الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي

جامعة وهران

معهد الحقوق و العلوم السياسية

رسالة لنيل شهادة الماجستير

تحت عنوان

أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

من إعداد الطالب

زيـــــاني عبد الله

أعضاء لجنة المناقشة

- الرئيـــــــس: السيد برابح عبد المجيـــــد أستـــــــــــاذ محاضر أ
- المشـــــــرف: السيد يقـــــــــاش فراس أستـــــــــاذ محاضر أ
- المناقـــــــش: السيد داودي ابرهيـــــــم أستـــــــــاذ محاضر أ
- المناقـــــــش: السيد يخلـــف عبد القـــادر أستـــــــــاذ محاضر أ

2012-2011

المقدمة

المـــقدمـــة

إن الإنسان ينشا في مجتمع، و يبني علاقات مع أفراد مجتمعه، لكن الشريعة الإسلامية الغراء ، و حتى الشرائع السماوية الأخرى ، التي أرست أحكام و قواعد في جميع مجالات حياته من عبادات و معاملات ، و لعل من هذه العلاقات نجد إن الشريعة الإسلامية رعت الزواج و أفردت له أحكاما، و التي هدفها بناء أسرة على أسس و قواعد سليمـــة و لعل المادة الثانية من قانون الأسرة نصت على أن" الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة" ، و هذه العلاقة لبها المحبة و التعاون و الرحمة. ومن هنا فان العناية بتقوية الأسر ة تعـــد من أهم ما ينبغي على واضعي القانون رعايتها وأخذ الطريق إليها[1] ، ولا يكون ذلك إلا بوضع نصوص قانونية منسجمة، تضمن بقاءها ونموها ، و تقديس أصلها المتمثل في الزواج الذي يكتسي أهمية اجتماعية بالغة باعتباره يقي المجتمع الظواهر والآفات الخطيرة، ويهدف إلى صيانة المجتمع والفرد من الوقوع في الرذائل والمنكرات ، ويصونه من عواقب هذه الأمراض الاجتماعية ، وذلك بدليل قولـــــه تعالى" والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا ، وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات[2]"

---

[1]– انظر، رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط1 .، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999، ص10 .

[2] -سورة النحل، الآية 72

ولا شك أن رعاية الأولاد تأخذ، أثناء الزواج أو بعد حله، نفس العناية التي تأخذها الأسرة، و إن لم تكن أقوى و اشد. و ليس هنا ك تشريعا من التشريعات التي تعرف قيمة الحياة، إلا وكان للطفل فيه المكان الأول مما يتطلب العناية و الاهتمام، وليس ذلك فقط، لأن الطفل أصل الأسرة، بل لأنه كذلك أحد المقاصد السامية للزواج[1].

و إن الله سبحانه و تعالى قال في محكم كتابه :" وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وءاتيم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا .أتأخذونه بهتان إثما مبينا.وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا ."سورة النساء، الآيتين19 و 20 [2]، فالله سبحانه و تعالى أعطى للزواج ميثاقا غليظا ، و عليه رغم انه هنالك قدسية للزواج و حرمة إلا أن قد تسوء العلاقات بين الزوجين مما يجعل للطلاق حلا لاستحالة العيش و التعايش بينهما .

و مع ذلك كما ذكرنا أن الأسرة مؤسسة اجتماعية صغيرة تشمل الزوجين، و الأولاد الذين هم نتاج الزواج ، و من ثم فان هذه الأسرة لها من يرأسها و هو الأب الذي يقوم بمصالحها ، لكن لا بد أن يكون بجانبه امرأة تقوم بنشاط يتلاءم مع طبيعتها، و منه تربية الأولاد التي تقاسم الرجل فيها . و إنها ترتبط بالولد منذ الولادة ، و خاصة أنها تباشره الرضاع

[1] -زكية حميدو ـ مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص_ص6_ السنة الجماعية 2004 و 2005

[2] سورة النساء، الآيتين19 و 20

و تتولى الحضانة ، فهي أكثر حنانا و شفقة عليه ، فتصبر على خدمته صبرا لا يتأتى لغيرها من الرجال[1].

إن الولد عندما يبلغ سن التمييز يكون للأب دور للقيام بتربيته و تنشئته على حسن الخلق و تعليمه و تهذيبه بحكم أن له الولاية على نفسه و ماله.

و إن من الملاحظ أن الحضانة التي تسند إلى الحاضنة أو الحاضن تظهر جليا بعد انحلال الرابطة الزوجية، بحيث أن الحضانة تعتبر مشكلة من المشاكل الهامة التي يرتبها الطلاق دون النتائج السلبية،لان الطلاق لا يقتصر على الزوجين فقط بل يتعدى إلى الأطفال في حالة وجودهم ، إذ يصبحون ضحية، و في هذا الصدد تقول الباحثة الاجتماعية " لويز" في حديثها عن جرائم الأحداث " انه لا يو جد أطفال مذنبون بل الأطفال هم دائما الضحايا في الطلاق ، و الطلاق يحرم الطفل الرعاية و التوجيه الأب و الأم لينمو عاديا"[2] .

لان مشكل الطلاق يكون دائما فيه الأطفال هم الضحايا نظرا للحرمان من الرعاية ، و الحماية التي تسعى الشريعة الإسلامية، و القانون الوضعي إلى توفيرها ، لان حماية الطفل من الأولويات التي تجعل المشرع يفرد له أحكاما في قالب ، و هو نظام الحضانة حتى يضمن له التربية ، والرعاية الحقيقية لضمان سلامته جسميا و خلقيا ، و معه ضمان سلامة المجتمع من الآفات . لدا نظرا لأهمية هذه العناية و المصلحة التي يرعاها الشرع و المشرع و ألا هي الحضانة مما دفعي،

---

[1] القاضي الشيخ محمد الشماع ـ المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج و الطلاق و الميراث ـ دار القلم دمشق ـ1995 ـص172

[2] الأستاذة مسعودة كسال – مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري – –ديوان المطبوعات الجامعية ـ سنة1986ـ ص 62

و شجعني إلى بيان ما ذهب إليه المشرع في قانون الأسرة الصادر بتاريخ رقـــــم 84-11، والذي عدّل طبقا للأمر الرئاسي 05-02 الصادر بتاريـــــــخ 27-02-2005 ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى تعميق البحث فيما افرده المشرع من مـــواد التي تعتبر من وسائل القانونية لرعاية الطفل و محاولة بيانها و هل تلك الأحكام ، و النصوص كافية لحماية الطفل في المرحلة الأولى لحياته .

رغم أهمية الموضوع إلا انه هنالك صعوبة كونه لا توجد مراجع أو بحوث عالجت موضوع الحضانة بصفة معمقة ، و عليه بعد البحث لم نجد إلا مراجعا تناولت الموضوع بصـــــــــدد الزواج و الطلاق، وكانت دراسة أحكام الحضانة دراسة سطحية و متشابهة ، و لعل الحضانة قد سبق دراستها و البحث فيها من خلال عنوان البحث "الحضانة في القانون الجزائري و مدى تأثرها بالقانون الأجنبي"[1] وكذلك بحث بعنوان "الحضانة عند المشرع الجزائري و في الفقه الإسلامـــي "[2] وعليه فإني اعتمدت في بحثي على دراسة الحضانة طبقا لقانون الأسرة و مرجعيته و أحكامه المستمدة من الشريعة الإسلامية ن و ما جاد به الفقه الإسلامي باختلاف مذاهبه ، و عليه فقد قمت بدراسة الموضوع بصفة تقليدية و ذلك قسمته إلى بابين: و خصصت الباب الأول إلى دراسة ماهية الحضانة ، و طبيعتها القانونية ، و تعرضت في الباب الثاني إلى أحكام الحضانة.

---

1 الأستاذ عبد الرحمان هرنان _الحضانة في القانون الجزائري و مدى تأثرها بالقانون الأجنبي _ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص _جامعة الجزائر _ سنة 1978_ص4

2 عرابي ليلى _الحضانة عند المشرع الجزائري و في الفقه الإسلامي _ رسالة لنيل شهادة الماجستير _ جامعة وهران _ سنة 2002

وقسمت الباب الأول إلى فصلين و تناولت في الفصل الأول ماهية الحضانة و مبينا في المبحث الأول تعريف الحضانة لغة و اصطلاحا و قانونا وذكر، و في المبحث الثاني خصائص الحضانة.

أما في الفصل الثاني تعرضت إلى طبيعة الحضانة ، و حاولت بيان التكيّيف القانوني ، هل هي حق للمحضون أم للحاضن ، أم أنها حق لهما معا في المبحث الأول ، ضف كذلك بيان إن كانت الحضانة اثر من آثار الزواج أو الطلاق في المبحث الثاني .

و في المبحث الثالث قمت بدراسة و تمييز الحضانة على ما يشتبه بها من النظم أعدت لحماية القصر مثل الولاية و الوصاية و الكفالة.

أما في الباب الثاني فقسمته إلى فصلين لدراسة أحكام الحضانة ، ففي الفصل الأول خصصته إلى شروط استحقاق الحضانة أي القواعد التي تخول للشخص أن يكون مستحقا لحضانة الصغير ، هذا في المبحث الأول بيان ما نص عليه المشرع من شروط و مقارنتها بما أرساه الفقه الإسلامي ، و في المبحث الثاني خصصته لأصحاب الحق في الحضانة أي مستحقي الحضانـــــــة ، و ترتيبهم في الشريعة الإسلامية و القانون ، و ما هي الضوابط التي يعتمد عليها في إسناد الحضانة .

أما في الفصل الثاني فتناولت آثار المترتبة على استحقاق الحضانة، و قسمته إلى ثلاث مباحث و تناولت في المبحث الأول مدة و مكان ممارسة الحضانة، وفي المبحث الثاني نفقة المحضون و سكناه و في المبحث الثالث أسباب سقوط الحضانة سقوط الحضانة.

الباب الأول

ماهية الحضانة

الباب الأول: ماهية الحضانة وطبيعتها القانونية

إن الحكمة في الحضانة ظاهرة، ذلك أن الصغير و من في حكمه ممن لا يعرف مصالحه، كالمجنون و المعتوه يحتاج من يتولاه، و يحافظ عليه بجلب المنافع له، و دفع المضار عليه، و تربيته التربية السليمة [1]. و أن الطفل خلق ضعيفا فهو في حاجة إلى الرعاية و العناية، و من يقوم بمصالحـــــــــــه و شؤونه، و الذي يكون أهلا للقيام بأهداف الحضانة.

إن شريعتنا الغراء جاءت بتشريع الحضانة رحمة بالصغير و رعاية لشؤونه، و إحسانا إليه، لأنه لو ترك لضاع و تضرر، وهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم، وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ. حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم و تدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية، حتى يبلغوا أشدهم .وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع.

انه لتحديد مفهوم الحضانة لابد بيان تعريفها من الناحية اللغوية والفقهية و القانونية، و بيان خصائصها إضافة انه على اعتبار أن الحضانة هي نوع من الولاية ، و هذا ما ذهب إليه الإمام أبـــــو الزهرة التي اعتبرها الولاية الأولى [2] ، فانه توجد بعض النظم التي قد تتشابه معها ، و انه

---

[1] الشيخ صالح بن فوزان – الملخص الفقهي – دار ابن الحوزي للنشر و التوزيع – بدون تاريخ–ص 369

[2] الإمام محمد أبو الزهرة– تنظيم الأسرة في الإسلام –دار الفكر العربي– بدون تاريخ– ص 99 / القاضي الشيخ محمد الشماع –المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج و الطلاق و الميراث – المرجع السابق ص172-

شرعت لحماية الصغير منها الولاية و الكفالة و الوصاية ، فإني رأيت السعي إلى تحديد مفهوم الحضانة عن ما يشتبه بها.

وانه نظر لأهمية موضوع الحضانة، و ما عني به الطفل الصغير فان اختلاف فقهي حول طبيعة الحضانة حول كونها حق للمحضون أم للحاضن أم هي حق مشترك بينهما.

لهذا فأنني سوف أتطرق إلى النقاط المذكورة في ثلاث مباحث، في المبحث الأول تعريف الحضانة و بيان خصائصها، و في المبحث الثاني أتناول الطبيعة القانونية للحضانة من حيث طبيعة الحضانة، و البحث إن كانت اثر من اثر الزواج أو الطلاق، و في المبحث الثالث البحث في تمييز الحضانة عن النظم المشابهة لها.

الفصل الأول: مفهوم الحضانة و خصائصها

إن الحضانة أمر يتوقف وجوده على شخصين : حاضن و محضون و هو الطفل الصغير ، أما الحاضن فهو إما رجل أو امرأة يكون مكلفا ، و ملزم بتأدية هذا الواجب ، أما الطفل فتعتبر بالنسبة إليه حق لأنه المنتفع بذلك ، و يثبت للطفل منذ ولادته كما يرى الشيخ أبو الزهرة [1] ثلاث ولايات و هي أنواع:

- الولاية الأولى: ولاية التربية: يكون للنساء هذا ما يسمى بالحضانة و هي حق للام ثم لمحارمه من النساء.
- الولاية الثانية ولاية على النفس: و هي تربية و حفظ من لا يشغل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل أو كبير مجنون ، و ذلك برعاية شؤونه ، و تقديم طعامه و ملبسه و نومه و تنظيفه و غسله و غسل ثيابه في سن معينة و نحوها.
- الولاية الثالثة: الولاية على المال إن كان له مال: و ذلك يتم برعاية مصالحه و حفظ ماله دون هدره إلي الوقت الذي يكون فيه أهلا لحفظ ماله و صيانته.

[1] الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، طبعة 1950 ، ص 404

المبحث الأول:مفهوم الحضانة

إنه لتعريف الحضانة لا بد من البحث في التعريف الاصطلاحي و القانوني، و هذا ما أتطرق إليه في المطلب الأول في تعريف الحضانة اصطلاحا، و في المطلب الثاني التعريف القانوني للحضانة على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعريف الاصطلاحي للحضانة

إن للحضانة تعريفين، تعريف لغوي و تعريف فقهي وأتناول التعريفين في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: التعريف اللغوي للحضانة

يقول ابن منظور في لسان العرب ــ الحضن ما دون الإبط إلى الكشح ــ أي ما بين الخاصرة و الضلوع . و قيل الصدر و العضدان و ما بينهما . و الجمع أحضان، و منه الاحتضان، و هو احتمالك الشيء، و جعله في حضنك ــ كما تحمل المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها و الحضانة مصدر الحاضن ــ الحاضنة، و هما الموكلان بالصبي يحفظانه و يربيانه.

و جاء في المعجم الوسيط ــ حضنه حضنا، و حضانة أي جعله في حضنه. و حضنت المرأة الصبي ــ أي رعته و ربته . و الحاضنة تقوم مقام الأم في تربية الولد. و الجمع حواضن[1].

و عليه فالفقه يكاد أن يكون متفق على هذا التعريف من الناحية اللغوية، و انه تبعا للتعريف اللغوي للحضانة فان يتبين أنها هي الضم الذي يفيد العناية و الحماية.

---

[1] فؤاد افرام البستاني ــ منجد الطلاب ــلبنان بيروت ــ سنة 1996 ــص27 / الأستاذ احمد نصر الجندي ــ موسوعة الأحوال الشخصية آثار التفريق بين الزوجين ــ الجزء الثالث ــ 2006 ــ دار الكتب القانونية المحلة الكبر مصر ــص 1782 / / الدكتور احمد محمد علي داود ــ الأحوال الشخصية ــالجزء الثالث و الرابع ــ دار الثقافة ــ سنة 2009 ــ ص 9

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للحضانة

و الحضانة عند الفقهاء هي سلطة شرعية تخول من له الحق في الحضانة ، الحق في حفـــــظ و تربية من لا يستقل بأمور نفسه ، و في ذاته و طعامه و شرابه و ملبســـه و سكنه ، و دفع ما يضره ، و للفقهاء عدة تعاريف مختلفة للحضانة[1] اذكرها من خلال لكل مذهب :

فالمالكية يعرفون الحضانة بأنها هي حفظ المولود في مبيته، و مؤونة طعامه و لباسه و مضجعه و تنظيف جسمه [2]، بمعنى أن الحضانة هي الحماية المستمرة، و الحاضرة في الليل، والنهـــار، و الاستجابة لكل متطلبات عيشه.

والحنفية عندهم الحضانة هي تربية الطفل في فترة يحتاج للرعاية، التي هي من خاصية النساء، ومن ثم يتبين من هذا التعريف أنه أكد على رعاية الطفل، و جعل هذه فرض على النساء، و أحق بها الأم دون الأب[3].

---

[1]– الأستاذ احمد نصر الجندي – الطلاق و التطليق و أثارهما – ص587- دار الكتب القانونية مصر – سنة 2004 – ا

[2]– الشيخ محمد بن يوسف الكافي_ إحكام الأحكام على تحفة الحكام _ شرح وتعليق مأمون بن محي الدين الجنان دار الكتب العلمية بيروت 1994 الطبعة الأولى_ص128

[3]– الدكتور بدران أبو العينين بدران _ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون _ _ الجزء الأول الزواج و الطلاق _ دار النهضة العربية _ بيروت 1968_ ص 543/ الدكتور احمد محمد علي داود _ الأحوال الشخصية_ الجزء الثالث و الرابع _ص09 / الأستاذ زكي شعبان _ الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية _المنشورات الليبية _ كلية الحقوق الليبية _ الطبعة الثالثة _ سنة 1973 _ ص 613

والشافعية عندهم بأنها تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه، و يقيه مما يضره، و لو كان كبيرا مجنونا كان يتعهد بغسل جسده و ثيابه، و ذهنه، و ربطه إلى المهد، و تحريكه حتى ينام[1].ويظهر من التعريف أنها التربية بمعني التنمية للقوى البدنية، و العقلية، و الأخلاقية.

أما الحنابلة فيعرفونها، بأنها حفظ الصغير و غيره عما يضره، و تربيته بعمل مصالحه، وعليه يظهر أن بدونها قد يضيع الولد، أو يموت[2].

و يلاحظ أن تعريف الحنفية و المالكية اقتصر على تعريف الحضانة بمعناها الخـــاص، و هو حضانة الطفل و الولد، و الشافعية و الحنابلة فقد كان تعريفهم للحضانة أعم، حيث شمل الطفل و من في حكمه كالمجنون الذي لا يقدر على القيام بمصالح نفسه[3].

و أما في المذهب الظاهري فإن الإمام ابن حزم الظاهري لم يأت بتعريف الحضانة ، غير انه يمكن استخلاص رأيه من مضمون كلامه عن الشروط التي يجب توفرها في الحاضن إذ يقول :"الأم أحق بحضانة الولد الصغير و الابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض و الاحتلام ... فان لم تكن الأم مأمونة

---

[1] الدكتور احمد محمد علي داود ــ الأحوال الشخصية ــ الجزء الثالث و الرابع ــ المرجع السابق ــص09

[2] الإمام محمد أبو زهرة ــالأحوال الشخصية ــ المرجع السابق ــ ص 404

[3] احمد نصر الجندي ــ الطلاق و التطليق و آثارهما المرجع السابق ــص586 / الدكتور احمد محمد علي داود ــ الأحوال الشخصية ــ الجزء الثالث و الرابع ــ المرجع السابق ــص09 ــ

في دينها ن و دنياها، نظر للصغير أو الصغيرة بالا حو ط في دينهمـــا و دنياهما ، فحيث كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين وجبت ...." [1]

ويعرف الشيخ أبو زهرة الحضانة بأنها تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته[2]

و يبدو من التعاريف الشرعية و الفقهية التي جاء بها الفقهاء ، رغم أنها مختلفة ، لكنها متقاربة تدور كلها حول حفظ الصغير و رعاية شؤونه[3] و هـــــي أهداف و مقاصـــد الحضانة ، و هذه من اخ‌صاص النساء اللاتي بوسعهم توفير العطف ، والحنان الذي يحتاجه الطفل ، و بمعنى آخر أن التعريفات اللغوية والفقهية والقانونية على الرغم من اختلاف الألفاظ المستخدمة فيها فإنها جميعاً تصب في معنى واحد و هي رعاية من لا يستقل بأموره .

إذن الحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء، و تربية الولد كما سبق الذكر هي تنشئة وتنمية قواه العقلية و الجسدية و الخلقية و إن هذه التربية لا تكتمل حسب علم النفس الحديث إلا بعد انتهاء سن المراهقة.

---

[1] الأستاذ هرنان عبد الرحمان ــ الحضانة في القانون الجزائري و مدى تأثرها بالقانون الأجنبي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ــ جامعة الجزائر ــ سنة 1978 ــ ص4

[2] الإمام محمد أبو زهرة ــ الأحوال الشخصية ــالمرجع السابق ــ ص 404

[3] الأستاذ بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات ، دار الخلدونية ، 2008، ص 254

الفرع الثالث: التعريف القانوني للحضانة

انه بالرجوع إلى مشرع قانون الأسرة الجزائري فانه عرف الحضانة في مادته 62 بقوله " الحضانة هي رعاية الولد، و القيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته، و حفظه صحة و خلقا.

ـ و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بشؤون المحضون "

من خلال هدا التعريف فقد عرّف المشرع الحضانة بأهدافها، و هذه الأهداف هي الرعاية، والتعليم والحفظ و الحماية، و جعل هذه الأهداف بمثابةواجبات على الحاضن، و عليه القيام بها مند توليه الحضانة.

و قد عرفتها مدونة الأحوال الشخصية المغربي في المادة 163 من مدونة الأسرة على أن " الحضانة بقولها " الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه " ،أما المشرع التونسي فقد عرفها في المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي " الحضانة هي تربية الولد و حفظه في مبيته "، أما المشرع الليبي في المادة 62 فقد عرف الحضانة أنها " حفظ الولد، و تربيته، و رعاية شؤونه، وتوجيهه، من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر، و يتم الدخول بالأنثـــــى، و ذلك بما لا يتعارض مع حق الولي "[1]. عرّفها قانون الأحوال الشخصية العراقي بموجب قانون التعديل الثاني رقم

[1] الدكتور عبد السلام محمد شريف العالم ـ قانون الزواج و الطلاق ـ رقم 10 سنة 1984 و أسانيده الشرعية ـ بن غازي ـ الطبعة الأولى ـ سنة 1990 ـ ص 358

(21) لسنة (1978) بقوله "يقصد بالحضانة في قانون الأحوال الشخصية تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانوناً والمحافظة على من يستطيع تدبير أموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره"[1].

ويبدو لنا أن التعريفات اللغوية والفقهية والقانونية على الرغم من اختلاف الألفاظ المستخدمة فيها فإنها جميعاً تصب في معنى واحد . إن تعريف الذي جاء به المشرع الجزائري يهدف أساسا إلى حصر جوانب الشيء بأقل عدد من الكلمات، و اكبر قدر من الكلمات، واكبر من الأحكام[2] ، لان الحضانة نوع من الولايـــة ، و بها تثبت للحاضن رعاية الصغير، و تربيته، والقيام بمبيته، ونظافته في المرحلة الأولى من عمره.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية ، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية[3] ، ويبدو لنا أن التعريفات اللغوية والفقهية والقانونية على الرغم من اختلاف الألفاظ المستخدمة فيها فإنها جميعاً تصب في معنى واحد.

---

[1] بيداء كريم عبد أبو كلل ـ الحقيقة الشرعية و القانونية للحضانة ـ نيل شهادة الماجستير في القانون لخاص_سنة2004_جامعة النهرين العراق

2 -الأستاذ عبد العزيز سعد ـ الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري_ دار البحث ط 2 _سنة 1989 _ ص369- ومؤلفه –قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد –أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل –دار هومة 2009 ص 139

3 الأستاذ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 139

وانه بتعريفه الشامل لأهداف الحضانة لم يتركها للاجتهاد سوى انه استعمل لفظ الولد بدلا من الصغير و الصغيرة ، و يبدو أن اختيار لفظ الولد خرج عن دائرة الصغيـــــر و الصغيرة الذين لم يبلغا بعد ، دلك إن قانون الأسرة في مادته 65 أجاز للقاضي أن يحدد الحضانة إلى ستة عشر للذكر، و الأنثى ببلوغها سن الزواج المحدد بتسعة عشر سنة طبقا للمادة 07 منه ، و المعقول أن الولد في السن 16 سنة و البنت 19 يكونان بالغين من الناحية الشرعية بذلك خالف تعريف الفقهاء في اعتبار المحضـــون يتجاوز الصغر ، و عد الاحتلام إلى البلوغ الشرعي المرادف لسن التمييز[1] .

والذي تجدر الإشارة إليه أن مشرعنا جاء بتعريف لمقاصد الحضانة بخلاف المشرع المغـــربي،و التونسي الذين أخذا بتعاريف المتعارف عليها فقها ، و خاصة منه المذهب المالكي[2].

و الذي يجدر التنويه عليه فان التعريف أفصح المشرع على إرادة عازمة اظهر من خلاله هذا العمل الخطير ، و أحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية ته م ل الجا نب الروحـــي، و العقائدي ، أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجســـدي ، أو العكس ، و أراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى مـــا هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون ، فالأمر جد محتاج

[1] محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير،جامعة بغداد ، كلية الشريعة، 1988، ص19.

[2] الأستاذ باديس ديابي ــ صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الآسرة الجزائري ــ دار الهومة ــسنة 2012 ، ــ ص 124

إلى ذي أهلية خاصة ، و أن المشرع حسنا فعل كون انه حدد نطاق الحضانة ، و وظائفها التي لا تتم إلا بها بوصفها جوانب أساسية لتنمية شخصية المحضون[1].

يمكن أن نعرف الحضانة من خلالها بأنها "حفظ الشخص الذي لا يستطيع الاستقلال بأموره ووقايته مما يهلكه أو يضره من قبل من يكون أهلاً لذلك". أو هي " قيام الحاضن المؤهل برعاية العاجز وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية المبينة لجوانب الرعاية حتى يبلغ ".

و انطلاقا من كون تعريف المشرع للحضانة اعتمد فيه على أهدافها، فانه يتضح أن الحضانة أساسا تتمثل فيما يلي:

أولا :تعليم الولد

لا شك إن التعليم ينطوي على وجهين: تعليم ديني بحث و هو النظام التعليمي المعتمد في الدارس القرآنية و الكتاتيب و المساجد، و تعليم علمي و هو ما يلقن في المدارس التعليم، من علوم مختلفة، و هو دور يتقاسمه الوالدين و المدرسة في تربية الطفل عقليا و وجدانيا

و رغم عدم وضوح غرض المشرع من كلمة التعليم ، فيفهم أن المقصود به هو التعليم الديني ، و التعليم العلمي أو التمدرس ، و أن مسالة التعليم في الواقع يعتبر من أولوية السلطات بحكم ما يشهد من انجاز المدارس من جهة ، ومن جهة أخرى فان نص المادة 53 من الدستور

[1])- الأستاذ عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري _المرجع السابق ص 298

لسنة 1996 في فقرتها الثالثة جعلت التعليم الأساسي إجباري ، و هذا أمر على المكانة المعطاة له ، إن الطفل عند بلوغه السن القانونية للالتحاق بالمدرسة فان على الأب أو الأم القيام بتسجيل الولد ليتابع دراسته ، و إن هذا حقا لكل طفل و يضمنه له القانون مجانا و إجباريا إلى غاية استنفاذ طاقته في تحديد مستواه بناء على ملكاته و كفاءته ، فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي، و لعل النص على التعليم العلمي و ذلك دستوريا فانه لا يعني تهميش التعليم الديني ، و إنما الواقع يبين انتشار المدارس القرآنية التي يتصل الطفل بها في سن مبكرة .

ثانيا : تربية الولد على دين أبيه

انه نظر لأهمية هذا الجانب و هو تربية الطفل و الذي لا يعتبر عبء يتحمله الآباء وحدهم، و إنما كذلك يتحتم على الدولة توفير الرعاية الكاملة للطفل نظرا لضعفه في مرحلة نموه ، و إفادته بكامل حقوقه ، و انه من أهم هذه الحقوق التي أوجبها الدستور في المادة 65 منه أن جعل هذه التربية واجبا على الآباء ، و من ثم فان التربية و رعاية الطفل تقتضي أن يكون الحاضن على خلق تؤهله للقيام بواجبه ، و من ثم فانطلاقا من المادة 62 من قانون الأسرة بيّنت حدود هذه التربية الخلقية ، و التربية على دين أب المحضون.

لعل مشرعنا ساير رأي الفقهاء ناهجا منهج الفقه الإسلامي بوجوب تربية الولد على دين أبيه إذا كان مسلما [1] ، لا ن الطفل نظرا لضعفه قد يتأثر بسلوك الكبار لدا يكون مستعدا لقبول سلوكياتهم و عقائدهم الدينية ، و أن هذا التأثر يكون سهلا بتقليد أبيه أو أمه ، و من ثم يكون الطفل سهل أن يغتنم الحاضن أو الحاضنة في توفير كل ما يحتاجون له الطفل لإشباع حاجياته لتوجيهه و تلقينه دينا غير دين أبيه .

وما يثبت تأكيد المشرع لك أيضا في المادة 62 بقوله "..و القيام بتربيته على دين أبيه.." ، و من ثم قد تكون الحاضنة كافرة ، لذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ، و هو دين الأب في تنشئة الطفل .

و هدا ما جسدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 1989/03/13 بقولها "من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة ، إلا إذا خيف على دينه و أن حضانة الذكر بالبلوغ و الأنثى حتى سن الزواج و من ثم فان القضاء يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية "[2].

---

[1] الأستاذ فضيل_ سعد شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق –الجزء الأول – المؤسسة الوطنية للكتاب _سنة 1989. ص370

[2] - قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _ ملف رقم 52221_ بتاريخ 13_03_1989_ المجلة القضائية 1993_ عدد1_ ص 48

ثالثا : السهر على حماية المحضون

إذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب و التعذيب أو اعتداء معنوي كترهيب و التخويف والعنف اللفظي كالشتم الذي قد ينشا عنه اضطراب نفسي أو عقلي ، و ليس معنى ذلك أن يترك الطفل حرا في تصرفاته يعمل ما يروق له ، و أن يُؤدّب كلما استدعت الحاجة ، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه ، كما أن حمايته تتطلب تأديبه.

و تنشئته نشأة سوية و عليه يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع و يجيزه تأنيبا له عن أي خطا أو سوء معاملة يبديها اتجاه الغير[1].

رابعا : حماية الطفل من الناحية الخلقية

إن الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه، و حسن تأديبه، و إعداده الإعداد الذي يسمح لأن يكون فردا صالحا سويا، و أن لا يُترك عرضة للشارع و رفقاء السوء.

