون ؟

المنهج المتبع :

إن المنهج المتبع من خلال دراستي لموضوع مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري هو المنهج التحليلي و المنهج الوصفي بالإضافة إلى أنني قد استعنت بالمنهج المقارن .

و لذلك سأتناول هذا الموضوع وفقا للخطة التالية :

مقدمة : و يتم فيها عرض كل ما يتعلق بالموضوع مع بيان أسباب اختيار الموضوع و أهميته و أهدافه . ثم قسمت البحث إلى فصلين :

. الفصل الأول : بعنوان الإطار المفاهيمي لمصلحة المحضون و يضم ثلاث مباحث :

المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون .

المبحث الثاني : شروط استحقاق حق رعاية المحضون .

المبحث الثالث : أصحاب الحق في حفظ مصلحة المحضون .

. الفصل الثاني : بعنوان مصلحة المحضون و أثرها على الحضانة و يضم ثلاث مباحث :

المبحث الأول : نفقة المحضون .

المبحث الثاني : سكن المحضون و زيارته .

المبحث الثالث : سقوط الحق في رعاية المحضون و عودته .

. و أخيرا ينتهي البحث بخاتمة تضم أهم النتائج المتوصل إليها .

الفصل الأول

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لمصلحة المحضون :

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجرة عن انحلال الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق ، و الهدف منها هو البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه . و من هنا عدت الحضانة مظهر من مظاهر الرعاية حيث حضي مفهوم مصلحة المحضون عناية الفقه و التشريع و القضاء ، و أجمع كلهم على وجوب اعتبار مصلحة المحضون و العمل به.

فإذا كانت الحياة الزوجية قائمة فإن ذلك لا يطرح إشكالا كون الوالدين يباشران معا تربية الأطفال ، و لكن يطرح الإشكال في حالة الطلاق عند التنازع على حضانة الأولاد لمن تكون أولوية رعايتهم بل هل يتوفر الشخص على الشروط اللازمة بما يتوافق مع مصلحة المحضون.

و قد كانت الأسبقية للشريعة الإسلامية في وضع نصوص تشريعية تكفل هؤلاء الأطفال جراء انفصال والديهم و تضمن رعايتهم و حفظهم وتسيير شؤونهم .

كما خصص المشرع الجزائري عدة مواد من 62 إلى 72 قانون الأسرة الجزائري و هي بدورها تكفل مجموعة من الحقوق للطفل المحضون في هذه المرحلة الحساسة من حياته .

و من خلال هذا الفصل سأحاول تبيان المقصود بمصلحة المحضون من خلال تعريف المحضون، الحضانة ، و أخيرا المصلحة بالإضافة إلى تمييز الحضانة عما يشبهها من ولاية على النفس ، كفالة ، وصاية . ثم تطرقت إلى الشروط الواجب توافرها في الحاضن لاستحقاق الحضانة كي يكون قادرا على الاعتناء بالطفل الصغير، كما سأوضح ترتيب مستحقي الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية و القانون الجزائري .

و قد جاء هذا الفصل في ثلاث مباحث : ماهية مصلحة المحضون ***(المبحث الأول)*** ، شروط استحقاق حق رعاية المحضون ***(المبحث الثاني)*** ، أصحاب الحق في حفظ مصلحة المحضون ***(المبحث الثالث)*** .

المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون :

إن تعريف مصلحة المحضون يقتضي منا تعريف المحضون باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة ثم تعريف الحضانة بالإضافة إلى تعريف المصلحة التي يجب حمايتها.

مما يتطلب أيضا تمييز الحضانة عن ما يشبهها من ولاية و كفالة و وصاية لذلك يقسم هذا المبحث إلى مطلبين : مفهوم مصلحة المحضون ***(المطلب الأول)*** ، تمييز الحضانة عما يشبهها ***(المطلب الثاني)*** .

المطلب الأول : مفهوم مصلحة المحضون :

إن الحكمة من الحضانة هي عجز الصغير عن إقامة مصالحه و تدبير شؤونه ، و احتياجه إلى من يقوم له بهذه الأمور و يتعهد بالعناية و الرعاية حتى يشب و يصبح قادرا على القيام بأمور نفسه من أجل الحفاظ عليه من التشرد و الضياع ، حيث تتحدد مدتها بقدر حاجة المحضون إليها تحقيقا لمصلحته لذلك يقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع : تعريف المحضون ***(الفرع الأول)*** ، تعريف الحضانة ***(الفرع الثاني)*** ، تعريف المصلحة ***(الفرع الثالث)*** ، تعريف مصلحة المحضون ***(الفرع الرابع)*** .

الفرع الأول : تعريف المحضون :

أولا : تعريف المحضون لغة :

المحضون يطلق على الطفل و الطفلة الصغيران و الجمع أطفال و لذلك قيل يدعى طفلا حتى يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم . [1]

كما يعرف أيضا : بأنه المولود حتى البلوغ . [2]

ثانيا : تعرف المحضون شرعا :

الطفولة في الشريعة الإسلامية تبدأ من لحظة الولادة لقوله تعالى : " ***ثم يخرجكم طفلا*** ".[3]

و تمتد هذه المرحلة إلى مرحلة البلوغ.

ثالثا : تعريف المحضون قانونا :

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري المحضون لكن بالرجوع إلى نص المادة 40 فقرة 02 من القانون المدني نجدها قد حددت سن الرشد ب 19 سنة كاملة .[4]

أي أن المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل أو كبير، مجنون أو معتوه ، فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه ، أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه.[5]

كما ورد تعريف الطفل في اتفاقية حقوق الطفل في المادة 01 الجزء الأول " الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز 18 سنة (الثامنة عشر) ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه ". [6]

. إذن و من خلال ما سبق فالمحضون هو الطفل الصغير من وقت خروجه من بطن أمه إلى أن يصبح صبيا قادر على الاهتمام بنفسه و التكفل بشؤونه .

---

[1] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (إبن منظور)، ***لسان العرب*** ،ط1 ، دار صادر ، بيروت ، المجلد التاسع، ص 12.

[2] المعجم الوجيز ، ***مجمع اللغة العربية*** ،ط1 ، الجزء الأول ، 1980، ص 408 .

[3] سورة غافر الأية 28 .

[4] المادة 40فقرة 02 من القانون المدني 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم وفقا للأمر رقم 27 يونيو 2005 .

[5] عبد القادر بن حرز الله،***الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق***، ط1،دار الخلدونية ، الجزائر،2007،ص358.

[6] وفاء مرزوق،***حماية الطفل في ظل الاتفاقية***،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،سوريا،2010ص140.

الفرع الثاني : تعريف الحضانة :

الحضانة هي إمساك الولد و تربيته منذ أول وجوده سواء كان ذلك للأم أو من يقوم مقامها ، سواء كان ذكرا أو أنثى ، و المحافظة على المحضون تكون شاملة من تدبير طعامه و ملبسه و رعايته و تنظيف جسمه و مكان إقامته و ذلك في سن معينة و تكون هذه الرعاية و الحماية ممن له الحق في كفالة الطفل .

أولا :تعريف الحضانة لغة:

الحضانة مشتقة من كلمة حضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح ،وقيل هو في الصدر والعضدان وما بينهما،و الجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في احد شقيها ،وحضن الصبي يحضنه حضنا وحضانة جعله في حضنه.[1]

. و لذلك سميت الحضانة بالحضانة لأن أقرب مكان للطفل هو حضن أمه .

ثانيا :تعريف الحضانة شرعا:

اختلف الفقهاء في تعريف الحضانة كما يلي : . هي تربية الولد لمن له حق الحضانة ،أو هي تربية و حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه ، كطفل و كبير ومجنون ، وذلك برعاية شؤونه و تدبير طعامه و ملبسه و نومه ، و تنظيفه و غسله و غسل ثيابه في سن معينة .[2]

[1] ابن منظور ***لسان العرب*** ،المرجع السابق ، ص152.

[2] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، دار الفكر ، دمشق ، 1996، ص 7295/ 7296 .

كما عرفها الزبدية بأنها حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه عند من هو أولى بذلك .

أما الإباضية يعرفونها بأنها حفظ الولد في نفسه و مؤونة طعامه و لبسه و مضجعه و تنظيف جسمه . [1]

. رغم اختلاف الفقهاء في تعريف الحضانة إلاّ أنهم لم يخرجوا في التعاريف التي قدموها في الحضانة عن تربية الولد و رعاية شؤونه سواءا في طعامه أو ملبسه أو نومه أو تنظيفه و غسل ثيابه و لا فرق في ذلك بين طفل صغير أو كبير مجنون أو معتوه فكلها تهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون النفسية و الجسمية و العقلية .

ثالثا : تعريف الحضانة قانونا :

عرف قانون الأسرة الجزائري الحضانة في نص المادة62 :

" بأنها رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا".[2]

فالحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده ، ممن له حق الحضانة ، و أساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به و العناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته .[3]

. الملاحظ مما سبق أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 62 لم يعرّف الحضانة لكنه حددّ معايرها و أهدافها و التي تتمثل في رعاية المحضون و تعليمه و تربيته وفق تعاليم دين الأب ، و صيانته من كل ما يضر به و الحرص على حفظ صحته و أخلاقه مشترطا في ذلك أهلية الحاضن لتحمل هذه المسؤولية و ذلك مراعاة لمصلحة المحضون .

---

[1] رشدي شحاتة ابو زيد،***شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة*** ،مكتبة الوفاء القانونية،مصر، ط 2012 م ،ص 36.

[2] المادة 62من قانون الأسرة رقم 84 . 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 ، وفقا للأمر رقم 05 . 02المؤرخ في 27 فبراير2005.

[3] بلحاج العربي،***الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري*** ، الجزء الأول (الزواج و الطلاق)،ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر ، طبعة 1999 ، ص 380 .

الفرع الثالث : تعريف المصلحة :

أولا:تعريف المصلحة لغة :

هي المنفعة، فكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى المصلحة.

ثانيا : تعريف المصلحة شرعا :

تعتبر المصلحة أساس من أسس التشريع الإسلامي حيث يقول محمد مصطفى شلبي أن :
"المصلحة في اصطلاح الفقهاء و الأصوليين تطلق بإطلاقين :

الأول مجازي وهو السبب الموصل للنفع ، و الثاني حقيقي وهو نفس السبب الذي يترتب على الفعل من خير و منفعة ، ويعبر عنه باللذة أو النفع أو الخير أو الحسنة ".

. إن المصلحة في الشريعة الإسلامية هي المنفعة التي تؤدي إلى الحفاظ على الدين و النفس والمال و العقل و النسل .

ثالثا : تعريف المصلحة قانونا :

لم يعطي تشريع الأسرة تعريفا للمصلحة ، و إنما وظّف تارة لفظ المصلحة ، و تارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر المصطلح ، فالمشرع نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة أغلبها ما تعلق بمادة الحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر .

كما أنه و بالرغم من إضفاء مصطلح المصلحة في قانون الأسرة ، إلاّ أنّ المشرع لم يجد مانع للتعبير عنها بألفاظ أخرى كلفظ النفع في نص المادة 83 من قانون الأسرة ، كما أشار إلى موضوعها دون ذكر المصطلح .[1]

[1] حميدو زكية ، ***مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة*** ، رسالة دكتوراه منشورة ، جامعة أبو بكر قائد ، تلمسان 2005، ص 67 .

الفرع الرابع : تعريف مصلحة المحضون :

. رغم أن المشرع الجزائري لم يعرف مصلحة المحضون إلاّ أنه و من خلال نص المادة 62 قانون الأسرة قد حدّد أسس و معايير تهدف إلى تحقيق هذه المصلحة وتتمثل هذه المعايير في الرعاية و التربية و التعليم بالإضافة إلى حمايته و حفظه. حيث جاءت هذه المعايير محددة وواضحة بهدف المحافظة على مصلحة المحضون و حتى تراعى هذه المصلحة و تتحقق هذه المعايير يجب أن يكون عند من هو أهلا للقيام بها بحيث يستطيع أن يوفر له كل الرعاية والاهتمام التي يحتاج إليها .

المطلب الثاني: تمييز الحضانة عما يشبهها :

يختلط مفهوم الحضانة بمفاهيم أخرى قريبة منها . كالولاية على النفس و الكفالة و الوصاية ومنهنا كان لازماً التطرق في هذا المطلب إلى تمييز الحضانة عما يشبهها حيث جاء هذا المطلب في ثلاث فروع :

التمييز بين الحضانة و الولاية على النفس ***(الفرع الأول)*** ، التمييز بين الحضانة و الكفالة ***(الفرع الثاني)*** ، التمييز بين الحضانة و الوصاية ***(الفرع الثالث)*** .

الفرع الأول : التمييز بين الحضانة و الولاية على النفس :

أولا : أوجه التشابه :

إن الحضانة و الولاية على النفس و إن كانت لهما العديد من الاختلافات إلاّ أنهما يشتركان في الهدف المراد من تشريعهما ألا وهو حفظ مصلحة المحضون إذ أن الطفل يخرج إلى الحياة عاجزا عن كل شيء فيحتاج إلاّ من يقوم بأمره ويحفظ مصالحه .[1]

[1] محمد مصطفى شلبي ، ***أحكام الأسرة في الإسلام*** ، دار النهضة العربية بيروت ، 1988،ص736.

ثانيا : أوجه الاختلاف :

هناك العديد من أوجه الاختلاف نذكر منها :

أ. من حيث مصدرها:

إن الشريعة الإسلامية تمتاز عن غيرها من الشرائع و القوانين أن لها سابقة في تأسيس الحضانة، أي أنها مؤسسة إسلامية النشأة، على خلاف الولاية على النفس مؤسسة القانون المدني و الأسري .

ب . من حيث موضوعها:

إن الحدود الفاصلة بين الحضانة و الولاية على النفس رغم صعوبة تطويقها ترتسم في موضوع كل منهما.

لذلك كيفها البعض على أنها وظيفة بيولوجية غذائية وأنها ولاية عاطفية .

هذه التعابير في مجملها تنطوي على فكرة واحدة مفادها أن الحضانة خدمة مادية ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل وتلبية حاجاته المادية كحفظه و إمساكه ومنحه الطعام و تنظيف جسمه و غسل ثيابه و الحديث معه و مداعبته . [1]

جـ ـ من حيث أشخاصها:

إن الحضانة تقررت للنساء لأنهن اقدر على هذا النوع من الخدمة لما لهن من خبرة في هذه الأمور و الصبر عليها لذلك فقد فضلن على الرجال .[2]

بينما الولاية على النفس تثبت للعصبات فقط .[3]

---

[1] حميدو زكية، **مصلحة المحضون**،مرجع سابق ، ص92 .

[2] محمد مصطفى شلبي ، **أحكام الأسرة في السلام** ، مرجع سابق ، ص 736 .

[3] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ،مرجع سابق ص 746 .

د. من حيث سن الطفل :

تمارس الحضانة على الطفل في قصر حياته أي مند ولادته و في المرحلة الأولى من طفولته ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس شرعا .

وفي ذلك يقول عبد الرحمان الصابوني:" ...وعلى ولي النفس ضم الولد إليه بعد انتهاء فترة حضانة النساء... ".

هـ . من حيث شرط وحدة الدين :

يشترط من الناحية الشرعية في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه. أما الحضانة فلا يتوجب أن تكون الحاضنة متحدة الدين مع المحضون إذا كان الحاضن امرأة .

و . من حيث انقضائهما:

تنقضي الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغ سن الزواج أي 19 سنة حسب نص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

أما الولاية على النفس تنقضي ببلوغ الذكر و زواج الأنثى أو تقدهما في السن . [1]

كما تناول قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05 . 02 ولاية الولي على الأولاد القصر من خلال نصوص المواد من 87 إلى 91 :

حيث تنص المادة 87 : يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا.[2]

[1] حميدو زكية ،***مصلحة المحضون*** ، مرجع سابق ، ص 95 / 96.

[2] نبيل صقر ، ***قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا*** ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2006 ، ص288 .

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له ، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة الطلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد . [1]

. إن الحضانة تعتبر نوع من الولاية على النفس فكلاهما يهدف إلى رعاية الطفل و حفظه وذلك بما يحقق مصلحته.

الفرع الثاني: التمييز بين الحضانة و الكفالة:

الكفالة شرعا:

ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين أو عمل وهو قول الأحناف.

أما باقي الأئمة فيعرفونها بأنها : " ضم الذمتين في المطالبة بالدين "

والكفالة مشروعة بالكتاب و السنة والإجماع :

لقوله تعالى: " ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " .[2]

و من السنة :

قوله صلى الله عليه وسلم : " الزعيم غارم " .[3]

و قد عرف قانون الأسرة الجزائري الكفالة في نص المادة 116 بأنها:

" التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي " .[4]

---

[1] نبيل صقر ، ***قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا*** ، ص288 .

[2] عبد الحميد الشواربي ، ***مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه و القضاء*** ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2001 ، ص 934 .

[3] سورة يوسف الآية 72 .

[4] المادة 116 من قانون الأسرة ، من الأمر رقم 05 . 02، المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

. تختلف الحضانة عن الكفالة كما يلي :

. الحضانة تكون بمقابل مالي على عكس الكفالة التي تكون على وجه التبرع .

. الكفالة حسب نص المادة 117 من قانون الأسرة تكون أمام المحكمة و الموثق أي بعقد أما الحضانة فتتم بحكم من المحكمة إذا كان نزاع.

. تنص المادة 118 على شرط أن يكون الكافل مسلما على عكس الحضانة فلا تشترط أن يكون الحاضن مسلما.

. في الكفالة يكون الولد معلوم النسب أو مجهول النسب و ذلك حسب نص المادة 119 ، أما الحضانة فيكون الولد معلوم النسب .

. تنتهي الكفالة بطلب من الوالدان أو التخلي عنها ، أما الحضانة تنتهي ببلوغ 10 سنوات للذكر و 19 سنة للأنثى .

. يمكن انتقال الكفالة بالوفاة إلى الورثة ، أما الحضانة فلا تنتقل إلى الورثة .[1]

. رغم اعتبار البعض أن الحضانة و الكفالة مرادفان متشابهان إلاّ أن الاختلافات التي توجد بينهم كثيرة و متعددة لكن الغرض منهما واحد و هو تحقيق مصلحة المحضون .

الفرع الثالث : التمييز بين الحضانة و الوصاية :

الوصي لغة : وصى بشيء و أوصى إليه جعله (وصيه) والاسم الوصاية بفتح الواو كسرها و تواصى القوم أي أوصى بعضهم بعضا .[2]

[1] نبيل صقر : ***قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا*** ، مرجع سابق ، ص 289 .

[2] محمد بن أبي بكر الرازي ، ***مختار الصحاح*** ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1986 ، ص 302 .

تختلف الوصاية عن الحضانة كما يلي :

الوصاية هي " نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها " ، أما الحضانة فهي " حق مقرر لرعاية الطفل و حفظه بما يكفل حسن تربيته " ولذلك إن الفقه الإسلامي قد فرق بين حق الحضانة و الوصاية ، فخول لوالد الطفل أن يعين عليه وصيا مختارا يدير أمواله ، ولم يجعل له حق اختيار من يحضنه بل جعل ذلك منوط بمصلحة المحضون في الحدود التي رسمها ولا اعتبار، لإرادة والده فيها .[1]

و قد نظم قانون الأسرة الجزائري الوصاية من خلال نصوص المواد 92 ، 93 ، 94 ، 95،96،97 . حيث نص في المادة 92 : " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره و تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون و التي تنص على أن : " من بلغ سن الرشد و لم يحجز عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني ".[2]

. رغم اختلاف الوصاية عن الحضانة باعتبار أن الوصاية تهدف إلى رعاية أموال القاصر وحسن تسييرها أما الحضانة فتهدف إلى رعاية الطفل و حفظه في جسمه و طعامه و ملبسه وغير ذلك. أي أن الحضانة تهتم بالجانب التربوي و الديني و الخلقي عكس الوصاية التي تهتم بالجانب المالي إلا أن الهدف الرئيسي لكل منهما هو تحقيق مصلحة المحضون .

[1] نبيل صقر ، ***قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا*** ،مرجع سابق، ص 313 .

[2] المادة 92 من الأمر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

المبحث الثاني : شروط استحقاق حق رعاية المحضون :

يولد الولد وهو محتاج لمن يعتني به يقوم بتربيته و حفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأنه في مراحل حياته الأولى يكون عاجزا عن القيام بمصالحه بنفسه ، غير مدرك لما يضره ينفعه .[1]

حيث تتطلب تلك العناية مقدرة معينة ، اشترط الشارع في استحقاقها أمورا باجتماعها يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة ، وبفقدان واحد منهما يتطرق الخلل إلى تربية الصغير .

وهذه الشروط تشترط في كل من يثبت له حق الحضانة ولا فرق في ذلك بين النساء و الرجال ، وبعضها خاص بما إذا كانت الحاضنة امرأة ، وبعضها خاص بما إذا كان الحاضن رجلا.[2]

لذلك كان لازما التطرق في هذا المبحث إلى الشروط اللازم توفرها في الشخص الذي يتولى رعاية المحضون و ذلك من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين : الشروط العامة المطلوبة في النساء و الرجال ***(المطلب الأول)*** ، الشروط الخاصة المطلوبة في النساء و الرجال ***(المطلب الثاني).***

المطلب الأول : الشروط العامة المطلوبة في النساء و الرجال :

إن موضوع مصلحة المحضون يقتضي بالضرورة دفع كل ما يلحق به الضرر . لذلك يشترط في الحاضنة من النسا ء و الحاضن من الرجال توافر صفات معينة بها تتحقق الأهلية للحضانة، فإذا اختلت واحدة منها في شخص سقط حقه فيها و انتقل إلى من يليه .

حيث يقسم هذا المطلب إلى فرعين : الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال شرعا ***(الفرع الأول)*** ، الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال قانونا ***(الفرع الثاني)*** .

---

[1] الغوثي بن ملحة ، ***قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء*** ، ط2 ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر،2008 ص 134 .

[2] بدران أبو العنين بدران ،***الفقه المقارن للأحوال الشخصية*** ، الزواج و الطلاق ، دار النهضة العربية بيروت ، ص 550 .

الفرع الأول : الشروط العامة المطلوبة في النساء والرجال شرعا :

. يشترط في الحاضن من النساء و الرجال ما يأتي :

أولا . البلوغ :

فلا حضانة للصغير ولو كان مميزا ، لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه .

ثانيا. العقل :

فلا حضانة للمجنون و المعتوه ، لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما ، فلا يحسن الواحد منهما القيام بمصالحه ، فضلا عن غيره .

و اشترط المالكية الرشد ، فلا حضانة لسفيه مبذر ، لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق .

و اشترطوا أيضا مع الحنابلة عدم المرض المنفر كالجذام و البرص .

ثالثا . القدرة على تربية المحضون :

وهي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه و صحته ، فلا حضانة للعاجز لكبر سن أو مرض أو شغل . فالمرأة المحترفة أو العاملة إن كان عملها يمنعها من تربية الصغير و العناية بأموره ، لا تكون أهلا للحضانة . و إن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه، لا يسقط حقها في الحضانة .[1]

[1] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق، ص7304 / 7305.

رابعا . الأمانة على الأخلاق :

فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه ، كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام . و ذلك صونا لأخلاقه من الفساد كما اشترط المالكية أمن المكان فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق ، أو بجوارهم بحيث يخاف على البنت المشتهاة منهم الفساد ، أو سرقة مال المحضون أو غصبه . [1]

. فالأمانة شرط لصحة الحضانة و إلا سقط حق الحاضن في حضانة المحضون صونا لمصلحة الصغير و حمايته من الضياع .

خامسا : الإسلام :

اشترط الشافعية و الحنابلة الإسلام ، فلا حضانة لكافر على مسلم ، إذ لا ولاية له عليه ، ولأنه ربما فتنه عن دينه . ولم يشترط الحنفية و المالكية إسلام الحاضنة ، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية ، سواء كانت أمًّا أم غيرها ، لأنه صلى الله عليه و سلم خيَّر غلامًّا ما بين أبيه المسلم و أمه المشركة ، فمال إلى الأم ، فقال النبي صلى الله عليه و سلم :

" ***اللَّهُمَّ اِهْدِهِ ، فَعَدَلَ إِلَى أَبِيهِ*** " ، و لأن مناط الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين.

لكن اختلف هؤلاء في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة :

يرى الحنيفة أنه يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ، ببلوغه سن السابعة ، أو يتضح أن في بقائه معها خطر على دينه ، بأن بدأت تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها ، أو تعوده على شرب الخمر، و أكل لحم الخنزير .[2]

---

[1] عبد الفتاح تقية ، ***مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي*** ،دار ثالثة ، د ب ، د ت، ص 295 .

[2] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7306 .

ويرى المالكية أنه يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا ، و لكنها تمنع من تغديته بالخمر و لحم الخنزير ، فإن خشينا أن تفعل الحرام أعطى حق الرقابة إلى احد المسلمين ، ليحفظ الولد من الفساد .[1]

. و الحنفية و إن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة . لأن المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب و تعود إلى الإسلام و تموت في الحبس ، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل فإن تابت و عادت عاد لها حق الحضانة. [2]

الفرع الثاني : الشروط العامة المطلوبة في النساء و الرجال قانوناً :

إن قانون الأسرة الجزائرية لم يحدد فصلا ، أو مادة محددة من مواده للحديث بشكل واضح متميز عن الشروط التي يجب توفرها في الشخص الذي يمكن أن تسند إليه المحكمة حق حضانة الطفل الصغير . و اكتفى بعد أن أشار في المادة 62 إلى تعريف الحضانة بأنها رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه ، و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا . بأن قال ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك . أي أن يكون قادرا ماديا و قانونيا على توفير كل هذه الأمور لمصلحة المحضون. [3]

و لكن بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ". [4]

---

[1] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7307 .

[2] السيد سابق ، ***فقه السنة*** ، ط 21 ، دار الفتح للإعلام العربي مصر ، المجلد الثاني ،1999 ، ص 219 .

[3] عبد العزيز سعد ، ***الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري*** ،ط2 ،دار هومة للنشر و التوزيع ،الجزائر 1996 ، ص296/295 .

[4] المادة 222 من الأمر رقم 05 . 02 ، المؤرخ في27 فبراير 2005 .

و من هنا يشترط في الشخص الذي ستسند إليه الحضانة ذكرا كان أو أنثى أن تتوفر فيه الشروط التالية :

أولا : العقل :

أي أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير و ملماّ بكل المخاطر و التحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة ، فليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤونه بنفسه ومن المنطقي لا يكون قطعا في منصب المتولي لشؤون غيره ، ذلك لأنه عاجز عن إدراك ما يدور حوله .

و قد أكدّ المشرع الجزائري على شرط العقل و نص على أن الحضانة هي ولاية عن النفس طبقا لنص المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة و التي نصت على : "... و في حالة الطلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ".

فالحضانة حسب نص المادة هي ولاية على النفس لمن أسندت له الحضانة ، و تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافدة و هذا ما أكدت عليه المادة 85 من قانون الأسرة والتي تنص على :

" تعتبر تصرفات المجنون ، و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته ، أو السفه " . [1]

. إن الأصل في الحضانة هو رعاية الأصلح للمحضون لأن مصلحة المحضون تقتضي ذلك لهذا فالمشرع الجزائري منع إعطاء الحضانة لغير العاقل ، أو السفيه ، أو المعتوه لأنه غير قادر على إدارة شؤون نفسه كما أن تصرفاته تكون غير نافذة فكيف له أن يدير أو يهتم بشؤون المحضون وعليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر يحتمل أن يصيبه و ذلك رعاية لمصلحته .

[1] باديس ديابي ، ***آثار فك الرابطة الزوجية*** ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر، 2008، ص 55.

ثانيا : الأهلية :

لأنه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى رعاية و عناية .

فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص على البلوغ صراحةً لكن نصّ على الأهلية في المادة 07 والتي تنص على ما يلي: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ".

فالمشرع الجزائري أجاز ترشيد الزوجان فيما يتعلق بالزواج و أثاره، أو بالطلاق و ما ينجم عنه.

لكن ترشيد الزوج القاصر لا يجعله كامل الأهلية و لا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم .[1]

. إن مصلحة المحضون تقتضي بأن يكون عند من هو أهلا لذلك باعتبار أن الحضانة مهمة صعبة و شاقة و لا يتحمل مسؤوليتها إلى الكبار لأن الصغير هو نفسه بحاجة لمن يعتني به و يتولى أموره ، فكيف له أن يتولى شؤون غيره .

ثالثا : القدرة على التربية :

فلا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر في السن أو مرض ، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها و الاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا ، خلقيا ، واجتماعيا .[2]

[1] عبد العزيز سعد ، ***الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري*** ، مرجع سابق ، ص 296 .

[2] باديس ديابي ، ***أثار فك الرابطة الزوجية*** ، مرجع سابق ، ص 58 .

و يرى غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر و لا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينها و بين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه و لا لمتقدمة في السن و لا لغير المكترثة بشؤون بيتها و أبنائها .

ومن الفقهاء أيضا من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها .[1]

غير أن القضاء الجزائري سار على غير هذا المبدأ و أكد في العديد من قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها و يكاد يكون الأمر مطلقا بدون أن يرد عليه استثناء و القائل أساسا أنه إذا كان عمل المرأة يمنعها من تربية صغيرها فيسقط عنها حق الحضانة .

حيث جاء في قرار المحكمة العليا : " من المستقر عليه قضاءا أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة و من ثمّ فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط حضانة الوالدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و انعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه ". و هذا يدل على أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية . [2]

. إن القدرة على ممارسة الحضانة تعتبر شرط مهم لصحتها ، فلا يمكن لعاجز أن يقوم برعاية المحضون وصيانته ، فمصلحة المحضون تقتضي بأن يكون عند من هو أقدر على ذلك ، وكما يقال فاقد الشيء لا يعطيه .

---

[1] باديس ديابي ، ***أثار فك الرابطة الزوجية*** ، مرجع سابق ، ص 58 .

[2] ملف رقم 274207 قرار بتاريخ 05 / 07 / 2002 المحكمة القضائية سنة 2004 ، العدد 1 ص 270 ، انظر باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ، ص 59 .

رابعا : الأمانة على الأخلاق :

و نعني بذلك أن يكون الحاضن أمينا على المحضون أي أمينا في خلقه و في سلوكه مع المحضون ، و أمينا في الاهتمام به و رعاية مصالحه . لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون طول النهار و طرفا من الليل أو لا يهتم به و لا يرعاه ، و يتركه يخالط رفقاء السوء لا يكون أمينا و لا قادرا على الحضانة .

ولأن الحاضنة الفاسقة أو العاهرة التي تتعاطى الفحش و فساد الأخلاق في منزلها في محضر المحضون و على مرأى و مسمع منه ، أو تصحبه معها إلى أماكن تقع بداخلها ممارسة الفسق و الفجور لا تعتبر أمينة على المحضون .[1]

. أعظم صفة يجب أن تتوفر في الحاضن هي الأمانة لكي يقوم بتربية المحضون تربية حسنة بعيدا عن كل أشكال الانحراف التي تؤثر على المحضون و تفسد أخلاقه وتؤدي به إلى الضياع .

خامسا : الإسلام :

إن المشرع الجزائري قد ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة ، لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الرضاع و خدمة المحضون و دليل ذلك ما ورد في نص المادة 62 من قانون الأسرة .[2]

و قد أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه حيث جاء في قرارها : " من المقرر شرعا و قانونا، أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة ، إلا إذا خيف على دينه. و أن حضانة الذكر للبلوغ، و حضانة الأنثى حتى سن الزواج. ومن ثمّ، فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية و القانونية.

---

[1] عبد العزيز سعد ، ***الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري*** ، مرجع سابق ، ص 296 .

[2] بلحاج العربي ، ***قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا*** ، دار المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية ، بن عكنون الجزائر ، ط 2000 ، ص 339 .

و لما كان قضاة الاستئناف . في قضية الحال . قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ، و من جديد إسنادها إلى الأب ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا في خصوص الولدين ، باعتبار أنهما أصبحا يافعين ، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت ، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية و المادة 64 من قانون الأسرة .

ومتى كان ذلك ، استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة .[1]

. إن عمل الأم الحاضنة لا يعد مسقطا للحضانة إلا إذا كان يضر بمصلحة الصغير و يؤثر على سلامته و تربيته، باعتبار أن الهدف من سقوط الحضانة هو مصلحة الصغير وحمايته من الضياع .

كما أن خروج المرأة اليوم للعمل يعد مسألة ضرورية لمشاركتها في التنمية ، بشرط أن لا تقوم بالإخلال بواجباتها الأساسية اتجاه المحضون و هذا الأمر لا ينطبق على الأم بصفة خاصة بل ينطبق على أي امرأة تقوم بالحضانة أيضا سواء كانت جدة أو عمة أو خالة ممن لهن حق حضانة الصغير . و عليه فكل أمر يعود بالفساد على المحضون في دينه و عرضه و نفسه ينبغي أن يمنع لأنه يكون مخالفا لمقاصد الشريعة و أحكام الحضانة .

المطلب الثاني : الشروط الخاصة المطلوبة في النساء و الرجال :

زيادةً على الشروط العامة الواجب توافرها في النساء و الرجال هناك شروط خاصة يجب توفرها في كل من الذكر و الأنثى ، لهذا يقسم هذا المطلب إلى فرعين : الشروط الخاصة الواجب توفرها في النساء ***(الفرع الأول)*** ، الشروط الخاصة الواجب توفرها في الرجال ***(الفرع الثاني)*** .

[1] بلحاج العربي ، ***قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا*** ، مرجع سابق ، ص 339 .

الفرع الأول : الشروط الخاصة المطلوبة في النساء :

أولا : أن لا تكون مرتدة فلو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة ، لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي ، و لو تابت و أسلمت يعود حقها لزوال المانع .

ثانيا : أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير فإن كانت فلا حق لها في الحضانة ، والدليل على ذلك :

1 ـ من السنة :

روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواءٌ و ثديي له سقاءٌ و يزعم أبوه أن ينزعه مني فقال الرسول صلى الله عليه و سلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي".