و عليه فان إسناد الحضانة تقتضي أن يكون مستحقها على خلق و سلوك حســـن، و ذلك صيانة للمحضون من الانحراف و الضياع. و أن هذه الحماية هي ضابط الأخلاقي و هذا ما نلمسه

[1] - الأستاذ باديس دياني ــ صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الآسرة الجزائري ــ المرجع السابق ــ ص127

في المادة 62 في فقرتها الأولى " حفظه خلقا "، و من ثم فإن معرفة أخلاق الحاضن تخضع للسلطة التقديرية للقاضي من خلال فحص شخصية الحاضن ، و تقدير طبيعة السلوك، وتدعيما لحقوق المحضون،وصونا لها من أي تهديد أو تربيته على التصرفات و السلوكات المشينة ، أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن و مدى تحمله المسؤولية و تحليه بحسن الخلق لضمان نشأة المحضون نشأة سوية ، و الشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه ،لاسيما الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية ، و دلك ثابت من خلال عديد من القرارات الصادرة من المحكمة العليا منها القرار المؤرخ في 1984/01/09 والذي جاء فيه ما يلي: " متى كان مقررا شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفها ، فانه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيها و الحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لام بعد إسقاط هذا الحق عن لفساد أخلاقها و إقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لإرغام زوجها على طلاقها "[1] .

وجاء تأسيس القرار إن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها و سوء تصرفها لهما يسقط حق أمها في الحضانة ، كذلك أن الأم لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا كبح جماح المحضون و مراقبته و تربيته ، و عليه فلا الأم تستحق الحضانة ، و لا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة و الأمانة فيهما معا.

---

[1] قرار المحكمة العليا _غرفة الأحوال الشخصية _ بتاريخ 09/ 01/ 1984 _ ملف رقم 31997 المجلة القضائية لسنة 1989 عدد الأول ص73

خامسا : حماية المحضون صحيا

إن مشرعنا أوجب على الحاضن حفظ المحضون صحة طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة ، و أن هذا الحفظ يقتضي شقين هو إرضاعه وصيانته في حال مرضه .

إن الأم عليها القيام بإرضاع طفلها حولين كاملين لاعتبار تلك الفترة حساسة في حياة الطفل لدا قل الله تعالى :" و الوالدا ت يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة "[1] وان واجب رعاية المحضون في نفسه و جسده، و أن يوفر له كل ما يحتاج إليه من وسائل الراحة، و إلا عُد غير قادرا على الرعاية فتنتزع منه الحضانة.

إلى جانب إرضاع الطفل، يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته، و ذلك بأن يتلقى كل التعليمات اللازمة و الدورية، و يكون على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل و أن يُعرضه على طبيب كلّما استدعت الحاجة.

انه بعد الاطلاع على ما قيل في تعريف الحضانة بينا أن جل المشرعين اتجهوا إلى تعريفها عن طريق ذكر وظائفها و أهدافها وهّذا ومن خلال التحليل الذي أعطيناه للحضانة حاولت إيراد تعريف لها كما يلي :

---

[1] سورة البقرة الآية 233

انه من خلال هدا التعريف نستخلص أن الحضانة تكون إلا من:

ـ من شخص الحاضن و الحاضنة مؤهل، بمعنى توافر الشروط المفروضة شرعا و قانونا في تولي الحضانة[1].

ـ أن واجب الرعاية و الحماية للمحضون الذي يستقل بخدمة نفسه ، و القيام بشؤونه نظر لعجز للصغر الو للجنون أو العته ، هو حمايته من الضياع و الهلاك و هنا تكمن مصلحة المحضون .

ـ الحضانة بإجماع الفقه تستمر إلى أن يتمكن المحضون من الاستغناء عن خدمة النساء كان يأكل وحده و يشرب.

1) الدكتور المصري مبروك ، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري ، دار الهومة ـ 2010 ـ ص 512 / بدران أبو العينين بدران ـ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون ـ المرجع السابق ـ ص 568

المبحث الثاني: خصائص الحضانة

بعدما تعرضنا إلى تعريف الحضانة ، و الذي من خلاله قام المشرع ببيان الوظائف المنوط بالحاضنة أو الحاضن القيام ، و منه حدّد أهداف الحضانة التي تصب في توفير التربية الصحية و الدينية و العقائدية للطفل المحضون ، إلا انه نلاحظ أن مشرعنا من خلال التعريف الذي أتى به لم يبيّن به خصائص الحضانة ، و انه من العادة و المألوف أن الخصائص مبدئيا تستنبط من التعريف التي يأتي بها المشرع ، و هذا ما يدعونا إلى محاولة البحث في خصائص الحضانة ، و هي كالتالي :

المطلب الأول: الحضانة محددة المدة

إن الحضانة تتسم بأنها محددة المدة ، أي أن الحاضن أو الحاضنة تسند له القيام بمهام رعاية شؤون الطفل لمدة محددة و مؤقتة ، وانه تسقط بانتهائها ، و هذه الخاصية تخص الحضانة، و ليس الحاضن إذا متى بلغ المحضو ن سنا معينة التي حددها القانون تنقضي حضانة الحاضن ، و ليس له المطالبة بهذا الحق بعد انتهائها .

ولعل أن السبب في ذلك أن الهدف الذي أنشئت من أجله الحضانة قد زال بزوال حاجته إلى الحنان ، و عجزه عن القيام بشؤونه ، و قضاء حاجاته الأولية ، وبقي في حاجة إلى من يقوم بتهذيبه و تعليمه ، و توجيهه إلى السبيل السليم ، و هذا من اختصاص الولي على نفسه و ماله ، لينشئه تنشئة يستطيع من خلالها مواجهة الحياة صعبها و سهلها[1] و هنا يتدخل دور الولي على نفسه و ماله .

و الثابت أن الفقه الإسلامي غير متفق على سن التي تنتهي فيها الحضانة، و السبب يرجع إلى عدم وجود نص في القران الكريم، و لا في السنة النبوية، فكل مذهب أعطى سنا معينا الذي يستغني فيه المحضون عن خدمة الحاضن.

---

[1] فضيل سعد – شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق –المرجع السابق _ ص370- / الأستاذ محمد التومي _ نظام الأسرة في الإسلام _ شركة الشهاب _ الجزائر _ سنة 1981 _ 42

2 الأستاذ عبد الكريم شبهون _ شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية _ دار نشر المعرفة الرباط _ سنة 1987 _ ص410

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد مشرعنا قد حسم الخلاف الفقهي لم يبقي الصغير غير مميزا طوال حياته ، بل حدد مدة الحضانة في نص المادة 65 و ذلك ببلوغ الذكر عشر سنوات ، وببلوغ الأنثى سن الزواج والتي جاء نصها كما يلي: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا الحاضنة أما لم تتزوج ثانية . و لعل على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون " و من ثم فانه قد حدد المدة التي يتخاصم خلالها الحاضنون على حق الحضانة ، و هي المدة التي لم يكن فيها الولد قد بلغ عشر سنوات من عمره ، و المدة التي تكن فيها الفتاة قد بلغت سن الزواج ، بمعنى أن الحضانة تسقط ببلوغ الذكر و الأنثى السن المذكور .

و سنتعرض في الباب الثاني فيما يتعلق بأحكام الحضانة فيما يتعلق مدة الحضانـــة و نبيّن الخلاف الفقهي ، و ما رسا عليه مشرعنا.

المطلب الثاني: الطابع الإلزامي للحضانة

باعتبار أن الحضانة شرعت لرعاية الطفل لضعفه و عجزه، كان على أسرته بصفة عامة القيام بشؤونه، و توفير له جانب الرعاية و الحماية و الحفظ، وان التخلي عنه قد يكون له عواقب وخيمة على صحته و سلوكه. و انه بالاطلاع على نصوص قانون العقوبات فانه نص على عقوبة

جزائية لكل من يعرض صحة الطفل القاصر أو سلوكه و خلقه إلى إخطار وهدا ما جاء في مضمون المدة 330[1]

وعليه فان الإلزام المقصود يتعلق بالواجب أو الواجبات الملقاة على الحاضن أو الحاضنة،أي المهام الملقاة على عاتقه من الرعاية الكاملة للجانب الخلقي و الصحـــــــــي و العقلي للطفل المحضون[2] وان الإلزام المقصود ليس هو الإجبار لاعتبار أن للحاضنة أو الحاضن لا يجبر عليها مادام انه تنازل على الحضانة ، لان الثابت من الفقه و القوانين الوضعية عدم إجبار الحاضن على الحضانة إذا امتنع عنها مع وجود غيره من يتولى حضانته، وانه لا يلزم بها إلا إذا تعين للقيام بها مع انعدام من يحضن الصغير ، وهذا لعدم الإضرار به ، و حتى لا يضيع حق المحضون في الرعاية .

المطلب الثالث: عدم تقرير الحضانة إلا لمحرم

إن هذه الخاصية مستوحاة من أن الشريعة الإسلامية أكدت أن حضانة الصغير تكون إلا للحاضن أكثر قربا منه لتوافر روابط المحبة ، والشفقة التي بها يكون في وسط غير مبغض له ، فمناط

---

[1] جاء في نص المادة330 /03 من قانون العقوبات " يعاقب بالحبس من شهرين (02)إلى سنة (1)
و بغرامة من 2500 إلى 100000 دج
_ احد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بان يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك ، أن يهمل رعايتهم ، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم ، سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أم لم يقض بإسقاطها "

[2] الأستاذ عبد العزيز سعد _الجرائم الواقعة على نظام الأسرة _ المؤسسة الوطنية للكتاب _ سنة 1990_ ص152.

إسناد الحضانة هي صلة الرحم ، و انه بالرجوع إلى جل المذاهب الفقهية كـــان ترتيب مستحقي الحضانة على أســـاس درجة القرابة لاعتبارات الشفقة و الحنان و العطف .

إن مشرعنا سار على ما جاء به الفقه الإسلامي في المادة 64 من قانون الأسرة أين رتب مستحقي الحق في الحضانة على أساس القرابة ، و رتب جزاء ا في حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون كما تبينه في المادة 66 من قانون الأسرة ، و في المادة 70 أسقط حضانة الجدة أو إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ، و الغرض من هذا كله تلك الميزة التي ينفرد بها الحاضن ، فصلة الرحم تناط بها الحقوق و الواجبات ، و لان مبنى الحضانة الشفقة[1]

و لعل أن القضاء الجزائري اتجه في هذا المنوال بفصله صراحة بقرار صادر بإسقاط الحضانة عن الحاضنة إذا ثبت زواجها مع شخص أجنبي عن المحضون غير القريب له، و هذا بتاريخ 1988/06/20 في قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه :" من المقرر شرعا انه يشترط في الجدة الحاضنة أم الأم أن تكون غير متزوجة ، و ألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي ، و أن تكون قادرة على القيام بالمحضون و من ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس ."[2]

---

[1] الأستاذ زكي شعبان ــ الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ــ المرجع السابق ــ ص 623.

[2] -قرار المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية_ ملف رقم 50011_ بتاريخ 1988/06/20 – مجلة قضائية 1991 – عدد 2 ص57

و أن هذا الأمر يشمل الحاضن سواء كان رجلا أو امرأة ، إذ لابد من توافر صلة القرابة بين الحاضن و المحضون، و من ثم فان كان الحاضن غير محرم للمحضون كالأخت من الرضاع ، و بنات الأعمام و العمات ، و بنات الأخوال و الخالات لسن أهلا للحضانة[1]

و كذلك لا حضانة لابن العم بالنسبة للأنثى ، و لو كان مأمونا عليها بل أكثر من ذلك [2]، فإنه قد يكون المرّشح لطلب الحضانة العم ، فتسقط حضانته لو ثبت أن له أبناء بالغيـــن ، وهم غير محرمين لهـــا[3] و مقيمين معه في سكن واحد ، و هذا ما يؤكد أن أبناء الأعمام و الأخـــــوال و الخالات ليس لهم الحق في حضانة الأنثى .

إن رغم هذا الذي يسري على الأنثى فان لهم الحق في حضانة الذكور [4] إذ يرى الأستاذ زكريا بري انه في حالة وجود أقارب غير محارم ، فانه يكون للذكور حضانة الذكور فقـــــــط ، و للإناث حضانة الإناث[5]. و عليه قد يحدث أن لا يكون للأنثى أن لا يوجد إلا قريب غير محرم يتولى حضانتها. فان مشرعنا لم يتطرق لهذه الحالة لسد هذا النقص بحيث انه طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تخول الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، و خاصة منها ما رسا عليه الفقه الإسلامي . إن الفقه مختلف في هذه النقطة فالمذهب المالكي اشترط أن يكون القريب غير محرم

---

[1])الأستاذ زكي الدين شعبان – الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية المرجع السابق ص 623 / و الدكتور عبد الرحمان الصابوني شرح قانون الأحوال الشخصية السوري_ الجزء الأول الزواج و الطلاق _ المرجع السابق ص 264

[2])الدكتور وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته – الأحوال الشخصية _ ج7 _الأحوال الشخصية، ط1 . _دار الفكر، دمشق سنة _ 1984– ص 553 /الدكتور بلحاج العربي _شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج و الطلاق – المرجع السابق – ص 264

[3]) -عبد الرحمان الجز يري – الفقه على المذاهب الأربعة – ج4 _ كتاب النكاح _ كتاب الطلاق _ المكتبة التوفيقية ت بدون تاريخ ص 398

[4]) عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – فقها و قضاء، – دار الفكر العربي القاهرة _سنة 1976 – ص 298

5) زكريا بري _ الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة و القانون ___ الدار القومية القاهرة _ سنة 1979 _ص 203

متزوجا[1] و أما الحنفية فأجازوا حضانة القريب غير محرم إذا لم تبلغ البنت سن المراهقة لخشية الفتنة منه ، وانه إذا لم يكن حاضن غيره و كان مأمونا عليها فالقاضي يجيز له ذلك [2] و الحنابلة أجازوا تسليم البنت إلى القريب غير محرم إذا لم يوجد غيره مع شرط إن يكون ذا ثقة ، و أما الشافعية أجازوا للقريب غير محرم حضانة البنت بشرط أن تكون له بنت أو أخت ، لكي تقم بشؤونه، و بهذا يمنع وقوع الشبهات[3].

هذا ما هو ثابت في الفقه الإسلامي في حماية للمحضون ، فانه حسب المذاهب المختلفة اقترحوا حلولا الغرض منها حماية المحضونة و خاصة منه الأنثى ، و ذلك وقايـــــــة من الانحراف و الضياع و من ثم على القاضي أن يتحرى عند إسناد الحضانة بصفة عامة من مدى قدرة الشخص من حفظ المحضون صحة و خلقا .

---

[1] عبد الرحمان الجزيري_ الفقه على المذاهب الأربعة_ المرجع السابق _ص598 _

2 الدكتور وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته – الأحوال الشخصية _ ج7 _الأحوال الشخصية _ المرجع السابق ص 729

3 الإمام أبو الزهرة _ الأحوال الشخصية _المرجع السابق _ ص 408

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للحضانة

سأتناول في هذا الفصل الطبيعة القانونية للحضانة ، أحاول فيه طرح الخلاف الفقهي الذي دار بين الفقه الإسلامي حول كون الحضانة حق للحاضن أو حق للمحضـــون، و موقف المشرع الجزائري ، و هذا في مبحث أول ، و في المبحث الثاني أحاول طرق نقطة في مسالة متعلقة بطبيعتها، و هي بيان إن كانت الحضانة آثر من آثار الزواج أو الطلاق ، و في المبحث الثالث تمييزها عن النظم المشابهة لها مثل الولاية و الكفالة و الوصاية.

المبحث الأول: طبيعة الحضانة

و حكم الحضانة أو بمعنى الصفة الشرعية لها التي ينطبق عليها حكمان[1]:

الحكم الأول : بمعنى أن الحضانة واجبة شرعا ، و سبب هذا الوجوب هو عدم استقلال المحضون بمصالحه ، و عدم الاستقلال هو مظنة عجزه الذي سببه الصغر ، أي ما بالمحضون من صغر يمنعه من مباشرة أموره و القيام عليها ، و تعهد نفسه و قضاء حوائجها ،من أجل ذلك وجبت الحضانة لحفظه من الهلاك ، و لذلك يقال أن حكم الحضانة الوجوب العيني بمعنى انه إذا لم يوجد إلا حاضن واحد ، أو وجد ، و لم يقبل الصغير غيره ، في هذه الحالة تتعين الحضانة ، و يجبر عليها الحاضن .

و الحكم الثاني : الوجوب الكفائي ، و هذا الحكم نظر إليه باعتبار من تجب عليه الحضانة ، و بيان أن جميع الناس مخاطبون بحضانة الصغير حتى لا يضيع ، و فرضت عليهم الحضانة، منعا لما يلحقه من ضرر بسبب تركه بلا حاضن ، و هذا الفرض من فروض الكفاية ، بمعنى إذا قام احد الناس بالحضانة سقط الفرض عن الباقين .

---

[1] الأستاذ احمد نصر الجندي ـ النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي ـ دار الكتب القانونية مصر ـ سنة 2006 ـص93

و بعدما بيّنـــا أنها واجبة شرعا إلا لسبب أن المحضون ضعيف لا يستطيع القيام بشؤونه لصغره و ضعفه، و من ثم لا بد أن يتعين لها شخص سواء كان امرأة أو رجل للقيام بها .

و عليه أتناول في هذا المبحث الخلاف الفقهي الذي دار حول طبيعة الحضانة هل هي حق للمحضون أم للحاضن استنادا إلى الآراء الفقهية ، و ما استندوا إليه من حجج و أسانيد ، ثم نعرج على دراسة الحضانة إن كانت اثر من آثار الزواج أو الطلاق و تمييزها عن النظم المشابهة لها التالية:

المطلب الأول: الحضانة حق للحاضن أم حق للمحضون

لا خلاف بين الفقهاء على أن الحضانة حق شرعي مقرر لمن له الحق فيه ، على من يجب عليه رعايته و حفظه و العناية به كالطفل ، و من في حكمه ، و انه لا يجوز الإخلال بحق الحضانة ، و لا بما يتعلق بها في جانب المحضون بأي حال ، لأنه عاجز عن رعاية نفسه ، و تركه من جميع من له حق الولاية عليه و إهلاك له[1]، و ذلك منهي عليه شرعا بالنصوص القاطعة ، و منها قوله تعالى " و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة "[2] وقوله تعالى " و تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما "[3].

إننا إذا نظرنا لشخص معين كالأم مثلا نقول أنها أحق الناس بحضانة طفلها ما لم يمنعها من ذلك مانع ، فإذا تمسكت به أجيبت إليه ،و إذا تنازلت عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل ،

---

[1] الدكتور نصر فريد واصل_ الولايات الخاصة الولاية على لنفس في الشريعة الإسلامية _دار الشروق _ القاهرة _سنة 2001 _ ص 57

[2] سورة البقرة آية 195

[3] سورة الإسراء آية 33

و هذا يعني انه حق لها و إذا لم يوجد من يصلح له أجبرت عليه ، بمعنى أن الحضانة واجب عليها والسؤال الذي يطرح نفسه هل الحضانة حق للحاضن أم حق للمحضون ؟

الفرع الأول: الحضانة حق للحاضن

إن غالبية الفقه من المالكية و الشافعية و الحنابلة [1] يعتبرون أن الحضانة حق للحاضنة الأم ، و استدلوا على أنها لا تجبر عليها لاحتمال عجزها وان شفقتها كاملة على المحضون و هي لا تصبر عليها في الغالب و لو عن عجز و هي محمولة عليها بدون جبر و أن حججهم في ذلك مستمدة من القران و السنة و إجماع المسلمين . و استند الفقهاء على أسانيد من القران السنة و الإجمـــــــاع و المعقول نوردها كما يلي:

أولا: بالنسبة للثابت في القران :

انه انطلاقا من الآيات القرآنية التي نصت على حقوق الوالدين ، و العمل على احترامهـــا و الإحسان إليهما مصداقا لقوله تعالى " و قضى ربك ألا تعبدوا إلا إيـــــــاه ، و بالوالدين إحسانا ، و أما يبلغن عندك الكبر احدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف، و لا تنهرهما ، و قل لهما

[1] محمد مصطفى شلبي –أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون –دار النهضة العربية بيروت – ط 2 – سنة 1977 ص734/_ والأستاذ بدران أبو العينين بدران– الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة – الجزء الأول – الزواج و الطلاق –المرجع السابق _ ص544

قولا كريما ، و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة ، و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيـــــرا " [1].

و عليه هذه الحقوق التي جاء بها الله عز و جل تقابل في الحقيقة الواجبات التي يؤديها لآبا ء اتجاه أبنائهم من تربية و رعاية في مرحلة طفولتهم. و من ثم كان على الوالدين القيام برعاية أولادهم و القيام بشؤونهم و حمايتهم صحة و خلقا و دينا، الأم توفر الشفقة و الحنان، و الأب يتولى الإنفاق عليه و تربيته ليتخلق بأخلاق الرجال .

ثانيا: بالنسبة للسنة النبوية:

ما روي عن عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت : يا رسول الله ، أن ابني كان بطني له وعاء ، و ثديي له سقاء ، و حجري له حواء ، و أن أباه طلقني و أراد أن يترعه مني ، فقال لها رســـول صلى الله عليه و سلم :" أنت أحق به ما لم تنكحي " رواه احمد و أبـــو داود و صححه الحاكـــم[2] و هذا ذليل أن الحضانة حق للحاضنة و فسّر الأستاذ زكريا البري إذ يقول :" تريد بقولها أن بطنها كان له وعاء حافظا لولها وقت كان جنينا ، و إن حجرهـــا و هو حضنها كان يحويه بضمـــه وليدا ، و أن ثديها كان يسقيه شراب اللبن رضيعا " [3]

---

[1] سورة الإسراء الآية 23و24

[2] الشيخ أبي خير نور الحسن خان_ فتح العلام لشرح بلوغ المرام _ دار ابن حزم _ ط1 سنة 2003 _ ص 717

[3] الأستاذ زكريا البري _ الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة و القانون _ المرجع السابق _ ص 192.

ثالثا:إجماع الصحابة

أجمع الصحابة رضي الله عنهم على أحقية الأم في حضانة ولدها ، إن كانت الشروط متوافرة فيها ، و لم يخلُ أحدها ، فقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه طلق زوجته جميلة الأنصارية أم عاصم ، و تنازعا بشان ابنه عاصم ، كل يدّعي حضانته ، فتقدم كل منهما بشكوى إلى أبي بكر رضي الله عنه ، فقضى بضم الولد إلى أمه و قال له :" ريحها و مسكها و مسحها خير له من الشهد عنـــدك " [1] ، و في رواية أخرى :" ريحها خير له من سمن و عسل عندك "، و في رواية : " ريقها خير له يا عمر ، فدعه عندها حتى يشب " [2] . و كان هذا القضاء بمحضر الصحابة، و لم ينكر عليه احد منهم ، فكان إجماعا منهم على أحقية الأم في تولي حضانة ابنها .

وأضاف الشيخ ابن القيم الجوزية انه :" قد يستوي أن تكون المنازعة وقعت بينـــــه و الأم أولا ، ثم بينه و بين الجدة ، أو وقعت مرة واحدة بينه و بين احدهما ، لأنه إن كانت من الأم فواضح ، و إن كانت من الجدة فقضاء الصديق رضي الله عنه يدل على أن الأم أولى[3] .

رابعا :_المعقول

---

[1] الدكتور احمد محمد علي داود _ الأحوال الشخصية الجزء الثالث و الرابع _ المرجع السابق _ص 11 / الأستاذ عبد العزيز عامر _ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا _ المرجع السابق _ ص 192/ بدران أبو العينين بدران _ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون_ الزواج و الطلاق _ المرجع السابق _ص310

[2] الأستاذ بدران أبو العينين بدران _ فقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون _ الزواج و الطلاق_ المرجع السابق _ ص 546

[3] الشيخ ابن القيم الجوزية _ زاد المعاد في هدي خير العباد_ المجلد الخامس _ دار الكتب العلمية بيروت لطبعة الأولى سنة 1998ص 299

ذلك لان الصغار عاجزون عن القيام بمصالحهم ، فكان من الواجب تعيين من يقوم بها عنهم حتى لا يكون الأمر فوضى لا ضابط له ، و لتستقيم أمور الناس ، و قدّر الشرع الولاية عليهم في النفس و المال للآباء ، لأنهم أقوى من غيرهم رأيا مع توفر الشفقة الكاملة على صغارهم ،و جعل النفقة كذلك عليهم لأنهم اقدر عليها .

أما الحضانة فقد خص بها الأمهات دون الآباء لأنهم أشفق و أرفق ، باعتبارهن اقدر و اصبر على تحمل المشاق بسبب الولد ، و قد قال الشيخ ابن قدامة في المغني:" و لأنها اقرب إليه و أشفق ، لا يشاركها في القرب إلا أبوه ، و ليس له مثل شفقتها ، و لا يتولى الحضانة بنفسه ، و إنما يدفعه إلى امرأته ، و أمه أولى به من امرأة أبيه " [1] على أن الحاضنة لا تجبر على الحضانة ، لان شفقتها كاملة على المحضون و هي لا تصبر عليها في الأغلـــب و على عن عجز، فلا معنى لإيجابها عليها لأنها محمولة .

عليها بدون جبر ، وان تفسير قوله تعالى "و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " [2] و قوله تعالى " و إذا تعاسرتم فسترضع له أخرى " [3] فالأولى للندب لا

---

[1] عبد السلام عامر ــ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء المرجع السابق ــ ص 194ــ الدكتور احمد محمد علي داود ــ الأحوال الشخصية ــ فقه الأحوال الشخصية المقارن ــ الجزء الثالث و الرابع ــ دار الثقافة الطبعة الأولى 2009ــ ص 12

[2] سورة البقرة آية 233

[3] ســـورة الطلاق آية 6

للوجوب و مقتضى هذا أن الوا لدة لا تجبر [1]. وانه ينبني على كونها حق للحاضنة و لا تجبر عليها نتائج[2]:

1_للام حق الامتناع عن الحضانة، فلا تجبر عليها ما دامت حقا لها، و إن امتناعها لا يلحق بالمحضون ضررا و لا يترتب على ذلك ضياع الولد لوجود من يحل محلها.

2_لا يجوز للأب أن ينقل الطفل المحضون من البلد الذي تقيم فيه الحاضنة إلى بلد أخر و لو وجدت فيه حاضنة تلي الأم بالترتيب.

3_انه ليس للأب أو للقاضي نزع حضانة الصغير من الحاضنة إذا توافرت أهلية الحضانة لديها لنقله لحاضنة أخرى تليها في القرابة ، و الترتيب لان حق الحضانة للأولى ثابت شرع ـــا و لا يجوز أن ينقل لغيرها إلا بسبب.

الفرع الثاني: الحضانة حق للمحضون

بمعنى أن الصغير من حقه أن يرعاه والده أو من يقوم بتربيته، بسبب البراءة التي ولد عليها، و عدم قدرته على مراعاة شؤونه بنفسه ، فضلا على نموه البسيط ،و حاجته لمن يساعده ، و عليه

[1]) عبد السلام عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء_المرجع السابق – ص 195

[2])الدكتور عبد الرحمان الصابوني ــ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ــ الجزء الأول ــ الزواج و الطلاق ــمطبعة جامعة دمشق 1971 ص278

يتعين أن يقوم بهذه المرحلة بالنسبة له حاضنة ، و يمتنع عليه أن يترك حضانة الصغير ، وان هو امتنع عنها اجبر عليها وعلى هذا اعتبر الحنفية أن الحضانة حق للمحضون[1]

وقال الحنفية أنها حق للمحضون فتجبر عليها و استدلوا بأنه:

1) أن المراد بالأمر هو الوجوب في الآية 233 من سورة البقرة و ذلك الآ ية6 م ن سورة الطلاق و أن الموضوع هو الرضاعة و ليس الحضانة.

2) أن حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاج.

3) أن الزوجة إذا خالعت زوجها على أن تتنازل عن الحضانة كان الخلع صحي حـــا و الشرط باطلا[2] لان وجود الصغير عند أمه انفع له و هو حق له فلا يجوز الاتفاق علـــى إسقاط حق غيرها.

4) إن لم يكن للصغير سوى حاضنة معينة فإنها تجبر عليها و ليس لها خ يار في أمر ه ا و ذلك لمصلحة الطفل المحضون و لحقه المترتب على الحاضنة.

---

[1] سيد سابق ـ فقه السنة ـ المجلد الثاني ـ ، دار الفكر الطبعة الأولى سنة 1977 ص 482 / الدكتور محمد مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون ـــ المرجع السابق ـ ص 734/ الأستاذ وجنات عبد الرحيم ميمني ـ لمن الحضانة ـ ـمجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها جزء 15 ـ كلية التربية للعلوم مكة ـ جمادي الثانية 1424 ـ ص 373

[2] الدكتور عبد الرحمان الصابوني ـ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ـ الجزء الثاني الطلاق و آثاره ـ المرجع السابق ـ ص 278 / الدكتور محمد مصطفى شلبي ـ أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون ـ المرجع السابق ـ ص 735

الفرع الثالث: الحضانة حق للحاضن و المحضون

انه تبعا للرأيين السابقين الذين اعتبرا أن الحضانة متأرجحة بين من يقول أنها حق للحاضن ، و آخر أنها حق للمحضون ، و بينوا الآثار المترتبة على اعتبارها حق للحاضن أو للمحضون ، إلا أن الرأي الثالـــث يرى أنها حق مشترك بينهما ،كون الحضانة حق للصغير لحاجته إلى من يرعـــاه ، و يحفظه ، و يقوم على شؤون ، و يتولى تربيته ، و أن للام حق في حضانته كذلك لقول الرسول صلى الله عليه و سلم " أنت أحق به " [1] ، فهذا الحق لا يقتصر على أي أحد منهما بل هو مشترك بينهما

و هذا ما علق عليه الشيخ ابن العابدين بان الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليها محمول ما إذا لم تتعين لها ، و الاقتصار على القول بان الحضانة حقها دون الإشارة للصغير مرده أن المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يقوم بحضانته غيرها . و القول بان الحضانة حق للم حضون فتجبر عليها محمول على ما إذا تعينت عليها الحضانة و الاقتصار هنا على القول بان الحضانة حقه دون الإشارة إلى الحاضنة مرده عدم وجود من يحضنه غيرها فيضيع حقه لو لم تحضنـــه هي ومن الحالات

[1] الأستاذ عبد السلام عامر_ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء – المرجع السابق – ص196

التي تتعين فيها الحضانة على الحاضنة إلا يوجد غيرها من يستحق الحضانة أو يوجد هذا الغير و يمتنع عنها[1].