2 ـ من الإجماع :

روي عن سعيد بن المسيب : أنه قال طلق عمر رضي الله عنه أم ابنه عاصم رضي الله عنه فلقيها ومعها الصبي فنازعها و ارتفع إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فقضى أبو بكر رضي الله عنه بعاصم بن عمر رضي الله عنهم لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال : " إن ريحها و فراشها خير له حتى يشب أو تتزوج " وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم . [1]

[1] أحمد علي جرادات ، ***الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج و الطلاق*** ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1433 هـ . 2012 م ، ص 337 .

ولو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي أو الأم تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك و هو القرابة الباعثة على الشفقة .

3 ـ من المعقول :

أما من ناحية المنطق و المعقول فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب و العطف و الطمأنينة ، وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره .[1]

. حيث جاء في قانون الأسرة الجزائري الإشارة إلى هذا الشرط في نص المادة 66 : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر ، بمصلحة المحضون ".

ثالثا : أن لا تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه و أخته و جدته ، فلا حضانة لبنات العم أو العمة ، و لا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية .

رابعا : أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه .[2]

خامسا : أن لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة. فإن كان الأب معسرا و قبلت قريبة أخرى تربيته مجانا ، سقط حق الأولى في الحضانة .[3]

---

[1] أحمد علي جرادات ، ***الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج و الطلاق*** ، مرجع سا بق ،ص 337.

[2] عبد القادر بن حرز الله ، ***الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق*** ، مرجع سابق ، ص 359 / 360 .

[3] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته***، مرجع سابق ، ص 7308.

الفرع الثاني : الشروط الخاصة المطلوبة في الرجال :

الشروط الواجب توفرها في الرجال زيادةً على الشروط العامة تتمثل في :

أولا : أن يكون ذا رحم محرم للصغيرة ، فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم محروميته لها، و لأن هذا الحق لو ثبت له قد يفضي إلى فتنة و فساد ، فقالوا لا يثبت ذلك سدا للذريعة ، غاية الأمر أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها ، فللقاضي أن يبقيها عنده ، إذا كان مأمونا عليها ، و لا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده .

ثانيا : إتحاد الدين بين الحاضن و المحضون ، فلا حضانة لكافر على طفل مسلم ، و خصّ بعض الأئمة هذا الشرط بما إذا كانت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم ، أما الرجال غير العصبة من الرجال المحارم الأقارب ، فقالوا بعدم اشتراط اتحاد الدين .

أما جمهور الفقهاء يقولون بأن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، ولا ولاية مع اختلاف الدين ، و لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع الاختلاف في الدين . فمن له أخوان شقيقان احدهما مسلم ، و الأخر غير مسلم ، و الطفل مسلم ، فحضانته لأخيه المسلم هذا و جميع الديانات غير الإسلام تعتبر دينا واحدا كما في الميراث. [1]

ثالثا : أن يكون عند من يصلح للحضانة من النساء :

كزوجة أو أم أو خالة أو عمة إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء .

فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة. و هذا شرط عند المالكية .[2]

[1] بدران أبو العنين بدران ، ***الفقه المقارن للأحوال الشخصية*** ،الزواج و الطلاق ، دار النهضةالعربية ، بيروت، ص 555 .

[2] وهبة الزحيلي ،***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7309 .

و اشترط المالكية أيضا أن لا يسافر عن المحضون ولي المحضون أو تسافر الحاضنة بسفر نقلة ، ستة بُرُدْ فأكثر ، فإن أراد الولي أو الحاضنة السفر ، كان له أخد المحضون من حاضنته إلا أن تسافر معه ، بشرط كون السفر لموضع مأمون و أمن الطريق ، و هو شرط يقيد شروط الحضانة للنساء . [1]

رابعا: القدرة على المحافظة على المحضون و تربيته و رعاية مصالحه ،فإن كان الحاضن عاجزا عن ذلك لمرض أو عمى أو كبر سن أو شغل يمنع هـ من القيام بشؤون المحضون فلا يثبت له الحضانة ، فإن كان العمل لا يمنع هـ من القيام بشؤون الصغير و تدبير أموره و فلا يسقط حقهـ في الحضانة .[2]

. إن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط المطلوبة في الرجال لاستحقاق رعاية المحضون و ذلك عملا بأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

إذ ومن خلال نص المادة السابقة التي تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في القانون نجده لم يخرج عن الشروط المنصوص عليها في أحكام الشريعة الإسلامية. [3]

و الشروط الخاصة بالرجال تتمثل في :

أ . أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى .

ب . اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون .[4]

---

[1] وهبة الزحيلي ،***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7309 .

[2] عبد الله عبد الرحمان السعيدي ، ***أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية*** ،الطبعة الأولى 1433 هـ . 2012 م ، ص 259 .

[3] المادة 222 من الأمر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

[4] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع نفسه ، 7309.

جـ . أن يكون للحاضن من يصلح للحضانة من النساء .[1]

بالإضافة إلى الشروط العامة التي تم ذكرها سابقا و المتمثلة في : القدرة ، العقل ، البلوغ ، الأمانة .

. زيادة على الشروط العامة التي يجب توفرها في النساء و الرجال و الخاصة بتربية المحضون و رعايته يجب توفر شروط خاصة في كل من الرجل و المرأة الحاضنين و التي بتوفرها تتحقق مصلحة المحضون و بانعدام أحدها أو تخلفه يسقط حق الحضانة عن صاحبها و تنتقل إلى غيره ممن له الحق في الحضانة وذلك مراعاة لمصلحة المحضون بالدرجة الأولى و تقديرا لما تتطلبه ممارسة الحضانة بالدرجة الثانية باعتبار أن الطفل في هذه المرحلة يكون ضعيفا يحتاج لمن يرعاه و يحفظه و يوفر له الحنان الكافي لكي ينمو نموا طبيعيا بعيدا عن كل الضغوطات النفسية التي قد تؤثر على حياتها.

[1] وهبة الزحيلي ،***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص7309 .

المبحث الثالث : أصحاب الحق في حفظ مصلحة المحضون :

يعتمد ثبوت حق الحضانة على قوة القرابة ، مع كثرة الشفقة الداعيان إلى رعاية مصالح الطفل ، و توفير ما فيه نفعه و صلاحه ، و القيام على حفظه و تدبير شؤونه كلها . لذلك كان لازماً التطرق إلى أصحاب الحق في حفظ مصلحة المحضون من خلال مطلبين : ترتيب الحاضنين في ظل الشريعة الإسلامية ***(المطلب الأول)*** ، ترتيب الحاضنين في ظل القانون 05 . 02 ***(المطلب الثاني)*** .

المطلب الأول : ترتيب الحاضنين في ظل الشريعة الإسلامية :

قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون ، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة ، لأنهن أشفق ، و أهدى إلى التربية ، و أصبر على القيام بها ، و أشد ملازمة للأطفال ، كما تقدم ، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق و أقرب ، ثم الرجال العصبات المحارم ، و اختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة ، على النحو التالي علما بأن مستحقي الحضانة إما إناثا فقط ، وإما ذكور فقط وإما الفريقان ، و ذلك في سن معينة ، فإذا انتهت تلك السن ، كان الرجال أقدر على تربية الطفل من النساء . [1]

الفرع الأول : من النساء :

أ . الأم بطبيعتها أحن على ولدها من غيرها فشفقتها لا تعد لها شفقة ، و عطفها لا يقاربه عطف حيث جعلت في المرتبة الأولى من الحاضنات .[2]

لقوله تعالى : " ***لا تضار والدةٌ بولدها ولا مولودٌ له بولده*** " .[3]

---

[1] وهبة الزحيلي ،***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص7296 .

[2] محمد مصطفى شلبي ، ***أحكام الآسرة في الإسلام*** ،مرجع سابق ، ص 752 / 753 .

[3] سورة البقرة الآية 233.

و بهذا مضى قضاء رسول الله صلى الله عليه و سلم و أصحابه من بعد دون أن يخالف أحد في ذلك .

و في رواية عن الإمام احمد وأبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص :

أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و حجري له حواء ، و ثديي له سقاء و أن أباه طلقني و أراد أن ينزعه مني فقال : " أنت أحق به ما لم تنكحي ".

و روي أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها و في حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر فقال : " مسحها و حجرها و ريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه " ، و في رواية أخرى : " ريقها خير له من شهد و عسل عندك يا عمر " و كان ذلك بمحضر من كثير من الصحابة . [1]

ب . ثم أم الأم (الجدة الأم) لمشاركتها الأم في الإرث و الولادة ، ثم عند الحنفية ، والشافعية في الجديد : أم الأب ، لمشاركتها أم الأم في المعنى السابق ، ثم أم أبي الأب ، ثم أم أبي الجد للمعنى نفسه . و أخرّ المالكية أم الأب بعد الخالة و عمة الأم .

و قدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم ، ثم الجد ، ثم أمهاته .

جـ . ثم الأخت عند الحنفية و الشافعية و الحنابلة . أخت المحضون الشقيقة ، ثم عند الحنفية و الحنابلة و المالكية الأخت لأم ، لأن الحق من قبلها ، ثم الأخت لأب ، و عكس الشافعية فقدموا في الأصح الأخت لأب على الأخت لأم ، لاشتراكها مع المحضون في النسب ، و لقوة إرثها ، فإنها قد تصير عصبة ، ثم بنات الأخت الشقيقة ، ثم لأم .[2]

[1] محمد مصطفى شلبي ، ***أحكام الآسرة في الإسلام*** ،مرجع سابق ، ص 753 .
[2] وهبة الزحيلي،***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7299.

و السبب في تقديم الأخوات عند الجمهور على الخالات و العمات :

أنهن أقرب ، و أنهن أولاد الأبوين ، لذا قدمن في الميراث .

و قدم المالكية الخالة ، ثم الجدة لأب و إن علت ، ثم أبو المحضون على الأخت . أخت المحضون .

د . ثم الخالة عند الحنفية و الشافعية و الحنابلة . خالة المحضون الشقيقة ، ثم عند الحنفية والحنابلة و المالكية الخالة لأم ، ثم الخالة لأب ، لأن الشأن أن من كان من جهة الأم أشفق ممن كان من جهة الأب فقط . و الأصح عند الشافعية تقديم الخالة لأب ، و عمة الأب على من كان من جهة الأم ، لقوة الجهة كالأخت .

هـ . ثم بنات الأخت ، ثم بنات الأخ في رأي الحنفية و الشافعية ، فالصحيح عندهم أن الخالة أولى من بنات الأخت أو الأخ ، لأن بنت الأخ تدلي بقرابة الذكر ، و الخالة تدلي بقرابة الأم ، فكانت الخالة أولى . و بنت الأخ أولى من العمة لأن بنت الأخ أقرب ، لأنها ولد الأب ، والعمة ولد الجد، فكانت بنت الأخ أقرب ، فكانت أولى ، و ذلك كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم .

و رأى المالكية و الحنابلة أن العمة مقدمة على ابنة الأخ .

و . ثم العمة اتفاقا . عمة المحضون . ، ثم عمة أبيه و هي أخت جد المحضون . و ترتيب الحواضن من النساء في المذاهب كما يأتي :

1 . الحنفية :

الأم ، ثم أم الأم ثم أم الأب ، ثم الأخوات ، ثم الخالات ، ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ ، ثم العمات ، ثم العصبات بترتيب الإرث . [1]

[1] وهبة الزحيلي،***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7300 .

2 . المالكية :

الأم ، ثم الجدة لأم ، ثم الخالة ، ثم الجدة لأب و إن علت ، ثم الأخت ، ثم العمة ، ثم ابنة الأخ ، ثم للوصي ، ثم للأفضل من العصبة .

3 . الشافعية :

الأم ، ثم أم الأم ، ثم أم الأب ، ثم الأخوات ، ثم الخالات ثم بنات الأخ و بنات الأخت ، ثم العمات ، ثم لكل ذي محرم وإرث من العصبات على ترتيب الإرث، فهم كالحنفية .

4 . الحنابلة :

الأم ، ثم أم الأم ، ثم أم الأب ، ثم الجد ثم أمهاته ، ثم أخت لأبوين ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب ، ثم عمة ، ثم خالة أم ، ثم خالة أب ، ثم عمته ، ثم بنت أخ ، ثم بنت عم أب ، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب .[1]

. الملاحظ مما سبق أن حق الحضانة يعتمد على قوة القرابة ، و كثرة الشفقة الداعيان إلى رعاية مصالح الطفل ، و توفير كل ما فيه نفعه و صلاحه ، و القيام بحفظه و تدبير شؤونه ، ونظرا لما للنساء من رفق و عاطفة أكثر من الرجال فجعل لهن حق الحضانة و لكن على ترتيب خاص و على درجات متفاوتة و ذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون .

[1] وهبة الزحيلي،***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7301 .

الفرع الثاني : من الرجال :

إن لم يوجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة ، انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبة على حسب ترتيبهم في الإرث ، فيقدم الأب ثم الجد أبو الأب ، و إن علا ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ، ثم ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب إن كان من يستحق الحضانة غلاما ، فإن كانت أنثى لم يكن لابن العم حق في حضانتها سواء كانت صغيرة غير مشتهاة أولاً ، و سواء كان ابن العم مأموناً عليها أو غير مأمون لأنه ليس بمحرم لها .

فإن لم يوجد أحد من العصبات المحارم ، أو وجدوا ولم يكونوا أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبة على الترتيب الأتي :

. الجد أبو الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخت شقيقة ، ثم ابن الأخت لأب ، ثم لابن الأخت لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم . و هذا عند أبي حنيفة لأن لهؤلاء الأقارب ولاية الزواج فيكون لهم حق الحضانة .

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كان الأمر مفوضا لرأي القاضي ، فيضع الولد عند من يثق به من الرجال أومن النساء . و حين يوجد مستحقون للحضانة متعددين ، وكلهم أهلا للحضانة ، وفي درجة واحدة كإخوة أشقاء ، أو أخوات شقيقات ، أو إخوة لأب ، يقدم أصلحهم لتربية الولد ، فإن تساووا في الأصلحية ، قدم من كان أكبر سنا ، لأنه في الغالب عنده دراية بما فيه المصلحة للصغير ، و أكثر تجربة ، و إلا فيختار القاضي منهم من يشاء .

أما مذهب الجعفرية يرى أن الحضانة تكون للأم ثم للأب ، و إذا مات الأب أو جنَّ بعد أن انتقلت إليه الحضانة ، و كانت الأم مازالت على قيد الحياة عادت إليها الحضانة ، و كانت أحق من جميع الأُقارب بما فيهم الجد لأب ، حتى و إن كانت متزوجة من أجنبي .[1]

[1] بدران أبو العنين بدران ، ***الفقه المقارن للأحوال الشخصية*** ،مرجع سابق ، ص 548 .550 .

و إذا فقد الأبوان انتقلت الحضانة إلى الجد لأب ، و إذا فقد ولم يكن له وصي كانت الحضانة لأقارب الولد على ترتيب الميراث ، الأقرب منهم يمنع الأبعد ، و مع التعدد و التساوي كالجدة لأم و الجدة لأب ، و كالعمة و الخالة اقرع بينهم عند الخصومة ، فمن خرجت القرعة باسمه كان أحق بالحضانة إلى أن يموت ، أو يعرض عن حقه .[1]

. الملاحظ من ما سبق أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن الحضانة تثبت للنساء أولا بالمرتبة الأولى للأم لأنها أقرب لولدها وأحن عليه من غيرها ولكن اختلفوا في ترتيب الحاضنات من النساء من بعد الأم ، أما فيما يخص الحاضنين من الرجال فقد تم ترتيبهم على حسب ترتيبهم في الإرث حيث يجب أن يراعى في كل ذلك مصلحة الصغير باعتباره أهم طرف تقوم عليه الحضانة .

المطلب الثاني : ترتيب الحاضنين في ظل القانون 05 . 02 :

إن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة و القانون أشخاص عديدون ، و لهم مراتب و درجات محددة في الشريعة و القانون أيضا . غير أن القانون ذكر بعضهم و رتبهم درجة فدرجة ثم ترك البعض الأخر دون ذكر صفاتهم ، و دون تحديد درجة قرابتهم من المحضون .

حيث نص في المادة 64 قانون الأسرة الجزائري على أن : " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة للأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".[2]

ولذلك يقسّم هذا المطلب إلى فرعين : أصحاب الحق في الحضانة ***(الفرع الأول)*** ، مدى أخذ المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية ***(الفرع الثاني)*** .

---

[1] بدران أبو العنين بدران ، ***الفقه المقارن للأحوال الشخصية*** ،مرجع سابق ، ص .550 .

[2] عبد العزيز سعد ، ***الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري*** ، مرجع سابق ، ص 293 .