و تتمة لما سبق فان الآراء الفقهية اختلفت في كون الحضانة حق للحاضن أو حق للمحضون وان حسب الشيخ ابن محرز حيث جاء في شرح الميارة الفاسي " و الصواب عندي انه حق سواء بين الحاضنة و المحضون قال (في الطرر) عن ابن محرز قد اختلف في الحضانة هل هي ح ـــــق للام أو للولد على الأم ، و أن فائدة الخلاف هو إذا كان حقا لها جاز تركها له و انتقل إلى غيرها ، و إذا انتقـــل إلى غيرها ، و إذا كان حقا للولد لزمها، و لم يكن لها تركـــه إلا من عـــذر و قال ابن محرز و الصواب من ذلك عندي أن حق مشـــترك بين الحاضن و المحضون"[2].

وعلى هذا الأساس فان الثابت في الفقـــه أن الحضانة مسالة متكاملة و متناســـقة فـــي كونهـــا حق للحاضن و المحضون و أن الفروع الفقهية للمذهب الحنفي منها ما اعتبرها حق للحاضنة و عليها كذا في المذهب المالكي في الآراء المحكية كما رأينا فيما جاء به ابن محرز إنها حق للحاضن و المحضون.

---

[1] بدرا أبو العينين بدران ــ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري ــ المرجع السابق ص 543 سيد سابق فقه السنة ــ المرجع السابق ــص 482

[2] الشيخ ميارة الفاسي – شرح الميارة الفاسي على تحفة الحكام –دار الفكر 1992ــ ص 433

ذهب الأستاذ بدران أبو العينين بدران انه باعتبارها إلى اعتبار أن الحضانة حق للحاضنة و المحضون الآثار و الأحكام التالية[1]:

1. إن الحاضنة أما أو غيرها إذا تعينت للحضانة، بان لم يوجد غيرها أو وجد من يليها في استحقاق الحضانة، لكنه لم يرض بحضانة الصغير أجبرت عليها، مراعاة لمصلحة الصغير، و حفظا له من الضياع

2. إن الحاضنة إذا لم تتعين للحضانة لا تجبر عليها، لان الحضانة حقها و لا ضرر على الصغير في امتناع الحاضنة عن القيام بها، لوجود من يحل محلها فيكون لها الحق في الامتناع عنها.

3. إن الأب ليس له أن يأخذ الصغير من صاحب الحق في الحضانة، و يعطيه لمن دونها إلا إذا كان هناك مبرر شرعي، لان في اخذ تفويت الحق الحاضنة.

4. يجب على المرضعة إذا كانت غير حاضنة الولد، أن تقوم بإرضاعه عند الحاضنة، لان في نقله تفويت لحق الحاضنة في الحضانة.

5. إذا أراد الأب نقل الطفل من البلد الذي فيه حاضنة الصغير لا يجوز له ذلك، لان نقله فيه تفويت لحق الحاضنة في الحضانة.

---

[1] الأستاذ احمد نصر الجندي ـ شرح قانون الأسرة الجزائري ـ دار الكتب القانونية المحلة الكبرى مصر سنة 2009 ـ ص 151 /بدران أبو العينين بدران ـ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري ـالمرجع السابق ـ ص 544 ـ/ الدكتور وهبة الزحيلي ـ الفقه الإسلامي و أدلته ـ الأحوال الشخصية ـ الجزء السابع ـص 732 /

إذن مقارنة لما تم سرده على الخلاف الفقهي الذي دار حول طبيعة الحضانة فان الأستاذ بدران أبو العينين اعتبر هذا الخلاف بمثابة خلاف لفظي [1] لا يرتب أي آثار شرعيـــــة ، و على أساسه نرى انه جمع الحقين لكل من الحاضنة و المحضون، و اعتبر أن من آثارهما المذكورة سابقا كل حق متعلق بالآخر إلا أن حق المحضون أقوى[2] ، و مصلحته هي مغلبة تبعـــا لاعتبارات ضعفه ، و الخشية عليه من الضياع ، و قد تجبر الحاضنة على الحضانة إن لم يوجد من يقوم بحضانة الصغير إذا تعينت لها ، و مارست حقها في الرفـــض و عدم القيام برعاية الصغير .

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من طبيعة الحضانة

انه بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فانه لا يجيبنا حول طبيعة الحضانة ، و انه انطلاقا من المادة 73 من مشروع قانون الأسرة التي جاء في مضمونها أنها ح ـــق و واجب على الأم في حضانة أولادها أثناء ا لزواج ، و بعد انحلاله ،إلا أن هذا المفهوم و هذه الطبيعة لا نلحظها في مجموع المواد التي نظمت الحضانة ، و خاصة إذا تقيدنا بنص المادة 62 التي جاءت بطرح عدة واجبات ملقاة على الحاضنة للقيام بها وهي التربيـــة و العنا يةو التعليم و الحفظ صحة و خلقا ، إذ أن الحضانة من هذا المنطلق هي واجب على الحاضنة و حق للمحضون إذ وهذا ما أشار إليه الأستاذ

---

[1] بدران ابوالعينين بدران ـ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري ـ المرجع السابق ـ ص543

[2] بدران ابوالعينين بدران ـ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري ـ المرجع السابق ـ ص545/ الدكتور رمضان السيد الشرنباصي و الدكتور جابر عبد الهادي سلم الشافعي ـ أحكام الأسرة ـ منشورات الحلبي الحقوقية ـ بيروت سنة 2007 الطبعة الأولى ـ584

غوتي بن ملحة إن الحضانة حق للام في رعاية أولادها و حمايتهم و حفظهم و هذا يشكل في حد ذاته واجبا عليها[1] انه رغم إن المشرع أكد على إن الحضانة حق للحاضنة في مواد قانون الأسرة و خاصة منها المواد 64 -65 _ 66 - 67- 69 - إلا انه انطلاقا من المواد ذاتها استعمل و ربط ذلك الحق بعبارة " مراعاة مصلحة المحضون ".و انه باستقراء النصوص المذكورة التي جاء نصها على التالي

فالمادة 64 :" الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون ....."

المادة 65:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي إن يمدد بالنسبة للذكر إلى 16 سنة..... _ على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون "

المادة 66 " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "

المادة 67 /2:» و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة _ غير انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون "

[1] Ghaouti benmalha_element du droit algérien de la famille_ p88_publisud_1985

المادة 69" 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 "

و لعل المشرع رغم انه أكد على حق المحضون و الحاضن إلا انه أمام عدم الإضرار بمصلحة المحضون الذي جعلها معيارا، و ضابط عند يغلب حق المحضون على حق الحاضن أن كان هنالك مضرة بمصالحه و من ثم فهي بالنسبة للحاضن حق و واجب.

و لعل مشرعنا ساير الفقهاء المعاصرين الذين انتهوا إلى اعتبار أن الحضانة هي حق للطفل ، و في نفس حق للحاضنة و أن الحق الأول يرجح و ويغلب على الثاني[1].

و زيادة في التحليل فان مشرعنا اعتبر بتحليل كلي للمواد 62 ،64 ،65 ، 66 ، 67 ، 69 ،أنها تتأرجح بين حق للحاضنة و واجب عليها ، و لا مفر من أنها حق للمحضون واجب عليها أنها مرتبطة بالالتزامات التي جاءت بها المادة 62 ، بحيث أن رغم أن الأم لها الحق في حضانة ولدها إلا أنها ملزمة بالسهر على الاستجابة ما تفرضه الحضانة من واجبات الرعاية و الحماية و التربية و إلا أنها تكون معرضة لإسقاط حقها عنها.

و أن حق الحاضنة يسير في اتجاه مـــوازي بعدم الأ ضرار بالمحضون و مصلحته لأننا لو تفحصنا أن للحاضنة حق التنازل ول كن للقاضي التأكد من عدم الأضرار هذا التصرف بمصلحة المحضون و التي من اجلها شرعت الحضانة .

---

[1]) Abderrahmane hernane _la hadana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien _ opu 1996 _p53

و عليه يظهر جليا أن المشرع إلى حد ما يع بتو مبدئيا بان المسالة متعلقة بحق الحضان ـــة و بينما له أن يمارسه إلا أن أي عمل أو أي تصرف ، لا بد أن لا يكون على حساب مصلحة المحضون لأنه هو الطرف الضعيف في الحضانة ، مما جعل المشرع يتدخل لحمايته من الضي ـــاع أو الأضرار بهأو بمصالحه.

و انه استقراءا من ما دأب عليه القضاء الجزائري في قرارات متعددة منها القرار الصادر بتاريخ 1967/03/29 عن غرفة القانون الخاص للمجلس الأعلى جاء فيه " من المقرر شرعا بأنه عند الحكم بالحضانة فانه يجب على قضاة الموضوع مراعاة مصلحة المحضون[1] "

ولعل أن مضمون لقرار و فحواه أن الامتناع بدون سبب شرعي من طرف الحاضنة قد يؤثر على مصلحة المحضون ، و يلحق به ضررا .

و في قرار آخر مؤرخ في 19_12_1988 لم يعتد القضاء بتنازل الحاضنة إذا لم يوجد من يحل محلها و اعتبر ذلك مضرا بمصلحة المحضون و ذلك بتأكيده في قرار صادر " انه من المقرر قانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها ، و له القدرة على حضانتهم ، فان لم يوجد فان تنازلها لا يكون مقبولا ، و تعامل معاملة نقيض قصدها و الحكم بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الحضانة ، و أن قضاة المجلس بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء

[1] قرار المجلس الأعلى ـ غرفة القانون الخاص ـ بتاريخ 1967/03/29 ـ المجلة الجزائرية ـ العدد الأول ـ سنة 1968 أورده الأستاذ بلحاج العربي ـ قانون الأسرة و مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ـ ديوان المطبوعات الجامعية ـ 1992ـ ص 115

على طلبها و إلزام الأب بأخذهم ، و هو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء و المتمثلة في زوجته الثانية ليست أكثر حنانا من أمهم فإنهم بقضائهم خالفوا أحكام الحضانة "[1]

كما صدر قرار آخر بتاريخ 1998_04_21 قضى بعدم الاعتداد بالتنازل إذا اضر بمصلحة المحضون إذ جاء في حيثياته :" من المقرر قانونا انه لا يعتد بالتنازل إذا اضر بمصلحة المحضون و من ثم فان القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لامهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون فإنهم طبقوا صحيح القانون" [2] و من ثم يظهر جليا فان القاضي لم يعتد بالتنازل و ألزم الحاضنة بتولي حضانة ولديها رغم تنازلها عنها لاعتبار مصلحة المحضون .

والى جانب هذا أن القضاء الجزائري اعتبر أن الحضانة حقا للمحضون و واجب على الحاضنة إلا أن في قرارات أخرى انتهج منهجا آخر و اعتبرها أنها حق للحاضنة من خلال قرارات نذكر منها قرار صادر بتاريخ 1968 _03_27 بقوله " من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحضانة هي حق للام ، و لا يسقط عنها إلا للأسباب معينة شرعا "[3]

---

[1] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _بتاريخ 1988_12_19 _ملف رقم 51891_ المجلة القضائية _ العدد 4 سنة 1990 ص 75

[2] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _بتاريخ 1998_04_21 _ ملف رقم 189234 _ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية _ عدد خاص _ سنة 2001_ص 175

[3] قرار المجلس الأعلى _ غرفة القانون الخاص _ بتاريخ 1968_03_27 أشار إليه الدكتور العربي بلحاج في مؤلفه قانون الأسرة و مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا _ المرجع السابق _ ص 115

و في قرار آخر بتاريخ 04_11_ 1970 الذي جاء فيه " من المقرر شرعا إن الأم أولى بحضانة ولدها " [1]

و رغم ما تابعناه من قرارات صادر عن القضاء، فان الثابت انه فيما يتعلق بطبيعة الحضانة فانه اخذ بالرأي القائل إنها حق للحاضن و المحضون و ا ن قد غلب حق المحضون رعاية لمصلحته.

و كإطلالة اعتبر قانون الأحوال الشخصية المصري الحضانة حق للأم [2] ، وهو ما نص عليه في المادة (20) والتي جاء فيها ".. يثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأم علي بالأم على من يدلي بالأب و معتبرا الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي....." وهذا الحق يثبت للأم حال قيام الزوجية وبعد الفرقة حتى يستغني الصغير النساء [3].

وإذا كان القانون المصري قد اعتبر الحضانة حق للأم فإن العمل في القضاء المصري جرى على أن الأم ليست هي صاحبة الحق الوحيد فيها وإنما هناك ثلاثة حقوق في الحضانة بعضها أقوى في الوجوب والرعاية من البعض الآخر، وهذه الحقوق هي حق الأم ، وحق الصغير وحق الأب، وهذه الحقوق متى ما أمكن التوفيق بينها صير إليه وإلا فحق الصغير أولى بالرعاية والاعتبار فيقدم عليها جميعا.

---

[1] قرار المجلس الأعلى _ غرفة القانون الخاص_04_11_ 1970 _ نشرة القضاة سنة 1972 _ ص 62

[2] الأستاذ احمد إبراهيم، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط3، 1938، ص135.

[3] الأستاذ معوض عبد التواب _موسوعة الأحوال الشخصية _ منشاة المعارف الإسكندرية _ 1973 _ ص549

اعتبرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية الحضانة حق للأم فلا يمكن إجبارها على استعمال هذا الحق.

إلا أن المشرع التونسي استثنى من هذا الأصل الحالة التي تتعين فيها الأم لحضانة الصغير وهي حالة عدم وجود حاضنة غيرها الأم تتولى أمور الحضانة، وهذه الأحكام جاء بها الفصل (55) والذي ينص على أنه "إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها".

اعتبرت مدونة الأحوال الشخصية المغربية الحضانة واجباً مشتركاً على الأبوين في حال قيام الحياة الزوجية بينهما، أما إذا حدثت الفرقة فإن الحضانة تصبح حقاً من حقوق الأم، وهي مقدمة في هذا الحق على غيرها، وهذا ما نصت عليه الفقر أن المادة 164 من مدونة الأسرة تنص على أن "الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإذا انفكت فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها".

وبهذه النصوص تتفق قوانين الأحوال الشخصية فيما بينها على أن الحضانة بالنسبة للأم مما يشترك فيها الحق والواجب فهي حق لها إذا لم تتعين لها، وهي واجب عليها عند تعينها، أما بالنسبة للصغير فالحضانة حق خالص له.

نصت المادة (57) فقرة (1) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون" ويفهم من هذا النص أن المشرع العراقي قد اعتبر الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون ، فقول المشرع "الأم أحق

بحضانة ولدها" يدل على أن للأم حق في الحضانة وقوله في نهاية الفقرة "ما لم يتضرر المحضون" يدل على أن حق الأم في الحضانة مقيد بتحقيق مصلحة المحضون ، فالحضانة بموجب التشريع العراقي حق مشترك بين الحاضنة والمحضون.

المبحث الثاني:الحضانة اثر من أثار الزواج أم الطلاق

لقد سبق أن تعرضنا لتعريف الحضانة بأنها تربية الطفل جسميا و أخلاقيا و عقليـــــا و اجتماعيا مند ولادته حيا إلى حين أن يبلغ ، و رأينا انه يولد ضعيفا فيحتاج إلى الرعايـــــة و الحماية على الدوام من إرضاع و تنظيف ، و علاج ، و القيام بكل ما يحتاج إليه ، و تعليمه المشي و الكلام ، و السلوك الحسن .

إلا أن هذه المهام التي تمارس على الطفل هل هي مقصورة و قائمة إلا حين فك الرابطة الزوجية بين الزوجين أم أنها قائمة أثناء قيام الزواج لدا فالسؤال الذي يطرح نفسه هل الحضانة هي اثر من آثار الزواج أم الطلاق ، و هذا التعرض إليه في مطلبين :

المطلب الأول: الحضانة اثر من آثار الزواج

لا يمكن لتعرض إلى موضوع الحضانة أثناء قيام العلاقة الزوجية دون التعرض إلى الحكمة من عقد الزواج و ما لكل من الزوج و الزوجة من حقوق و واجبات اتجاه الآخر واجبات كل منهما في مواجهة الأولاد . إن الزواج يعتبر اللبنة الأولى الذي ينشـــئ الأسرة و به يبنى المجتمع ، و لعل المادة 4 من قانون الأسرة بينت أهداف الزواج و هو تكوين الأسرة أساسها المودة، و الرحمة ، و التعاون، و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب. و من هذا المنطلق فان هذا العقد افرد لكل من الزوجين حقوقا و واجبات و التي نحاول بيانها إذ انه بالنظر إلى المادة 36 و ما بعدها من قانون الأسرة كانت قبل تعديلها تميز بين حقوق و واجبات الزوج . و بين واجبات و حقوق الزوجة ، لكن المشرع الجزائري سلك مسلكا آخر و قام بجمع كل الحقوق و الواجبات لكلا من الزوجين إلى ما تضمنته المادة 36 و اخضعوا العلاقات المالية بين الزوجين إلى ما تضمنته المادة 37 المعدلة ثم ألغى المواد 38 و 39 و عليه فضمن كما سبق الذكر حقوق و واجبات الزوجين في المادة 36

انه انطلاقا من المادة 36 فقد ذكرت لنا هذه الحقوق و الواجبات على النحو الآتي:

1-**المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة** :أي أنه يجب القيام بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تدعيم العلاقة الزوجية واستقرارها في حب وسعادة واحترام واستعمال كل الوسائل الممكنة المادية منها والمعنوية للوصول إلى هذه الغاية فلكلى الزوجين أن يحسن معاشرة

صاحبه بالمعروف ويكون هذا بالتعاون على جلب الخير ورفع الشر والتسامح والإخلاص في أداء الواجب والمحافظة على الروابط الزوجية بروح من المحبة والمودة

2- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد و حسن تربيتهم : فلتحقيق سعادة الأسرة وجب على كل واحد من الزوجين أن يساعد زوجه ويتعاون معه في كل ما يهم مصلحة الأسرة بجميع أفرادها والمحافظة على سمعة الأسرة وأموالها وإن رعاية الأطفال وتوجيههم توجيها صحيحا وهي مسؤولية مشتركة بين الزوجين على أسس التربية والأخلاق والقيم السليمة و إن الرعاية تقتضي التنشئة السليمة و الإنفاق على من الزوج على زوجته و أولاده ضف إلى واجب **حق إرضاع الأولاد** : وقد أقرته المادة 39 الفقرة 2 الملغاة على الزوجة إرضاع أبنائها و جعلت ذلك حقا للزوج على زوجته مقرونا بواجب التربية السليمة للأولاد و الذي يدخل في مضمون الرعاية .

3_المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين بالحسنى والمعروف : وجب على كل واحد من الزوجين أن يحافظ على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف على أسس المودة الدائمة والاحترام المتبادل فتجب الطاعة الزوجة لوالدي الزوج والعكس صحيح وزيارة الوالدين والأقارب محافظة على الروابط العائلية وهناك بعض الحقوق المشتركة التي لم يتطرق إليها المشرع في هذه المادة ولكنه تطرق إليها في مواد متفرقة مع أنه كان يجب عليها ذكرها ضمن هذه المادة لأنها حقوق مشتركة ومنها :

4_ثبوت النسب: فهو حق لكل من الزوجين كما أنه حق للأولاد وقد ذكر المشرع هذا الحق في المادة 40

5_ثبوت التوارث بين الزوجين: بأن يرث كل منها الآخر بعد وفاته ولو كانت قبل الدخول ما لم يوجد مانع يمنع منه وقد نصت على هذا التوارث المادة 126 وأن من أسباب التوارث هو الزوجة

6_زيارة الأهل كل منهما لأبويه و أقاربه و استضافتهم : أي أن من حقوق الزوجة و حقوق الزوج و أنه يمكن لكل منهما من زيارة أهله وأن يسهل مل واحد للآخر في التمتع بهذا الحق ، و الذي هو واجب عليه في ذهاب كل منهما إلى ذويه أو استقبالهم في المسكن الزوجي و تكون الزيارات لمرات منطقية ومعقولة عرفا وشرعا ولمدة مقبولة وفي أوقات مناسبة لها.

7_ **حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه** : فقد قرر المشرع في هذه المادة بأنه يجب على الزوجين على احترام والدي كل واحد منهما و أقاربه و هذا بهدف ازدياد الترابط و قيام الألفة و التكافل بين أفراد الأسرة جميعا بعيدا عن أسباب الشقاق و التنافر ذلك أن أكثر أسباب الطلاق في الواقع الجزائري والإساءة للأقارب و اتخاذه معهم سلوكا عشوائيا و عدائيا .

إضافة إلى ذلك تجب على كل واحد منهما حرمة المصاهرة فيحرم على الزوج التزوج بأصول زوجته بمجرد العقد الصحيح وبفروعها إن حصل الدخول بها كما يرحم عليها التزوج بأصوله وفروعه المادة 126

_الحقوق المالية

وقد وردت هذه الحقوق في المادتين 37 فهناك حقوق مالية وأخرى غير مالية:

أما المادة 37 المعدلة بموجب الأمر رقم 02/2005 فلقد تضمنت في الفقرة الأولى أحكاما جديدة لم تكن موجودة بالسابق و هي أحكام تتعلق بالذمة المالية لكل واحد منهما أي من الزوجين حيث نصت على أن لكل واحد ذمة مالية مستقلة عن الآخر و في الفقرة الثانية نصت على انه يجوز للزوجين إن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما ، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ، و هي مادة تكاد مشابهة لما تضمنه التشريع الفرنسي فيما يتعلق بالأموال المشتركة بين الزوجين أثناء الزواج[1]

1 - **الحق في النفقة الشرعية** : فالنفقة هي كل ما تحتاج إليه الزوجة من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم لمعيشتها بحسب المتعارف عليه بين الناس وهي واجبة على زوجها ما دامت في طاعته والدليل على الحق في النفقة الشرعية قوله تعالى:" وعلى الولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف "

وكذلك عن معاوية القشري: أن النبي (ص) سأله رجل: ما حق امرأة على الزوج ؟ قال: تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت " وكذلك قوله (ص):" ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن "و إلى جانب ذلك فانه يتولى الإنفاق على الأسرة من زوجة و أولاد و توفير لهم الطعام و اللباس و السكن .

[1]) الأستاذ عبد العزيز سعد ــ الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ــ المرجع السابق ــ ص100

كما لها الحق في المهر لأنه حق خاص لها بقوله تعالى:" وأتوا النساء صدقاتهن نحلة " كما ثبت عن النبي أنه لم يخل زواجا من مهر.

الحقوق غير مالية

1_العدل بين الزوجات عند التعدد :

فقد نص المشرع الجزائري على تعدد الزوجات في المادة 08 وقد وضع له شروط لا بد من استيفائها وجعل كذلك العدل بين الزوجات عند التعدد من واجبات الزوج وحقوق الزوجة والعدل هو التسوية بين الزوجات في الأمور المطلوبة شرعا والممكنة طبيعيا لعدم الوقوع في معصية الظلم وذلك لقوله تعالى " فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى أن تعولوا " وقوله سبحانه :" ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا ومن يتعد حدود الله قد ظلم نفسه " .

2_حرية التصرف في مالها : وهذا يعني أنها إذا كان لها مال تحصل عليه من تجارة تمارسها أو مهنة تمتهنها أو من وظيفة تقوم بها فإن هذا المال ملك لها فلا يجوز لزوجها أن يأخذه منها أو يتصرف فيه إلا بموافقتها وبناءا على رضاها الصريح.

3_حق الطاعة والمراعاة : إذ يجب على الزوجة أن تطيع زوجها في غير ما نهى الله عنه وذلك لقوله تعالى :<< ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف >>وقوله صلى الله عليه وسلم :<< لو كنت آمرا أحد أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها >> وقوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة ماتت وزجها راض عنها دخلت الجنة >> ومن أمثلة الطاعة

عدم الخروج من البيت وتفرغها لشؤون الزوجية والبت ورعاية الأولاد في الصغر والكبر فليس للزوجة الخروج من المترل ولو إلى الحج إلا بإذن زوجها وله منعها من الخروج إلى المساجد وغيرها لما روى بن عمر رضي الله عنه قال: رأيت امرأة أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت <<يا رسول الله ما حق الزوجة على زوجها ؟ قال حقه عليها ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه فإن فعلت لعنها الله و ملائكة الرحمة و ملائكة الغضب حتى تتوب أو ترجع: قالت يا رسول الله وإن كان لها ظالما ؟ قال : وإن كان لها ظالما >> .ولأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب لكن يكره – كما ذكر الشافعية – منعها من عيادة أبيها إذا أثقل في مرضه و حضور مواراته إذا مات لأن منعها مما ذكر يؤدي إلى النفور ويغريها بالعقوق وأجاز الحنفية للمرأة الخروج بغير إذن زوجها إذا مرض أحد أبويها ويجب على المرأة في حال الخروج التزام السر الشرعي فلا تظهر شيئا من جسدها غير الوجه و الكفين

وإن التزام المرأة البيت لا يعني حبسها فيه أو التضييق عليها بل هو خير شيء للمرأة قال عليه الصلاة و السلام << إن المرأة عورة فإذا خرجت استشرفها الشيطان وأقرب ما تكون من رحمة ربها و هي في بيتها >> كذلك يجب على الزوجة أن تحفظ غيبة زوجها في نفسها و بيته و ماله وولده

4-حق التأديب : وذلك عند نشوز الزوجة فيبدأ هذا الحق بالوعظ و الإرشاد ثم الهجر في المضجع ثم الضرب غير المخوف

و انه بصدد الحضانة التي تمارس أثناء قيام الزواج فان الأب و إلام يشتركان في تربية الولد ضف إلى ذلك فان الأب يقوم بالإنفاق و الأم بالرضاعة و الحضانة

الرضاعة يعتبر هذا الحق من الحقوق الطبيعية للطفل نظرا لارتباطه بتغذية المولود ونموه الجسمي والعاطفي والاجتماعي بحكم عجز الصغير عن إشباع جميع هذه الحاجيات بمفرده ، مما جعل الإسلام يؤكد على أهمية الرضاعة التي تعرف شرعا بامتصاص أو مص الطفل اللبن من ثدي المرأة في العامين الأولين بعد الولادة مصداقا لقوله تعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة "[1] حيث تدل الآية الكريمة على أن الله سبحانه وتعالى قد خرج بحكمته البالغة من بين القرن والدم لبنا خالصا أودع فيه جميع عناصر التغذية اللازمة والمواد النافعة للرضيع الذي تقع مسؤولية إرضاعه على عاتق والديه معا. وإن كانت تقوم بها الأم من باب أولى.

وإن مثل هذا الطرح ينبأ ، انه مادام هناك اجتماع بين الأبوين ، فان الحضانة التي إلى جانب الرضاعة فان أن الأم توم بشؤون الطفل من رعاية و حفظ إلى أن يبلغ أشده و في المقابل يقوم الأب بعمله لجلب القوت لعائلته و أسرته إلى الإنفاق على أسرته بما فيها الطفل و علاجه و توفير كل ما يحتاج إليه من أكل و لباس و تطبيب تمارس على الأطفال لا تطرح مشاكل ، ولا إشكال بين

[1] سورة البقرة الآية 233

الأبوين ، و لا للمحضون لان الأمر واضح كل الزوجين و الأبوين متساويين ، و أن لكل دوره في إطار الأسرة، فالأب باعتباره رب الأ سرة يقوم برعاية شؤون الأسرة و له السلطة الأبوية على طفل القاصر بحيث بها يسهر مباشرة على تربية الولد و السهر على حفظ دينه و خلقه و حمايته و هذا ليس معنى أن الأم ليس لها دخل في السهر على رعاية القاصر [1] و تربيته .لان في الحقيقة بحكم الطبيعة فإنها تتصل به منذ ولادته.

و أما ما ينبغي قوله أننا لا نستطيع الجزم انه في إطار أن هناك تنافر في صلاحيات الأب و الأم، بل هناك تداخل مما يعني أن المشاركة تطبع رعاية الولد و تربيته.

و انه بالرجوع إلى قانون الأسرة فانه بمرجعية نصوصه يمكن مبدئيا القول ، انه رغم عدم النص صراحة على الحضانة أثناء الزواج ، و اعتبارها اثر من أثار الزواج بحيث بتفحص المادة 37 المتعلقة بواجبات الزوجة بعدما نظم في المواد 36 و38 و39 حقوق و واجبات كل من الــزوج و الزوجة في مواجهة الأخر.

فان نص المادة 37 بين أن واجبات الزوجة هي إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و كذا تربيتهم وأن هذين المصطلحين يشملان كل معطيات وأبعاد الحضانة. لأن التربيـــة تعرف كما قلنا سابقا تنمية قدرات الطفل العقلية و البدنية و الخلقية .

[1] - الأستاذ علي بشـــار – فكرة الحضانة فـــي قانون الأسرة التونسي – ص1050 – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية – سنة 1968

انه برجوعنا إلى تعريف الحضانة ، و الذي تكلمنا عليه في بداية البحث فبينا أن التربية من مشتملات الحضانة ، و ليس ببعيد عن قولنـــا أن هناك تداخل في ممارسة الحضانة و الولاية لان في المادة 36 فإنها جعلـــت و أوكلت التربية للأب ، وكذا الرعاية له و ذلك في الفقرة الثانية.

و انه عمليا فان الأب بحكم انشغاله خارج المترل، لا يمكن له السهر على تربية الطفل في اغلب النهار، وكذلك سن المحضون قد يجعل الحاضنة الأم اقرب منه، و أ جدر برعايته و ال قيام بخدمته أســـبق مـــن الأب. و لعل أن مصلحة الصغير تقتضي أن الحضانة تمارس من طرف الأم بشكل واقعي لا غير، و أنه بالرجوع إلى مشروع قانون الأسرة كان يعتبر الحضانة اثر من أثار الزواج[1].

المطلب الثاني: الحضانة اثر من آثار الطلاق

لعل هذا التداخل الذي لاحظناه فيمن يضطلع بالحضانة أثناء الزواج، و هل هي اثر من أثار الزواج ؟ فإنها تظهر جليا بعد فك الرابطة الزوجية بوضوح، والدليل على ذ لك أن مجمل الفقه و الكتاب و حتى المشرعين يتناولونها بالشرح و التشريع لما لكل طرف فيها من ح قوق واجبات وكيفية سيرها و ممارستها.إن بمجرد الطلاق فان الأم شرعت لها أولوية تولي حضانة ولدها بحكم طبيعتها و قدرتهـــا على القيام بمثـــل هذه المهام التي لا يقدر عليها الأب.

[1] جاء نص المادة 73 من مشروع قانون الأسرة " حق الحضانة للام و عليها واجب الحضانة ولدها الصغير ذكرا كان أم أنثى حال قيام الزوجية وبعد انحلالها "

إن التعاون الذي كان يطبع الحياة الزوجية حال قيامها لم يبقى منه أي شيء ، و لم يصبح بالشكل الذي كان فيه الاجتماع ، و أن بعد الفرقة لا بد على الأب أو الزوج فقد سلطته كرب أسرة و ليس له إلا الولايـــة على نفس القاصر و ماله ، و لم يبقى له سلطة على طليقته ، و من ثم كان الأجدر والمفيد حماية الطرف الضعيف في معادلة الفرقة بين الزوجين، أن يناط باهتمام الفقـــه و المشرعين وذلك لوضع قواعد تحميه هو بالدرجة الأولى و تصون حقوق المتعلقة بالمحضون الطبيعية و هي حقوق الأمومة و الأبوة.