الفرع الأول : أصحاب الحق في الحضانة :

يتبين من نص المادة 64 قانون الأسرة الجزائري أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلا ، لكونهم أقدر و أصبر من الرجال على تربية الطفل و العناية به . كما يتضح أيضا أن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم ، رتب المستحقين لها مبتدءا بجهة الأم ، ثم جهة الأب ، ثم الأقربين الذين يتقدموا فيهم رحم الأم على رحم الأب . و الأصل في حضانة الأم ، فضلا عن مصلحة الطفل بحضانة أمه في هذه الفترة (سواء أكانت زوجة لأبيه ، أم معتدة من الطلاق الرجعي أو بائن ، أو معتدة بعد وفاته) أنها أعطف الناس على صغيرها و أكثرهم تحملا لمتاعب رعايته ، كما أن ثبوت الحضانة للنساء في القانون الجزائري أمر طبيعي ، فهن أقدر من الرجال على تعهد الصغير و العناية به في تلك المرحلة.[1]

فالأم أعطف و أرحم . وهي أحق بولدها ما لم تتزوج ، ومادامت أهلية شروط الحضانة متوفرة لديها ، و إلا انتقلت إلى من يليها بالحضانة ، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

و انطلاقا من نص المادة 64 قانون الأسرة ، فان حق الحضانة في القانون الجزائري يكون على الشكل التالي :

1 . الأم .

2 . الأب .

3 . أم الأم مهما علت .

4 . أم الأب مهما علت .

5 . الخالة .[2]

---

[1] بلحاج العربي ،***الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري*** ، مرجع سابق ، ص 381 .

[2] المادة 64 من الأمر 05 . 02 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

6 . العمة .

7 . ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون .[1]

و هذا الترتيب يقوم على أساس سليم ، و هو أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، عند اتحاد درجة القرابة ، لان الأم مقدمة في الحضانة على الأب . فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق . كما أن الجدة مقدمة عن الأخت مطلقا ، لان اتصال الصغيرة بالجدة من طريق الولادة، فهو جزء منها ، فكانت أولى بحضانته .

أما إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة ، كإخوة أو أعمام ، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة و خلقا ، فان تساووا كان أولاهم أكبرهم سنا .[2]

لكن إن الترتيب الجديد غير إلزامي بمعنى أن القاضي يراعي مصلحة المحضون فإذا كانت المصلحة تقتضي أن يكون الطفل مع الجدة للأب فيحكم بذلك رغم أن المادة أعطت الأولوية للجدة لأم وهذا ما ذكرته المادة نفسها بعد تحديد الترتيب غير الإلزامي بقولها " مع مراعاة مصلحة المحضون ".[3]

. أستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري لم يخرج في هذا الترتيب المنصوص عليه في نص المادة 64 عن الترتيب المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية عموما و الذي يقوم على أساس أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، عند إتحاد درجة القرابة ، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب ، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق كما أن الجدة مقدمة على الأخت لذلك تكون هي أولى بحضانتها . أما إذا تعدد مستحقوا الحضانة من درجة واحدة ، كإخوة أو أعمام كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرةً و خلقاً ، أما إذا تساووا كان أولاهم أكبرهم سناً ، وقد خوّل القانون للقاضي حق اختيار الأصلح على أساس مصلحة المحضون .

---

[1] المادة 64 من الأمر 05 . 02 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

[2] بلحاج العربي ، ***الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري*** ، مرجع سابق، ص 382 .

[3] غنية قري ، ***شرح قانون الأسرة المعدّل***، ط 1 ، دار طليطلة، الجزائر 2011، ص 149 .

الفرع الثاني : مدى أخذ المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية :

خالف المشرع الجزائري في تعديله للقانون الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم ، و ذلك بمقتضى المادة 64 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05 . 02 لقولها " 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 دلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبقى غلى حق الحضانة للأم و قدم الأب على الجدة لأم و الخالة في استحقاقه لحضانة ابنه ، و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم ، من المسائل التي لم يتحقق لها الإجماع ، و من ثّمّ فالمشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسالة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم ، لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة و في ذلك يقول عبد العزيز عامر : قال "ابن القيم " : " أن هذا يدل على تقديم جهة الأبوة و قال تأييدا لترجيح جهة الأبوة في الحضانة ، أن أصول الشرع و قواعده شاهدة على جهة الأب على جهة الأم و ذلك في الميراث و ولاية النكاح و غير ذلك ، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام ، فأحق الناس بحضانة الطفل من الرجال هو الأب ، كون هذا الأب يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب الحضانة خاصة وأنه هو من يتحمل عبأ النفقة فليس من المعقول أن يكون هو المنفق و غيره أولى بحضانة ابنه ، إضافة إلى ذلك أن هذا الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأب و الأم ، فهو ابن مشترك بينهما فالأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه و أقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة . [1]

[1] أحمد شامي ، ***قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة*** ،دار الجامعة الجديدة ،مصر، د ت، ص 308 . 309 .

ومن ذلك كله يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يخرج في تعديله للمادة 64 عن أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة حق للطفل المحضون و حق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون، أي هي حق مشترك جعله المشرع مرتبطا بالنظام العام مما يجعل مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار آخر .[1]

. رغم التعديل الجديد الذي أحدثه المشرع الجزائري في ترتيب الأشخاص اللذين يمكن أن تسند لهم الحضانة إلا أنه بقي محافظا على مكانة الأم باعتبار أن لها الأولوية في حضانة أولادها ولا يمكن لأي أحد أن ينزع منها هذا الحق لأنها أعطف و أحن و أشق عليه من غيرها .

و هو بذلك كان أقرب إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري. ثم يلي الأم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة و بعد العمة يأتي دور الأقربين درجة كما أن مصلحة الصغير قد تغير ترتيب الحاضنين ، لذلك القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة فهو ملزم بأن يسندها لمن هو أحق بها و عليه أن يراعي في كل ذلك مصلحة المحضون فمثلا إذا كانت مصلحة الطفل تقتضي أن يكون مع الجدة لأب فهنا يحكم لها بحق الحضانة رغم أن المادة أعطت الأولوية للجدة لأم. و هذا معناه أن الترتيب الذي حدده المشرع الجزائري غير إلزامي فهو يخدم مصلحة المحضون بالدرجة الأولى ، و المشرع بذلك لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أن كلاهما يهدف إلى تحقيق مصلحة المحضون .

[1] احمد شامي ، ***قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة*** ،مرجع سابق ، ص 309 .

خلاصة الفصل :

أستخلص من خلال ما تم استعراضه في الفصل الأول :

. أن الحضانة هي القيام برعاية الولد و تعليمه و تربيته و السهر على حمايته و حفظه و ذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون.

. كما أستخلص أيضا أن فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للحضانة لم يخرجوا عن كل ما يحقق النفع للمحضون و قد استدلوا على مشروعية ذلك بأدلة كثيرة من القرآن الكريم ، و السنة الشريفة و الإجماع .

. و قد اشترط كل من فقهاء الشيعة الإسلامية و أيضا المشرع الجزائري جملة من الشروط التي يجب توفرها في الحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى ومن بين هذه الشروط : العقل ، البلوغ و الذي لم يعبر عنه المشرع الجزائري صراحة و إنما عبر عنه بمصطلح الأهلية أي أن يكون الحاضن كامل الأهلية ، حتى يقوم بواجبه اتجاه المحضون ، بالإضافة إلى الإسلام ، القدرة ، الأمانة و الأخلاق الحميدة .

و إذا تخلفت أحد هذه الشروط سقط حق الحاضن في ممارسة الحضانة و تنتقل بذلك الحضانة إلى غيره ممن له الحق في حضانة الصغير .

. كما أستنتج أيضا أن الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري في تعديله الجديد فيما يخص أصحاب الحق في الحاضنة بعد الأم قد خالف فيه الترتيب المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية إلا أنه لم يخرج في ذلك عن أحكامها باعتبار أن كلاهما يهدف إلى تحقيق و مراعاة مصلحة المحضون .

. أن الحكمة من الحضانة و الغرض المنشود منها هو تحقيق مصلحة المحضون باعتبارها من أهم الحقوق التي أقرتها له الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية لأنه في هذه المرحلة من حياته يكون بحاجة لمن يرعاه و يقوم بأموره و يحفظ حياته و يحقق مصالحه .

الفصل الثاني

الفصل الثاني : آثار الحضانة المتعلقة بحقوق المحضون :

رتب المشرع الجزائري وقبله الشريعة الإسلامية آثارا لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا الزوجين المنفصلين ، و ذلك لما تتطلبه الحضانة من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته نشأة سوية ، و من بين هذه الآثار النفقة ، السكن و الزيارة والإخلال بهذه الواجبات يؤدي إلى سقوط الحضانة عن صاحبها .

و من خلال هذا الفصل سأحاول تبيان المقصود بالنفقة باعتبارها من الحقوق الأساسية للمحضون بالإضافة إلى تحديد شروط وجوب النفقة و تاريخ استحقاقها بالنسبة للمحضون ذكرا كان أو أنثى و ذلك من خلال أحكام الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، ثم تطرقت إلى سكن المحضون ، إضافة إلى حق الزيارة و مدته و التي تعتبر حق لكل من المحضون و زائره سواء كان الأب أو الأم أو أحد الأقارب ممن لهم الحق في زيارة المحضون . و أخيرا سأوضح الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة عن صاحبها و انتقالها إلى غيره ممن لهم الحق في الحضانة ، و كذا الأسباب التي تؤدي إلى عودة ذلك الحق . و لهذا جاء هذا الفصل في ثلاث مباحث : نفقة المحضون ***(المبحث الأول)*** ،سكن المحضون و زيارته ***(المبحث الثاني)*** ، سقوط حق رعاية المحضون و عودته ***(المبحث الثالث)*** .

المبحث الأول : نفقة المحضون :

إن الأب هو من له سلطة الإنفاق على أولاده ، لأنهم في فترة طفولتهم يكونون غير قادرين على الإنفاق على أنفسهم بل في حاجة لمن ينفق عليهم و يلبي احتياجاتهم و ذلك وفقا لإمكانيات الأب .

و لذلك يقسم هذا المبحث إلى مطلبين : مفهوم النفقة ***(المطلب الأول)*** ، تاريخ استحقاق النفقة ***(المطلب الثاني)*** .

المطلب الأول : مفهوم النفقة :

حيث يجب التعرض أولا إلى تعريف النفقة ، شروط وجوبها ، إضافة إلى كل ما تشمله النفقة . من خلال تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع : تعريف النفقة ***(الفرع الأول)*** ، شروط وجوب النفقة و مشمولاتها ***(الفرع الثاني)*** .

الفرع الأول : تعريف النفقة :

أولا : تعريف النفقة لغة :

من نفق ماله ودرهمه وطعامه نفقا ونفاقا . وأنفقوا . أنفقت أموالهم وأنفق المال : صرفه . والنفقة ما أنفقت و استنفقت على العيال وعلى نفسك .[1]

ثانيا : تعريف النفقة شرعا :

لقد تعددت عبارات الفقهاء في تحديد معنى النفقة ، على النحو التالي :

[1] ابن منظور ، ***لسان العرب*** ، مرجع سابق ، ص396 .

1. مذهب الحنفية : يقصد بها الإدرار على الشيء بما به بقاؤه . و قد عرفت النفقة هنا بقصدها ، ومعناها هو : الإنفاق على الإنسان من زوجة و أولاد وأقارب ، و كل من تلزم نفقته بما فيها المحافظة غلى سلامته و حياته .

2. مذهب المالكية : يقصد بها ما يدفع به الإنسان حاجة غيره ، من غداء وسكن وملبس، وما يلحق بذلك من كل ما تتطلب المعيشة ،بدون تقصير ،ولا إسراف،بحسب حال الطرفين.

3. مذهب الشافعية : يعرفونها بقولهم أن الإنفاق هو الإخراج ولا يستعمل إلا في خير .

4. مذهب الحنابلة : يعرفونها بقولهم هي كفاية من يمونه ، خبزا ، و أدما ، و كسوة وتوابعها.[1]

. رغم تعدد التعاريف و العبارات التي قدمها الفقهاء للنفقة إلا أنهم لم يخرجوا في تعريفهم للنفقة عن ثلاثة أشياء : الطعام ، الكسوة والسكن باعتبارها من أهم العناصر الأساسية التي يحتاجها الطفل في حياته لأن الهدف الأساسي من النفقة هو تحقيق مصلحة الطفل .

ثالثا : تعريف النفقة قانونا :

إن قانون الأسرة الجزائري لم يورد تعريفا محددا للنفقة بل تكلم فقط عن أحكامها ومشمولاتها . لذلك فالنفقة به ذه الصورة هي الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل ، من ملبس ومأكل و مصاريف علاج ...إلخ [2]

. إذا فالنفقة هي كل ما ينفقه الحاضن على المحضون من مأكل و مشرب و مصاريف علاج وتعليم لأنه في هده الفترة يكون غير قادر على إعالة نفسه .

---

[1] جاسر جودة ، علي العاصي ، ***نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني*** ، مذكرة ماجستير ، كلية الشريعة و القانون في الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2007م ، ص 3 . 5 .

[2] فضيل سعد ، ***شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق*** ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، د ن ، ص 383 .

الفرع الثاني : شروط وجوب النفقة و مشمولاتها :

أولا : شروط وجوب النفقة:

أ. شروط وجوب النفقة في الشريعة الإسلامية *:*

اختلف الفقهاء في تحديد شروط وجوب النفقة كما يلي :

1. الحنفية : إذا كان الولد ذكرا :

. أن يكون الولد فقيرا لا مال له فإن كان له مال فينفق عليه من ماله و إن لم يكن لديه مال فنفقته واجبة على أبيه .

. أن لا يبلغ الحلم ، فإن بلغ ولم يكن به عاهة تمنعه من اكتساب المال ، فكان عليه أن يكتسب و ينفق على نفسه و إلا استمرت نفقته على أبيه ، أما إذا كان الابن طالب العلم مستقيم الحال فإن نفقته تجب على أبيه حتى و لو كان كبيرا و ليس والده من منعه طلب العلم ، و إن كان للابن زوجة فلا تجب نفقة الزوجة على والده .[1]

. أن يكون حرا أي أن لا يكون الولد مملوكا للغير فإن كان مملوكا للغير فإن نفقته لا تجب على الوالد بل تكون واجبة على المالك .

. أما إذا كانت أنثى :

. أن تكون هذه البنت فقيرة فإذا كان لها مال وجب أن ينفق عليها من مالها و ليس للأب أن يؤجر ابنته الفقيرة في عمل لتكسب ، بخلاف ما إذا كان ذكرا و له أن يدفعها إلى امرأة تعلمها حرفة الخياطة و النسيج ، أو نحو ذلك فإن تعلمت و كان لها من ذلك العمل مال فإن نفقتها تكون من مالها الذي كسبته .

[1] الكاساني، ***بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع***،الناشر زكريا علي يوسف مطبعة الإمام ،مصر، الجزء الخامس، د ن ، ص2232.

. أن تكون حرة فلو كانت مملوكة كانت نفقتها على مالكها .

2. المالكية :

يجب على الأب نفقة أولاده بالشروط الآتية :

. أن يكونوا فقراء لا مال لهم فلو كان للولد مال أو صنعة رائجة يمكنه أن يكتسب منها فالنفقة له على أبيه وإذا كان له مال قبل بلوغه فإنه يكون له الحق في النفقة على أبيه .

. أن يكون بالغا عاقلا على الكسب فإذا بلغ على هذه الحالة فإن نفقته تسقط على أبيه ، أما إذا بلغ مجنونا أو ذا عاهة تمنعه من الكسب فإن نفقته تستمر على أبيه .

. أن يكون الولد حرا غير مملوك للغير فإن كان مملوكا للغير وجبت نفقته على مالكه .

أما إذا كانت أنثى حرة فإن نفقتها تجب على أبيها حتى يدخل بها زوجها أو يدعى للدخول بها ، فإن النفقة في هـ ذه الحالة تجب على الزوج ، أما إذا طلقها أو مات عنها زوجها عادت نفقتها على أبيها .[1]

. أن يكون الأب موسرا فإذا كان معسرا لا يلزم الأب على الكسب لأجل نفقة أولاده حتى ولو كان قادرا على الكسب بصنعة أو غيرها لم يجب عليه التكسب لينفق على أولاده المعسرين .[2]

3. الشافعية :

تجب على الأب النفقة بالشروط الآتية :

[1] عبد الرحمان الجزيري ، ***كتاب الفقه على المذاهب الأربعة*** ، الجزء الرابع ، دار الفكر، د ب ، 1969 ،ص 441

[2] عبدالرحمان الجزيري ،***كتاب الفقه على المذاهب الأربعة*** ، مرجع سابق، ص 449 / 450 .

. أن يكون الابن صغيرا فإذا كان بالغا فلا تجب له على أبيه نفقة إلا إذا كان مجنونا أو ذا عاهة تمنعه من الكسب فإن نفقته تبقى مستمرة على أبيه . أما إذا كانت أنثى فإن نفقتها تجب على أبيها إلا أن تتزوج فتصبح نفقتها واجبة على زوجها أما إذا كانت قادرة على الزواج و امتنعت فتسقط نفقتها عن أبيها لأن هذا ضرب من ضروب الكسب ، و الولد يجب عليه الاكتساب متى كان قادرا .[1]

. أن يكون الولد ذكرا كان أو أنثى فقيرا فإذا كان الصغير غنيا فنفقته لا تجب على أبيه بل ينفق من ماله . أن يكون حرا فإن كان مملوكا فنفقته على مالكه ، أما الأم فليست مجبرة على النفقة و إنما عليها أن ترضع صغارها فقط .