و يخلص لنا رغم أن ما تم ذكره باعتبار أن الحضانة اثر من أثار الزواج و الطلاق إلا أن بالاطلاع على قانون الأسرة فإننا نجد أن مشرعنا جعل الحضانة فيما يتعلق بآثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الأسرة و لعل هذا الترتيب ، و جعلها اثر من أثار انحلال الرابطة الزوجية كون أن المشاكل قد لا تظهر حين قيام الزوجية بحيث أن الأم و الأب بحكم دوام العشرة و المودة و لكن الآمر يظهر و النزاع يتفاقم بينهما حين الطلاق، و يحاول كل طرف منهما الاستحواذ على الولد لضمه إليه و حضانته ، لدا كان على المشرع تنظيم هذا التخاصم و النزاع في شكل مواد مبينة حق الأم الحاضنة ، و حق الأب باعتباره الولي الشرعي للطفل بحيث لو تفحصنا المواد المنظمة فان المشرع إلى حد ما أحاط بكل ما يتعلق بالحضانة و طرح حلول التي قد تطرحها المنازعة بين من له المصلحة في حضانة الطفل .

المبحث الثالث:التمييز بين الحضانة و النظم المشابهة لها

إنه بالرجوع إلى الأنظمة التي وضعها المشرع لحماية القصر، و رعايتهم نجد إن هنالك بعض الأنظمة و الصيغ التي وضعها قد تتصل أو تتشابه مع الحضانة، و منها الولايـــة و خاصة منها الولاية على النفس، و الكفالة، و كذا الوصاية. سأحاول في الفروع الآتية بيان، و مقارنة هذه الأنظمة بالحضانة تباعا.

المطلب الأول: الحضانة والولاية

لقد مر بنا تعريف الحضانة وبيـــّنا مفهومها إلا أن الولاية لغة: هي النّصرة، وشرعا: هي القدرة على التّصرّف، أو هي: تنفيذ القول على الغير. و تنقسم إلى ولاية على النفس و الولاية على المال و إنهما مرتبطان و تسقطان بالبلوغ إذا لم يكن سفه ظاهر [1] و تثبت على الغير لعجزه عن معرفة شؤون نفسه و مصالحه و عدم اهتدائه إلى ما هو خيـــــر و صواب أما لصغر أو لمرض كجنون أو عته و يدخل في هذه الولاية الأمور التي تتعلق بحفظ الولد و صيانته و تربيته و تعليمه و تزويجه و لوليه حق مراقبته و العناية به و إرشاده إلى مهنة أو دراسة أو عمل مفيد

إن الذي يهمنا في بحثنا هي الولاية على النفس التي قد تتداخل مع الحضانة، فقد رأى بعض الفقه أنها نوع من الولاية على النفس [2] و بعض آخر أن الحضانة ولاية مستقلة و منفصلة [3]، و للتمييز بين و مقارنة الحضانة مع الولاية أحاول بحث أوجه التشابه و الاختلاف .

---

[1] الدكتور مصطفى احمد الزرقا ــ مشروع القانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري و السوري ــ دار القلم ــ الطبعة الأولى 1996 ــ ص 329 /الدكتور عبد الرحمان الصابوني ــ الجزء الأول ــشرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج و الطلاق ــ المرجع السابق ــ324

[2] -الأستاذ وهبة الزحيلي ــ الفقه الإسلامي و أدلته ــ المرجع السابق ص718

[3] -الأستاذ الدكتور عبد الرحمان الصابوني ــ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ــالجزء الأول ــالزواج و الطلاق ــ المرجع السابق ص 291ــ الشيخ محمد أبو الزهرة ــ الأحوال الشخصية ــالمرجع السابق ص 404

الفرع الأول:أوجه التشابه

لعل انه بالرجوع إلى أساس الذي أنشئت من اجله الحضانة و الولاية ، و خاصة منها الولاية على النفس هي مصلحة الطفل . لان حماية الطفل و رعاية مصالحه سببا لقيام هذين النظامين مما جعل القول بان كلا من الولاية و الحضانة مسالة من مسائل النظام العام[1]

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

يتجلى لنا هنا وجود تباين فعلي بين الحضانة والولاية على النفس، وذلك من حيث عدة نقاط نجملها فيما يلي:

أولا: من حيث موضوع

لو تأملنا إلى موضوع الحضانة نجد أنها هي مؤسسة أو نظام يهدف إلى رعاية المحضون مند ولادته و تنميته جسميا و عقليا ، لدا فهي ولاية عاطفية محضة، و خدمة مادية ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل وتلبيه حاجاته المادية كحفظه وإمساكه ومنحه الطعام وتنظيف جسمه وغسل ثيابه، بينما الولاية على النفس تشمل التربية بمعناها الواسع ، كما عبر عنها الأستاذ فاروق نبهان "

[1] -الدكتورة حميدو زكية _ مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة_ المرجع السابق _ص91

أن الولاية على النفس تتضمن العناية بالقاصر و تربيته و تأديبه عن طريق النصح و التوجيه "[1] ، لان الحضانة تخص بالتنشئة ، و الولاية تخص بالتربية حيث لا تمتد مشمولات الحضانة إليها ، و تقتصر الحضانة على تنشئة وهذا عمل آني يقدم للمحضون في الحال و يخص الشؤون اليومية للطفل. ، وهذه تدخل ضمن أعمال الحاضن ، أما الولي يقوم بأعمال المتعلقة بصفة قطعية وخطرة بمستقبل الطفل ، و هو صاحب سلطة التقرير والتوجيه لاتخاذ القرارات وحسم الاختيارات الهامة[2].

ثانيا:من حيث أصحابهما:

إن الولاية على النفس هي من احتكار الرجال، فهي تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم .بينما الحضانة تسند للنساء، أي للأم وجهتها وغيرهن من القريبات، وهذا كله في الفقه الإسلامي. أما التشريعات المغاربية، فقد حادت عن الفقه الإسلامي نوعا ما في مسألة الحضانة.وذلك إذا رجعنا إلى نص المادة 64 نجد أن المشرع رتب أصحاب الحق في الحضانة و هم الأم ثم الأب ثم الجدة لام ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون ، و انه إذا اطلعنا على الثابت في الفقه الإسلامي ، و خاصة منه الفقه المالكي فان الترتيب كان من جهة النساء ، و عند غيابه

---

[1] الدكتور زكية حميدو ــ مصلحة المحضون في القوانين المغاربية ــالمرجع السابق ــ ص 93

[2] الدكتورة زكية حميدو ــ مصلحة المحضون في القوانين المغاربية ــالمرجع السابق ص 92

ينتقل إلى الرجال، و الغاية من ذلك هو إن النساء مقدمات على الرجال لاختصاصهن بمسالة الحضانة و توافر الشفقة و الصبر .

أما بشأن الولاية على النفس، فالقانون الأسرة خلافا للفقه الإسلامي، لم تجعلها من احتكار الرجال، بحيث قد جاء التنصيص عليها في المادة 87 من قانون الأسرة على أنه" يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"، بل أكثر من ذلك، تنص الفقرة الثانية من ذات المادة المعدلة بأن الأم تحل محل الأب في حالة غيابه أو حصول مانع له، والفقرة الثالثة جاءت بقاعدة جديدة نصها أنه في" حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة "، أما كانت أو أبا أو غيرهما .وهذا ما أكدته المادة 92 من ذات القانون بقولها" يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية ....." لكن رغم أن الأم قدمت لكي تكون ولية شرعية في حالة فقدان الأب أو في حالة الطلاق و إسناد الحضانة لها إلا أن هذه الولاية تكون ناقصة باستقراء المادة 13 من قانون الأسرة في تولي زواج القاصر ذكرا كان أم أنثى.

ثالثا: من حيث سن الطفل:

تمارس الحضانة على الطفل منذ ولادته وفي المرحلة الأولى من طفولته، ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس شرعا. و عليه فان الطفل بعد انتهاء فترة الحضانة يكون عاجزا عن القيام بشؤون نفسه و المتعلقة بالتأديب و التعليم و التزويج حيث لا

يدرك وجه المصلحة فيها كان في اشد الحاجة إلى من يقوم بها و انه بانتهاء الحضانة يضم الطفل إلى الولي ليتولى شؤونه.

رابعا : 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 في الدين مع المحضون إذا كان الحاضن امرأة ماعدا الحنابلة و الشافعية اشترطوا اتحاد الدين كونهم يعتبرون الحضانة ولاية و لا ولاية كافر عن مسلم [1]

خامسا: حيث مدة انتهائهما:

تنتهي الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية، تنتهي ببلوغ الذكر وزواج الأنثى أو تقدمها في السن، بينما الحضانة تنتهي بسن معينة في القانون الجزائري، حيث حددها الأول بـــ 10 سنوات للذكر و 18 سنة للأنثى .

المطلب الثاني: الحضانة و الكفالة

وهنا أيضا يتحتم علينا معرفة الفرق بين الكفالة والحضانة، وذلك لأن من الفقه من جعلهما مرادفين .فهل حقا لا يوجد اختلاف بينهما ؟ وما هو الموقف الذي اتخذه المشرع؟

[1] السيخ موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي ص298 .

لقد نظم المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة وذلك في الفصل السابع من الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية في تسعة مواد، وذلك من المادة 116 إلى المادة 125.وعليه، فإن تنظيم المشرع لموضوع الكفالة إلى جانب موضوع الحضانة، لدليل على استقلال كل منهما عن الأخر .

و يظهر الاختلاف بينهما مبدئيا بين الحضانة والكفالة هو التعريف اللغوي لكل من المصطلحين .يقال كفل فلانا بمعنى عاله وأنفق عليه وقام بأمره و ورد ذكرها في القرآن الكريم قوله تعالى ،" وكفلها زكريا[1]"، وحضن الصبي أي جعله في حضنه وضمه إلى صدره كما مر بنا في التعريف اللغوي و يتبين لنا الفروق التالية :

ـ و الكفالة تتعلق بشخص بالغ، و أما الحضانة للصبي أو للصغير.

ـإن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول، في حين الحضانة غر غرضها مد الحنان . والرعاية و تقديم الخدمات المادية كما سبق ذكره دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون[2]

ـ إن الكفالة التزام وعلى وجه الدقة عقد يتم بدون مقابل؛ حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخد أجرة.

---

[1] سورة آل عمران، الآية37

[2] الدكتور عبد الرحمان الصابوني، ـ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ـ الجزء الأول ـ الزواج و الطلاق ـ المرجع السابق، ص24 .

ـ إن الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي .

ـللكافل الولاية القانونية على المكفول ، أما الحاضن ف ليست له مبدئيا الولاية القانونية.

ـالمكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب أما المحضون يطلق على طفل معروف النسب.

-.اشترط المشرع الجزائري الإسلام في الكافل 535 ، أما في الحضانة لم يشترط مثل هذا الشرط في الحاضنة للاختلاف الفقهي القائم ما لم يكن ة .الحاضن رجلا فلا نقاش في أن يكون متحدا في الدين مع المحضون

ـتنتهي الكفالة القانون الجزائري إلى أن الكفالة تبقى مستمرة إلى غاية طلب الأب وين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما أو التخلي عنهم ، وهي طريقة لإنهاء عقد الكفالة 540 أما الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه عشر سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة، والأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19سنة حسب الفقرة الأولى من المادة 07 من نفس القانون.

المطلب الثالث: الحضانة والوصاية

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

و الوصاية من أنواع النيابة القانونية، تحل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني، و من ثم يمكن القول أنها نظام قانوني مقرر لحماية مصالح القاصر الذي لا ولي له و يمكن يكون الوصي معينا أو مختارا[2]

ومن ثم فإذا اشترط الوالد أن تكون حضانة ولده لشخص معين كان شرطا باطلا ولا يعمل به، بخلاف الوصاية ، وحكمة التشريع في ذلك أن الحضانة نوع من الولاية جعلها الشارع في أشخاص بعينهم ومرجعها النص محافظة على الطفل هكذا، إذا كان مدار الحضانة يتمثل في الحفاظ على مصلحة المحضون والنظر في ذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل

---

[1] - انظر، رشدي شحاتة أبو زيد، ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية المرجع السابق، ص45 .

[2] الأستاذ معوض عبد التواب_ موسوعة الأحوال الشخصية _المرجع السابق _ ص96

و الحوادث، غير أن في الوصاية، تنص المادة 92 من قانون الأسرة على أنه" يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية.

تبعا للتحليل الذي قمنا به مقارنة الحضانة ، و ما يشتبه بها من نظم أعدت للقيام بشؤون القاصر من الولاية و الوصاية و الكفالة ، تبين لنا أن الحضانة نظام خاص بالطفل في مرحلة حساسة في حياته ، و الفقه و التشريع بين لما للحاضن من واجبات عليه القيام بها لرعاية المحضون و التي تبين لنا انه من خلال تعريفها هنالك أهداف خص بها الحضانة، و هي حفظ الولد صحة و خلقا و دينا إلى أن يبلغ السن المحددة لانتهائها ، بخلاف الولاية و الكفالة و الوصاية لها أسباب وجودها و نشأتها للقيام بشؤون المولى عليه نفسا و مالا و المكفول و الموصى عليه و هذا ما نلاحظه أن المشرع افرد لكل نظام من هذه الأنظمة نصوصا خاصة بها و حدد شروط توليها و موضوعها و ميعاد انتهاء كل نظام .

الباب الثاني

أحكام الحضانة

الباب الثاني: أحكام الحضانة

بعدما تناولنا في الباب ماهية الحضانة و بيّنا خصائصها، و مميزاتها عن ما يشتبه بها من نظم كالولاية و الوصاية و الكفالة. أحاول في البـــاب الثاني الإحاطة بأحكام الحضانة و ذالك من خلال بيان في الفصل الأول القواعد ، و الشروط التي أرساها المشرع لتولي الحضانة و هذا في المبحث الأول أي ما هي الشروط المطلوبة و المفروضة لتولي الحضانة هذا في المبحث الأول و في المبحث الثاني أحاول بيان أصحاب الحق في الحضانة و ترتيبهم و ما هي الضوابط التي وضعت لتولي حضانة الولد ، أما في الفصل الثاني نبين الآثار التي تنشا عن استحقاق الحضانة من حيث مدة الحضانة و مكان ممارستها و هذا في مبحث أول ثم ما يتعلق بنفقة المحضون و سكنه و هذا في مبحث ثاني ، أما في المبحث الثالث فنبين أسباب سقوط الحضانة و ذلك استنادا كله إلى نص عليه المشرع في قانون الأسرة .

الفصل الأول:شروط استحقاق الحضانة و أصحاب الحق فيها

أحاول في هذا الفصل أن أتناول في مبحثين شروط استحقاق الحضانة و أصحاب الحق فيها،

و انه خلال المبحث الأول أبيّن شروط استحقاق الحضانة و التي اقسمها في فرعين إلى شروط عامة و شروط خاصة.

أما في المبحث الثاني أحاول بيان أصحاب الحق في الحضانة حسب المرجع الفقهي و ما ذهب إليه المشرع في بيان أصحاب الحق في الحضانة

المبحث الأول: شروط استحقاق الحضانة

بالرجوع إلى المادة 62 من قانون الأسرة ، نجد أن مشرعنا في الفقرة الثانية منها قد نص عن شروط الحضانة ، بأن يكون الشخص أهلا للقيام بالحضانة ، و هذا كما رأيناه أن في الفقرة الأولى انه عرّف الحضانة ، و مدار الفقرة الثانية هو الأهلية، و أن الأهلية بصفة عامة تعرف بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا بالأحكام الشرعية[1]

و تنقسم الأهلية إلى أهلية الوجوب، و أهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي بمفهوم بسيط أن يكون الشخص صالحا بثبوت الحق له؛ أو بثبوته عله حفاظا للصفة الإنسانية من غير النظر إلى السن، أو العقل، و هي على نوعين ناقصة و كاملة[2]

و أن أهلية الأداء هي أن يكون الشخص صالحا لممارسة الأعمال التي تترتب عليها أثار شرعية، و مناط هذه الأهلية العقل، و الإدراك و هي على نوعين قاصرة و كاملة.

و انه بعدما تفحصنا مفهوم الأهلية ، و ذلك في عمومها نلمس أن الأهلية المطلوبة في تولي الحضانة هي أهلية الأداء للقيام بشؤون الصغير ، ذلك لما كانت الحضانة مهمة خطيرة ، لأنها

---

[1] محمد مصطفى شلبي – المدخل العام للفقه – ص 130

[2] فالأهلية الناقصة تؤهل صاحبها إلى ثبوت الحق له من غير أن يكون أهلا لثبوت الحق عليه ، وذلك في الجنين مق تأكد حياته من أن يكون حيا إلى حين يولد فيثبت الإرث و الوصية و النسب " " و الأهلية الكاملة أن يكون صاحبها أهلا لثبوت الحق له و عليه ، بحيث تطالب ذمته بالتزامات المالية ، و ذلك كما هو ثابت في البالغ العاقل متوفر في المجنون أو الصغير مند ولادته أي سن التمييز" – الدكتور مصطفى الدكتور محمد مصطفى شلبـــي و الدكتور عبد الرحمان الصابوني الأهلية و الوصية و التركات ط 5 المطبعة الجديدة دمشق سنة 1978 _ص 12.

تتضمن مسؤولية حفظ الإنسان في طور التكوين و النشوء ، و هو في أشد الحاجة للرعاية ، والعناية.

و أن أهلية الأداء هي أن يكون الشخص صالحا لممارسة الأعمال التي تترتب عليها آثار شرعية، و مناط هذه الأهلية هو العقل، و الإدراك و هي على نوعين قاصرة و كاملة[1] .

و انه بعدما تفحصنا مفهوم الأهلية ، و ذلك في عمومها نلمس أن الأهلية المطلوبة في تولي الحضانة هي أهلية الأداء للقيام بشؤون الصغير ، و ذلك لما كانت الحضانة مهمة خطيرة ، لأنها تتضمن مسؤولية حفظ الإنسان في طور التكوين و النشوء ،و هو في أشد الحاجة للرعاية و العناية.

وان رغم أن مشرعنا عبر عن شروط الحضانة بعبارة أهلية القيام بالحضانة ، و ا لذي ينبغي التأكيد عليه فإنها ليست الأهلية المعروفة ، و التي سبق شرحها ، لأنها في الحقيقة شرط من شروط الحضانة ، والمقصود بها العقل، و البلوغ ، و عليه فان المشرع الجزائري اكتفى بالقول " أن يكون أهلا للقيام بالحضانة " في المادة 62 فقرة ثانية من قانون الأسرة ، و هو قول عام جدا و مبهم و لا يدل على اشتراط أي شرط بشكل واضح ، مما يجعل هذا الإبهام و السكوت من طرف مشرعنا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للنص الوارد في قانون الأسرة 222 في حالة وجود

---

[1] و" وأهلية الأداء على نوعين: - قاصرة بحيث تصح لصاحبها العبادات و لكن لا يطالب بها و بعض التصرفات النافعة و ذلك في الصبي المميز - أهلية أداء كاملة و هي أن يصبح الشخص مكلفا بالعبادات و الأحكام الشرعية و كل أنواع الالتزامات و ذلك لاكتمال العقل" _ الدكتور مصطفى شلبـــي و عبد الرحمان الصابوني _ الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات _المرجع السابق ص14

نقص أو إبهام أو غموض . و لعل أن المشرعين العرب قد بيّنوا شروط الحضانة ، أين تناول قانون الأحوال الشخصية العراقي الشروط التي يجب توفرها في الحاضنة في الفقرة (2) من المادة (57) والتي تنص على أنه "يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته وغير متزوجة بأجنبي عن المحضون".

و اشترطت المادة (137) من قانون الأحوال الشخصية السوري في الحاضنة "أن تكون بالغة عاقلة قادرة على صيانة المحضون فنصت على أنه "يشترط لأهليته الحاضنة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً".

فنصت عل المادة (155) قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه "يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه، قادرة على تربيته وصيانته وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير، لقد نظمت المادة 173 من مدونة الأسرة شروطا لاستحقاق الحضانة وهذه الشروط يمكن إبرازها ، أولا الرشد القانوني لغير الأبوين ، ثانيا الاستقامة والأمانة ، ثالثا القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا على مراقبة تمدرسه ، رابعا عدم زواج طالبة الحضانة في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و 175 بعده إذا وقع تغيير في وضعية الخاص إذا خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه.

اشترطت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل (58) "يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفاً أميناً قادراً على القيام بشؤون المحضون سالماً من الأمراض المعدية، ويزاد إذا كان

مستحق الحضانة ذكر أن يكون عنده من يحضن من النساء أو أن يكون محرماً بالنسبة للأنثى ، وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالياً من زوج دخل بها إلا إذا كان الزوج محرماً للمحضون، أو ولياً له أو يسكت من له حق الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول و لم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعاً للمحضون أو كانت أماً ووصياً عليه في آن واحد".

و الثابت انه إلى جانب شرط الأهلية كما قلنا أنها هي العقل و البلوغ فانه يوجد شروط أخرى لصلاحية تولي الحاضن للحضانة ، و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي فقد أفاض في بيان و شرح شروط الحضانة ، و نجملها في شروط عامة و شروط خاصة بالرجال و النساء، و هذا ما يجعلنا أن نطرق هذه الشروط تباعا في المط لبين الآتيين مع بيان المنحى الفقهي ، و القانوني ، والقضائي.

المطلب الأول:الشروط العامة

انه لاستحقاق الحضانة يشترط في متولي الحضانة ذكرا رجل أو امرأة شروط عامة تنطبق عليهما، و التي أولاها الفقه الإسلامي بالشرح، و التوضيح، و أوليها بالتحليل في الفروع التالية:

الفرع الأول: البلوغ و العقل

انه لاستحقاق الحضانة اشترط أن يكون متولي الحضانة عاقلا و بالغا، و عليه فإن كان الحاضن دون سن معينة لا يستحق الحضانة، وإن أصيب الشخص بعارض من العوارض مس عقله، كان فاقد لأهليته، سأتناول هذين الشرطين النقطتين التاليتين:

أولا: البلوغ

يشترط فيمن يتولى حضانة الصغير أو الصغيرة أن يكون بالغاً. فالصغير لا يمكن أن يكون حاضنا لأنه لا يستطيع القيام بشؤون نفسه، فهو يحتاج إلى من يحميه، ويحفظه، ويقوم بشؤونه، من هنا ومن باب أولى، فإنه لا يستطيع القيام بشؤون غيره.

البلوغ إما طبيعي و إما تقديري ، و أما الطبيعي ، و ذلك بظهور علامات تختلف بحسب الذكورة و الأنوثة ، فعلاماته في الذكر الاحتلام و الإحبال ، و في الفتاة الحيـــض و الاحتلام و الحبل [1] . هذه العلامات متى ظهرت في الشخص عد بالغا .

و البلوغ التقديري عند عدم تحقق البلوغ الطبيعي ، و إذا تأخرت ظهور العلامات يجوز إثبات بالسن حيث ذهب أصحاب مالك في المشهور عنهم بثمانية عشرة سنة ، و بهذا النحو ذهب الحنفية فيما يخص الفتى ، و أما الفتاة فحددوها بسبعة عشرة سنة ، أما باقي الفقهاء فحددوا سن البلوغ بخمسة عشرة سنة[2].

إن شرط البلوغ لممارسة الحضانة متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ، ما عدا المذهب المالكي الذي اشترط الرشد و قالوا إلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق منه ما لا يليق [3] ،و الرشد معناه الصلاح و الهدى إلى الصواب في الأعمال و الاستقامة في الأعمال[4]، لان الحضانة في حقيقتها رعاية الولد ، و تربيته ، فانه لابد على متوليها أن يكون في سن تمكنه ، و تؤهله للقيام بشؤون هذا الصغير ، أو الصغيرة لان المحضون لا يقدر على القيام بشؤونه لوحده ، وأن الحضانة من باب الولاية، و الصغير الغير البالغ ليس أهلا للحضانة

---

[1] احمد نصر الجندي ـ مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ـص 342 / الإمام محمد أبو الزهرة ـ الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي، القاهرة ـ بدون سنة الطبع ـ ص 438 / الدكتور مصطفى السباعي و الدكتور عبد الرحمان الصابوني ـ المرجع السابق ص14 ـ

[2] الشيخ أبو عبدا لله محمد بن يزيد القزويني ـسنن ابن ماجة.ـ مصر:ـ دار إحياء الكتب العربية، ـ بدون تاريخ.ـ ص276

[3] الأستاذ عبد السلام عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها و قضاءا ـ المرجع السابق – ص 234 – الأستاذ عبدالعزيز سعد – شرح قانون الأسرة الجزائري ـ المرجع السابق–371 ـ الأستاذ باديس دياب ي ـ صور فك و آثار الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق ـ 128

[4] انظر المنجد في اللغة و الأدب و العلوم ط 1 1960 ص261

ولعل الفقهاء المتأخرين أجازوا حضانة المراهقة إذا ادعت البلوغ ، و لم يوجد غيرها من يحضن الصغير فقد قال ابن العابدين في حاشيته أن بعض المتأخرين أفتوا بان المراهقة لها حق الحضانة استنادا على قول العيني في أحكام المراهقين في سائر التصرفات ، و قال أن هذا يكون عندما تدعي المراهقة البلوغ ، و إلا هي في حكم القاصر[1] .

وتدق التفرقة هنا لما سبق ذكره هنا بين البالغ بلوغا طبيعيا من حيث السن و العلامات المميزة ، و بين البالغ بلوغا حكما ، كأن تدعي المراهقة البلوغ مثلا ، و تظهر علامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية ، فالبعض ذهب بالقول أنها بالغة مادام الظاهر يشهد على ذلك و يصدق ادعاءها[2]

وان المشرع في المادة السابعة نص " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو لضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج "

فالمشرع أجاز أن يكون الزوجان ناقصي الأهلية بمفهوم القانون المدني، رغم انه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج و آثاره، أو بالطلاق و ما ينجم عنه.

---

[1] الأستاذ عبد السلام عامر المرجع السابق_ الأحوال الشخصية في الشريعةفقها و قضاءا –ص 235_ الدكتور عبد القادر بن حرز الله _ الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق _ المرجع السابق _ ص 139

[2] الأستاذ باديس دياني _ صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري _ المرجع السابق _ ص 129

لكن الترشيد الزوج القاصر، و جعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى أهليته أثـــار الزواج و انحلاله، و لا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم. مع أن المشرع اكد د في المادة 87 من قانون الأسرة انه في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد .

و الواقع أن أبرز التعديل حول هذه النقطة إشكالات عملية فيما يتعلق بتطبيق هذه المادة ، لاسيما إذا كانت المطلقة مستفيدة من إعفاء من شرط سن في الزواج ، و ما زالت لم تبلغ سن الرشد القانوني ، فكيف الحال بالنسبة للدعاوى التي تباشرها بصفتها صاحبة الصفة الإجرائية عن محضونيها القصر ما دامت الولاية لها بقوة القانون كونها حاضنة . و السؤال الذي يطرح نفسه كيف نولي قاصرا على قاصر ؟

والثابت أن المشرع اخذ بمعيار القائل بالبلوغ الحكمي أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى لو كان ناقص الأهلية ،أي علامات البلوغ للقول بترشيد الحاضن حتى لو كان ناقص الأهلية دون الالتفاف إلى موضوع الصفة الإجرائية في مباشرة المملوكة قانونا له ، و الذي يبقى إشكالا قانونيا لم يتم الفصل فيه بعد .

الفرع الثاني: العقل

انه يشترط في الحضانة ، أن يكون متوليها عاقلا ، لان الحضانة ولاية ، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية، و المجنون لا يحسن أمر نفسه فلا يصلح لأمر غيره، وان القاعدة فاقد الشيء لا يعطيـــه ، و أن الحاضنة الغير العاقلة لا تؤمن على نفسها فكيف تؤمن على غيرها فأنها ليست أهلا للتكليف.

ويعرف الجنون انه هو اختلال العقل بحيث يخرج صاحبه عن النهج الطبيعي في الأعمال المعتادة. و عليه فان الذي يصيب العقل عوارض متعددة منها الجنون و العته ينقص أو يعدم تمييز الشخص ، و من ثم قد يكون عائقا لتولي الحضانة ، و نفصل كل عارض على حدي .

ـ فالجنون هو اختلال في بحيث يخرج صاحبه عن النهج الطبيعي سواء كان أصليا بان جن مند عهد الصغر ، أو عارضا بان جن بعد البلوغ على نوعان ممتد و قاصر ، و أما الممتد أو المطبق فهو الجنون المتصل ، سواء كان أصليا بان جن مند الصغر ، أو عارضا بان جن بعد البلوغ .

أما الجنون القاصر أو المطبق فهو الذي يغيب وقتا و يحضر وقتا، فحين يعود المجنون إلى عقله، تلزمه التكاليف و الواجبات كالعاقل تماما[1]

وشرط العقل محل اتفاق بين الفقه وهو شرط ضروري لتولي الحضانة و لكنه اختلف الفقه في تحديد درجة سلامة العقل.

---

[1] الدكتور عبد الرحمان الصابوني و الدكتور مصطفى السباعي ـ ـالمرجع السابق ـ ص16ـ الدكتور احمد محمد علي داود ـ المرجع ـ السابق ـ ص188

فالمذهب الحنفي اشترط العقل دون التطرق إلى عوارض التي تصيب العقل ، بخلاف المذهب الحنبلي اشترط أن لا يكون الحاضن مصاب بجنون ، بخلاف المذهب الشافعي فقد اشترط العقل ، فلا حضانة لمجنون ، إلا إذا كان جنونه قليلا ناذرا ، كيوم واحد في السنة كلها ، أما المذهب المالكي اشترط العقل ، فلا حضانة لمجنون ، و لو يفيق بعض الأحيان[1]

ينبني على ذلك انه لا حضانة لمجنون ، و لو يفيق في بعض الأحيان [2] ، بمعنى لا فرق في الجنون سواء كان متصلا مستمرا أو كان متقطعا ، و ذلك نظرا للخطر الناجم عن تصرفات المجنون، و لو كان يوما في الشهر فقد يصاب المحضون بضرر قد يقضي على حياته، فلا تسند الحضانة للمصاب بالجنون .

_ أما العته أما فقد عرفه الأستاذ و المستشار صالح حنفي العته هو من اختلط كلامـــه ، و قل فهمه ، و فسد تدبيره فتارة يشبه العقلاء ، و تارة أخرى يشبه المجانين ، و أكثر كتب الفقـــه و الأصول تعتبر المعتوه كالصغير المميز[3]

و عليه ينبني انه إذا كان متولي الحضانة به مرض عقلي فاقد للتمييز بين ما هو ضار و نافع فليس أهلا للحضانة لان الأصل فيها رعاية المحضون و الشفقة عليه، و الحفاظ عليه صحة، و خلقا، و أن تعريضه لأي خطر يتنافى مع مقاصد الحضانة، و أن شرط العقل مشروط في جميع التصرفات ،

---

[1] الأستاذ عمر عبدا لله و محمد حامد قمحاوي أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين _ دار المطبوعات الجامعية سنة 2003 _ ص331

[2] الشيخ علي الصعيدي العدوي – حاشية على الطالب – الجزء الثاني– ص 103

[3] – الدكتور صالح حنفي _ ص 87 _ قضاء الأحوال الشخصية نفسا و مالا _ دار الكاتب العربي للطباعة و النشر القاهرة _1968/ الدكتور احمد محمد علي داود _ الأحوال الشخصية _الجزء الثالث و الرابع _المرجع _ السابق _ ص194

و ليس فقط في تولي الحضانة ،وان مشرعنا ما قصده في أهلية القيام بالحضانة، في أن من مكوناتها شرط العقل الذي قوامه السلامة العقلية من أي عـــاهة من جنون، أو عته أو سفه أو غفلة ، و رغم أن المشرع في مشروع قانون الأسرة قد نص على هذا بوضوح في المادة 62[1] ، وان جل الفقه نص على الشرط بصفة منفردة إلى جانب الشرو ط الأخرى مع انه لم يتطرق إلى عوارض التي تصيب العقل في نصه على الحضانة ، بينما إذا رجعنا إلى المادة 81 من قانون الأسرة نص على انه : " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن ، أو جنون ، أو عته ، أو سفه ، ينوب عنه قانونا ولي ، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون "

وعليه فان كان فاقد الأهلية طبقا للمادة 81 و ما بعدها من قانون الأسرة ، فان تصرفاته المالية باطلة ، و بالنتيجة فلا يمكن أن تسند له الحضانة ، وانطلاقا من المادة 81 من قانون الأسرة يعتبر السفه عارضا يمس الأهلية و أن السفـــه المقصود به هو تبذير المال ، و إتلافه على خلاف العاقل ، و لهذا فانه يمنع من حضانة الولد كون تصرفات تضر بالمحضون و تتعارض مع مصلحته .

و إن في هذا السياق فان القضاء سار على اعتبار العقل شرط لتولي الشخص الحضانة ، فلم يفرق بين ما قد يصيب عقل الشخص من حنون أو عته ، و هذا من خلال القرارات الصادرة عنه و منها قرار صادر بتاريخ 1965/12/22 أين قرر المجلس الأعلى بقولها : "ممن المقرر شرعا أن الحكم بالحضانة يجب أن يراعى مصلحة المحضون ، و كذا مراعاة شروط جدية تكون متوفرة في

[1] عبد الرحمان الصابوني – شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الجزء الأول الزواج و الطلاق _ المرجع السابق – ص 265

الشخص الذي يكلف بالحضانة و من جملتها ، أن تكون الحاضنة غير مسنة سليمة في صحتها البدنيـــــــــــة و العقلية [1]".

و في قرار آخر بتاريخ 01/13/ 1986جاء فيه :" أن الشريعة الإسلامية تراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين ، و شروطا جدية متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة ، من جملتها إن تكون الحاضنة سليمة في صحتها البدنية و العقلية " [2] ، بما ان اعتبر القرار ان جدة الأولاد كبيرة في السن ، فان حضانة الأولاد ترجع الى الأب الذي يقوم بشؤون التربية و الرعاية .

---

[1] قرار مجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، بتاريخ 22_ 12_1965 منشور بالمجلة الجزائرية، العدد الرابع سنة 1968 ص 1242 _ ملف غير منشور أورده الأستاذ بلحاج العربي في مؤلفه قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا المرجع السابق _ص 125

[2] قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 1986/01/13 ملف غير منشور أورده الأستاذ بلحاج العربي في مؤلفه قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا المرجع السابق ص 123

الفرع الثاني: الأمانة على الأخلاق

أعظم صفة ينبغي على الحاضن الاتصاف بها هي الأمانة، أي يجب يكون إن يكون أمينا على المحضون لتربيته تربية حسنة بعيدا عن كل انحراف من شانه أن يعرض أخلاق المحضون للخطـــــــــر و الضياع. فالتربية في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا ، و تمس سلامة سلوكه ، حتى أن بعض الفقهاء قالوا :" إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة و استولت عليها محبة الله تعالى و خوفه حتى شغلاها عن الولد و لزم ضياعه ، نزع منها و سقطت الحضانة عنها " [1]. و أن المراد بالأمانة إلا يضيع الولد عندها باشتغالها عنه، بالخروج من مترلها كل وقت، فان كانت الحاضنة غير مأمونة سقط حقها في حضانته، لان مناط الأمانة سقوط هذا الحق هو ضياع الولد و إهماله. و جاء في الأمانة ابن عابدين:" تثبت الحضانة للام بعد الفرقة، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة أو غير مأمونة " و ذكره المجتبي: " بان تكون تخرج كل الوقت و تترك الصلاة"[2]

و لعل بالرجوع إلى المادة 62 في الفقرة الأولى نجد أن المشرع عند تعريفه للحضانة نص على حفظ الولد صحة و خلقا، و من هذا المنطلق نجده قد يفهم ضمنا هذا الشرط ، و أن يكون الحاضن أمينا على المحضون ، و على متولي الحضانة تربية المحضون على دين أبيه ، و هنا أن المحضون ليس محميا ليس من حيث حسن السلوك و الخلق بل حتى من الجانب العقائدي.

---

[1] باديس دياني ــ صور و آثار فك الرابطة الزوجية ــالمرجع السابق ــ ص 60

[2] احمد نصر الجندي ــ الطلاق و التطليق،ــ المرجع السابق، ص 598

و مفهوم الأمانة إذن ينطوي على مسألتين حسن الخلق و النقطة الثانية يطرح سؤال هل عمل المرأة يمنعها من الحضانة كون المحضون مستأمنة عليه فقد يضر العمل المحضون و يصبح في حالة ضياع أو بالأحرى انشغالها عن القيام بشؤون المحضون يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة ؟

أولا: حسن الخلق

و تأسيسا على ذلك فان الفقه الإسلامي اشترط أن يكون الحاضن ذو سلوك ، حسن بمعنى أن لا يكون الحاضن أو الحاضنة يأتي سلوك مشين مثل الفسق ، فمثلا أن تكون الحاضنة عاهـــرة أو راقصة في الملاهي ، أو يكون الحاضن سارقا أو يلعب القمار فكل هذه الصفـــــات ، و هذا السلوك المشين قد يضر بتنشئة المحضون على خلق حميدة .

ففقهاء الحنفية متفقون على أن الفسق من حيث المبدأ مانع من تولي الحضانة ، فلا تكون الفاسقة أهلا لها ، إلا أنهم اختلفوا في الفسق المانع للحضانة ، فمنهم ن ذهب إلى أن مطلق الفسق مانع للحضانة كتارك الصلاة ، و منهم من قال بالفسق الذي يضيع به الولد مثل الزنا ، و السرقة ، و اختلف في مدى ، و درجة الفسق المانع من الحضانة فقيل أن مطلق الفسق يمنع الحضانة ،

فالفاسقة تاركة الصلاة لا حضانة لها و قيل أن المراد بالفسق في هذا المجال ، الفسق الذي يضيع به الولد كالزنا ، و كأن تكن سارقة أو نائحة فالمناط هو ضياع الولد[1].

والفسق عند المالكية و الشافعية و الحنابلة ، مانع لان الفاسق غير موثوق به في أداء واجبه من الحضانة ، وفي حضانة الولد ضرر لأنه ينشا على طريقته في الحياة ، فاسقا مثله، و هذا يتنافى مع مقاصد الحضانة ، هي نفع الولد و تحقيق مصلحته ، و دفع الضرر عنه و من حججه م أن الحضانة ولاية و لا ولاية لفاسق[2]

وان ابن القيم الجوزية في تحليله لمانع الفسق تعجب بقوله في زاد الميعاد :" أن اشتراط العدالة في الحاضن في غاية البعد ، ولو اشترط ذلك لضاع أطفال العالم ، و لعظمت المشقة على الأمة ، و لم يزل أطفال فساق بينهم من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة ، و هم الأكثرون ، و نظير ذلك اشتراط العدالة في ولاية النكاح ، مع أن أكثر الأولياء الذين يتولون ذلك من الفساق . و إن النبي صلى الله عليه و سلم لم يمنع فاسقا من تربية ابنه و لا فعل ذلك الصحابة رضي الله عنهم . و زيادة على ذلك فان العادة الجارية على أن الرجل، لو كان فاسقا، يحتاط لابنته و لا يضيعها و يحرص على خيرها بجهده "[3]

---

[1] احمد نصر الجندي ــ الطلاق و التطليق ــ المرجع السابق ــ ص 598 / عبد السلام عامر ــ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء ــ المرجع السابق ــ ص237

[2] معوض عبد الوهاب ــ موسوعة الأحوال الشخصية ــ المرجع السابق ص 488

[3] االاستاذ عبد السلام عامر ــ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ــ فقها و قضاء ــ المرجع السابق ــ ص 237

وعليه فان شرط حسن الخلق اشترطه الفقه هو شرط جوهري لمصلحة المحضـــــون و إن مصلحته مقدمة على مصلحة الحاضن ، كون الفسق الذي يضيع مع المحضون ، و عليه فان مسالة الخلاف بين الفقهاء في درجة الفسق ، بحيث أن الأحناف اعتبروا ترك الصلاة من طرف المحضون يعد فاسقا .

و إن الذي ينبغي قوله إن شرط الأمانة على خلق الولد هو الغاية منه ضمان تنشئة الطفل على خلق حســـن ، و لكن الذي ينبغي التأكيد عليه أن دور الحاضن خطير و قد يؤثر على المحضون و سلوكاته الغير السوية انه إلى جانب هذه الأمانة على خلق الـــولد فإنها قـــد تتعدى إلى الأمانة على مال المحضون بحيث أن لا يكون مفسدا مبذرا أو سارقا أي أن الأمانة تكون على نفس المحضون و ماله و الولد ،وان ما ذكره المجتبي :"في حكم الأمانة عند الحاضن ، و مضيع الأمانة لا يستأمن "[1]

بعدما رأينا أن المشرع نص على أن يسهر على حفظ خلق المحضون نجد أن القضاء و على رأسه المحكمة العليا قضت في عدة قرارات على إرساء هذا الشرط و قد صدر قرار عنها بتاريخ 1968_09_29 نقض قرار مجلس قضائي الذي اسند الحضانة حضانة البنات الثلاث للام على اعتبار عاطفي رغم ثبوت سوء خلقها ، و أسست قرارها " " انه المقرر فقها و قضاء أن الحضانة هي رعاية و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا و من

---

[1] أورده عبد السلام عامر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ـ فقها و قضاء ـ المرجع السابق ـص237 و أورده سيد سابق ـ فقه السنة ـ المرجع السابقـــ ص 306

2 قرار أصدرته المحكمة العليا غرفة القانون الخاص بتاريخ 1968_09_29 ـ نشرة القضاة لسنة 1970_ ص50

ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون ، و المجلس لما اسند حضانة البنات الثلاث للام بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون " 2 و عليه فهذا القرار يؤكد انه بمجرد ثبوت فسق الحاضنة يكون مانعا لتولي الحضانة .

وفي قرار لها بتاريخ 09_01_1984 جاء فيه :" من المقرر شرعا أن الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها فانه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا ، و الحكم بخلاف ذلك استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهم للام بعد إسقاط بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها و إقرارها باتحاد وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها "[1] إذ انه في قرار لها صادر بتاريخ 30-09-1997 بقوله " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون .و متى تبين ــفي قضية الحال ــ أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للام المحكوم عليها من اجل جريمة الزنا ، فان بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة ."[2]

و في معرض تأسيسها أكد قرار المحكمة العليا أن المادة 62 قد عرفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية و تعليم ، و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك .

---

[1] قرار المحكمة العليا ــ غرفة الأحوال الشخصية ــ ملف رقم 31997 ــ بتاريخ 09_01_1984 المجلة القضائية 1989 عدد 1_ص 127

[2] قرار المحكمة العليا ــغرفة الأحوال الشخصية في09_01_1984 مجلة قضائية العدد الرابع سنة 1989 ص 73

و لكن رغم هذا الثبات في قرارات القضاء الجزائري إلا انه بالرجوع إلى القرار الصادر بتاريخ 15_07_2010، نلاحظ انه قد خرج على إطلاق الشرط فيما يتعلق بالفسق و عليه فانه ابقي على حضانة الأم بالرغم لارتكابها لجرم الزنا و جاء في القرار "حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة ،و ذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا .

لكن حيث أن الحضانة ، وان كانت فعلا ، تسقط طبقا للأحكام المادة 67 من قانون الأسرة ، باختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة62 من نفس القانون ، إلا أن المادة السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة ، على انه يجب في جميع الحالات ، مراعاة مصلحة المحضون ، وان مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها ن و ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء "[1]

إذن فان مسالة حسن الخلق هي مسالة نسبية ليست على إطلاقها و عليه فان القاضي عند تصديه فيما يخص إسناد الحضانة أو إسقاطها فانه يتحرى من تحقق مصلحة المحضون و عدم إضرار به.

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية _ بتاريخ 15_07_2010_ مجلة المحكمة العليا _ العدد 2 سنة 2010

ثانيا: انشغال الحاضن عن المحضون

لقد سبق القول أن على الحاضنة عدم ترك الولد والانشغال عنه بأي عمل و لو كانت عبادة كون كما سبق الذكر إن كانت الحاضنة كثيرة الصلاة و التعبد و يخشى من ذلك ضياع الولد فانه ينزع منها ، و هذا الأمر يطرح مسالة فيما يخص عمل المرأة ، انه لو رجعنا إلى الفقه فقد أكد أن خروج الحاضنة طول النهار يسقط حقها في الحضانة ، لان في نظرهم أن الطفل مثل الأمانـــــة ،

و مضيع الأمانة لا يستأمن، و أن الخروج بصفة العمل، أو غيره يضيع معه الولد، فان الأم التي تعمل خارج المنزل تهمل واجبها الأساسي نحو طفلها، و لكن حسب رأى عبد الرحمان الصابوني

فان غيابها عدة ساعات في اليوم لا يؤثر إذ فـــي هذا الصدد حسبه يجب أن نفرق بين مرحلتين من عمر الطفل فتـــرة قبل الرابعة ، و فترة بعد ذلك إلى السابعة.

ففي المرحلة الأولى لا يمكن للطفل أن ينمو نموه الطبيعي من حيث اســـتعداده الفطري بجميع ملكاته إلا إذا كان في جو ملؤه العطف، و الشفقة، فالحاضنة، و المربية، أو مدارس الحضانة لا تقوم بديلا في ذلك أبدا.

أما في الفترة الثانية ن فيمكن للام أن تشتغل عنه بضع ساعات في اليوم إذا كانت موظفة تذهب إلى عملها كمدرسة مثلا ، ثم تعود في الوقت الذي يعود طفلها لترعـــاه بحنانها ، و يكون تحت إشرافها[1].

إن وجود الحاضنة شيء ضروري في بداية حياة المحضون ، وذلك في بداية ولادته بحكم أن في سنوات الأولى تتكون شخصيته ، و بذلك تترك الحاضنة آثارها في تربية المحضون و تنمية جسمه و عقله ، و هذا ما عبر عنه الأستاذ رابح تركي بقوله :" إن الآسرة هي أصلح بيئة للتربية و من هنا كانت نشأة الطفل بين والديه خير فرصة لنموه الجسماني و الخلقي و الاجتماعي " [2]و لكن واقعيا فان هذا الأمر لا نجد له تطبيق بحكم عمل المرأة الحاضنة كموظفة أو أستاذة أي أنها مقيدة في الالتحاق بالعمل زمنيا . و عليه منطقيا فان الحاضنة لا يوجد ما يمنعها من ممارسة العمل إلى جانب ممارسة عملها إذا كان في مصلحة المحضون [3] ، و كان لها من يقوم بشؤونه من رعاية و حفظ و هذا ما نلاحظه في ترك الأولاد في دار الحضانة لمدة بقائها في العمل بشرط أن لا يتعدى ذلك النهار كله أو الليل ، بمعنى أن يبقى لها الوقت الكافي للتفرغ لشؤون المحضون.

---

1 قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 13_01_ 1986 قرار غير منشور أشار إليه الدكتور بلحاج العربي _قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا المرجع السابق _ص123

[2] عبد الرحمان الصابوني – شرح قانون الأحوال الشخصية الجزء الأول الزوج و الطلاق _ المرجع السابق –ص 273

[3] الدكتور عبد السلام محمد شريف عالم قانون الزواج و الطلاق و أسانيده الشرعية _المرجع السابق.ص 308

و يخلص لنا إن شرط الأمانة يقتضي المحافظة على المحضون ومن ثم القيام بواجب الرعايـــــة و العناية و أن توفيقها بين عملها و مهام الحضانة لا يمكن بأي حال حرمانها من حضانة ولدها إلا إذا تبين انه بسببه و بإهمالها لحق الضرر بالمحضون.

انه من الملاحظ انه استنادا إلى المادة 62 من قانون الأسرة الذي ارسي حدود و شروط الحضانة فان القضاء سار على هذا المنهاج و أكد على المبدأ و هو أن عمل المرأة يعد مانعا للممارسة و استحقاق الحضانة و هذا ما نلمسه من قرار المحكمة العليا بتاريخ 22_05_1989 بقوله :" امن المقرر شرعا و قضاء أن ابتعاد الأم الحاضنة عن أولادها المحضونين و انشغالها بوظيفتها الشرط الأعظم من النهار لا يؤدي إلى سقوط حق الحضانة عناه ، و إنما يؤدي إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط[1] "

و استنادا إلى هذا القرار فان القضاء سار إلى ما ذهب إليه الفقه الذي اعتبر العمل سببا مسقطا لحق الحاضنة في الحضانة ، و أن السبب ليس العمل ذاته و إنما السبب هو ضياع الولد و إهماله لسبب انشغالها الشطر الأعظم من النهار و تركه ضائعا دون إشراف إهمال ابنها .

والذي يتبين لنا أن القضاء الجزائري رغم انه سار على اعتبار عمل الحاضنة مانعا قد يحرمها من تولي الحضانة ، إلا انه في قرارا ت لاحقة نجده خالف المبدأ الذي أرســـــــاه و ذلك باعتبار ا ن العمل لا يشكل عارضا يحرم الحاضنة من العمل ، و هذا من خلال قرار صادر بتاريخ

[1] قرار المحكمة العليا ــ غرفة الأحوال الشخصية ــ بتاريخ 22_05_1989 ملف رقم 31997_المجلة القضائية العدد الرابع سنة 1991_ص125

2000_07_18 و الذي جاء فيه :" من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ، و من ثم فان قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة اخطاوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و انعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه "[1]

و لعل انه يتضح أن القرار المذكور وضع مبدأ ، و هو أن عمل الحاضنة غير مسقط للحضانة و لم يرد عليه استثناء بشان طبيعة العمل و زمانه و مكانه في إمكانية فقدان المرأة العاملة لحقها في ممارسة الحضانة ، و هذا ما يختلف جذريا عن رأي الفقه الذين قالوا بألا حضانة للمحترفة أو العاملة إذا كان العمل يحول دون رعاية الولد و تربيته .

و لعل أن المحكمة العليا استدركت الأمر في قرار آخر جاء بعد القرار المذكـــــور و جعلت استثناء متمثلا في قيام الذليل على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية ، و ذلك بتاريخ 2002_07_05 و الذي تضمن ما يلي " عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية "[2]

---

[1] قرار المحكمة العليا_ غرفة الأحوال الشخصية _ملف رقم 2451556 _بتاريخ 18_07_2000_ الاجتهاد القضاء لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص سنة 2001ص188

[2] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _ملف رقم 274207 _بتاريخ 05_07_2002 _ المجلة القضائية لسنة 2004 العدد الاول _ ص 270

و تأسيسا لما ذكر فان قضاة المحكمة العليا أكدوا على عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الذليل الصحيح على أن العمل يحرم المحضون من حقه في العناية و الرعاية، و أن لا يتعرض للضياع أو الهلاك .

و انه تبعا لهذا الاجتهاد القضائي فان مشرعنا قد تبنى المبدأ الذي استقرت عليه المحكمة العليا و ذلك في إطار تعديل قانون الأسرة بموجب الامر 05_02 بتاريخ 27 فبراير 2005 بان أضاف إلى المادة 67 فقرة ثانية جاء مضمونها " و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة " و أن الفقرة الثالثة من نص المادة 67 " غير انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون .

و من ثم فان المبدأ أن العمل الذي يشغل الحاضنة على رعاية الولد ، فانه لا يكون مانعا لممارستها الحق إلا تبين أن في عملها ضياع للولد و يؤثر على مصلحته في الرعاية و التربية .

الفرع الثالث:القدرة

انه من جملة الشروط أن تكون الحاضنة قادرة على تربية المحضون، و لكن ما المقصود بالقدرة عند الفقه هل هي القدرة على الإنفاق أي القدرة المالية و اليسار ، أم أنها القوة و سلامة الجســـم أم القـــدرة على رعاية المحضون و الإنفاق عليه بما يحفظ مصلحته ، و عليه فالقدرة هنا لا تقتصر على القدرة المالية بل تتعداها إلى تربية المحضون و رعايته .

ومفهوم القدرة هو الصلاحية ، و الاستطاعة بالقيام برعاية الصغير ،وصيانته في خلقه،و صحته [1] ، و بمعنى أخر القدرة على شؤون الحضانة ، و حفظ المحضون ، والقيام بمصالحه ، أي أن تكون الحاضنة قادرة على ما قد تتطلبه الحضانة من أعمال ، و الاستجابة إلى ما تفرضه مصالح الصغـــير ، و الصغـــيرة من تنظيف ، و غسل ، و رضاعة ، و توفير شروط الراحة له لكي ينمو نموا عاديا.

ويعبر المالكية عن القدرة على الحضانة بالكفاءة ، فيقولون فلا حضانة لمن لا قدرة له على القيام على صيانة المحضون كالمسن [2] أي من بلغت سنا لا يمكنها أن تتعهد محضونها بالحضانة، و كذلك المريضة التي يعجزها مرضها عن رعاية المحضون . و من ثم لا بد إن تكون الحاضنة صحيحة البدن ، و من ثم إن كان مريضا مرضا يمنعه من ممارسة الحضانة و القيام بشؤون المحضون، و مثاله امن كانت مصاب بالعمى أو الصم أو كانت مريضة بمرض معد يخشى انتقاله للمحضون[3].

و عليه الثابت انه قد يصاب الإنسان بعجز نظرا لتقدم في السن ، وان يكون معاقا ، و لعل إن كبر السن يعد مانعا للممارس ة الحضانة ،إذ أن الحاضن أو الحاضنة المسنة العجوز قد يعجزها الكبر عن القيام بشؤون المحضون و خدمته نظرا لضعفها الجسمي ، لدا فهي ليست أهلا للحضانة ،

---

[1] بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري_ المرجع السابق – ص 383

[2] احمد نصر الجندي – النفقات و الولاية على المال و الحضانة _ المرجع السابق _ص125

[3])الدكتور عثمان التكروري _ شرح قانون الأحوال الشخصية مكتبة الثقافة _ عمان سنة 1998 _ص270 _الدكتور المصري مبروك _ الطلاق و أثاره من قانون الأسرة الجزائري _ المرجع السابق _ ص 540 _ الدكتور عبد القادر بن حرز الله الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق _ المرجع السابق_357

وخاصة إن لم يكن عندها من يقوم بشؤون القاصر المحضون و ساعدها في خدمته فلا تصلح للحضانة[1] . وان كان للحاضنة المسنة من يساعدها في رعاية المحضون ، و هذا هو الراجح عند المالكية[2] فلا يكون حسهم سببا مسقطا للحضانة .

لا بد من التذكير من أن مرحلة الحضانة تقتضي شيئا من الحرص، و كذا العمل الدقيق لكي لا يتعرض الصغير إلى الهلاك بحيث يكون الحرص على عدم إصابة المحضون من كل أذى قد يلحق بدنه، أو عقله.

و على هذا فانه يستبعد من القيام بمهام الحضانة العاجزة عن ذلك لكبر في السن، أو لمرض،أو عاهة تحول بينها ، و بين القيام بوظيفتها كالعمى، ويلحق به الصمم، و الإقعاد ، وهذه الأمراض إذا أقعدت الحاضنة عن قيام بشؤون المحضون ما لم يكن عندها من يساعدها علي القيام ببعض الأعمال لمصلحة المحضون .

ولو أن بعض الفقـــه مثل المالكية، و الشافعية، و الحنابلة يجعلون شرط العمى عدم توافر الصحة، و الكبر في السن شروط مع أنها تدخل في شرط القدرة، و هذا ما لوحظ في كتابات متعددة [3].

---

[1] عبد السلام عامر– الأحوال الشخصية فقها و قضاء المرجع السابق – ص 211

[2] وهبة زحيلي الفقه الإسلامي و أذلته ص 726 – عبد السلام عامر – الأحوال الشخصية فقها و قضاء_المرجع السابق – ص 270

[3] عبد السلام عامر – الأحوال الشخصية فقها و قضاء_ المرجع السابق – ص 211

2 عبد الرحمان الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة_ المرجع السابق ص597

و عليه فان الحاضن أو الحاضنة قد يصاب بعجز جسمي لكبر السن ، كرجل مسن أو عجوز مسنة أقعدها الكبر عن القيام بشؤون المحضون ، و التي لا تستطيع الحركة أو القيام بأي شيء إلا بمشقة لضعفها الجسمي أو مرضها فإنها ليست أهلا للحضانة و تعد هي في حد ذاتها في حاجة إلى رعاية غيرها لها.

و انه بشيء من التحليل فان الحاضن أو الحاضنة قد تصاب بإعاقة جسمية و هذه الإعاقة إما أن تكون حسية التي تصيب الحواس كالبكم و الصم و العمى و لعل الفقه في غالبته لم يتطرق إلى هذا النوع من الإعاقة ما عدا المالكية [1] و الذين أكدوا انه إذا لم يكن للحاضن الأعمى خادم تحت إشرافه يمنع من الحضانة ، أما إذا وجد من يتولى القيام بالحضانة تحت إشرافه و توجيهه فلا مانع من منح الحضانة .

و إلى جانب الإعاقة الحسية يوجد ما يسمى الإعاقة البدنية أي الإعاقة التي تصيب الحركة أي شلل احد الأعضاء ، و الفقه لم يتطرق إلى مثل هذه الإعاقة ما عدا المالكية الذين اشترطوا أن لا يكون الحاضن مقعدا ، و معنى الإقعاد هو شلل يصيب كامل الجسم و من ثم فمن كان مشلولا كان هو نفسه من يحتاج إلى رعاية و إلى جانب هنالك إعاقات قد تصيب الجسم مثل الأعرج أو من قطعت يده أو رجله و من ثم فان الأعرج أو المقطوعة يده رغم الإعاقة يستطيع القيام بالحضانة مادام في قدرتهم التحرك و ليس كالمشلول كلية .

---

[1] الشيخ محمد عرفة الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ المرجع السابق ــ ص 511 / الدكتور وهبة الزحيلي ــ الفقه على المذاهب الأربعة ــ المرجع السابق ــ ص 268

و انه رغم ذلك فان مسالة الإعاقة الحسية أو البدنية فن للقاضي كامل التقدير في نوع الإعاقة تبعا للحالات التي تعرض عليه و مدى قدرة الحاضن في تولي الحضانة ، و لعل أن اتجاه القضاء ذهب إلى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية إلى اشتراط القدرة على القيام بمهام الحضانة و من القدرة و سلامة لبدن من الإعاقة ، و انه تبعا إلى القرار الصادر بتاريخ 13_01_1986 أكد أن كبر السن و عدم القدرة وأسباب لإسقاط الحضانة إذ جاء في قرار المحكمة العليا :" أن الشريعة الإسلامية تراعي بالدرجة الأولى مصلحة الأولاد المحضونين ، و شروط جدية أخرى متوفرة ي الشخص الذي يكلف بالحضانة و التي من جملتها إن لا تكون الحاضنة مسنة و سليمة في صحتها البنية والعقلية " [1]و خلاصة القول أن القدرة على القيام بشؤون المحضون تقتضي أن لا تكون الحاضنـــة عاجزة عن القيام عن دورها في مواجهة المحضون كون هذا الأخير نظرا لعجزه شرعت الحضانة و لعل قضاء المحكمة العليا سار في هذا الاتجاه بحيث أكد على القدرة في إسقاط حضانة من خلال القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 09_07_1984 فقد البصر[2] إذ جاء فيه :" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون ، و من ثم فان القضاء بتقرير ممارسة الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي .

---

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية _ بتاريخ 13_01_1986 _ ملف غير منشور أورده الأستاذ بلحاج العربي في مؤلفه قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا _ المرجع السابق _ص 123

[2] محكمة عليا – غرفة الأحوال الشخصية – قرار بـــ: 09 -07-1984 _ملف رقم 33921 _ مجلة قضائية سنة 1989 عدد 4 _ ص 341

و لما كان من الثابت _في قضية الحال _ إن الحاضنة فاقدة البصر و هي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، و من ثم فان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها و هي على هذا الحال، حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية."

إلى جانب العجز الجسمي و الإعاقة البدنية فانه لا بد أن يكون الحاضن سليم من الأمراض الخطيرة الذي قد يؤثر على صحة المحضون ، و من ثم يعد المرض الخطير عائقا لممارسة الحضانة ، و منه الأمراض المعدية. فالمرض المعد كمرض الزهري و البرص و الجرب و الجذام و غيرها ، فالثابت لدى الفقه انه تسقط به الحضانة [1] و الذي لا بد من ملاحظته أن مشرعنا اغفل هذه النقطة أي حالة إصابة الحاضن بمرض معد بخلاف المشرع المغربي الذي نص عليه في المدونة في المادة 173 و رغم هذا فان الفقه قد بين حكم المرض المعد و من فان للقاضي جميع الصلاحيات للتأكد إن كان المرض معديا باللجوء إلى خبرة طبية لتحديد نوع المرض و مدى تأثيره على صحة المحضون .