4. الحنابلة :

تجب النفقة على الأب بالشروط الآتية :

. أن يكونوا فقراء فمتى كانوا موسرين فلا يجب الإنفاق عليهم ، ومتى كانوا قادرين على الكسب و الإنفاق على أنفسهم .

. أن يكون للأب أو لمن تجب عليه النفقة مال زائد ينفقه عليهم وعلى نفقته و نفقة زوجته و خادمه .

. أن يكون الأب أو الابن حرين فإذا كان الأب رقيقا أو الابن رقيقا فلا تجب لأحدهما نفقة على الآخر .

. أما إذا كان الأب معسرا و له ولد موسر فإن على ابنه أن ينفق على أبيه المعسر وعلى إخوته الصغار و على زوجة أبيه .

[1] علي العدوي الخوشي ،***على مختصر سيدي خليل***،دار الفكر بيروت،مجلد الثالث،دار صادر بيروت،الجزء الثالث، د ت ، ص203 .

. لقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية جملة من الشروط التي يجب توفرها لكي تجب نفقة الصغير على أبيه و لا فرق في ذلك إذا كان المحضون ذكرا أو أنثى و من بين هذه الشروط أن لا يكون المحضون بالغا فإذا كان بالغا فنفقته تكون في ماله ، أن يكون المحضون حرا سواء كان ذكرا أو أنثى فإذا كان مملوكا فنفقته تكون على مالكه . و بتخلف أحد هذه الشروط تسقط نفقة المحضون على أبيه فكل هذه الشروط شرعت لتحقيق مصلحة المحضون و خدمته و رعايته.[1]

ب . شروط وجوب النفقة في القانون الجزائري:

1. أن يكون الابن فقيرا لا مال له و هـ ذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة : " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و سقط بالاستغناء عنها بالكسب ".[2]

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا : أنه من المقرر شرعا أن إثبات دفع نفقة الأبناء من المسائل الموضوعية التي تقتضي بأنه في حالة الخلاف عليها بين الزوجين ، و الحال أن الزوج حاضر بالبلد و يدعي الإنفاق على زوجته و أبنائه منها ، فالقول له بيمينه ، و إن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية . و لما كان من الثابت في قضية الحال أن نفقة الابن حكم بها على أبيه الطاعن بدون دليل أو يمين رغم إدعائه أنه لم يترك ابنه بدون نفقة طوال فترة الفراق ، فإن الحكم بها عليه دون يمينه يعد حيادا عن القواعد الشرعية المتعلقة بإثبات دفع نفقة الأبناء ، ما يترتب عليه قبول الوجه المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ .

---

[1] عبد الرحمان الجزيري ***كتاب الفقه على المذاهب الأربعة*** ، مرجع سابق ، ص 450 / 451

[2] المادة 75 من الأمر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار فيما قضى به بخصوص نفقة الولد .[1]

– الملاحظ من خلال نص المادة 75 ق . أ ، أن النفقة من واجب الأب على ابنه الذي لا مال له ، و تستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد ، أما بالنسبة للإناث فتستمر نفقتهم إلى سن الزواج أو وقت الدخول بهن ، أما بالنسبة للأولاد الع اجزين عن الكسب بسبب مزاولتهم الدراسة أو بسبب عاهة عقلية أو بدنية فتستمر نفقة الأب عليهم و لا يسقط واجب الأب في النفقة على أولاده إلا إذا استغنى من قدرت له مصلحة هذه النفقة بسبب قدرته على الكسب و ذلك مراعاة للمحضون وحفظا لمصلحته .

2. أن لا يكون الأب معسر: فلابد أن يكون الأب قادرا و أن يكون الابن محتاجا للنفقة ، إذا لم يكن له مال أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب . فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج .[2]

و ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة ما إذا كان الأب عاجزا و الأم قادرة على النفقة و المقصود بالعجز هنا هو عدم القدرة التامة على الاسترزاق لا لكونه فقير .

حيث نصت المادة 76 من قانون الأسرة على : " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " .

حيث جاء في قرار عن المحكمة العليا : أنه من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين ، وتلزم الأم بدفع نفقة الأولاد متى كانت قادرة على ذلك و عجز الأب عن دفعها . و لما تبين من قضية الحال أن الطاعن أثار موضوع

[1] بلحاج العربي ، ***قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا*** ، ط4 ، 2010 ، د ب ، ص 407

[2] باديس ديابي ، ***آثار فك الرابطة الزوجية*** ، مرجع سابق ، ص 84 / 85 .

نشوز زوجته التي رفضت العودة من فرنسا إلى أرض الوطن ، و بقيت تتقاضى أجرتها هناك من عملها عكس حالته ، بحيث فقد منصب عمله ، وعلى هذا الأساس طلب إعفاءه من نفقة الأولاد ، فإن قضاة الموضوع بإخفالهم مناقشة هذين الدفعين سواءا إيجابا أو سلبا، يكونوا قد عرضوا قرارهم للنقض في كل ما قضى به ، باستثناء نفقة العدة. [1] .

إن الملاحظ من خلال نص المادة 76 ق . أ ، أن النفقة واجبة على الأب لأولاده بشرط أن يكون الأب قادرا على الكسب و أن يكون الابن محتاجا لها ، لكونه لا مال له ، أو لصغر سنه ، أو يكون ذا عاهة أو مزاولا للدراسة و يسقط هذا الحق في حالة عجز الأب أو فقره و تنتقل نفقة الأولاد إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك أي أن يكون لها مال يمكن أن تنفقه على أولادها و لها أن تعود على الأب إذا ظهر يسره لأنه هنا يعتبر بمثابة المدين لها ، و يكون ذلك في حدود ما تقتضيه مصلحة المحضون .

3 . حيث تنص المادة 77 من قانون الأسرة : " تجب نفقة الأصول على الفروع حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة و الإرث ".[2]

حيث جاء في قرار عن المحكمة العليا :

من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين و ظروف المعاش و لما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدّر النفقة حسب حال الطرفين و أجاب على أن النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون و أن عدم الأخذ بشهادة عدم العمل الصادرة عن البلدية يرجع للسلطة التقديرية

[1] بلحاج العربي ، ***قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا*** ، مرجع سابق،ص413 /414.

[2] المادة 77 من ألأمر رقم 05 . 02 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

للقضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .[1]

. إن النفقة شرعت لتحقيق مصلحة المحضون و مراعاة لظروف معيشته فهي تشتمل على عنصرين أساسيين و هما القدرة و الاحتياج . فالمكلف بالنفقة يجب أن يكون له القدرة على ذلك و المحضون يجب أن يكون بحاجة إليها و لهذا فالقاضي عند حكمه بتقدير نفقة المحضون فهو ملزم بأن يراعي حالة الطرفين سواءا المكلف بالنفقة أو من قدرت له النفقة و تكون بقدر احتياج المحضون و حسب ظروف معيشته و إلا تنتقل إلى غيره ممن له حق الحضانة و ذلك باعتبار أن النفقة شيء ضروري للمحضون .

4 . صندوق النفقة : حيث يهدف هذا القانون إلى إنشاء صندوق النفقة و تحديد إجراءات الاستفادة من مستحقاتها المالية و ذلك من أجل حماية الحقوق الأساسية للمحضونين وذلك في حالة طلاق الوالدين ، حيث يستفيد من المستحقات المالية لصندوق النفقة الطفل المحضون المحكوم له بالنفقة و يتولى قبض هذه النفقة لصالحه المرأة الحاضنة ،كما تستفيد المرأة المطلقة أيضا من هذه النفقة .

حيث يتم دفع المستحقات المالية لصندوق النفقة إلى المستفيد إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد للنفقة نظرا لامتناع المدين (والد الطفل) عن الدفع أو لعدم معرفة محل إقامته ، و يسقط حق الاستفادة من المستحقات المالية بسقوط الحق في الحضانة أو انقضائها طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها.[2]

---

[1] ملف رقم 688621 المؤرخ في 16 / 03 / 1999 ، ***الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية قسم الوثائق للمحكمة العليا*** ، الجزائر 2001 ، ص 263 .

[2] قانون رقم 15 . 01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير ، سنة 2015 ، المتضمن إنشاء صندوق النفقة ، ص7 .

. الملاحظ من خلال هذا القانون أنه شرع لمصلحة المحضون بالدرجة الأولى و الحاضنة أو المطلقة بالدرجة الثانية وذلك مراعاة لمصلحة المحضون و ما تقتضيه ظروف المعيشة.

. إن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الطفل المحضون لإقامة حياته من طعام ، كسوة ، علاج ، سكن و خدمة و يكون ذلك بحسب الأعراف و العادات في الوسط الذي تفرد فيه النفقة و بحسب الوسع و الاحتياج .

ثانيا : مشتملات النفقة :

أ . مشتملات النفقة في الشريعة الإسلامية :

اختلف الفقهاء في تحديد مشتملات النفقة إلى أربعة آراء :

1 . الحنفية : تشمل النفقة الخبز و الأدم و الملبس و المسكن و الخادم ويش يون إلى الإعفاف أما بيان المقدار الواجب في النفقة هو بقدر الحاجة و الكفاية ، و استدل الحنفية بقول الرسول صلى الله عليه و سلم لهند : " خدي ما يكفيك و ولدك بالمعروف ".[1]

2 . المالكية : قالوا تشتمل النفقة على الخدمة و الإعفاف .

3 . الشافعية :

قالوا تقدر النفقة بما فيه كفايتهم من قوت و أدم و كسوة و لا بد من إشباعهم بدون مبالغة و عليه شراء الأدوية و أجرة الطبيب و الخادم.

[1] الكاساني، ***بدائع الصنائع*** ، مرجع سابق ، ص 2232 .

4 . الحنابلة :

قالوا بأن مشتملات النفقة تتكون من الطعام و الكسوة و السكن و الخادم و إعفاف من تجب له النفقة .[1]

ب . مشتملات النفقة في القانون الجزائري :

نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " تشمل النفقة : الغداء و الكسوة والعلاج و السكن أو أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ".

. الملاحظ من نص المادة 78 أن المشرع الجزائري قد حدد مشتملات النفقة التي يحتاجها الطفل في حياته و التي يجب على الأب أن يوفرها له و هي :

1 . الغداء و المتمثل في الطعام و الشراب .

2 . الكسوة و تتمثل في اللباس .

3 . العلاج .

4 . المسكن الصالح للعيش و في حالة عدم قدرته على توفير مسكن يدفع بدل الإيجار.

5 . كل ما يحتاجه الطفل وفقا للعادات و الأعراف .[2]

. إن تحقيق مصلحة المحضون يقوم على ركن أساسي و هو النفقة باعتبارها أهم عنصر تقوم عليه هذه المصلحة ، و نفقة المحضون تشمل كل الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل ، من مأكل و مشرب و مصاريف علاج ، و تعليم . لأنه في هذه الفترة يكون غير قادر على إعالة نفسه بل في حاجة لمن يرعاه و يحفظ مصالحه ، و لذلك يجب على القاضي عندما يحكم بمبلغ النفقة أن يراعي كل هذه العناصر باعتبارها من الضروريات .

[1] عبد الرحمان الجزيري ،***كتاب الفقه على المذاهب الأربعة*** ، مرجع سابق، ص 450 / 451 .

[2] المادة 78 من الأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

المطلب الثاني : تاريخ استحقاق النفقة :

حيث يقسم هذا المطلب إلى فرعين : تاريخ استحقاق النفقة في الشريعة الإسلامية ***(الفرع الأول)***، تاريخ استحقاق النفقة في القانون الجزائري ***(الفرع الثاني)*** .

الفرع الأول : تاريخ استحقاق النفقة في الشريعة الإسلامية :

. يبدأ استحقاق نفقة الحضانة من أجرة و مسكن و خادم في رأي الحنيفة كما يبدأ استحقاق أجرة الرضاع و قياسا عليها ، فإذا كان هناك اتفاق على الحضانة بأجر معين ، أو حكم قضائي بالأجر، استحقت الحاضنة الأجر من تاريخ الاتفاق أو الحكم .

و إذا لم يوجد اتفاق على الأجر، و لا حكم به، فإن كانت الحاضنة غير الأم، فلا تستحق أجرة على الحضانة إلاّ من تاريخ الاتفاق أو الحكم.

و إن كانت الحاضنة هي الأم ، استحقت الأجرة من وقت قيامها بالحضانة بعد انتهاء العدة من غير توقف على تراضٍ أو قضاء . و قيل : من يوم الاتفاق أو الحكم . [1]

الفرع الثاني : تاريخ استحقاق النفقة في القانون الجزائري :

تنص المادة 80 من قانون الأسرة بأن : " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى " . [2]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا :

من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجع ة النفقة إلا بعد مضي سنة من الحكم و لا يجوز الطعن بحجة الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة

[1] وهبة زحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7316.

[2] المادة 80 من الأمر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

و النفقات بصفة عامة . ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 27 / 09 / 1988 ، و مراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة و المدرسة و أجرة السكن . فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .[1]

. و عليه طبقا لنص المادة 80 فإن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم ن و يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل الدعوى ، و لما بعد صدور الحكم .[2]

كما يجوز أن تكون بعد صدور الحكم في الحالة التي يتضمن فيها الحكم القضاء بالطلاق و إسناد حق الحضانة إلى المطلقة ، حيث يجوز الحكم في مثل هذه الحالة بنفقة مستقبلية للأولاد . كما يجوز للمحكمة أن تحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أو الأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراء المرافعة ثم تفصل فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع .[3]

. إن دعوى النفقة من بين الدعاوي التي يجب أن يفصل فيها بشكل استعجالي نظرا لارتباطها بالطعام و الشراب و الكسوة و المسكن . و ذلك من أجل المحافظة على مصالح الأبناء و مراعاة لظروف معيشتهم لذلك يجب أن يتبع إجراءات مستعجلة للفصل فيها بسرعة .

---

[1] بلحاج العربي ، ***قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا*** ، مرجع سابق ، ص 429/428.

[2] بلحاج العربي ، ***أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد*** ، ط1 ، دار الثقافة ، الجزائر ، 2012، ص 446 .

[3] بلحاج العربي ، ***أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد*** ، مرجع نفسه ، ص 446 .

المبحث الثاني : سكن المحضون و زيارته :

إذا كانت النفقة أثر من آثار الطلاق فإن توفير سكن للحاضنة لممارسة الحضانة يعتبر جزء من الحضانة و ذلك حماية لحقوق و مصلحة المحضون كما يعتبر حق الزيارة أيضا من الآثار المترتبة عن منح الحضانة لأحد الوالدين حتى ينشأ الطفل في كنف والديه وتحت رعايتهما .

و من هنا يقسم هذا المبحث إلى مطلبين : تعريف سكن المحضون ***(المطلب الأول)*** ، حق المحضون في الزيارة ***(المطلب الثاني)*** .

المطلب الأول : تعريف سكن المحضون :

إن السكن يعتبر من مشتملات النفقة المقررة على الزوج للحاضنة و عليه فإنه حق ملزم للزوجة ، لقوله تعالى : " ***أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم*** " . الطلاق الآية 16

حيث جاء هذا المطلب في فرعين : تعريف السكن ***(الفرع الأول)*** ، مواصفات السكن (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعريف السكن :

إن الحياة الزوجية تقوم أساسا على جمع شمل الزوج بالزوجة و أولادهما في مسكن يأويهما ، لأن الغاية من الزواج تأبيد العلاقة بين الزوجين ، و يقع على الزوج عبأ توفير المسكن كونه حق للزوجة استمدته من عقد الزواج و لا ينقضي إلا بانقطاع العلاقة الزوجية أو بالوفاة كما أن تكليف الزوج بتوفير مسكن للإقامة فيه مع زوجته جاء من أجل تمكين الزوجة من أداء الواجبات الزوجية و إنجاب الأولاد و رعايتهم و مراعاة شؤونهم . أما بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق فالأب

ملزم بتوفير مسكن مخصص للقيام بواجب الحضانة من رعاية و تربية و حفظ للمحضون من كل الجوانب.

أولا : تعريف السكن لغة :

. تسكن من السكون ضد الحركة و سكن الشيء يسكن سكونا إذا ذهبت حركته ، سكن الرجل أي سكت و قيل سكن في معنى سكت ، السكن و المسكون و المسكن هو المنزل والبيت.

و السكن هو كل ما سكنت إليه و اطمأنت به من أهل و غير . و السكن أيضا سكن الرجل في الدار.[1]

. إن المسكن و السكينة مشتقان من أصل واحد ، فإن لم يكن مسكن لن تكون سكينة و يقع الاضطراب و الضياع. [2]

ثانيا : تعريف السكن شرعا :

. اختلف الفقهاء في تعريف مسكن الحضانة كما يلي :

1. رأي فقهاء المالكية :

اختلف فقهاء المالكية في سكن الحضانة فمنهم من قال بأن سكن المحضون و الحاضنة في مال من عليه نفقة الولد بغض النظر عن امتلاك الحاضنة لسكن أم لا .

و منه من قال أنها على المعمر من الأب و الحاضنة ، بمعنى أن الحاضنة إذا أُيسرت دون الأب لم يكن على الأب سكنة ، و إن أُيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء .

---

[1] إبن منظور ، ***لسان العرب*** ، مرجع سابق ، ص 311 .

[2] حميدو زكية ، ***مصلحة المحضون*** ، مرجع سابق ، ص 128 .

و الرأي المرجح من هذه الأقوال هو جعل أجرة السكن على عاتق من تقع عليه النفقة سواءا كان السكن لفائدة المحضون أو الحاضنة ، و لا فرق بين الأمرين ما دام المحضون يقيم مع حاضنته.

2 . رأي فقهاء الحنفية :

اختلف الفقهاء في مسألة مسكن المحضون على قولين :

الأول : لا تجب على الأب أجرة المسكن الذي بحضن فيه الصغير إذا كان للحاضنة مسكن لأن الولد ليس محتاجا إليه أما إن لم يكن للحاضنة سكنا يفرض لها أجرة مسكن لممارسة الحضانة . [1]

الثاني : تجب على الأب أجرة المسكن ، و لا تستحق على الأب إذا كان الصغير يقيم صحبة أبويه بمسكن الأب أو صحبة الحاضنة بمسكن الأب .

فالصغير يستحق أجر المسكن سواء كان يقيم لدى الحاضنة بملكها الخاص أو بأجر لأن أجر مسكن الصغير على أبيه شرعا و يلتزم بتوفيره .

3. رأي فقهاء الشافعية و الحنابلة :

اتفق فقهاء الشافعية و الحنابلة على حق الصغير الفقير في أجرة المسكن على أبيه إن كان موسرا فكما تجب عليه أجرة الرضاع و أجرة الحضانة تجب عليه أجرة المسكن أو إعداده إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير و هذه الأجرة تجب من حين قيام

[1] عيسى طعيبة ، ***سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي***،رسالة ماجستير،جامعة الأمير عبد القادر ، العلوم الإنسانية، ص 24 / 25 .

الحاضنة بها و تكون دينا في ذمة الأب لا يسقط إلا بالإبراء أو بالأداء فالمقرر شرعا أن أجرة المسكن من أجرة الصغير. [1]

ثالثا: تعريف *السكن قانونا :*

نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة ، و إن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار .

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن . [2]

إذن و من خلال نص المادة يتضح أن مسكن الحضانة من نفقة الصغير على أبيه إذا لم يكن للصغير مال. ومن أجل ذلك أوجب القانون على الأب أن يوفر مسكنا لحضانة ولده. [3]

و يجب أن يكون المسكن ملائما للحضانة و هذه الملائمة متروك أمر تقديرها للقاضي الذي ينظر في النزاع حول مسكن الحضانة ،و إذا تعذر على الأب توفير مسكن للحضانة انتقل الالتزام إلى بديل المسكن و هو دفع إيجار مسكن ملائم لممارسة الحضانة.

و قد حدد المشرع الجزائري مجموعة من الشروط التي يجب توفرها لإمكانية الحكم للحاضنة بسكن مناسب تقيم فيه هي و محضونها ، و تتمثل هذه الشروط في :

1 . أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر .

---

[1] عيسى طعيبة ***سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي***، ص 25 / 26 .

[2] المادة 72 من الأمر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

[3] أحمد نصر الجندي ، ***شرح قانون الأسرة الجزائري*** ،دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر 2009، ص 61.

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

3 . أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده. و إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فيجب عليه في هذه الحالة أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها و لمثلها . [1]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا :

للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكنا آخر و هذا نظرا لمصلحة المحضونين.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازل عليه منذ 11 سنة ، أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ، و أن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنا آخر . و عليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس و حق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .

كما جاء في قرار آخر : أنه لا يعفى الوالد من توفير السكن ، أو دفع بدل الإيجار ، باعتبارهما من مشمولات النفقة ، حتى و إن كان للحاضنة سكن . [2]

[1] عبد العزيز سعد ، ***قانون الأسرة الجزائري*** ، مرجع سابق ، ص 145 / 146 .

[2] بلحاج العربي ، ***قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا*** ، مرجع سابق ، ص 384/382 .

. إن السكن يعتبر من الضرورات الأساسية للمعيشة فعلى الرغم من أن المشرع الجزائري ذكر مشتملات النفقة في المادة 78 إلا أنه أفرد السكن بنصوص خاصة نظرا لما له من أهمية في توفير الرعاية المادية و المعنوية للمحضون إذ يعتبر السكن من أهم عناصر النفقة نظرا لارتباط بقية العناصر به فالإنفاق ليس مقصورا على ما ينفقه الأب من ماله على الطعام و الشراب و الملبس فقط بل إن إسكان الطفل يبعده عن الضياع و التشرد والانحراف فالسكن يعتبر أهم عنصر لتحقيق مصلحة المحضون و المحافظة على حياته وتربيته جسميا و عقليا و روحيا.

الفرع الثاني : مواصفات المسكن :

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على مواصفات محددة في المسكن و قد إكتفى في نص المادة 72 بالقول بأن يكون سكنا ملائما . لكن و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة فإنه يشترط في المسكن مواصفات واضحة حددها فقهاء الشريعة الإسلامية و أطلقوا عليها بمواصفات المسكن الشرعي .

و تتمثل هذه الشروط في :

أولا : أن يكون المسكن يحتوي على باب له و أن يكون محتويا على المنافع الضرورية .

ثانيا : أن يحتوي المسكن على مستلزمات العيش الضرورية من طعام و كسوة .

ثالثا : يشترط في المسكن أيضا أن يكون له جيران و البيت الذي ليس له جيران إعتبره الفقهاء غير شرعي .

رابعا :أن يكون بعيدا عن اللصوص و أهل الفساد . [1]

[1] عبد الفتاح تقية ، ***قضايا شؤون الأسرة*** ،من منظور التشريع و القضاء ، دار ثالثة ، الجزائر ، 2011 ، ص 132.

. إن المشرع الجزائري لم يحدد مواصفات معينة لسكن المحضون ولكنه اعتمد في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية و ذلك باعتبار أن مسكن الحضانة هو حق للمحضون ، لكي يعيش فيه حياة آمنة و مريحة و بعيدا عن كل ضرر قد يلحق به أو يهدد مصلحته.

المطلب الثاني : حق المحضون في الزيارة :

. إن الزيارة تعتبر حق لكلا الأبوين و لكل من يرغب في رؤية المحضون أو يرغب المحضون في رؤيته ، و تكون في مكان محدد و لوقت معين .

حيث جاء هذا المطلب في فرعين : مكان زيارة المحضون ***(الفرع الأول)***، مدة زيارة المحضون ***(الفرع الثاني)*** .

الفرع الأول : مكان زيارة المحضون :

أولا : مكان زيارة المحضون في الشريعة الإسلامية :

هو المكان الذي تقيم فيه أم الطفل مع أبيه ، إذا كانت الزوجية قائمة بينهما ، و على هذا إذا كانت الحاضنة الأم و الزوجية قائمة ، لا يجوز للأم أن تنتقل من مكان الزوجية إلى غيره قبل أن يستغني عن أمه و تنتهي مدة حضانته ، إلا إذا أذن لها الزوج في الانتقال ، سواء كان الصغير معها أو لم يكن ، فإن الزوجة يلزمها أن تتبع زوجها و تقيم معه في المكان الذي يقيم فيه ، و للزوج أن يحول بينها و بين الانتقال.

فإن لم تكن الزوجية قائمة ، و كانت مطلقة ، فإن كانت في العدة فمكان حضانة الصغير هو مكان قضاء العدة ، و هو المكان الذي وقعت فيه الفرقة ، لأن المعتدة يلزمها أن تقضي العدة في هذا المكان ، و لا يجوز خروجها و لا إخراجها منه ، لقوله تعالى :

" لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ".

و لأن قضاء فترة العدة في بيت الزوجية واجب لحق الزوج و لحق الشرع ، لا يحل لها الانتقال منه بولدها حتى و لو كان ذلك بإذن الزوج . و بعد انقضاء عدتها من أب الصغير ، يجوز لها أن تنتقل به إلى بلد هو مدينة لا قرية ، يشترط أن يكون قريبا من البلد الذي كانت تقيم فيه ، بحيث يستطيع الأب أن يذهب إليه لرؤيته ، و يعود إلى بلده يبيت فيه ، لأنه ليس في هذا ضرر أو مشقة على الأب ، إذ تعتبر هذه النقلة كأنها انتقال من طرف إلى آخر في البلد الكبير الواحد ، فإن كان الانتقال إلى قرية فقد قال الفقهاء لا يجوز لأن في أخلاق أهل القرى جفوة فيخاف على الصغير أن يتعود بعاداتهم .[1]

و يتخلق بأخلاقهم فلا يجوز لها أن تنتقل إلى بلد بعيد و لو قرية و معها الصغير إلا بشرطين ،هما أن يكون هذا البلد هو بلدها الأصلي ،و أن يكون أبو الصغير تزوجها فيه ، فإذا توفر هذان الشرطان جاز للأم أن تنتقل بالصغير ، أما إذا لم يتوفر إلا شرط واحد أو كان بلدها دار الحرب و الزوج مسلم ، لم يجز لها الانتقال، ذلك لأنه إذا تزوجها في بلدها، كان إقدامه على ذلك رضا منه ضمنا بإقامتها بالولد فيه ، و هذا فضلا عن كون إقامة الأم بولدها في بلدها بعد انقضاء عدتها مصلحة لها لا توجد في بلد آخر هي وجودها بين أهلها و أقاربها ، و في ذلك مصلحة للصغير لإقامته مع أشفق الناس عليه و قد حدد القرب عند أهل الفقه ، كون الأب أو الولي في استطاعته أن يسافر إليه ، و يرى الولد ، ثم يعود إلى محل إقامته قبل دخول الليل ، و ما عدا ذلك فهو بعيد .

. إلا أن الفقه لم يتعرض إلى وسيلة الانتقال ، و ما يعتبر به المكان بعيدا أو قريبا ، ويظهر أن ذلك راجع للعرف الذي يتعارفه أهل كل زمان .

[1] بدران أبو العنين بدران ، ***الفقه المقارن للأحوال الشخصية*** ، مرجع سابق ، ص 561 / 562 .

. أما إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم ، كجدة الصغير أو أخته أو خالته أو عمته فمكان الحضانة هو بلد أب الطفل ، و لا يجوز لها أن تنتقل بالمحضون إلى غيره إلا برضاه .

و للأب أن ينعها من الانتقال إلى بلد آخر بدون رضاه و لو كان هذا البلد وطنا للحاضنة، لأن جواز الانتقال للأم إلى بلدها كان بسبب العقد أما غير الأم فلا يوجد عقد بينها و بين أب الطفل .

و لم يفرق الفقهاء بين البلد البعيد و البلد القريب ، إذا كانت الحاضنة غير الأم .

أما أب الصغير الذي هو في حضانة أمه ، فلا يجوز له أن يخرج الصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه ما دام في حضانتها إلا بإذنها ، لأن في هذا الإخراج تفويتا لحقها في الحضانة و حق الصغير، فكان ممنوعا عن ذلك سواء كان البلد قريبا أو بعيدا ، اللهم إلا إذا سقط حق الأم في الحضانة ، لسبب من الأسباب ، و لم يكن في البلد الذي هي فيه من ينتقل إليه حق حضانة الصغير ، فله أن ينقله من بلد أمه إلى البلد الذي توجد فيه من لها حق الحضانة، فإذا عادت أهلية أمه للحضانة فعليه أن يرده إلى أمه في مكانها. [1]

. الملاحظ مما سبق أن الحكمة من الحضانة هي مراعاة مصلحة الصغير و مراعاة حق الوالدين في ذلك ، ويكون ذلك بالجمع بين حضانة الصغير بأمه و أبيه و أقربائه ، حتى لا يضار والد و لا والدة بسبب الولد و كي لا يحرم الصغير من عطف من يحضنه وعطف و رعاية أبيه .

[1] بدران أبو العنين بدران ، ***الفقه المقارن للأحوال الشخصية*** ، مرجع سابق ، ص 562 / 565 .

ثانيا :مكان زيارة المحضون في القانون الجزائري :

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

و هذا ما أكده قضاة المحكمة العليا في قراراهم :

من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة . و متى كان في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها ، فإنهم بقضائهم لما فعلوا خالفوا الشرع و القانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن ، و أن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تمتع البنت برعاية والدها و لو ساعات محدودة و متى كان كذلك استوجب نقض القرار .[1]

. كما جاء في قضاء للمحكمة العليا : " من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا " .

[1] باديس دياني ، ***آثار فك الرابطة الزوجية*** ، مرجع سابق ، ص 91 / 92 .

. و من ثمّ فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد و هو بمنزلة والده كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من ق . أ ، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون .

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن . [1]

أما في مسألة الانتقال بالمحضون فالمشرع الجزائري لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي ، وجعله من مسقطات الحضانة إلا إذا حكم القاضي بذلك .

وهذا من خلال ما نصت عليه المادة 69 من قانون الأسرة :

" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون ".

فالمشرع من خلال نص المادة قد أوحى برغبته في ممارسة الحاضن لحضانة المحضون في بلد يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم لاسيما أبيه و أمه .

ولقد سارت المحكمة العليا نفس المسار عندما أسقطت الحضانة عن الأم التي تقطن بلدا أجنبيا ، و لقد جاء في القرار :

تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد و الوالد في الجزائر .

حيث أكد قضاة المحكمة العليا أنه و بالرجوع إلى القرار المطعون فيه ، يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية و نصوص القانون ، و ذلك كون رعاية الأبناء و تربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب ، غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب و الحاضنة لا تمكن الأب من القيام بمسؤوليته ، خاصة و أن الحاضنة تقييم في بلد أجنبي ، مما يفقد حق الأب في الزيارة و المراقبة ، و هذا يؤدي إلى حرمانه

[1] الغوثي بن ملحة ، ***قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء*** ، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر، د ت .

من العطف و الحنان على الأبناء المحضونين. غير أنه إذا كان الزوجان يقطنان بلدا أجنبيا واحدا فلا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني ، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر : " لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني ، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي ".

حيث أكد القرار أنه لا يحق للمطعون ضده المطالبة بنزع حضانة أولاده الثلاثة من أمهم الطاعنة بسبب كون هذه الأخيرة تقيم خارج التراب الوطني ،وهو يقر بأنه هو الآخر يقيم خارجه أيضا،كما أنه لا يحق للأب ، نزع الولد من أمه ويسافر به إلى مكان بعيد عن إقامة الحاضنة. [1]

ـ نظرا لما لحق الزيارة من أثر على مصلحة المحضون فقد أولاه المشرع الجزائري أهمية بالغة وقد حدد لذلك مكان تتم فيه الزيارة بحيث يكون ذلك المكان ملائم و مريح ولا يسبب حرجا لأي شخص يريد زيارة المحضون كما قد منع المشرع الجزائري كل من له الحق في الحضانة بالسفر بالمحضون إلى بلد أجنبي و ذلك حتى لا ينقطع عن رعاية أهله إلا إذا كان ذلك السفر فيه مصلحة للمحضون .

الفرع الثاني : مدة زيارة المحضون:

أولا : مدة الزيارة في الشريعة الإسلامية :

. حق الرؤية أو الزيارة لأحد الأبوين غير الحاضن مقرر شرعا باتفاق الفقهاء لصلة الرحم ، و لكنهم ذكروا آراء مختلفة نسبيا بحسب تقدير المصلحة لكل من الولد و الوالد الذي يكون ولده في حضانة غيره .

[1] باديس ديابي ، ***آثار فك الرابطة الزوجية*** ، مرجع سابق ، ص 94 .

رأي الحنفية :

إذا كان الولد عند الحاضنة ، فلأبيه حق رؤيته ، بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن الأب أن يراه فيه كل يوم . وإذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة ، أو لإنتهاء مدة الحضانة ، فلأمه رؤيته ، بأن يخرجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها ، كل يوم . والحد الأقصى كل أسبوع مرة كحق المرأة في زيارة أبويها ، والخالة تعتبر مثل الأم [1].

رأي المالكية :

للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة ، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة . والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم ، وأما بعد بلوغ سن التربية و التعليم ، فله مطالعة ولده من آن لآخر ، أي الإطلاع عليه.

رأي الشافعية :

أن المميز إن اختار أباه بعد تخييره في سن التمييز ، لم يمنعه زيارة أمه . و يمنع الأب الأنثى من زيارة أمها إذا اختارته لتألف الصيانة و عدم البروز للناس . والأم أولى منها بالخروج لزيارتها لسنها و خبرتها. ولا يمنع الأب أم المحضون من زيارته ، ذكرا أو أنثى ، لأن في المنع قطعا للرحم ، لكن لا تطيل المكث، و يمكنها من الدخول ، فإن بخل بدخولها إلى منزله،أخرجه إليها.

والزيارة تكون مرة في الأيام ، أي في يومين فأكثر ، لا في كل يوم ، إلا إذا كان منزلها قريبا ، فلا بأس بدخولها منزل الأب كل يوم .

[1] وهبة الزحيلي، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7320 .

فإن مرض المحضون ، فالأم أولى بتمريضه ، ذكرا أو أنثى ، لأنها أهدى إليه ، وأصبر عليه من الأب . والتمريض يكون في بيت الأب إن رضي به ، وإن لم يرضى يكون التمريض في بيتها . ويجب الاحتراس في الحالتين من الخلوة بها .