المطلب الثاني: الشروط الخاصة للحضانة

لقد ذكرنا انه لتولي الحضانة هناك شروط عامة و التي توليناها بالتحليل إلى جانب ذلك هناك شروط خاصة بالحاضن و الحاضنة و هذا ما أتعرض إليه في هذين الفرعين:

---

[1] الأستاذ زكريا البري _ الأحكام الأساسية في الشريعة و القانون _ المرجع السابق _ص201

الفرع الأول:الشروط الخاصة بالحاضنة

لقد اشترط الفقه شروط خاصة ، أن كان متولي الحضانة ، أو من كانت له الأحقية في تولي الحضانة امرأة ، و هي شرط اتحاد دين و ، و شرط عدم زواجها بأجنبي عن المحضون ، و شرط عدم إقامة الحاضنة في بيت يبغض المحضون ، و عليه أتناول كل شرط على حدي بالشـــــــــرح و التحليل كما يلي :

أولا: اتحاد بين الحاضنة و المحضون

إن مسالة الدين لاعتبار أن الدين الإسلامي اقر للفرد حرية الاعتقاد ما يشاء دون إكـــــراه و ذلك للمبدأ الذي أرساه الله سبحانه و تعالى بقوله :" لا إكراه في الدين ، قد تبيّن الرشد من الغي[1] " وعليه فهذا يوحي أن الدين الإسلامي لم يجبر الفرد على اعتناق الإسلام بل ترك له الحرية الكاملة في الإيمان بالله و إن هذا الإيمان يكون بادراك ، و رضا ، و ليس تحت أي إكراه .

---

[1] سورة البقرة الآية 256

2) " إذ أن الأحناف يشترطون عدم ردة الحاضنة لأنه عندهم تستحق الحبس حتى تتوب و تعود إلى الإسلام " انظر سيد سابق ــ المرجع السابق ــ ص 306 و الدكتور احمد محمد علي داود ــ المرجع السابق ــ ص42 و بدران أبو العينين بدران ــ المرجع السابق ــ ص 554

و عليه سوف نبين أن المبدأ هو أن الفقه شبه متفق على أن لا تكون الحاضنة مرتدة و أن فيم يخص اتحاد الدين بين الحاضنة و المحضون فان الفقه مختلف في اشتراط إسلامها من عدمه .

إن ردة الحاضنة بمعنى أن تكون قد خرجت عن دين الإسلام بعدما كان مسلمة أصـــــلا أو ارتدت بعد اعتناقها الدين الإسلامي لان الحكم في حلها تحبس حتى تعود إلى الإسلام، فلا تكون و الحالة هذه قادرة على إمساكه و القيام بمصالحه.

وعليه فانه فيما يخص اتحاد الدين بين الحاضنة و المحضون فقد تفرع عنه الآراء الفقهية التالية:

الاتجاه الأول:

إذ أن الشافعية و الحنابلة [1] ذهبوا إلى اشتراط إسلام الحاضنة ذلك لان الحضانة نوع من الولاية لقوله تعالى " و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا "2 و لان المقاصد الأساسية للحضانة إضافة إلى حفظ النفس و تربية الطفل على هدى الإسلام ، و لذا فان الحضانة لا تعطى للمسلم الفاسق فلا تعطى للكافر من باب أولى و الطفل يتأثر به .بمربيته تقليدا و فكرا في جميع مراحل عمره ، و مرحلة الطفولة المبكرة أكثر تأثرا ، و لذا لا تعطى حضانته لغير المسلمة

الاتجاه الثاني:

إذ يذهب الحنفية و المالكية و الظاهرية إلى عدم اشتـــراط اتحاد الدين بين الحاضنـــــــــــة و المحضون ، إذا توافرت فيها شروط الحضانة لان مدار الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين (2) و لعل ما استدل به المذاهب المذكورة هو ما امرأته أن تسلم فجاءت إلى النبي صلى الله عليه و سلم ، فقالت ابنتي و هي فطيم ، فقال النبي صلى الله عليه سلم :" اقعد ناحية ــ و اقعدي ناحية ،و اقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها" فمالت الطفلة إلى أمها فقال الرسول صلى الله عليـــه و سلم :" اللهم اهديها " فمالت الطفلة إلى أبيها فأخذها ، فلو لم تكن حضانة الكافرة صحيحة لما

---

1)الدكتور عبد القادر حرز الله ــ الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري دار الخلدونية جامعة باتنة ــ سنة ــص 358 / احمد نصر الجندي ــ النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي ــ دار الكتب القانونية مصر 2006 ص 127

2)سورة النساء الآية 141

خير النبي صلى الله عليه و سلم الطفلة بين أبيه المسلم و أمه غير المسلمة وهذا ذليل أن الأم المسلمة تحضن ابنتها المسلمة[1] و لان من مباني الحضانة الشفقة و الأم أكثر شفقة على ولدها و أن كانت غير مسلمة و قد النبي صلى الله عليه و سلم :" من فرق بين الوالدة و ولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة "[2]

يرى الشافعية و الحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية و لا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى: ((و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)) فهي كولاية الزواج و المال و لأنه يخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها و هذا أكبر ضرر يصيب الطفل ، فعن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"[3] إلاّ أنّ الحنفية و المالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة ،فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أمًّا أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل و خدمته ، و كلاهما يجوز من الكافرة ، و دليلهم في ذلك ما روا ه أبو داود و النسائي : أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته أن تسلم

---

[1] الدكتور محمد سمارة ــ أحكام و آثار الزوجية ــ شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية الطبعة الأولى 2002 ــ جامعة جرش ــ الإمام أبو زهرة الأحوال الشخصية ص 407 الطبعة الثالثة دار الفكر1957

[2] الاستاذ عبد السلام عامر ــالأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ــ فقها و قضاء ــ المرجع السابق ــ ص250

[3] الدكتور سيد سابق ــ المرجع السابق ــص306.

فأتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : ابنتي — و هي فطيم – أو شبهه و قال رافع : ابنتي ، فمالت إلى الأم ، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: " اللهم أهدها " فمالت إلى أبيها فأخذها" [1].

و لأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة و هي لا تختلف باختلاف الدين، لكن الفقهاء اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة.

– فقال الحنفية: يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه السن السابعة أو يتضح أنه في بقائه معها خطر على دينه كالذهاب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

– وقال المالكية: إنّ المحضون يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا فإن خِيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد.[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة ، لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل ، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة .

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن يربى الطفل على دين أبيه, ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة.

---

[1] الحافظ ابن الحجر العسقلاني ــ كتاب السلام في شرح بلوغ المرام ــ الجزء الثالث ــ مكتبة المعارف الرياض سنة 1420 ــ ص261

[2] – الدكتور وهبة الزحيلي ــ الفقه الإسلامي و أدلته ــ – المرجع السابق – ص 730 .

والواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة والغير المسلمة في استحقاق الحضانة ، لان القاضي في إسناده للحضانة لام غير مسلمة فان أمام روح نص المادة 62 التي تبين مضامين ، و أبعاد الحضانة و هي التنشئة على دين أب المحضون و هذا ما نلحضه من استقراء الفرار المجلس الأعلى بتاريخ 16_04_1979 جاء فيه " من المقرر إن الأم تستحق حضانة الأولاد و لكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم " فهنا ضابط و حد لا بد أن يكون قائما و هي بقاء الأولاد على دين أبيهم [1] و انه في قرار آخر صاد بتاريخ 13_03_1989 جاء فيه : " من المقرر شرعا و قانونا ، إن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة ، إلا إذا خشي على دينه " [2]. إذن المبدأ أن القاضي عند إسناده للحضانة ، فان تبين له إن بقاء الولد في يد الحاضنة الغير المسلمة و خشية تربيته على غير دين أبيه فانه يكون مانعا لتوليها الحضانة ، و عليه فان تولت الحاضنة الغير المسلمة حضانة ولدها فانه يطرح إشكال في رقابتها أن كان تلقن الولد غير مبادئ و أخلاق الدين الإسلامي و انه لوتقيدنا بما ذهب إليه الفقه المالكي انه في هذه الحالة أن توضع تحت الرقابـــــــة أو المراقبة من قبل جماعة من المسلمين إلا أن هذا الأمر يستعصى تحقيقه لتعقد الحياة الذي يصعب قيام من عينوا لهذه المهمة و نحن لا نرى الكيفية و الصيغة التي يتم التعيين و الرقابة مما يجعل الأمر

---

[1] قرار المجلس الأعلى بتاريخ 16_04_1979 _ملف رقم 19287 _ بنشرة القضاة _ العدد الثاني _سنة 1981 _ ص 108

2) قرار المحكمة العليا _ بتاريخ 13_03_1989 _ ملف رقم 52221_ منشور بالمجلة القضائية العدد الأول _ً ص 49

مستحيل التحقيق مما يجعلنا نميل إلى ذهب إليه الفقه الشافعي و الحنبلي إلى عدم جواز حضانة الحاضنة الغير المسلمة حماية للمحضون الذي قد تبعده حاضنته عن تعاليم الدين الحنيف .

أما فيما يخص ردة الحاضنة فان مشرعنا لم ينص على هذا الشرط و انه استقراءا من نص المادة 32 من قانون الأسرة التي جعلت أن النكاح يفسخ إذا ثبت ردة الـــــــزوج و الملاحظ إن النص مبهم و لا يجبنا على ردة الزوجة أم أنها مقصور عن الزوج و عليه فان أخذنا المادة بمفهومها العام و بلفظ العبارة فان المسالة تتعلق بالنكاح فالردة تتعدى إلى الزوج والزوجة ومن ثم فانه لفك هذا الإبهام و تفادي التفسير تعميمه ليشمل ردة احد الزوجين على أساسه يفسخ الزواج و على هذا الأساس فان ارتدت الزوجة فانه بالطبيعة يسخ الزواج فتحرم من حقوقها و عليه فانه لايون لها حق في حضانة ولدها و أن الثابت لدى الفقه أن كانت الزوجة الحاضنة مسلمة و ارتدت و اعتنقت دينا آخر فلا تستحق الحضانة لا أنها تحبس حتى ترجع للإسلام أو تموت و انه حبسها و إبعادها عن المحضون يجعلها غير قادرة على القيام بمهام الحضانة من تربية و رعاية إلا أن هذا الإبهام بالرجوع إلى اجتهاد القضاء الجزائري فانه نجد قرارا صدر بتاريخ 10-09-2008 جاء فيه :" حيث متى اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الإسلامية و لا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسلامي فان ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها

أولى بحضانة أطفالها وفقا للمادة 64 من قانون الأسرة حيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الأبناء الخمسة لامهم يكونون قد طبقوا صحيح القانون "[1]

ثانيا :الخلو من الزواج بأجنبي

ومفاد هذا الشرط انه لما كانت الحضانة مشروعة لمصلحة المحضون ، و أن زواج الأم من الأجنبي يفوت عليه هذه المصلحة ، لان الأجنبي كما يقولون يعطيه العطاء الترر و ينظر إليه النظر الشزر و يبطن له الكراهة و يضمر السوء لامه لأنها يظن أنها تطعمه من ماله و ربما اشتد الخلاف بين أمه وزوجها يترتب على ذلك ما لا يحمد عقباه [2]

وعليه إن كانت الحاضنة متزوجة بذي رحم محرم كعم الصغير أو كانت غير متزوجة فهي أهل للحضانة

و أراء الفقه في هذه المسالة لم تكن واحدة ، فا لائمة الأربعة مالك و الشافعي و ابوحنيفـــة و استدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه و سلم عما رواه عبد الله بن عمرو : " أن امرأة قالت :

---

[1] قرار المحكمة العليا – بتاريخ 12-11—2008 – ملف رقم 466390 – المجلة القضائية العدد 02 – سنة 2008 – ص 317

[2] الأستاذ مصطفى احمد الزرقا _ مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري و السوري _ص 297 _ دار القلم _ سنة /الدكتور رمضان علي السرياطي و الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي _أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد _ص593 _ منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى سنة 20071997

و احمد بن حنبل قالوا بان الحضانة تسقط بالزواج مطلقا ، سواء كان المحضون ذكرا كان أو أنثى[1]،

" يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و حجري له حواء، و ثديي له سقاء، و زعم أبوه أن يترعه مني «، فقال رسول الله صلى الله عليـــــه و سلم:" أنت أحق به ما لم تنكحي ". فالحديث جعل للام حق الحضانة ما لم تتزوج، و على ذلك سار الصحابة.

و وجه الاستدلال إن تزوجها يؤدي إلى انشغالها عن طفلها لقيامها بحقوق الزوج ، بل يستطيع زوجها منعها من حضانته ، و حينها يكون الأب أكثر حرصا على مصالح طفله ، و قد يلحق الصغير الجفاء و المذلة من زوج أمه لغيرته منه[2]

أما الظاهرية و الحسن البصري [3] ذهبوا **أن** الحضانة لا تسقط بالزواج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا كان أو أنثى ، و استدلوا بحديث الذي رواه البخاري عن عبد العزيز ابن صهيب عن انس رضي الله عنه قال : " قدم الرسول صلى الله عليه و سلم المدينة و ليس له خادم ، فاخذ أبو طلحة بيدي و انطلق إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال : يا رسول الله أن انس غلام كيس فيخدمك ، قال : فخدمته في السفر و الحضر ، و أن أنسا كان في حضانة أمه ، و لها زوج و هو

---

[1] باديس دياني ــ آثار فك الرابطة الزوج المرجع السابق ــ ص 137/ الدكتور محمد علي داود ــ الأحوال الشخصية ــ الجزء الثالث و الرابع ــ ص25

[2] الأستاذ محمد الحسن البغا ــ بحث بعنوان تزوج الأم بغير الأب و السفر بالمحضون ــ مجلة جامعة دمشق ــ العدد الثاني المجلد الثامن ــ سنة 2002 ــ ص 319

[3] احمد نصر الجندي ــ الطلاق و التطليق و أثارهما ــالمرجع السابق ــ ص 203

أبو طلحة بعلم رسول الله صلى عليه و سلم ، و هو لم ينكر ذلك " و استدلوا بواقعة أم سلمة التي تزوجت رسول الله صلى الله عليه و سلم و لم تسقط حضانتها لابنيها .

و خيرا هناك من الفقهاء من قال بضرورة مراعاة مصلحة المحضون فان كانت مرعية بقي للحاضنة حقها بالحضانة و إلا سقط عنها و لا فرق في ذلك بين زواجها بأجنبي عن المحضون و زواجها بقريب محرم و القاضي هو الذي يقرر ذلك و هذا ذهب إليه العلامة ابن عابدين مبررا هذا الرأي :" فينبغي للمفتي إن يكون ذا بصيرة يراعي الأصلح للولد فانه قد يكون له قريب مبغض يتمنى موته و يكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فان علم المفتي أو القاضي شيئا من ذلك لا يحل نزعه من أمه لان مدار أمر الحضانة على نفع الولد [1] والى جانب ذلك فان الأستاذ عبد الرحمان الصابوني أيد هذا الرأي و قصر ذلك على الأم دون غيرها من الحاضنات لان زواج هذه الاخيرات يشغلن في رأيه عن تربية و رعاية المحضون و من المصلحة إبقاء الحكم على سقوط حضانتهن[2]

ولعل اتجاه المشرع إلى اختيار ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الاوفق لان بإسقاط الحضانة لزواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون رعاية لنفسية الأب كما يراعى نفسية الطفل حتى لا يرى ابنه

---

[1] الأستاذ محمد مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ــ المرجع السابق ــ ص 744

[2] الأستاذ عبد الرحمان الصابوني شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ــ الجزء الأول الزواج و الطلاق ــ المرجع السابق ــ ص 201

عند انس غرباء عنه و عن عائلته يتربى في أحضانهم و أم رعاية لنفسية الطفل فيه ضمان لبقاء الطفل دائما عند أقاربه مما يجنبه الشعور بالغربة و الإبعاد و التي لا تنفك عنه لو تربى في بيت أجنبية[1]

لقد أفاض الفقه في بيان هذا الشرط حيث أن جميع المذاهب أكدت على أن تكون الحاضنة خالية من الزواج بأجنبي أو بقريب غير محرم للمحضون إلا أن الفقه اختلف حول مسالة هل أن مجرد العقد يحرم الحاضنة من ممارسة الحضانة أم لا انه لا بد من دخول بها لكي يتحقق الحرمان أو المنع من ممارسة الحضانة ؟

إذ أن الحنفية و الشافعية و الحنابلة [2] قالوا أن مجرد العقد يحرم الحاضنة من ممارسة الحضانة كون الزوج يملك على زوجته حق استمتاع كما يملك منعها من الحضانة[3]

أما المالكية فأكدوا أن مجرد العقد لا يشكل مانعا يمنع الحاضنة من ممارسة الحضانة بل لا بد الدخول وان الحاضنة المتزوجة بأجنبي عن المحضون أو بقريب غير محرم كابن عم الصغير مثلا فلا تعتبر أهلا للحضانة و سبب ذلك في نظرهم لتحقق انشغالها بزوجها و انه قال الشيخ الدر دير ي في

---

[1] الدكتور أعراب بلقاسم ــ بحث بعنوان مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن ــ مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية ــ العدد 1 ــ سنة 1994ــ ص 51

[2] الأستاذ محمد مصطفى شلبي ــ أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ــ المرجع السابق ــص 745

[3] عبد السلام عامر ــ الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ــفقها و قضاء ــالمرجع السابق ــ ص 257

الشرح الكبير انه لابد أن يكون الدخول حقيقيا و ليس الدعوة إليه لان عنده لا يأخذ حكم الدخول[1]

و لعل بالرجوع إلى نص المادة 66 التي أدت أن الحق في الحضانة يسقط بالتزوج بقريب غير محرم هنا يظهر أن مشرعنا ذهب إلى ما ذهب إليه الغالب في الفقه الإسلامي بان زواج الحاضنة بقريب غير محرم يعد مانعا مطلقا و مسقطا للحضانة و لكن مضمون المادة لا يبين لنا أن كان أن هذا الجزاء من جراء تزوج الحاضنة يكون بمجرد العقد أم لا بد من حدوث دخول الزوج الأجنبي على المحضون بالحاضنة .

و انه بالرجوع إلى ما ذهب إليه القضاء فانه سار على ما ذهب إليه الفقه و المشرع الجزائري وذلك تبعا للقرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 05_05_1986 الذي جاء فيه :" من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية ، انه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما ، فأحرى بغيرها أن تكون خلية من الزواج ، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون ، فانه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة ، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ و اسند حضانة البنت لجدتها لام المتزوجة بأجنبي عن المحضونة ."[2]

---

[1] الأستاذ احمد نصر الجندي _ الطلاق و التطليق و أثارهما _ المرجع السابق _ ص 204

[2] قرار المحكمة العليا _غرفة القانون الأحوال الشخصية_ بتاريخ 05_05_1986_ المجلة القضائية _ عدد 2 _ص 364

و في قرار آخر بتاريخ 13_07_2005 جاء فيه :" حيث أن قانون الأسرة فعلا قد أعطى الترتيب الأول للام في حضانة أولادها طبقا للمادة 64 من القانون المشار إليه غير أن القانون المذكور قد نص بصفة واضحة في المادة 66 منه على إسقاط حق الأم في الحضانة أن تم زواجها بغير قريب محرم و قد ثبت لقضاة الموضوع أن الأم التي تطالب بالحضانة قد تزوجت فعلا بغير محرم و أن ذلك يسقط حقها في الحضانة و أن قضاة الموضوع لما قضوا بالصورة المبينة أعلاه يكونوا قد طبقوا القانون لاسيما منه المادة66" [1]

و الذي يخلص لنا من هذين القرارين أن القضاء أكد إلى ذهب إليه المشرع في كون الزواج يعد سببا من أسباب انشغال الحاضنة عن رعاية المحضون و القيام بشؤونه و انه يعتبر مانعا لتولي الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم حضانة الولد و أنه تبعا للقرار الثاني للمحكمة العليا أكد أن رغم أن الحاضنة إلام قد رافعت من اجل استعادة حضانة ابنها و انه ما دام أن زواجها بأجنبي قائم فلم يلتف القضاء لطبها و رفض طلبها للسبب المذكور.

ثالثا:عدم الإقامة في بيت فيه مبغض للمحضون

إن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وصيانته ، و هذه المصلحة و الصيانة لا تتوفر له إذا أقامت الحاضنة مع من يبغض المحضون و يكرهه ، فهو قد يتعرض للإيذاء أو للضياع ، من اجل

[1] قرار المحكمة العليا _غرفة القانون الأحوال الشخصية _ بتاريخ 13_07_2005_ نشرة القضاة سنة 2005 _عدد62_ص 388

ذلك كان سببا مانعا لاستحقاق الحضانة و لعل المثال أن الأم قد يسقط حقها في الحضانة بزواجها بأجنبي للمحضون إلا انه قد تليها جدته لتولي الحضانة فان إقامة الجدة بالمحضون مع أمه التي تزوجت بأجنبي عنه ، هذا يشكل ضررا له مما يجعل المانع قائم في تولي الحضانة ، أما إذا أقامت به مع رجل مع رجل آخر غير زوج أمه كزوج خالته مثلا فلا تسقط حقها في الحضانة[1]

الفرع الثاني: شروط الخاصة بالرجال

يشترط في الحاضن من الرجال الشروط العامة التي ذكرناها و إلى جانب ذلك شروط خاصة منها ما يلي:

أولا : اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون

انه تبعا لقوله تعالى : الذين كفروا بعضهم أولياء بعض " [2] و من ثم فولاية الكافر على الكافر ثابتة بالنص و عليه فولاية الكافر على المسلم ممنوعة و محرمة و الثابت لدى الفقه الشافعي و مالك أن الحضانة لا تثبت لكافر على مسلم ، لأنها ولاية كولاية النكاح و المال و أنها لم تثبت

---

[1] الأستاذ بدران ابوالعينين بدران_ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون _ الجزء الأول الزواج و الطلاق المرجع السابق ص 553

[2] سورة التوبة الآية 73

لفاسق فالكافر أولى و فيه ضرر أكثر [1] ضف إلى ذلك أن المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا توارث بين المسلم و غير المسلم [2]

و انه بالرجوع إلى قانون الأسرة فان مشرعنا قد كان صريحا و واضحا في المادة 62 بقوله :" ... القيام بتربيته على دين أبيه " رغم انه لم ينص صراحة على شرط اتحاد الدين إلا انه كرس ضمنيا هذا الشرط من وجوب اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون و هذا من خلال التربية على دين أبي المحضون

ثانيا : القرابة المحرمية

أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى ، و لقد حدد الحنابلة و الحنفية سنّها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية ، و إن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة و الشهوة أعطيت له بالاتفاق ، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة ، و أجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، و إبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها و لا يخشى عليها الفتنة منه [3].

.

[1] الدكتور المصري مبروك الطلاق وآثاره في قانون الاسرة الجزائري _المرجع السابق _ص11

[2] الأستاذ باديس دياني _صور و أثار فك الربطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق _ص139

[3] د. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته المرجع السابق – ص 830

ثالثا : وجود شخص يصلح للحضانة

إن هذه الحالة إن كان الحاضن لا يستطيع القيام بشؤون المحضون و هذا أما لانشغاله أو انه لا يقدر تحمل متاعب الطفل المحضون فان حماية للطفل المحضون و رعاية له و تفاديا لضياعه أن يكون لدى الحاضن شخص يقوم بالعناية بالصغير في انشغاله أو في غيبته و أن الشخص الذي يصلح لهذا الأمر يكون من النساء كزوجته أو أمه أو خالة أو عمة لان الطبيعة أن الرجل لا يصبر على تحمل أحوال الأطفال و ليس اقدر على ذلك إلا النساء و إن لم له من يقوم بهذه المهام فلا حق له في الحضانة.

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

انه انطلاقا من المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل لسنة 2005 التي جاء نصها كما يلي:" الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ، ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

و انه تبعا للتعديل المؤرخ في 2005/02/27 نجد أن المشرع جعل الأب يلي في أولوية استحقاق الحضانة بعد الأم و عليه سنحاول بيان في هذا المبحث في المطلبين بيان الترتيب الفقهي لأصحاب الحضانة وبعد ما ذهب إليه المشرع الجزائري قبل و بعد التعديل في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة .

المطلب الأول: الترتيب الفقهي لأصحاب الحق في الحضانة

قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون ،فجعلوا الإناث أليق بالحضانة ، لأنهن أشفق ، و أهدى إلى التربية ، و اصبر للقيام بها و اشد ملازمة للأطفال كما تقدم ، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق و اقرب ، و اختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة[1]

ويقول الشافعية " :والحضانة نوع ولاية وسلطنة، ولكن الإناث أليق لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال[2]

و عليه سنعرض تباع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

إن الفقه متفق على أن الأم أولى بحضانة ولدها ما لم تتزوج، فان تزوجت بغير قريب محرم كما سبق الذكر في الشروط الخاصة بحضانة النساء فان حقها يسقط و تنتقل إلى غيرها.

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى محارم الصغير من النساء فتقدم أم الأم وإن علت فإن لم توجد انتقلت إلى أم الأب وإن علت فإن لم توجد انتقلت إلى أخوات الصغير الشقيقات ثم الأخوات لأم فالأخوات لأب، ثم لبنت الأخت الشقيقة ثم لبنت الأخت لأب ثم لبنت

---

[1] الدكتور عبد القادر بن حرز الله ــ الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ــ المرجع السابق ــ ص357

[2] الدكتور وجنات عبد الرحيم الميمي ــ لمن الحضانة ــ المرجع السابق ــ ص 382

الأخ الشقيقة ، ثم لبنت الأخ لأم ثم لبنت الأخ لأب ثم لعمة الطفل الشقيقة ثم للعمة لأم ثم للعمة لأب ثم خالات أبيه ثم عمات أمه ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة في كل منهن

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء أو لم يكن منهن من هي أهل للحضانة أو كانت أهلا لها إلا أن مدة حضانتها انقضت انتقلت الحضانة بعد ذلك إلى عصبات الصغير من الرجال [1]. ويكون ترتيب هؤلاء من حيث استحقاقهم للحضانة بحسب ترتيبهم في استحقاق الإرث ، فيقدم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب[2].

ذهب فقهاء المالكية إلى القول بانتقال الحضانة بعد الأم إلى أم الأم ثم أم أم الأم ثم أم أبي الأم وهكذا وإن علون حيث تقدم الإناث من جهة أم الأم على الإناث من جهة أبي الأم ثم تأتي بعد ذلك الخالة وتقدم الخالة الشقيقة على الخالة لام والخالة لأم على الخالة لأب، ثم يأتي بعدها خالة الأم، ثم خالة الأب وتقدم في خالة الأم وخالة الأب التي لأب وأم على التي لأم والتي لأم على التي لأب ، ثم الجدة لأب (أي أم الأب) ثم أم أبي الأب، ثم أم أم الأب ثم أم أم أم أبي الأب، وهكذا وإن علون، ثم يأتي بعدها الأب ثم أخت المحضون ثم عمته ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه وتقدم في هذه الحالات

---

[1] عبد الوهاب خلاف ــ أحكام الأحوال الشخصية ــ المرجع السابق ــ ص 194 /الدكتور المصري مبروك ــ الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري ــ المرجع السابق ــ ص 508.

[2] الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي و الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ــ أحكام الأسرة ــ المرجع السابق ص586./ الشيخ محمد يوسف الكافي ــ إحكام الأحكام على تحفة الحكام ــ المرجع السابق ــص128

التي من أب وأم على التي من أم والتي من أم على التي من أب، ثم يأتي بعد ذلك الوصي ذكراً كان أم أنثى ثم يأتي بعد الوصي العصبات وهم الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم ، ثم ابن العم وإن نزل[1].

: ذهب فقهاء الشافعية إلى القول بأن الحضانة تنتقل بعد الأم إلى الجدة (أم الأم) ثم جدة الأم وإن علت ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأب ثم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأب ثم العمة الشقيقة ثم العمة لأب ثم بنت الخالة الشقيقة ثم بنت الخالة لأب ثم بنت الخالة لأم ثم بنت العمة الشقيقة ثم بنت العمة لأب ثم بنت العمة لأم، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال ويقدم الأب عليهم جميعاً ، ثم يكون ترتيبهم بعد الأب بحسب ترتيبهم في الإرث[2].

ذهب فقهاء الحنابلة إلى أن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى أم الأم ثم جدة الأم وأن علت، ثم الأب، ثم أم الأب ثم جدة الأب، وأن علت ثم الجد لأب ، ثم أم الجد لأب وأن علت ثم الأخت لأبوين ثم الأخت لأم ثم لأخت الأب ثم الخالة لأبوين ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب ثم العمة لأبوين ثم العمة لأم ثم العمة لأب ثم خالة الأم لأبوين ثم خالة الأم لأم ثم خالة الأم لأب ثم خالة الأب ثم عمة الأب ثم بنت الأخ لأبوين ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب، ثم بنت الأخت لأبوين ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى محارم المحضون

---

[1] الدكتور عبد العزيز عامر، المصدر السابق، ص214./ الدكتور احمد محمد علي داود أحكام الأحوال الشخصية ــ المرجع السابق ــص17

[2] . الدكتور على احمد محمد علي داود ــالأحوال الشخصية ــ المرجع السابق ــص 18./ الدكتور السيد عمر عبد الله و الدكتور محمد حامد قمحاوي ــ أحكام الأحوال الشخصية للمسمين ــ المرجع السابق ص 330

من الذكور فيقدم بعد الأب الأخوة الأشقاء ثم الأخوة لأب ثم أبناء الأخوة الأشقاء ثم أبناء الأخوة لأب.

ذهب فقهاء الظاهرية إلى أن الحضانة تنتقل بعد الأم إلى الجدة ومنها إلى الأب ومن الأب إلى الجد ومن الجد إلى الأخ والأخت ويقدم من الأخ والأخت من كان أكثر صلاحاً وتقوى لأن في ذلك مصلحة الصغير فإن تساووا قدم من هو أكثر رفاهية في الدنيا لأن في ذلك أيضا مصلحة الصغير فإن تساووا في هذه الأمور يتم إجراء القرعة بينهم، ومن ثم تنتقل الحضانة بعدهم إلى الأقرب فالأقرب

ذهب فقهاء الإمامية إلى أن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى الأب وبعد الأب إلى الجد وفي رأي آخر ـــ وهو الراجح ـــ إلى أم الأم لأنها بمنزلة الأم، وبعدها إلى الجدة لأم وأن علت ثم الجدة لأب وأن علت ثم العمة ثم الخالة ثم بنت العمة ثم بنت الخالة، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال ويقدم الجد لأم ثم الجد لأب ثم العم ثم الخال ثم ابن العم وإن نزل ثم ابن الخال وإن نزل[1].

ذهب فقهاء الزيدية إلى القول بأن الحضانة تنتقل بعد الأم إلى أم الأم وإن علت ثم إلى الأب، ثم إلى الخالة ثم إلى أم الأب وإن علت ثم إلى أم أبي الأم وإن علت، ثم إلى الأخوات ثم إلى بنات الخالات ثم بنات الأخوات ثم بنات الأخ، ثم العمات ثم بنات العمات وتقدم الشقيقة على غيرها.