أما الحنابلة :

فقد أخذوا برأي الشافعية فقالوا إن اختار المميز أباه ، كان عنده ليلا و نهارا ، ولا يمنع من زيارة أمه ، ولا تمنع هي من تمريضه . وإن اختارها كان عندها ليلا ، وعند أبيه نهارا ليؤدبه ويعلمه .

وأما البنت فتكون عند أبيها بعد إتمام سن السابعة إلى الزفاف ، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر ، لأن فيه عملا على قطعية الرحم ، ولكن من غير أن يخلو الزوج بالأم، لأن الأم صارت بالبينونة أجنبية عنه . وإن مرضت البنت ، فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب ، لحاجتها إليها. والأم تزور ابنتها ، والغلام يزور أمه على ما جرت به العادة ، كاليوم في الأسبوع .

ثانيا : مدة الزيارة في القانون الجزائري :

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة للمحضون لأن المسألة رضائية يتفق الأطراف على تحديدها زمنا و مكانا .[1]

فالمشرع لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الزيارة ساعة واحدة أو عدة ساعات وكذا عدد الأيام وترك ذلك للقاضي الذي يراعي العرف و العادة ، ولقد جرت العادة على أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذلك الأعياد الدينية والوطنية وكذا في أيام العطل المدرسية ، إذا كان المحضون متمدرسا .

[1] باديس دياني ، ***آثار ك الرابطة الزوجية*** ، مرجع سابق ، ص 92.

أما زمن الزيارة فهو من التاسعة صباحا إلى غاية الرابعة مساءا ، غير أنه إذا كان المحضون رضيعا فإن الزيارة لابد أن تكون أقل من ذلك من أجل مصلحته . أما إذا كان الطفل قد بلغ سن التمييز وفقا للقانون المدني فباستطاعته زيارة والده أو والدته ولا يمكن أن يمنعه الحاضن أو الحاضنة من ذلك .[1]

. لكل من أبوي المحضون إذا افترقا حق رؤيته وزيارته ، و هذا أمر متق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية و هو وارد أيضا في قانون الأسرة الجزائري نظرا لما له من أهمية بالغة في رعاية مصلحة المحضون فالقاضي أثناء حكمه بإسناد الحضانة لمستحقها يجب أن يحكم بحق الزيارة و تختلف مدة الزيارة من شخص لآخر سواءا كان الأب ، الأم أو أحد الأقارب كالجدة أو الخالة أو العمة كما يجب أن تكون مدة الزيارة مرة واحدة على الأقل في الأسبوع .

[1] حسين بن شيخ آث ملويا ،***المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية*** ، ط2 ، دار هومة ،بوزريعة ، الجزائر ،2006 الجزء الأول، ص519 .

المبحث الثالث : سقوط الحق في رعاية المحضون و عودته :

إن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة فإذا قام الحاضن بكل الالتزامات المتعلقة بالحضانة بقي المحضون تحت رعايته إلى أن يبلغ السن القانونية لنهاية الحضانة أما إذا أخل بأحد الالتزامات أو فقد شرط من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه ويعود الحق في الحضانة إذا زال أحد تلك الأسباب التي أدت إلى فقدانها ، وإلا انتقلت إلى غيره ممن له الحق في الحضانة .

و من هنا يقسم هذا المبحث إلى مطلبين : سقوط الحق في رعاية المحضون ***(المطلب الأول)*** ، عودة الحق في رعاية المحضون ***(المطلب الثاني)*** .

المطلب الأول : سقوط الحق في رعاية المحضون :

ويقسم هذا المطلب إلى فرعين : سقوط الحق في رعاية المحضون في الشريعة الإسلامية ***(الفرع الأول)*** ، سقوط الحق في رعاية المحضون في القانون الجزائري ***(الفرع الثاني).***

الفرع الأول : سقوط الحق في رعاية المحضون في الشريعة الإسلامية :

تسقط الحضانة بأربعة أسباب عند المالكية ، ووافقهم في أغلبها غيرهم .

أولا : سفر الحاضن سفر نقلة و انقطاع إلى مكان بعيد ، مقدار ستة برد فأكثر ، كما تقدم ، فلو سافر ولي المحضون أو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر لا أقل منها ، فللولي أخذ المحضون ، وتسقط حضانة الحاضنة إلا أن تسافر معه . [1]

[1] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7309/ 7310.

أما عند الحنفية فيسقط الحق في الحضانة إذا سافرت الأم المطلقة إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته ويبيت فيه ، وأما غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال.

أما عند الشافعية : فيسقط الحق في الحضانة بالسفر لمكان مخوف وبقصد النقلة ، سواء كان طويلا أو قصيرا .

وعند الحنابلة : يسقط الحق بالحضانة بالسفر لبلد بعيد بمقدار مسافة القصر فأكثر .

ثانيا : ضرر في بدن الحاضن كالجنون و الجدام والبرص . ووافقهم فيه الحنابلة .

ثالثا : الفسق أو قلة دينه من الحضانة ، بأن كان غير مأمون على الولد ، لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة . وهذا متفق عليه .

رابعا : تزوج الحاضنة ودخولها ، إلا أن تكون جدة الطفل زوجا لجده أو تتزوج الأم عما له، فلا تسقط ، لأن الجد أو العم محرم للصغير . وهذا متفق عليه .

وكذا تسقط الحضانة عند الشافعية والحنابلة بالكفر،كما تسقط بالاتفاق بالجنون أو العته. [1]

. إن فقهاء الشريعة الإسلامية قد وضعوا مجموعة من الشروط و التي بتخلف أحدها يؤدي إلى سقوط حق الحاضن في الحضانة و ذلك حفاظا على مصلحة المحضون و مراعاة لما تقتضيه ممارسة الحضانة .

[1] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7310 / 7311.

الفرع الثاني : سقوط الحق في رعاية المحضون في القانون الجزائري :

إن قانون الأسرة الجزائري قد تطرق لسقوط الحق في الحضانة في عدة مواد من 66 إلى غاية نص المادة 70 .

ومن هنا فأسباب سقوط الحضانة هي كالآتي :

أولا : زواج الحاضنة بغير قريب محرم ، أو بالتنازل عنه : وه ذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون " .[1]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا : من المقرر شرعا أن التنازل عن الحضانة باختيار الحاضن مانع من إعادتها إليه ، ومن ثم فإن مخالفة هـ ذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

حيث أنه يتبين من مراجعة القرار المطعون فيه ودراسة أوراق ملف الدعوى أن الطلاق الذي وقع من الطرفين بمقتضى الحكم الصادر بينهما بتاريخ 21 نوفمبر 1976 كان باتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة ابنها عبد الكريم الذي أسندت حضانته إلى أبيه و ترك حضانة البنت دليلة إلى أمها على نفقة أبيها .

و حيث أن هذا العقد القضائي يعد بمثابة التزام أبرم بين الزوجين يجب تنفيده طبقا لما اشتمل عليه هذا من جهة ، و من جهة أخرى أن الولد عبد الكريم الذي تركته أمه سنة 1976 و هو يعيش مع أبيه طيلة هذه المدة دون أن تطالب أمه بحقها في حضانته أصبح في حاجة إلى رعاية و مراقبة أكثر من أمه التي لا يعرف لها مقر ثابت .[2]

---

[1] المادة 66من الأمر رقم 05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

[2] بلحاج العربي ، ***قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا*** ،مرجع سابق ،ص 123/122.

و حيث أن قضاة الاستئناف لما ألغوا الحكم الحالي فيما يتعلق بالحضانة و ترك ابنها لأبيه قد تجاهلوا المبدأ القانون العقد شريعة المتعاقدين و أساؤوا بأسباب خاطئة القاعدة الفقهية في الحضانة على أن يراعى في الحكم مصلحة المحضون عارضين بذلك قرارهم للنقض .

و في قرار آخر عن المحكمة العليا أنه من المقرر فقها و قانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية و القانونية ، كما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك ، فإن قضاة الاستئناف اللذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة و بإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه و القانون . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة . [1]

. إن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها و أسندت لها حضانة الأولاد يسقط حقها في هذه الحضانة بمجرد زواجها بشخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون و ذلك مراعاة لمصلحة المحضون فهنا تسقط الحضانة عنها و تنتقل إلى غيرها ممن له الحق في الحضانة أما فيما يخص التنازل عن الحضانة فالقاضي هنا ملزم أن يضع صوب عينيه دائما مصلحة المحضون و إن كان ذلك التنازل قد يضر بمصلحته أو لا .

[1] بلحاج العربي ، ***قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا*** ،مرجع سابق ،ص 124/123 .

ثانيا : تسقط بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن ، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية و الخلقية ، و لكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون .

وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها ، و سوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا . [1]

. إن مصلحة المحضون تقتضي أن يكون عند من هو أهلا لذلك و أن يكون قادرا على تحمل واجباته اتجاه المحضون باعتبار أن الهدف الأساسي من الحضانة هو تحقيق مصلحة المحضون و الإخلال بهذه الالتزامات يؤدي إلى سقوط الحضانة عن صاحبها و تنتقل بذلك إلى غيره .

ثالثا : عدم المطالبة بالحضانة لمدة تزيد عن سنة :

حيث تنص المادة 68 من قانون الأسرة : " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " . و معنى ذلك إذا كان مستحق الحضانة تخلى عنها ضمنيا و لم يطالب بها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق سنة كاملة فإن حقه يسقط بقوة القانون ، و لا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى إلا أن يمر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة ، و هنا سبب شرعي لأن الحضانة تكون قد سقطت بالتقادم لعدم المطالبة به من دون عذر شرعي .[2]

---

[1] بلحاج العربي ، ***الوجيز في شرح قانون الأسرة*** ، مرجع سابق ، ص 388/ 389 .

[2] عبد العزيز سعد ، ***الزواج و الطلاق*** ، مرجع سابق ، 301 / 302 .

كما أنها تسقط بقوة القانون ببلوغ المحضون 10 سنوات و المحضونة ببلوغ سن الزواج على أن يراعى في الحكم مصلحة المحضون دائما .[1]

. من أسباب سقوط الحضانة عن صاحبها مرور ما يزيد عن سنة للمطالبة بحقه في الحضانة و هذا طبقا لما جاء ي أحكام الشريعة الإسلامية ، و يبقى الطفل المحضون عند حاضنه حتى بلوغه السن القانوني لانقضاء الحضانة .

رابعا : سكن الجدة أو الخالة بالمحضون مع أمه المتزوج ة بغير محرم : حيث تنص المادة 70 قانون الأسرة : " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إ ذا سكنت بمحضونتها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ". [2]

. إذا توفرت كل هذه العناصر أي أن تقيم الخالة أو الجدة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم يعد هذا سببا لسقوط الحضانة عنها ، لأنه عند إسناد الحضانة يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون .

ومعنى ذلك أنه إذا كانت الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته لأمه و سكنت به في مسكن أمه بصفة دائمة و مستمرة ، وأن الأم متزوجة مع رجل غريب عن المحضون و لا تربطه به قرابة التحريم ، فإن حق الخالة أو الجدة في الحضانة يسقط بقوة القانون و يجوز لمن ينتقل إليه حق الحضانة من غيرها أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه .

[1] بلحاج العربي ، ***الوجيز في شرح قانون الأسرة*** ، مرجع سابق ، ص 389 .

[2] المادة70 من الأمر رقم 05 . 02 ،المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

خامسا : الاستيطان في بلد أجنبي :

حيث نصت المادة 69 من قانون الأسرة : "إذا أراد الشخص الموكل إليه حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون " .[1]

فإذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي مصلحة في ذلك .

. الملاحظ مما سبق أن تقدير أسباب سقوط الحضانة هو أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته و مراعاة لمصلحة المحضون .

المطلب الثاني : عودة الحق في رعاية المحضون :

حيث يقسم هذا المطلب إلى فرعين : عودة الحق في رعاية المحضون في الشريعة الإسلامية ***(الفرع الأول)*** ، عودة الحق في رعاية المحضون في القانون ***الجزائري (الفرع الثاني)*** .

الفرع الأول : عودة الحق في رعاية المحضون في الشريعة الإسلامية :

لقد اختلف الفقهاء في سقوط الحضانة لمانع من الموانع ، ثم عودتها إلى رأيان :

[1] المادة 69 من الأمر 05. 02 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

عند المالكية : إن حق الحضانة يسقط إما لعذر أو لغير عذر وانتقال الحضانة وعودتها مبنيان على هذين الحلين :

أولا : سقوط الحضانة لغير عذر : إذا كان سقوط الحضانة لغير عذر، كما لو تزوجت بعد أن انتقلت الحضانة إليها ، أو أسقطت حقها منها بعد استحقاقها لها ، أو سكتت عاما فأكثر بعد انتقال الحضانة إليها مع علمها بذلك ، فإن الحضانة لا تعود لها في ذلك كله ، ولو زال التزويج ، بطلاق ، أو بموت ، أو فسخ .

وإذا كانت الحضانة لا تعود لمن أسقطت حقها بإرادتها ، فينبغي ملاحظة أربعة أمور

1. يستوي في عدم العود الأم و غيرها .

2. يبقى حق الحضانة لمن انتقلت له .

3. المراد بعدم العود هو عدم جبر من انتقلت له الحضانة على ردها لمن سقطت عنه لزوال المانع ،كما لو تأيمت المتزوجة فأراد من له الحضانة رد المحضون عليها برضاه دون جبر .

فإنها تعود إليها ، لكن ، تارة يكون للأب مقال في هذا الانتقال ، وتارة لا يكون له مقال ، فإن كان عودها للأم ، فلا مقال له ، لأنه نقل للأفضل ، وإن لغيرها فله الرد .

4. إن الحاضنة إذا تزوجت فقد أسقطت حقها بإرادتها ، ولا تعود الحضانة إليها ولكن لو يعلم بزواجها من يليها في المرتبة من مستحقي الحضانة حتى تأيمت بطلاق ، أو موت ، أو فسخ ، يبقى محضونها معها ولا ينتزع منها . [1]

[1] محمد بشير الشقفة ، ***فقه الأحوال الشخصية كتاب الطلاق*** ، الفقه المالكي في ثوبه الجديد ، دار القلم دمشق ، ط1 ، 2003، ص 592 / 593

ثانيا : سقوط الحضانة لعذر : إذا كان سقوط الحضانة لعذر أو مانع خارج عن إرادتها ، كالمرض أو خوف المكان ، أو سفر ولي المحضون سفر نقلة ، أو انقطاع لبن الحاضنة . وزال العذر أو المانع ، عادت إليها الحضانة نظرا للقاعدة التي تقول : (إذا زال المانع عادت الممنوع) ، بأن شفيت من المرض ، أو عاد ولي المحضون من سفر نقلة ، أو در اللبن ، فتعود لها الحضانة إلا في حالين :

1. إذا سكتت عن حقها بالحضانة سنة كاملة من بعد زوال العذر بلا عذر ، فتسقط حضانتها .

2إذا ألف الولد من هو عندها ، ويشق نقله منها ، فلا تأخذه .[1]

. عند الجمهور : (الحنفية و الشافعية و الحنابلة) ، إذا سقطت الحضانة لمانع ، ثم زال المانع ، عادت الحضانة إلى صاحبها .

سواء كان اضطراريا كالمرض ، أم اختياريا كالزواج و السفر و الفسق ، لزوال المانع . لكن ذلك عند الحنفية في الحال بالنسبة للبائن و لو قبل انقضاء العدة ، أما الرجعية فلا بد من انقضاء العدة فيها .

و ذكر الشافعية أن المطلقة تستحق الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب ، بشرط رضا الزوج بدخول المحضون بيته إن كان له ، فإن لم يرضى لم تستحق .

و قرر الحنابلة استحقاق المطلقة الحضانة ، و لو كان الطلاق رجعيا ، و لو لم تنقضي العدة .[2]

[1] محمد بشير الشقفة ، ***فقه الأحوال الشخصية*** ، كتاب الطلاق ، الفقه المالكي في ثوبه الجديد ، ص 593 .

[2] وهبة الزحيلي ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، مرجع سابق ، ص 7311 / 7312.

. تسقط الحضانة بوجود مانع منها أو زوال شرط من شروط استحقاقها أما فيما يخص عودتها فقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية بينما إذا كان سبب السقوط اضطراريا أو اختياريا فإذا كان اضطراريا أي لا دخل للحاضنة فيه هنا تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع أما إذا كان المانع اختياريا فلا يعود لها الحق في الحضانة حتى بزوال المانع و يسقط حقها فيها نهائيا و تنتقل إلى غيرها .

الفرع الثاني : عودة الحق في رعاية المحضون في القانون الجزائري :

حيث نصت المادة 71 من قانون الأسرة : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سقوطه غير الاختياري ".