---

[1] الدكتور احمد محمد علي داود الأحوال الشخصية ـ المرجع السابق ص 19

وهكذا يبدو واضحاً أن اختلاف الفقهاء حول هذه المسألة، مبني على تحقيق مصلحة الصغير، ولما كان أكثر الناس اهتماماً بتحقيق مصلحة الصغير هو أشفقهم عليه إذ كلما زادت الشفقة على الصغير لدى الحاضن كلما كان أكثر رعايةً وعناية بالصغير وحفظاً له على اعتبار أنه أشفق الناس بعدها على الصغير وبالتالي فهو أكثرهم سعياً لتحقيق مصلحته .

أما ما ذهب إليه الإمام ابن حزم من إعطاء الحضانة للأصلح في الدين والدنيا ، فهو في رأينا يهدف إلى تحقيق مصلحة الصغير إلا أننا نرى أن هذا الأمر قد يؤدي إلى الإضرار بالأب في حالة تساويه في الصلاح مع غيره من الناس إذ ذهب الإمام ابن حزم إلى ضرورة إجراء القرعة في مثل هذه الحالة وقد لا تأتي القرعة للأب وهذا مما يؤدي إلى الإضرار به وهو الأمر الذي نهى عنه الشارع.

ويلاحظ بعد عرض الاتجاهات الفقهية المتعلقة بمراتب أصحاب الحق في الحضانة أن بينها أوجه اتفاق واختلاف نوجزها بالآتي:

1 ــ أوجه الاتفاق:

تتفق المذاهب الفقهية فيما يتعلق بترتيب أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم في المسائل التالية:

أ ــ أن الأم أحق الناس بحضانة الصغير فهي تقدم على غيرها من الناس.

ب ــ أن ترتيب الحاضنين إنما يكون بحسب شفقتهم وعطفهم على الصغير لذا نجد أن جمهور الفقهاء وانطلاقاً من هذه الناحية يقدمون النساء على الرجال في تولي الحضانة.

ج ــ أن أي من المذاهب الفقهية لم يعتمد في بيانه لترتيب الحاضنين على أدلة نقلية من قرآن أو سنة وإنما اعتمد الجميع على أدلة عقلية لعل من أبرزها أن شفقة النساء تزيد على شفقة الرجال.

2 ــ أوجه الاختلاف:

تختلف المذاهب الفقهية فيما بينها في المسائل التالية:

أ ــ الاختلاف حول من يلي الأم في تولي الحضانة فذهب الجمهور إلى إعطاء هذا الحق إلى محارم الصغير من النساء وخالفهم فقهاء الإمامية فقالوا بانتقالها بعد الأم إلى الأب.

ب ــ أن الإمام ابن حزم الظاهري أشار فيما يتعلق بترتيب الحاضنين إلى قاعدة لم يتطرق لها بقية الفقهاء وهي اعتماد مدى الصلاح والتقوى والرفاهية في الدنيا فيقدم في تولي الحضانة أكثرهم صلاحاً وتقوى ورفاهية إذ أن في هذه الأمور تحقيق مصلحة الصغير الدينية والدنيوية وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن حزم في محلاه "فإن لم تكن الأم مأمونة في دينها ودنياها نظر للصغير

والصغيرة بالأحوط في دينها ثم دينهما فحيثما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين وجبت هنالك"[1].

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

بعدما استعرضت ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في بين أصحاب الحق في الحضانة و ترتيبهم نلاحظ أن مشرعنا في قانون الأسرة افرد المادة 64 التي بينت الأولوية في تولي الحضانة و إلى حد ما سار بشان ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما اجمع عليه المذاهب الأربع ، المالكي و الشافعي ، و الحنبلي ، و الحنفي[2] و إن هذه المادة كانت قبل تعديل بتاريخ 2005/02/27 كما يلي :" الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ،الخال ، ثم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " ، إلا انه بعد التعديل المذكور رقم 05_02 فان المشرع أبقى على المادة و جعل الأب في المرتبة الثانية و أضاف إلى المادة العمة في المرتبة الأخيرة ، أن الخالة أتت بعد الجدة لام و الجدة لأب لدى يحسن بنا بيان هذا الترتيب قبل التعديل و بعد التعديل

---

(1) الأستاذ عبد الرحمان هرنان ــ دبلوم لنيل الدراسات العليا ــ المرجع السابق ــ ص4

2 باديس دياني ــ صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري ــالمرجع السابق ــ ص140

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين قبل التعديل

أولا :الأم و من يليها

أ_ الأم

لقد نص المشرع الجزائري على أن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة و ذلك طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة بقوله :" الأم أولى بحضانة ولدها ....." و لعل النص يستند إلى الحديث النبوي الشريف ، لما رواه عبد الله بن عمرو حيث جاءت امرأة إلى رسول الله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشتكي فـلي زوجها الذي حرمها من حضانة ابنها فقالت " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري هواء وثدي له سقاء وإن أباه طلقني وأراد أن يترعه مني فقال صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي "[1] و ما دأب عليه الصحابة في قضائهم أين فصل أبو بكر الصديق رضي الله عنه في النزاع الذي رفع إليه بين عمر بن الخطاب رضي الله عنه و مطلقته إذ كان عاصم في حضانتها ، و أراد عمر حرمانها منه فذهب إليها و مسك الغلام و اخذ يجذبه بين يدي أمه التي راحت تلتصق به هي الأخرى فتجاذباه حتى بكى ، فرفعا أمرهما إلى أبي بكر الصديق

[1] الحبيب بن طاهر _ الفقه المالكي و أدلته _ مؤسسة المعارف بيروت _ الطبعة الثانية سنة 2005 _ ص 296

رضي الله عنه الذي قال في جمع الصحابة مخاطبا عمر بن الخطاب :" ريحها و مسها و مسحها خير له من الشهد و العسل عنك يا عمر " [1]

و لعل أحقية الأم بحضانة ولدها كون الأم أكثر صبرا من الأب فهي مقدمة في الحضانة كما يقول ابن القيم الجوزية معللا تقديمها " و لما كان النساء اعرف بالتربية و اقدر و اصبر و ارأف و افرغ لها ، لذلك قدمت الأم فيها على الأب ، فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة و الاحتياط للأطفال و النظر لهم "[2]

و عليه انطلاقا من ما ذهبت الفقه الإسلامي و سار عليه المشرع الجزائري فان القضاء الجزائري سار على نفس الدرب و اقر الأولوية في استحقاق الحضانة للام ما لم يمنعها و انه في قرار آخر أكثر وضوحا يؤكد أهمية الأم و المكانة التي لها و في إعطائها الأولوية في حضانة أبنائها مانع .

إذ انه في هذا السياق فان في هذا السياق قضى قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 أعطى الأحقية للام في حضانة أبنائها و إسنادها لها حتى و إن تنازلت إذ جاء في القرار المذكور:" من المقرر قانونا انه يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا اضر بمصلحة المحضون و من ثم فان القضاة لما قضوا

---

[1] الشيخ محمد علي الشوكاني ــ نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار مجلد ثالث ــ دار جيل بيروت ــص 329 الحبيب بن طاهر ــ الفقه المالكي و أدلته ــ المرجع السابق ــ ص 296 / باديس دياي ــ صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري ــ المرجع السابق ــ ص 141

[2] الدكتور وجنات عبد الرحيم ميمي ــ لمن الحضانة ــ المرجع السابق ــ ص375

بإسناد حضانة الولدين لامهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين ، فأنهم طبقوا صحيح القانون"[1]

و تبعا لقرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/07/13 الذي جاء فيه :" إن تأييد الحكم لحضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون و دون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد و التقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصورا في التسبيب " [2] .

إن القرار جاء فيه أن الأم تنازلت عن حضانة ابنها و تم الإشهاد بذلك بموجب حكم صادر عن محكمة وهران مما جعل هذه الأخيرة تسند الحضانة لصاحبة المرتبة الثانية الجدة لام و عليه فالقضاء لم يلتفت إلى تنازلها الصريح ما دام يؤثر سلبا على حالة المحضون النفسية.

و عليه فان القضاء الجزائري في قرار صادر بتاريخ 1989/03/13 بين أولوية و أحقية الأم في تولي الحضانة و لو كان كافرة إذ جاء فيه :" من المقرر شرعا و قانونا أن إلام أولى بحضانة ولدها حتى و لو كانت كافرة ، إلا إذا خيف على دينه و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج [3]

وقد توقفنا كثيرا عند الأم نظرا للأهمية ذلك من جهة ومن جهة أخرى فإن أغلب النزاعات المطروحة على العدالة تكون الأم فيها خصما في طلب الحضانة.

---

[1] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية و المواريث _ ملف رقم 189234_بتاريخ21_04_1998 _ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية _ عدد خاص _ ص175

[2] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية و المواريث _ بتاريخ 13_07_2005_نشرة القضاة _العدد59 _ ص 236

[3] قرار المحكمة العليا سبق الإشارة إليه رقم 55221 بتاريخ 13_03_ 1989

ب_أم الأم أن مشرعنا رتب سابقا الجدة لام في المرتبة الثانية في حال سقوط الحضانة عن أم المحضون لأي سبب كان ، و على هذا المنوال سارت التشريعات العربية [1] ،و يبقى أن أم الأم تشترك بالأم في الإرث و الولادة و أنها أكثر رأفة و شفقة .

ج_ الخالة

إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه ، هذا ما اتفق عليه الفقه و ثبت من الأثر ، حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه و سلم قضى في ابنة حمزة لخالتها :" و قال الخال:" الخالة أم " 2 و الخالة قد تكون أختا شقيقة لام أو لأب أو لام و قد جاء ترتيبها ثالثا بعد الأم و أم الأم و هذا ما تفق عليه الفقهاء و نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل و قد هذا الترتيب اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/02/23 بقولها:" من المقرر قانونا انه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالذليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية و الرعاية .

و لما كان ثابتا _في قضية الحال_ أن القرار المنتقد اسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة و هي خالتهما التي تأتي مرتبة اسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله اقدر

[1] باديس دياني _ صور فك الرابطة الزوجية _ المرجع السابق ص 144

على الرعاية و الإنفاق من الخالة ، مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب فان القضاة بقضائهم خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض " [1]

وانه في قرار آخر بتاريخ 1998/03/17 أكد على أولوية الخالة في تولي الحضانة بحيث أن القضاء هنا قدمها على أخت الأب إذ جاء في القرار :" من المقرر قانونا انه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة ، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة .

و لما ثبت من قضية الحال أن قضاة الموضوع اسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي اقدر على تربية الأولاد و رعايتهم .

فان بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و متى كان كذلك استوجب نقض القرار "

ذ_الأب

العبرة في الحضانة أن جانب النساء مغلب على جانب الرجال لخصوصية الحضانة و الهدف المرجو منها، ذلك أن النساء تمتاز عن الرجال لرعايتهن الأطفال و حمايتهن لهم و الصبر عليه لا

[1] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية و المواريث _ بتاريخ 23_02_1993_ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية _ عدد خاص _ ص 166و167

يتأتى ذلك للرجال. و نلاحظ أن مشرعنا رغم تغلبيه للجانب النسوي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة إلا انه قبل التعديل قدم الأب على أم الأب و خالف بذلك مبدأ جانب الأبوة خلاف لما ذهب إليه الإمام مالك و الحنفي و لعل هذا يعد إقرارا بقدرة الأب على رعاية المحضون و لعله تأثر بما ذهب إليه المذهب الشافعي و الحنبلي[1]

د_أم الأب

تأتي أم الأب مباشرة بعد الأب قبل التعديل وان مشرعنا سبق الأب عن أمه في ترتيب الحواضن و عليه فان الحضانة كما تكون لام الأب تكون لامها أخذا بمبدأ الأم و إن علت مع مراعاة توافر الشروط المفروضة لتولي الحضانة .

ث _الأقربون درجة إن مشرعنا رغم انه حدد و رتب اصحب الحق في الحضانة إلا انه ابقي الباقي من له الأحقية في الحضانة مبهم ا ، و ذلك انه أورد عبارة " الأقربون درجة " و إن هذا الإبهام يقتضي التفسير هل الأقرب هو من جهة النساء وأم الرجال ؟

انه على هذا الأساس فلا بد من الاستنارة على دأب عليه الفقه المالكي في ترتيبه لأصحاب الحق في الحضانة و هذا ما تخوله المادة 222 من قانون الأسرة و عليه لقد مر بنا ما ذهب إليه الفقه بصفة عامة و خاصة الفقه المالكي و من ثم فان الأقربون يتحدد لما ذهب إليه الفقه المالكي كما ذكرناه سابقا و نقسمه بالقريبات من المحارم و العصبات من المحارم من الرجال

[1] باديس دياني _ صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري _ المرجع السابق _ ص145

_ القريبات من المحارم

يأتي بعد الأم إلى أم الأم ثم أم الأم ثم أم أبي الأم وهكذا وإن علون حيث تقدم الإناث من جهة أم الأم على الإناث من جهة أبي الأم ثم تأتي بعد ذلك الخالة وتقدم الخالة الشقيقة على الخالة لام والخالة لأم على الخالة لأب، ثم يأتي بعدها خالة الأم، ثم خالة الأب وتقدم في خالة الأم وخالة الأب التي لأب وأم على التي لأم والتي لأم على التي لأب ، ثم الجدة لأب (أي أم الأب) ثم أم أبي الأب، ثم أم أم أم الأب ثم أم أم أم أبي الأب، وهكذا وإن علون،

_المحارم من الرجال

الأب ثم أخت المحضون ثم عمته ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه وتقدم في هذه الحالات التي من أب وأم على التي من أم والتي من أم على التي من أب، ثم يأتي بعد ذلك الوصي ذكراً كان أم أنثى ثم يأتي بعد الوصي العصبات وهم الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم ، ثم ابن العم وإن نزل[1].

الفرع الثاني: الترتيب بعد تعديل قانون الأسرة

لقد المشرع في إطار تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05_02 المؤرخ في 2005/02/27 إذ مس التعديل المادة 64 من قانون الأسرة إذ نصت على ما يلي :" الأم أولى

[1] الدكتور عبد العزيز عامر، المصدر السابق، ص214./ الدكتور احمد محمد علي داود أحكام الأحوال الشخصية _ المرجع السابق _ص17

بحضانة ولدها ثم الأب ، ثم الجدة لام 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 لزيارة "

و لعل أن التعديل جاء مخالفا لما سبق بيانه و خالف الفقه الإسلامي خاصة منه الفقه المالكي ، و إن سبب التعديل يظل لهذه المادة غير واضح المعالم و لاعتبار أن الأعمال التحضيرية لم تنشر و إن التحليل الوحيد أن تعديل المادة 64 جاء معالجة للواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية و لاسيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق و الوفاة[1]

و إننا نلاحظ أن مشرعنا في المادة 64 بعد تعديلها رتبت الأب بعد الأم مباشرة و قلنا أن مشرعنا قد خلف إلى حد ما الفقه الإسلامي و خاصة المذاهب الأربعة إلا أن هذا يجعلنا إلى القول انه ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الظاهري الذي خول للأب الحضانة بعد الأم إذا نظرنا في ترتيبه كما سبق بيانه في المطلب الأول لأصحاب الحق في الحضانة و أن مشرعنا لم يكتفي ببل جعل الخالة التي كانت في المرتبة الثالثة قبل التعديل لتتأرجح إلى ما بعد الجدة لأب و إن النص ذكر مستحقة جديدة للحضانة و هي العمة التي لم تكن قبل التعديل منصوصا عليها و يبقى تفسير هذا التعديل من تقديم الأب و تأخير الخالة و إضافة العمة إلى قائمة المستحقين و المرتبين لتولي الحضانة يبقى غير واضح كما قلنا للانعدام الأعمال التحضيرية .

[1] باديس دياني ــ صور فك الربطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري ــ المرجع السابق ــ ص 149

إن مشرعنا بعدما ذكر أصحاب الحق في الحضانة و ترتيبهم و أبقى الإبهام فيما يخص الأقربون مما يجعل القاضي مضطر في حالة عدم وجود المذكورين أو انعدامهم أن يلجا إلى ما درج عليه الفقه الإسلامي و خاصة منه الفقه الإسلامي لإسناد الحضانة إلا أن مشرعنا قد ربط إسناد الحضانة سواء لمن له الأولوية أو من يليه لا بد أن يراعى فيه مصلحة المحضون و من ثم فان على القاضي أن يتنبه لمصلحة المحضون و ذلك من أن يتأكد من الشروط و المصلحة هي تحقيق مقاصد الحضانة من تربية و رعاية صحية و نفسية في جو يسوده الرحمة و الشفقة و العطف .

إن الحديث عن المصلحة يقودنا بصفة آلية إلى أن يمكن للقاضي أن يسند الحضانة دون احترام الترتيب المشار إليه أو إلى شخص غير مذكور في الترتي ب و من فان الترتيب الوارد ليس من النظام العام إذا ثبت أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها و أن غيره المرتبين بعده أو الغر المرتبين أحق بالحضانة . و لعل في هذا الصدد نجد أن قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/02/23 الذي جاء فيه :" أمه من المقرر شرعا انه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل الأجدر بالحماية و الرعاية للمحضون و انه لما كان ثابتا في قضية الحال إن القرار المنتقد اسقط حضانة الولدين عن الطاعنة و هي خالتها تأتي مرتبة اسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله اقدر على الرعاية و

الإنفاق من الخالة ، مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب فان القضاة بقضائهم خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض " [1]

و هنالك عدة قرارات تبين حرص القاضي عند إسناد الحضانة مراعاة مصلحة المحضون و تأسيسا على ذلك فانه أكد القضاء أن رغبة المحضون لا تراعى في منح حق الحضانة بحيث لا قول له و لا يعرف حظه و من ففي قرار بتاريخ 1982/01/11 جاء فيه :" من المقرر أن رغبة المحضون لا تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن و من ثم فانه يجوز للحاضن و هو الأب المقيم بفرنسا بعد أن تنازلت الأم عن حضانة الأولاد أن يضع أولاده لدى من ق فيهم من أهله و أقاربه[2] إضافة إلى قرار آخر بتاريخ 21_10 1970 جاء فيه في نفس السياق عدم الأخذ برغبة المحضون :" إن سماع الأولاد المحضون و النظر إلى اختيارهم احد الوالدين هو وجه غير سديد ، لان المشرع يعطي للام بطريق الأولوية كما ليس هناك نص يلزم القضاة سماع الأولاد في هذا الموضوع "[3]

---

[1] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية و المواريث _ بتاريخ 23_02_1993_ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية _ عدد خاص _ ص 166و167

[2] مجلس اعلي _ غرفة أحوال شخصية _ بتاريخ 11_01_1982 _ ملف رقم 26503 _ نشرة قضاة _ ص 236

[3] مجلس أعلى _ غرفة القانون الخاص _ بتاريخ 21_10-1970_ نشرة القضاة عدد 1 _ ص 58

إضافة إلى استبعاد رغبة المحضون في إسناد الحضانة فان القضاء لتحقيق مصلحة المحضون فانه أرسى مبدأ هاما و هو عدم تجزئة الحضانة إذ انه في قرار صادر بتاريخ 1984/04/02 :"

متى كان من المقر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم و لا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب شرعي، كما انه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السب بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية و قواعد القانون الوضعي .

يستوجب نقض القرار الذي قضى بخلاف هذا المبدأ بتجزئة الحضانة بين الأم و الجدة لأب متى أسس حكمة على إسناد الحضانة للجدة كان بناء على رغبة الأبناء في البقاء معها و رفضهم الالتحاق بأمهم "[1] و أيد ما قضى به قضاة الموضوع عند حضانة البنين لدى والدهما بعد وفاة الزوجة[2] و لعل القرار الذي صدر بتاريخ 2002/07/31 جاء جازما بخصوص عدم جواز تجزئة الحضانة بقوله :و بدعوى أن القرار المطعون فيه إذ قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإسناد حضانة الولد (ع) إلى أمه مع إسناد حضانة الأولاد الآخرين إلى الأب ، مع أن الحضانة لا تجزء

---

[1] محكمة عليا غرفة الأحوال الشخصية _ ملف رقم 32594_ _ مجلة قضائية _ عدد 1_ ص 77 و نفس المبدأ أكده القرار الصادر بتاريخ 2001 _ 01_26

[2] انظر قرار المحكمة العليا بتاريخ 26-01_2001 _ المجلة القضائية لسنة2004 عدد 2ً ص347

طالما أن الأم أحق بحضانة الأولاد من الأب نظرا لتزايد حاجتهم إليها متى كان الأبوان متنازعين على الحق التي تكون وفق مصلحة المحضون و هو ما يعيبه مما يستوجب نقضه

و حيث انه من المقر شرعا أن الأم أحق بالحضانة من جهة و حق للمحضون من جهة ، لذلك لا تجزء بين الأبوين كما يراعى فيها مصلحته بالدرجة الأولى وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي و أما كان ذلك كان قضاء القرار المطعون فيه بإسناد حضانة الأولاد الأربعة إلى الأب لم يكن قائما على أساس سليم و على أسباب سائغة ، ما دام مخالفا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة و عليه يكون على غير أساس و عليه فهذا الوجه على غير أساس و يتعين معه نقض القرار دون حاجة لمناقشة باقي الأوجه "[1]

و يخلص لنا ان المشرع في المادة 64 قد بين المستحقين للحضانة و بين ترتيبهم الا ن هذا الترتيب ليس من النظام العام يجوز للقاضي مخالفته و ذلك اذا كان احد طالبي الحضانة ليس مرتبا حسب الترتيب الذي جاء به المشرع كلما كان فيه مصلحة المحضون و ثبت بالدليل انه اجدر به و انه تحقيقا لهذه المصلحة فانه لا يجوز الاستماع او سماع الى رغبة المحضون كونه لا يعرف صالح ه و

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية _ بتاريخ31_07_2002_ المجلة القضائية _ العدد 2 سنة 2003 ص 300

كذلك لا يجوز تجزئة الحضانة و المصلحة تقتضي بقاء المحضونين لدى حاضن الاجدر بهم لما فيه من مصلحة و تحقيقا للرعاية و القيام بشؤونهم.

الفصل الثاني: آثار الحضانة

بعدما تعرضنا في المبحثين السابقين إلى شروط استحقاق الحضانة و أصحاب الحق فيها أتناول في هذا الفصل إلى أحكام الحضانة أو بعبارة أخرى أي القواعد التي تحكم الحضانة من حيث مدة ممارستها و انتهائها و مكان ممارستها و ما حكم الانتقال بالمحضون أو السفر به ضف إلى ذلك أن للمحضون حق في السكن و النفقة و أخيرا نبين الأحكام في حالة سقوط الحضانة و هل تعود الحضانة بعد سقوطها و هذا ما أتعرض إليه في المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول: مدة و مكان ممارسة الحضانة

في هذا المبحث أتناول في مطلبين إلى مدة الحضانة أو زمنها ثم مكان ممارسة الحضانة و ذلك بشيء من التفصيل:

المطلب الأول: مدة الحضانة

تبدأ حضانة الطفل منذ ولادته و تنهي بالسن الذي يستغني فيه عن خدمة الحاضنة و ذلك بان يقدر على القيام بحاجاته الضرورية كالطعام و الشراب دون الاستعانة بأحد .

و يمكن تقسيم الفترة التي يمر بها الطفل حتى يبلغ مبلغ الكبار إلى مرحلتين:

مرحلة الحضانة و هي الفترة التي يحتاج فيها الطفل إلى رعاية و خدمة لا يحسنها إلا النساء عادة

مرحلة انتقال الطفل إلى وليه و هي الفترة التي يحتاج فيها الطفل إلى من يقوم بتربيته و تعليمه و حفظه و صيانته.

لدى فان الثابت لدى الفقه انه في الفترة الأولى من عمر الطفل يجب أن يكون لدى أمه و هذا أكده الحديث المشهور "أنت أحق به ما تنكحي "[1] ضف إلى ذلك قضاء أبو بكر الصديق على عمر بن الخطاب بان يكون عاصم ابنه لدى أمه المطلقة لأنها أحق به كما سبق بيانه و رغم هذا الاتفاق في مبدأ بقاء الطفل لدى الحاضنة أما في الأصل أو غيرها إلا انه الفقه مختلف فيوقت بقائه أو مدة الحضانة و زمنها و مصير المحضون بعد انتهاء الحضانة و لعل مشرعنا نص في المادة 65 من قانون الأسرة على سن الحضانة و زمنها و ذلك أن حدد السن إذ جاء النص : " تنقضي مدة

[1] الأستاذ الحبيب بن طاهر_ فقه المالكي و أدلته الجزء الرابع _ مؤسسة المعارف بيروت _ الطبعة الثانية سنة 2005___ ص290

الحضانة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ، و للقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية على أن راعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون " كما يلي : و هذا ما نتعرض له في ثلاثة فروع ببيان المدة التي يقضيها المحضون أو سن الحضانة و ما ذهب إليه المشرع فيما يخص تمديد مدة الحضانة و أخيرا مسالة مراعاة مصلحة المحضون بانتهاء مدة الحضانة :

الفرع الأول: زمن الحضانة

كما سبق القول أن المقصود بمدة الحضانة أو الزمن الذي يقضيه المحضون لدى حاضنته و هو الفترة الزمنية ما بين بدايتها و نهايتها ، و هي تبدأ مند حاجة الطفل لها أو إليها ، أي من وقت ولادته حيا ،و لا خلاف أن المحضون يبقى لدى حاضنته إلى سن التمييز و هي السن التي يستطيع فيها أن يستغني عن خدمة النساء ، بان يكل و يشرب و يقضي حاجته بنفسه مستغنيا عن الحضانة و عليه فان المدة التي يقضيها المحضون مختلف فيها بين مذهب و آخر[1]

فالحنفية قالوا أن الحاضنة أحق بالغلام إلى أن يستغني عن خدمة النساء كان يشرب وحده أو يأكل حده أو يلبس وحده و قدر الحصاف من الحنفية ذلك بسبع سنين و قال آخرون بتسع سنين ، لأنه من بلغ هذا الحد يحتاج إلى تأديب ، و تحصيل العلوم و التخلق بخلق الرجال و لا فرق

[1] jean Henri Bousquet droit musulman groupe arneaut _1963_ p 131

في أن تكون الأم حاضنة أو غيرها [1] و هذا بالنسبة للغلام أما بالنسبة للبنت ففرقوا بين تكون عند أمها أو عند جدتها أو عند غيرهما من النساء ، و قيل في تحليل ذلك بعد أن تصل الحد الذي تقوم فيه بمصالح بدنها تظل في حاجة لمعرفة آداب النساء و أشغالهن مثل الغزل و الطبخ و الغسل و القيام بشؤون المترل و الأم اقدر على ذلك فتبقى عندها حتى البلوغ و البلوغ يكون بالحيض أو الإنزال أو السن و إن اختلف في حيض البنت فالقول للام . و قيل بأنه ينبغي النظر إلى سن البنت فان بلغت سنا تحيض فيه الأنثى غالبا. و قد اختلف الحنفية في تقدير السن التي تحيض فيه البنت فقال بعضهم بتسع سنين و قال آخرون بإحدى عشرة سنة[2]

أما المالكية تستمر حضانة الذكر المحقق البلوغ أي حتى يحتلم و قيل حتى الاثغار ، فان بلغ زمنا أو مجنونا سقطت حضانته عن الأم ، و استمرت نفقته على الأب ، و لا تسقط حضانتها عن المشكل ما دام مشكلا[3]

و تستمر حضانة الأنثى للزواج و دخول الزوج بها، و لو كانت الأم كافرة، هذا في الأم المطلقة أو من مات زوجها، أم من في عصمته زوجها فهي حق لهما.

---

[1] بدران أبو العينين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية الجزء الأول الزواج و الطلاق _درا النهضة العربية _1967 ص 567/الدكتور المصري مبروك الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري ص 512 _ دار الهومة سنة 2010

[2] الأستاذ شذى مظفر حسين حضانة الأم في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي و القانون المدني الفرنسي)_ مجلة القادسية _ العدد الأول المجلد الرابع) حزيران 2011 _ ص 212

[3] عبد السلام عامر _ الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية _ فقها و قضاء_ المرجع السابق _ ص 312.

أما الحنابلة فذهبوا إلى الغلام إذا بلغ سبعا و ليس، و نفس السن للجارية.و أما الشافعية رأوا أن مدة حضانة الصغير ذكرا كان أو أنثى تكون حتى سن التمييز . فالقول عندهم أن حضانة الصغير تنتهي بالتمييز، و المميز عندهم يصدق على الذكر و الأنثى و سن التمييز غالبا عند الشافعية سبع سنين أو ثمانية تقريبا و قد يتقدم على السبع أو يتأخر و الحكم مداره على التمييز لا على السن

وانه بالرجوع إلى نص المادة 65 من قانون الأسرة: " تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ...".

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه ، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد سن انقضاء مدة الحضانة للذكر ببلوغه العشر سنوات ، ويفهم من ذلك أنه يحق لأحد الوالدين عند الحكم بطلاقهما أن يطالب بحضانة ولدهما إلا في حالة ما إذا كان سنه يقل عن العشر سنوات أما بالنسبة للأنثى فنصت المادة على أنه تنقضي حضانتها ببلوغها سن الزواج ، وبالرجوع إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة فقد حدد المشرع الجزائري سن زواج المرأة بـــ 19 سنة .

وبذلك خالف المذاهب الفقهية التي حددت السن و خاصة منها المذهب المالكي الذي قال بأن حضانة الذكر تنتهي ببلوغه أما حضانة الأنثى فتنتهي بالدخول أي حتى اقترانها وليس ببلوغها سن الزواج كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة جزائري، ومقارنة بالقوانين العربية نجد أن المشرعين المصري في المادة 20 و السوري في المادة 147 أخذا بما ذهب إليه المذهب الحنفي أما المشرع المغربي ففي المادة 102 من مدونة الأحوال الشخصية فحدد السن للذكر بـــ 12 و للأنثى

بـــ 15 سنة بعد تعديل رقم 93/347 المؤرخ في 1993/09/10 بعدما كان ينهج نهج المذهب المالكي أما المشرع التونسي فترك الأمر للقاضي في تحديد مدة الحضانة بعد تعديل مجلة الأحوال الشخصية سنة 1966 .