فمعنى ذلك أنه إذا سقط حق الحضانة على من له حق فيها لسبب من الأسباب المذكورة سابقا ، ثم زال السبب الذي كان أساس القوة فإن هذا الحق يعود إلى صاحبه بعد زوال هذا السبب و يصبح من مصلحة الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في هذا السبب أن يقدم عريضة وفقا للقانون إلى المحكمة المختصة يطلب فيها إعادة حق الحضانة و عليه فقط أن يذكر مكانته من الطفل موضوع الحضانة و أسباب سقوطها عنه و بيان يوضح صراحة بإثبات زوال السبب الذي كان أساسا لسقوط حقه في الحضانة . [1]

. الملاحظ من خلال نص المادة 71 ق.أ ، أن المشرع الجزائري لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بعودة الحق في الحضانة إذا كان السبب اختياري فإذا زال السبب الإجباري الذي لا دخل للحاضنة فيه هنا يعود لها الحق في الحضانة ، أما الذي فيه إرادة لها فيه لا يعود لها حق الحضانة بزواله فمصلحة المحضون تكون فوق كل اعتبار و قبل كل شيء .

[1] عبد العزيز سعد ، ***قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد*** ، ط3، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2011،ص 143 .

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها : من المقرر قانونا ، أن يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هدا المبدأ يعد مخالفا للقانون . و لما كان من الثابت في . قضية الحال . أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي ، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي ، يعد تصرفا رضائيا و اختياريا ، يكون قد خالف القانون .

و متى كان كذلك ، استوجب نقض القرار المطعون فيه .

و في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا أنه من المقرر قانونا ، أن يعود الحق في الحضانة ، إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري . و متى تبين في . قضية الحال . أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ، ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة ، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة ، قد طبقوا صحيح القانون ، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .[1]

. الملاحظ من خلال ما تقدم أن الشريعة الإسلامية و كذا المشرع الجزائري قد أقروا حقوقا للمحضون منها النفقة ، المسكن ، الزيارة .كما قد بينوا أسباب سقوط الحضانة و عودتها و ذلك حفاظا على مصلحة المحضون و توازنه من الناحية النفسية و الجسمية و العقلية .

[1] بلحاج العربي ، ***قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا*** ، ص 371.

خلاصة الفصل :

أستخلص من خلال ما تم استعراضه في الفصل الثاني :

. أن نفقة المحضون هي كل الأموال التي تنفق عليه من مأكل ، مشرب ، كسوة و خدمة و تكون حسب الوسع و الحاجة و لا فرق في ذلك بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.

. وجود سكن للمحضون لكي يستقر فيه هو و حاضنه من أهم الأمور التي يجب توفيرها للمحضون باعتبار أن الطفل يتلقى داخله كل ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية ويجد فيه الدفء و الحنان و الراحة .

. لكل من أبوي المحضون إذا افترقا حق رؤيته و زيارته و هو حق مقرر للأقرباء أيضا كالجدة و الخالة و العمة و هو أمر متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري .

. إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن أو اختلت فيه إحدى شروط الحضانة و أدى ذلك إلى الضرر بالمحضون تسقط حضانته و تنتقل إلى من يليه و لا تسقط الحضانة لكون حاجة الطفل أولى من إخلال الشرط .

. لا يعود حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا كان سبب سقوطها عنه اضطراريا .

. يعتبر حق النفقة من أهم الحقوق الضرورية للمحضون باعتبارها تضمن له الحصول على كل ما يحتاجه من مأكل و مشرب و مسكن و في إطار ضمان هذا الحق تم استحداث ما يسمى بصندوق النفقة ، الذي بموجبه تتحقق مصلحة المحضون .

. القاضي عند إسناد الحضانة ملزم بأن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون بالدرجة الأولى و قبل كل شيء.

الخاتمة

الخاتمة :

من خلال دراستي لموضوع مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و الذي يقوم أساسه على حفظ الطفل و رعاية شؤونه فإنني قد توصلت إلى النتائج التالية :

1 . أن الحضانة أساسها التعاون الذي تقوم عليه الحياة الزوجية في حال قيامها و هو حق مشترك بين الأبوين .

2 . في حالة الانفصال فالحضانة تكون من حق الأم باعتبارها أشفق و أحق على أولادها من غيرها .

3 . يلزم في الحضانة توافر شروط مهمة في الحاضن لحفظ الطفل و رعايته و من أهم هذه الشروط هي: القدرة ، البلوغ ، العقل ، الإسلام و ذلك مراعاة لمصلحة الطفل .

4 . ضرورة مراعاة الكفاءة في الحاضن لكي لا يتعرض المحضون للضرر لقوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر و لا ضرار " .

5 . عند إسناد الحضانة فللقاضي أن يراعي في ذلك مصلحة المحضون .

6 . رغم التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري فيما يخص ترتيب الحاضنين إلا أنه لم يخرج في ذلك عن أحكام الشريعة الإسلامية .

7 . إهمال تربية الطفل يؤدي إلى انحرافه و ضياعه و قد يؤثر ذلك على الأسرة بصفة أولى و على المجتمع بصفة ثانية .

8 . إن حق الحضانة ليس حق مؤبد بل يمكن أن يسقط حق الحاضن في حضانة المحضون إذا اختلت فيه أحد الشروط التي يلزم توفرها في الحاضن أو يكون قد قصر في التزاماته وقد تعود الحضانة إذا زال أحد أسباب سقوطها و إلا انتقلت إلى غيره ممن له حق الحضانة .

9 . إن موضوع مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري يتضح من خلاله أن الحضانة تقوم على معيار أساسي و هو مصلحة المحضون لهذا فالقاضي ملزم عند البحث في مصلحة المحضون أن يسند الحضانة للأجدر و الأحق بها .

و لذلك فالتوصيات هي :

. فيما يخص تنازل الحاضنة عن حقها في حضانة الأولاد إلا أن المشرع أسندها لها رغم تنازلها فهنا يمكن أن تكون الحاضنة قد أجبرت على الحضانة فلا تقوم بواجبها مما يؤثر على مصلحة المحضون .

. كذلك رغم مراعاة المشرع لمصلحة المحضون إلا أنه يوجد بعض التقصير خاصة من ناحية النصوص القانونية ، التي تكفل حماية المحضون . مما أدى إلى وجود العديد من الإشكالات .

. كذلك فيما يخص زواج الأم الحاضنة و تنازلها عن الحضانة و الذي يعتبر سبب لسقوط الحضانة عنها فكان لازما على المشرع أن يسندها إليها في حالة طلبها أن تعود الحضانة لها فربما تكون قد تنازلت عن الحضانة لسبب خارج عن إرادتها فهنا يكون لها حق حضانة أولدها باعتبارها أحق و أشفق عليهم أكثر من غيرها .

. و كذلك المادة 62 التي حددت الشروط المطلوبة في كل من له حق الحضانة جاءت مبهمة و غير واضحة .

. كما وجب على المشرع وضع إجراءات صارمة لتصدي للسفر بالمحضون سواء كان الحاضن الأم أو الأب ، أو غيرهما ممن له حق الحضانة كون السفر يؤثر على مصلحة المحضون و يصعب بذلك ممارسة الحقوق الممنوحة كحق الزيارة نظرا لبعد المسافة .

. أما فيما يخص إسناد الحضانة للأم غير المسلمة أو غيرها من الحاضنات فهنا كيف تكون تربية الطفل على دين أبيه و هي غير مسلمة ، فيجب هنا اتخاذ إجراءات للتكفل بالمحضون من أجل تربيته على دين أبيه .

قائمة المصادر المراجع

قائمة المصادر و المراجع :

. القرآن الكريم .

. السنة .

. النصوص القانونية :

1. قانون رقم 84 . 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ ، الموافق ل 09 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة ، المؤرخ في 27 فبراير و المعدل و المتمم بالأمر رقم 05 . 02 ، الجريدة الرسمية ، العدد 24 .

2 . قانون رقم 04 . 07 ، المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428هـ،الموافق ل 15 مايو سنة 2007م و المتمم بالأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لسبتمبر 1975 م و المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 .

3 . قانون رقم 15 . 01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2005 ، المتضمن إنشاء صندوق النفقة .

. الكتب :

4 . بن ملحة، الغوثي ، ***قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء*** ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون ، الجزائر ، 2008 .

. ***قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء*** ، ط 1 ، ديوان المطبوعات

الجامعية بن عكنون ، الجزائر .

5 . بدران ، أبو العنين بدران ، ***الفقه المقارن للأحوال الشخصية*** ، الزواج و الطلاق ، دار النهضة العربية ، بيروت .

6 ـ بن حرز الله ، عبد القادر ، ***الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق*** ، ط 1 ، دار الخلدونية، الجزائر ، 2007 .

7 . أبو الفضل ، جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، ***لسان العرب*** ، ط1 ،دار صادر ، بيروت ، المجلد التاسع .

8 . آث ملويا ، بن شيخ حسين ، ***المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية*** ، ط 2 ، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر ، الجزء الأول ، 2008 .

9 . أبو زيد ، رشدي شحاتة، ***شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية*** ، دراسة مقارنة .

10 . الجندي ، أحمد نصر ، ***شرح قانون الأسرة الجزائرية*** ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2009 .

11 . جرادات ، أحمد علي، ***الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد*** ، الزواج و الطلاق، 1433 هـ . 2012 م .

12 . الجزيري ، عبد الرحمان، ***كتاب الفقه على المذاهب الأربعة*** ، قسم الأحوال الشخصية المكتبة التجارية الكبرى ، دار الفكر ، الجزء الرابع ، د ب ، 1969 .

13 . تقية عبد الفتاح ، ***مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي*** ، د ب ، د ت .

. قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع و القضاء ، دار ثالثة ، الجزائر، 2011 .

14 . الخوشي ، علي العدوي ، ***على مختصر سيدي خليل*** ، دار الفكر ، بيروت ، المجلد الثالث، الجزء الثالث .

15 . ديابي، باديس ، ***آثار فك الرابطة الزوجية*** ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008.

16 . الزحيلي، وهبة ، ***الفقه الإسلامي و أدلته*** ، دار الفكر ، دمشق ، 1996 .

17 . سابق ،السيد ، ***فقه السنة*** ، ط 21 ، دار الفتح للإعلام العربي ، القاهرة ، مصر، المجلد الثاني ، 1999 .

18 . سعد ، عبد العزيز ، ***الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية*** ، ط 2 ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 1996 .

.***قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد*** ، ط3 ، دار هومة للنشر و التوزيع ،

الجزائر ، 2011 .

19 . السعيدي ، عبد الله عبد الرحمان ، ***أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية*** ، الطبعة الأولى ، 2012 .

20 . سعد، فضيل ، ***شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق*** ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر .

21 . الشواربي ،عبد الحميد ، ***مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه و القضاء*** ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2001 .

22 . شامي، أحمد ، ***قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات*** ، دراسة فقهية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر .

23 . شلبي، محمد مصطفى ، ***أحكام الأسرة في الإسلام*** ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1986 .

24 . الشقفة، محمد بشير ، ***فقه الأحوال الشخصية*** ، كتاب الطلاق ، الفقه المالكي في ثوبه الجديد ، دار القلم ، ط1 ، 2003 .

25 . صقر، نبيل ، ***قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا*** ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر، 2006 .

26 . العربي ، بلحاج ، ***قانون الأسرة*** ، ***مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا*** ، دار المطبوعات الجامعية ، الساعة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط 2000 .

. ***الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري*** ، الجزء الأول / الزواج و الطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر ، طبعة 1999 .

. ***قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات*** ، و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا ، د ب ، ط 4 ، 2010 .

أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1 ، دار الثقافة ، الجزائر ، 2012 .

27 . قري ، غنية ، ***شرح قانون الأسرة المعدل*** ، ط 1 ، دار طليطلة ، الجزائر ، 2011 .

28 . الكاساني ، ***بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع*** ، الناشر زكريا علي يوس ف ، مطبعة الإمام ، مصر ، الجزء الخامس .

29 . المعجم الوجيز ، ***مجمع اللغة العربية*** ، ط 1 ، الجزء الأول ، 1980 .

30 . مرزوق ، وفاء ، ***حماية الطفل في ظل الاتفاقية*** ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سوريا ، 2010 .

. البحوث العلمية :

31 . جاسر جودة علي العاصي ، ***نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي*** ، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ، مذكرة ماجستير ، كلية الشريعة و القانون في الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2007 .

32 . حميدو زكية ، ***مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة*** ، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة أبو بكر قائد ، تلمسان ، 2005 .

33 . عيسى طعيبة ، ***سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي*** ، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر ، العلوم الإنسانية .

المجلات القضائية :

34 . ***الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية قسم الوثائق للمحكمة العليا*** ، الجزائر . 2001

الفهرس

الفهرس	رقم الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لمصلحة المحضون	**01**
المبحث الأول : ماهية مصلحة المحضون	***02***
المطلب الأول : مفهوم مصلحة المحضون	***02***
الفرع الأول : تعريف المحضون	***02***
الفرع الثاني : تعريف الحضانة	***04***
الفرع الثالث : تعريف المصلحة	***06***
الفرع الرابع : تعريف مصلحة المحضون	***07***
المطلب الثاني : تمييز الحضانة عما يشبهها	***07***
الفرع الأول : التمييز بين الحضانة و الولاية على النفس	***07***
الفرع الثاني : التمييز بين الحضانة و الكفالة	***10***
الفرع الثالث : التمييز بين الحضانة و الوصاية	***11***
المبحث الثاني : شروط استحقاق حق رعاية المحضون	***13***
المطلب الأول : الشروط العامة المطلوبة في النساء و الرجال	***13***
الفرع الأول : الشروط العامة المطلوبة في النساء و الرجال شرعا	***14***
الفرع الثاني : الشروط العامة المطلوبة في النساء و الرجال قانونا	***16***
المطلب الثاني : الشروط الخاصة المطلوبة في النساء و الرجال	***21***
الفرع الأول : الشروط الخاصة المطلوبة في النساء	***22***
الفرع الثاني : الشروط الخاصة المطلوبة في الرجال	***24***
المبحث الثالث : أصحاب الحق في حظ مصلحة المحضون	***27***
المطلب الأول : ترتيب الحاضنين في ظل الشريعة الإسلامية	***27***
الفرع الأول : من النساء	***27***

الفرع الثاني : من الرجال	***31***
المطلب الثاني : ترتيب الحاضنين ي ظل القانون 05 . 02	***32***
الفرع الأول : أصحاب الحق في الحضانة	***33***
الفرع الثاني : مدى أخد المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية	***35***
الفصل الثاني : مصلحة المحضون فيما يتعلق بآثار الحضانة	***38***
المبحث الأول : نفقة المحضون	***39***
المطلب الأول : مفهوم النفقة	***39***
الفرع الأول : تعريف النفقة	***39***
الفرع الثاني : شروط وجوب النفقة و مشمولاتها	***41***
المطلب الثاني : تاريخ استحقاق النفقة	***50***
الفرع الأول : تاريخ استحقاق النفقة في الشريعة الإسلامية	***50***
الفرع الثاني : تاريخ استحقاق النفقة في القانون الجزائري	***50***
المبحث الثاني : سكن المحضون و زيارته	***52***
المطلب الأول : تعريف سكن المحضون	***52***
الفرع الأول : تعريف السكن	***52***
الفرع الثاني : مواصفات السكن	***57***
المطلب الثاني : حق المحضون في الزيارة	***58***
الفرع الأول : مكان زيارة المحضون	***58***
الفرع الثاني : مدة زيارة المحضون	***63***
المبحث الثالث : سقوط الحق في رعاية المحضون و عودته	***67***
المطلب الأول : سقوط الحق في رعاية المحضون	***67***
الفرع الأول : سقوط الحق في رعاية المحضون في الشريعة الإسلامية	***67***
الفرع الثاني : سقوط الحق في رعاية المحضون في القانون الجزائري	***69***

المطلب الثاني : عودة الحق في رعاية المحضون	***73***
الفرع الأول : عودة الحق في رعاية المحضون في الشريعة الإسلامية	***73***
الفرع الثاني : عودة الحق في رعاية المحضون في القانون الجزائري	***76***
الخاتمة	***79***
قائمة المصادر و المراجع	***82***

الملخص:

إن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و تربيته و حفظه، و هي تقوم على عنصر أساسي و هو مصلحة المحضون =لهذا قد جعل كل من الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل اعتبار.

و بالرغم من أنهم لم يعطوا تعريفا محددا و دقيقا ل هذه المصلحة المحضون إلا أنهم قد حددوا بعض المعايير التي يجب أن يعتمد عليها كل قاضي ينظر في الدعاوي التي تتعلق بالحضانة، وذلك باعتبار أن حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبها و إنما هو أداء أوجبه كل من الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري . فإذا قام به الحاضن و التزم بشروطه بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية و إن أخل بالتزام من الالتزامات التي على عاتقه وجب إسقاطها عنه. و القاضي هنا يكون ملزم عند النظر في هذه الدعاوي أن يراعي ظروف كل طفل على حدا و حسب طريقة معيشته باعتبار أن تطبيق هذه القاعدة يختلف باختلاف الزمان و المكان وعبئ البحث و التقدير هنا يقع على عاتقه و هو ملزم من جهة البحث عن مصلحة المحضون و من جهة أخرى إسناد الحضانة للأجدر و الأحق بها وعليه أن يراعي في كل ذلك مصلحة المحضون بالدرجة الأولى باعتباره أهم عنصر تقوم عليه الحضانة.