ما يلاحظ من خلال ما سبق ذكره هو اختلاف المذاهب الأربعة في تحديد انقضاء مدة الحضانة بالنسبة للمحضون سواء كان ذكر أم أنثى ، وبالرجوع إلى نص المادة 65من قانون الأسرة الجزائري ، نرى أن المشرع قد خالف المذاهب الأربعة في تحديده سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر أم الأنثى وذلك في سبيل مراعاة مصلحتهم العليا ، فالمشرع اجتهد في هذا المجال وذلك تماشيا مع الظروف التي يعيشها مجتمعنا وصعوبة الوضع الاجتماعي وحسب رأينا فإن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذه المادة هو الأقرب للصواب إذا ما أخذنا بعين الاعتبار اختلاف الزمان وتطور الظروف المعيشية و قساوة الحياة ، فمن غير المعقول أن تنقضي حضانة الطفل ببلوغه السبع سنوات سواء كان ذكر أم أنثى ، وخصوصا في حالة هذه الأخيرة أين تكون بأمس الحاجة إلى مصاحبة النساء ومعاشرتهن.

و انه بالرجوع إلى ما ذهب إليه القضاء الجزائري فيما يتعلق في مدة بقاء المحضون و هذا من خلال قرار صادر بتاريخ 1993/03/19 الذي جاء فيه :" انه من المقرر قانونا انه تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج و القاضي أن يمدد بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج غيره مع مراعاة مصلحة المحضون و من ثم القضاء بما

يخالف هذا المبدأ يعد منعدم للأساس القانوني لما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " [1]و هذا القرار أكد أن مسالة انتهاء الحضانة ببلوغ الذكر و الأنثى السن المحددة في المادة 65 من قانون الأسرة و انه عيب على القرار انه لم يوضح سن من تشملهم الحضانة لكي يسوغ له الفصل في انتهائها أو تمديدها و إضافة لقرار سابق فنان القضاء أكد على إلزامية تطبيق مقتضيات المادة 65 إذا صدر قرار بتاريخ 1989/03/13 الذي في أيد إسناد حضانة الولدين للأب و نقض القرار فيما يخص البنت كونها لم تبلغ السن المطلوبة قانونا و قد جاء فيه :" و لما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة و من جديد إسنادها إلى الأب فأنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين إلا أنهم اخطئوا بخصوص البنت خارقين أحكام الشريعة الإسلامية و المادة 63 من قانون الأسرة "[2]

[1] قرار المحكمة العليا _ بتاريخ 1990/03/19 _ ملف رقم 59156 _ المجلة القضائية لسنة1990 _ العدد 2 _ ص76

[2] قرار المحكمة العليا _ بتاريخ 13_03 _1993_ ملف رقم 52221_ المجلة القضائية لسنة1993 _ العدد 1 _ ص 48

الفرع الثاني تمديد مدة الحضانة

إن الفقه بجميع مذاهبه لم يتطرق إلى مسالة تمديد مدة الحضانة ، و لعل المشرع العربي الوحيد السباق لهذا هو المشرع المصري في المادة 20 حيث انه منح للقاضي تمديد حضانة الذكر من سبع سنين إلى تسع سنين و للأنثى من تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة و ربط هذا التمديد إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك و انه إذا تفحصنا نص المادة 65 من قانون الأسرة نجد أن مشرعنا نص على تمديد مدة الحضانة للذكر دون الأنثى و هذا ما نص عليه الشطر الثاني من نص المادة 65 من قانون الأسرة " ... وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية " و لعل نجد أن الأنثى تبقى في الحضانة إلى أن تبلغ سن الزواج و هو 19 سنة بعد تعديل ه بمقتضى الأمر الرئاسي المعدل لقانون الأسرة رقم 05-02 و هو 19 سنة و عليه تصبح راشدة قانونا و تقوم بشؤونها على أحسن وجه و تترشح للوظائف و تخوض الحياة العملية . و عليه فان مشرعنا قد خص التمديد للذكر إذ أن سن 10 سنوات طبقا للمادة 40 من القانون المدني يكون منعدم التمييز و هي سن جد مبكرة للانتهاء الحضانة و قد يكون في حاجة لرعاية و حماية و شفقة و رحمة قد لا يجدها عند الأب الذي قد يكون غالبا متزوجا قد يعاني من امرأة أبيه القسوة و من ثم فان المشرع الجزائري أورد استثناءا عن القاعدة التي تقضي بانتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغه العشر سنوات ، إذ نص على أنه يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة حضانته

من سن العشر سنوات إلى غاية بلوغه السادسة عشر سنة وذلك في حالة ما انتهت المدة القانونية لحضانته وطلب الحاضن من هيئة المحكمة تمديد ها له وذلك في حالة توفر شرطين وهما :

الشرط الأول: أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها .

الشرط الثاني : أن لا تكون الأم متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس بمحرم للمحضون معنى ذلك أنه إذا قضت المحكمة حين فصلها في موضوع الطلاق بإسناد حضانة الطفل المحضون لأمه ، وكان سنه لا يتجاوز مثلا السبع سنوات ثم بلغ سن العشر (10) سنوات وبالتالي انتهت المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 65 من قانون الأسرة ، جاز لها أن تطلب من هيئة المحكمة تمديد مدة هذه الحضانة وإبقاؤه عندها إلى أن يبلغ سن السادسة عشر من عمره ، أما في حالة عدم مطالبتها بتمديد مدة الحضانة فإنها تسقط منها كما سنوضحه حين تطرقنا إلى أسباب سقوط الحضانة .

والملاحظ من خلال نص المادة 65 من قانون الأسرة هو أن المشرع الجزائري قد أعطى الحق في المطالبة بتمديد مدة الحضانة إلا في حالة ما إذا كانت الحضانة قد أسندت لأم المحضون فقط وهذا حينما نص على أن " ... إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية " ولكن اشترط عليها في هذه الحالة عدم زواجها ثانية برجل ليس ذي محرم للمحضون .

كما يستخلص بمفهوم المخالفة من نص المادة 65المذكورة أعلاه أنه لا يجوز لا للأم ولا لغيرها طلب تمديد أجل حضانة الأنثى مطلقا. و أن القاضي مقيد بفترة التمديد باعتبارين ، و هو

عدم تجاوز السن السادس عشر ، و أن يتحرى مصلحة المحضون محل التمديد فلو كان عدم تمديد مدة الحضانة أفضل للمحضون قضى به و رض طلب الأم [1]

إن مصلحة المحضون أو الطفل قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية، فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمشرع أخذ بها دون أن يحدد لها معنا عاما ومجردا.

فقاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدا ، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه ، كما يجب أن ننظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان فتطور الحياة أدى إلى تطور متطلباتها وإلى تعقيدها أيضا .

وما يمكن قوله هو أن قاعدة مصلحة الطفل قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمانية ، فهي تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر وخاصة من طفل إلى آخر .

ويظهر أن المشرع الجزائري قد تأثر إلى حد بقاعدة مصلحة المحضون شأنه ش أن القوانين الحديثة إلا انه لم يفتح الباب على مصراعيه كما فعلت بعض التشريعات العربية ، بل جعل القاعدة أداة يرجع إليها القاضي كلما رأى في ذلك ضررا للطفل ، ولذلك نص في المادة 65 من قانون الأسرة على الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون في قبول أو عدم قبول طلب تمديد حضانة المحضون إذا كان ذكرا ، فالقاضي بذلك يعتبر الحامي الأول للطفل المحضون فإذا رأى انه بقبوله

[1] الأستاذ عبد العزيز سعد ــ الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ــالمرجع السابق ــ ص 379

لطلب الحاضنة بتمديد حضانة طفلها ضررا له رفض ذلك الطلب ولكن وجب عليه أن يعلل سبب رفضه[1] .

فقاعدة مصلحة المحضون كما سبق وان ذكرنا هي قاعدة في نفس الوقت ذاتية تتعلق بكل طفل على حدا وهي كذلك قاعدة مرنة ومطاطة وبما أن المشرع لم يعطي تعريفا دقيقا لهذه القاعدة فهذا يفتح المجال لكل قاضي أن يعبر عن هذه القاعدة حسب قناعته الفكرية وطريقته في التربية وحسب رأينا هذا وسيسهل حتما عمل القضاة ، فبعدم تقيدهم بتعريف دقيق منحهم المشرع الجزائري حرية تقدير ظروف كل طفل على حدا وبحسب طريقة المعيشة وحسب المحيط الذي يمارسون فيه عملهم ، فمثلا حاجيات طفل في الصحراء تختلف عنها في المناطق الشمالية ، فقاعدة مصلحة المحضون تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر .

و انه فيما يخص التمديد فان الاجتهاد القضائي و على رأسه المحكمة العليا إذ جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/12/10:" من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه و لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة "[2]

---

[1] عبد العزيز سعد،_ الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري_ المرجع السابق ص 299

[2] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _ ملف رقم 25566 بتاريخ 1999/12/10_ الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية _عدد خاص _ص 174

وهذا ما تأكد في قرار آخر تاريخ 1995/10/24 للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق وإسنادا الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه : " أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"[1].

ما يلاحظ كذلك هو أن المشرع الجزائري أغفل عند ضبطه لموضوع الحضانة أن يتحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة وعموما بالرجوع إلى نص المادة 222 قانون أسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد في هذا المجال أن الفقه مختلف في هذه النقطة حيث هنالك ثلاثة آراء فحسب المذهب الحنفي الأب أحق لان الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب التخلق بأخلاق الرجل و لا يعرف حظه ربما اختار من يلهو عنده و رأي آخر لمالك الأم أحق به حتى يبلغ و أما الشافعية الذين قالوا بان المحضون يخير هذا بالنسبة للغلام أو الذكر أما الصغيرة فقال المالكية تبقى عند أمها حتى تتزوج و يدخل بها زوجها و قال الحنفية تضم إلى أبيها إذا بلغت المحيض و قال الحنابلة تضم إذا بلغت سبع سنين و قال الشافعية بأنها تخير كالغلام[2]

---

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية _: ملف رقم 123889 _بتاريخ 1995/10/24 – نشرة القضاة – عدد 52 ص 111

[2] الشيخ أبو كمال بن السيد سلم _صحيح فقه السنة و أدلته _ الجزء الثالث _ المكتبة التوفيقية سنة 2003 _ص 421

المطلب الثاني: مكان ممارسة الحضانة

في هذا المبحث سنتعرض إلى مكان ممارسة الحضانة، و أن مكان حضانة الطفل أثناء قيام الزوجية هو محل إقامة الزوجين، و يتغير من مكان لأخر إذا غير الزوج محل إقامته.

وانه ما دامت الأم زوجة للأب فلا يجوز الانتقال بالطفل دون إذن أبيه , و كذلك إذا كانت معتدة من طلاق .

أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين و انتهت العدة فما حكم الانتقال بالمحضون من بلد إلى آخر و عليه فانه ينتج للأب حق الرؤية أو حق زيارة المحضون في مكان ممارسة الحضانة و هذا ما نتعرض له في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مقر الحضانة

المقصود بمكان الحضانة هو مقر إقامة المحضون ، فمن الطبيعي أن يكون لكل شخص مكان يسكن فيه ، بالنسبة للمحضون فان المكان الذي من المفترض أن يعيش فيه هو محل إقامة الزوجين أثناء قيام الزوجية إي يسكن مع أبويه ، و لكن قد يسكن مع احدهما بعد الفرقة أو الانفصال و يترتب على ذلك الانتقال و تغيير نتائج و آثار تتعلق بالمحضون و لها تأثير مباشر على الأبوين كذلك

، لقوله تعالى :" لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده " [1] و لعل الفقه مختلف في تحديد مكان المحضون باختلاف الأحوال التي يمر بها المحضون و أبويه

فذهب الحنفية انه إذا كانت الحاضنة هي الأم و كانت زوجيتها قائمة بينها و بين أبي الصغير فمكان الحضانة هو بيت الزوجية الذي يقيمان فيه ، و لا يجوز للام الخروج منه سفر بدون إذن زوجها سواء كان الولد معها أو لا ، لان قرارها في بيت الزوجية واجب عليها مادام أوفاها حقوقها ، وإذا كانت معتدة من طلاقه البائن أو الرجعي ، و ذلك لان المرأة تعتبر ناشز إن تركت بيت الزوجية في هذه الأحوال ، لذلك إذا خرجت من مسكن الزوجية ، إذ له عليها حق الطاعة ، و إن كانت زوجة ، و له عليها حق الإقامة في المسكن إن كانت معتدة . فان كانت الزوجية قائمة ، وكانت مطلقة ، فان كانت في العدة فمكان حضانة الصغير هو مكان قضاء العدة ، و هو المكان الذي وقعت فيه الفرقة ، لان المعتدة يلزمها أن تقضي العدة في هذا المكان ، و لا يجوز لها خروجها و لا إخراجها منه ، و لان قضاء فترة العدة في بيت الزوجية واجب ، لحق الزوج و لحق الشرع ، لا يحل لها الانتقال منه حتى لو كان ذلك بإذن الزوج . انه بعد انقضاء عدتها من أبي الصغير، يجوز لها أن تنتقل إلى بلد بشرط أن يكون قريبا لكي يستطيع الأب من أن يذهب لرؤية ابنه

---

[1] سورة البقرة آية 233

[1]. و لا يجوز لها الانتقال إلى بلد بعيد و معها الصغير إلا بشرطين و هما أن يكون هذا البلد هو بلدها الأصلي و أن يكون أبو الصغير قد تزوجها فيه ، إذن فانه لا يجوز لها الانتقال إلا بإذن أبي الصغير. أما إذا كانت المسافة قصيرة بين البلد الذي تريد السفر إليه أو الانتقال بصغيرها فيجوز لها ذلك دون إذن الزوج لان الزوج يستطيع زيارة ولده و العودة مساء إلى بلدته [2]أما المالكية فذهبوا إلى القول انه ليس للام أن تنقل ابنها عن المكان الذي يسكن فيه والده إلا إذا كان الموضع القريب وأكدوا أن سفر النقلة [3]يوجب سقوط الحضانة عن الأم المطلقة سواء تزوجت من شخص آخر أو لم تتزوج ، و يكون الولد عند الأب حتى إن كان هو المتنقل أو الأولياء . و كل من خرج متنقلا لسكنى بلد آخر غير بلد الأم أو أولياء الولد فله الرحلة بالولد سواء تزوجت الأم أم لا و يقال لها اتبعي ولدك أن شئت ا ودعيه [4]

وانه عند سفر الأب أو الأولياء الانتقال سفر الانتقال لغرض الإقامة و للسكن في هذه الحالة تخير الأم بان تتبع ولدها المتنقل مع أبيه و تبقى حضانتها على ابنها ، أو أنها ترفض الانتقال مع

---

[1] محمد مصطفى شلبي ـ أحكام الأسرة في للإسلام ـ دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون ـ المرجع السابق ـص ـ753/ محمد أبو الزهرة ـ الأحوال الشخصية) المرجع السابق ـ ص 410

[2] عبد الرحمان الصابوني ـ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ـ المرجع السابق) ص 302 "/ محمد مصطفى شلبي ـ أحكام الأسرة في الإسلام ـ المرجع السابق ـص756

[3] سفر نقلة هو سفر لغرض الإقامة في مكان آخر

[4] الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم ـ المدونة الكبرى الإمام مالك بن انس ـ مطبعة السعادة ـط1 ـسنة 1323 ص358

ابنها إلى مكان الذي انتقل إليه والد الصغير و عندها تنقل الحضانة إلى الأب أو الولي [1]أما فقهاء الشافعية يوافقون الحنفية و المالكية في إقامة الصغير في بلد الأب حال قيام الزوجية فالأب يقوم بالإنفاق عليه، و الأم بحضانته عن طري القيام بشؤونه و رعايته و الاهتمام به.

أما ذا أراد الأب السفر لغرض الإقامة، و خرجت أم الصغير مع زوجها فتكون أحق بحضانة ابنه أما لو امتنعت فيكون الأب أحق به.

أما عند الفرقة فرق الشافعية بين أن يكون السفر للحاجة و للإقامة ُ عليه فان كان السفر للإقامة و السكن فان الأب و العصبة أولى بإمساك الصغير حفظا للنسب و التأديب و التخلق بأخلاق الرجال. أما إذا كان السفر سفر نقلة و المسافة القصر فما فوقها و الطريق امن فيحق للأب أن يسافر ، و إذا خرجت الأم معه و سافرت بصحبته فهي أحق به .

أم الانتقال لحاجة ففي هذه الحالة يبقى الصغير مع المقيم من الأبوين حتى يعود المسافر، و ذلك لخطر السفر و المشقة، و لا يفرق بين أن يكون السفر بعيدا أم قصيرا.

أما الحنابلة فقالوا : انه إذا أراد احد الأبوين السفر إلى بلدة أخرى ، فان الولد يبقى مع الأب ، سواء كان هو المسافر أو المقيم و ذلك بشروط[1] ــ أولها:أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر.

---

[1] محمد سمارة أحكام و آثار الزوجية)شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ــ المرجع السابق ــ ص 402

ـ ثانيها : أن تكون الطريق مأمونة ، و تكون البلدة المنقول إليها كذلك .

ـ ثالثها: أن يكون السفر سفر نقلة و استيطان، فان كان لتجارة أو حج كان الولد من حق المقيم.

ـرابعها: أن لا يريد بالسفر مضارة الآخر و انتزاع الولد من يده

نرى بأنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير و لكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة ، إذ تنص على أنّه : " إذا أراد الشخص الموكل له حقّ الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون " . و لكن الأكيد أن المشرع لا يحبذ الانتقال بالمحضون ، و جعلها من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك [2] بمفهوم المخالفة نجد أنّ المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقّه في الحضانة في بلد المحضـــون، و الذي يعتبر محل إقامة أبيه ، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه و زيارته و رعايته و يفهم من نص المادة أن المشرع طرح فيما يتعلق بمكان ممارسة الحضانة خارج الوطن و لم يتطرق إلى مكان الحضانة داخل الوطن ، و عليه فانه تبعا لنص المادة فان الانتقال داخل الوطن بالمحضون لا يثير إشكال و لا يسقط الحضانة عن

---

[1] الأستاذين السيد عمر عبد الله و محمد حامد القمحاوي ـ الأحوال الشخصية ـ المرجع السابق ص 334

[2] الأستاذ باديس دياني ـ صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ـ المرجع السابق ـ ص 161

الحاضنة و لا يخضع لسلطة التقديرية للقاضي بخلاف الاستيطان الحاضن ببلد أجنبي وهنا لا بد على القاضي الحرص و مراعاة مصلحة المحضون في إرساء الحضانة للحاضنة أو إسقاطها .

و نجد المشرعين العرب و منهم المشرع المصري لم يتطرق بصورة مباشرة إلى مسالة الانتقال بالمحضون إلا انه باستقراء نص المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية على انه :" و لكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة و للأجداد مثل ذلك عند عدم الأبوين ، و إذا تعذر تنظيم الرؤيا اتفاقا ، نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة " و بموجب هذا النص يكون تغيير مكان الحضانة و الانتقال بالمحضون إلى مكان آخر مرتبط بتحقيق مصلحة الصغير فيمنع الانتقال إذا أدى إلى صعوبة رؤية الصغير لأبيه أو أمه .

أما القانون السوري فقد افرد ثلاث مواد أين تناولت المادة 148 الأحكام الخاصة بانتقال الأم بالمحضون إذا كانت هي الحاضنة إذ منعت الفقرة الأولى منها الأم السفر بالمحضون إلا بإذن أبيه أثناء قيام الزوجية بينما الفقرة الثانية أعطت الحق للام المطلقة بعد انتهاء عدتها الانتقال بالمحضون و السفر به دون إذن وليه إلى البلدة التي جرى فيها عقد نكاحها و في الفقرة الثالثة أجازت لها هذا الحق بالسفر إلى البلدة التي تقيم فيها أو تعمل فيها بشرط إقامة احد محارمها به .

أما المادة 149 فإنها اشترطت على الحاضنة غير الأم في السفر بالصغير إذن الولي

و انه رغم ما نلاحظه على نص المادة 69 انه نظم الانتقال بالمحضو ن و السفر به خارج الوطن و من ثم فان هذا إلى حد ما يتوافق مع ما ذهب إليه الأستاذ عبد الرحمان الصابوني بقوله :

"إن فقهاءنا حين وضعوا قيود السفر أمام الأم اتجاه المحضون ، يمكن القول بأنها تغيرت و تطورت فصعوبة الانتقال من بلد لآخر داخل القطر ، أصبحت أسهل بكثير مما كانت عليه " [1] و نجد أن المحكمة العليا سارت على النهج الذي نص عليه المشرع عندما أسقطت الحضانة عن الأم التي تقيم ببلد أجنبي و ذلك تبعا القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1990_02_19 ، و الذي مفاده أنّه: " من المقرر شرعا و قانونا أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه، و من ثمّة فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال ، يعدُّ قضاءا مخالفا للشرع و القانون و يستوجب نقض القرار المطعون فيه ." [2] و انه تبعا للقرار فانه لا يمكن إسناد حضانة الولد إلى الحاضنة الأم المقيمة ببلد أجنبي هذا من جهة إي أن مكان الحضانة و إقامة الحاضنة لا بد أن يضر بمصلحة المحضون المتعلقة بتربيته على دين أبيه و الإضرار بالأب فيما يتعلق بان يكن له المكنة في زيارة المحضون و رقابته و توجيهه

و كذلك في قرار آخر الصادر بتاريخ 2001_12_26 الذي جاء فيه :" انه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه ، يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ، و نصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة ، حتى و لو لم تذكر هذه المادة نصا في القرار فان

---

[1] الدكتور عبد الرحمان الصابوني ــ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ــ المرجع السابق ــ ص262

[2] قرار المحكمة العليا المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – ملف رقم 59013 – بتاريخ 1990_02_19 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 04 ص 116

معناها يستنتج من الأسباب ، و ذلك كون رعاية الأبناء ، و تربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب غير أن المسافة بين إقامة الأب و الحاضنة لا تمكن الأب من القيام بمسؤولياته ، و خاصة و أن الحاضنة في بلد أجنبي ، مما يفقد حق الأب في الزيارة و المراقبة ، و هذا يؤدي إلى حرمانه من العطف و الحنان على الأبناء المحضونين " [1] و من ثم فان قضاء المحكمة العليا أكد أن الإقامة ببلد أجنبي تضر بمصلحة الأب في الرقابة على المحضون مما يستوجب إسقاط الحضانة عن الأم

غير انه إذا كان الزوجان يقطنان بلدا أجنبيا واحدا ، فلا يعد سببا مسقطا للحضانة بسبب الإقامة في الخارج ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 08_05_2002 :" حيث إزاء ما ذكر أعلاه انه لا يحق للمطعون ضده المطالبة بنزع الحضانة أولاده الثلاثة من أمهم الطاعنة بسبب كون هذه الأخيرة تقيم خارج التراب الوطني و هو يقر بأنه هو الآخر يقيم خارجه أيضا الأمر الذي يجعل القرار المنتقد قد خرق المادة 65 من قانون الأسرة و أساء تطبيقها مما جعله عرضة للنقض و الإبطال .

وحيث أن حكم أول درجة المستأنف قد أصاب فيما قضى به مما يستوجب تكريسه." [2] و عليه يخلص لنا أن مشرعنا كما سبق الذكر لم يبين مكان الحضانة بالتحديد ، و إنما نص على أن

---

[1] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _ ملف رقم 273526 _ بتاريخ 26_12_2001 _ المجلة القضائية لسنة2004_ العدد 1 _ ص 264

[2] قرار المحكمة العليا _ رقم الملف 282033 _ بتاريخ 08_05_2002_المجلة القضائية لسنة 2004 _ العدد 2 _ص 263

ممارسة الحضانة خارج التراب الوطني لا بد أن تخضع لرخصة القضاء ، و عليه تبين لنا من خلال العمل القضائي أن للقاضي أن يسقط الحضانة إذا فقد الأب الرقابة و اخل بحق زيارة أبنائه و حق الذي له من خلال ولايته على نفسهم من توجيه و تأديب

الفرع الثاني: حق الزيارة.

تبعا لما تناولنا في الفرع السابق فيما يتعلق بمكان ممارسة الحضانة ، و الذي بينا فيه موقف المشرع الجزائري فيما ، و خلصنا أن مشرعنا انه طبقا للمادة 69 من قانون الأسرة إن الحاضن إذا انتقل بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن من شماله إلى جنوبه فان الأمر لا يحتاج إلى الرخصة و لا مجال للحديث علن السقوط ، أما إذا كان الانتقال خارج الوطن فان حق الحاضن قد يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه .

إن مكان ممارسة الحضانة يرتبط به حق للأب أو للأولياء المحضون و هو ما يعرف بحق الزيارة [أو] يعبر عنها حق رؤية الصغير، أو حق المشاهدة

المحضون حضانة من طلاق لا بد أن يعيش مع احد الوالدين و يغادره الثاني لكون الزوجية القائمة بينهما انفكت و حلت. و إن أسندت الحضانة لأحدهما، فان الحق للآخر يكون في زيارة ابنه المحضون. إن إسناد الحضانة إلى مُستحقِّها ، و الذي يكون في الغالب الأعمّ الأم ، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون ، ممّا يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن والده ، ممّا يستدعي معه إيجاد

وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة ، و عدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون .

يتصّل بالحضانة حق الرؤية، سواء كان رؤية الأب لولده، و هو في حضانة النساء، أو رؤية الأم لولدها، إذا كان مع أبيه أو العاصب غير أبيه.

فالولد إذا كان في حضانة الأم، و أراد أبوه أن يراه، فإنّها لا تُجبر على أن ترسله له ليراه، لكنّها لا تمنعه من ذلك. و إذا كان مع أبيه بأن سقطت حضانة أمّه أو انتهت، فالأب لا يُجبر على أن يُرسله لأمه، بل هي إذا أرادت أن تراه، لا يمنعها من هذه الرؤية. [1]

إن حق الزيارة أو رؤية الصغير حق ثابت لكل من الوالدين ، لان حرمان احدهما من ذلك يلحق ضررا له ، و هذا منهي عنه لقوله تعالى :" لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده "[2]، لان الأم لو أسقطت حقها في الحضانة لأي سبب ، و اخذ الأب ولدها منها فإنها لا تمنع من ذلك ، بل لا يستطيع الأب منعها من رؤية ابنها و هذا الحق خاص بالأم ، و لم يتقرر لباقي الحاضنات ولذلك قرر الفقهاء بقاء حق الأم في رؤية الصغير قائما ما دام في يد الحاضنة ، فللام لها قانون خاص ، هو قانون الأمومة [3]

---

[1] الدكتور احمد محمد على داود ــ الأحوال الشخصية ــ المرجع السابق ــص 83

[2] سورة البقرة آية 233

[3] الدكتور احمد نصر الجندي ــ موسوعة قانون الأحوال الشخصية المرجع السابق ــ ص 2041

و الزيارة على العادة لا تكون يومية، بل يوما في عدد من الأيام، لكن لا بأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إن كان مترلها قريبا.

و إن كانت الأم مع الولد بمترل زوج لها ، فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج ، لأنّ هذا حقّه . فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه و يتفقد أحواله و يباشر شأنه .[1]

و يرى الإمام أبو زهرة أنّه : " ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ، و لا تُجبر على إرساله ، كما أنّه ليس له إن سقط حقُّ الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها و لا يُجبر على إرساله إليها .[2]

و عليه يعتبر حق الرؤية من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل و التي تجعله مرتبطا بأبويه. و لكن هذا الحق كثيرا ما يسيء الأبوين بسبب ما حدث بينهما من طلاق و خلاف حاد وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات .

نجد أن المشرع قد نص في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: «... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

---

[1] أنظر الدكتور عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية فقها و قضاء المرجع السابق – ص 424 / الأستاذ محمد الحسن مصطفى البغا_وقت الحضانة ورؤية الطفل_ المرجع السابق _ ص 13و14

[2] الشيخ الإمام أبو زهرة – الأحوال الشخصية _المرجع السابق – ص 411 .

و نلاحظ انه من خلال المادة 64 أن المشرع لم يخص مسالة الزيارة من حيث مدتها ، و عددها فهل تكون يوميا ، أسبوعيا آم شهريا ؟ ضف إلى ذلك فبالرغم أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل و في الأعياد إلا انه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم الزيارة لوقت قصير و تشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية و السنوية . إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما .[1]

و أن القضاء في الجزائر مستقر على أن حق الزيارة تمنح في العطل و الأعياد و المناسبات الدينية و الوطنية. و مسالة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية و الموسمية و على هذا النحو جرى القضاء على إرساء هذا المبدأ بحيث انه في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16 /04/ 1990 جاء فيه : " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزّيارة ، فإنّه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرّة في الأسبوع لتعهّدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم ،و من ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر ، يكون قد خرق القانون ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه

[1] الدكتور بن شويخ الرشيد_شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل _ المرجع السابق_ ص259

"[1]. و عليه يتبين أن القرار أكد أن الزيارة تكون مرة في الأسبوع و هذا لغاية تعهد الأب لأبنائه و ربط الصلة بهم.

و زيادة على ذلك يلاحظ فانه لم يحدد المشرع مكان ممارسة حق الزيارة ، هل هو المترل الذي يقيم فيه المحضون مع حاضنه أو حاضنته ، أو مكان آخر ، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي و الذي يراعى في ذلك العرف و العادة هذا من جهة ، و من جهة أخرى لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الزيارة ، ساعة واحدة أو عدة ساعات ، و ترك الأمر للقاضي الذي يراعي العرف ، و العادة .

لذا نجد أن القرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15_12_1998 الذي جاء فيه :" من المقرر شرعا انه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة ، و متى كان ــ في قضية الحال ــ أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع و القانون لان المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن ، و إن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها و لو لساعات محدودة ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار "[2]

---

[1] المحكمة العليا ــ غرفة الأحوال الشخصيةــ ملف رقم 597841990. مؤرخ في 16 /04/ 1990. م . ق العدد 4 لسنة 1991 ص 126 .

[2] قرار المحكمة العليا ــ غرفة الأحوال الشخصية ــ ملف رقم 214290 ــ بتاريخ 14_12_1998 ــالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص ــ ص 194

ما يستشف من هذه المادة أنّه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرّات معينة و في أوقـــات و أماكن محدّدة عند الحكم بإسناد الحضانة.

و حسب الأستاذ لحسين بن الشيخ اث ملويا لا بد من التفرقة فيما يخص مكان الزيارة بين حالتين :[1] الحالة الأولى : إذا كان الطفل رضيعا أي اقل من عامين في عمره ، فانه لا يعقل أن

يمارس حق الزيارة خارج المترل، بان يبقى طالب الزيارة خارج البيت، و هذا حماية للطفل من أحوال الطقس من حر و برد و حاجته الفورية إلى أمه، فلا باس أن تتم الزيارة داخل البيت.

الحالة الثانية : إذا كان الطفل غير رضيعا ، فباستطاعة طالب الزيارة رؤيته خارج البيت ، بان يأخذه أبوه أو أمه إلى مكان عمومي للانفراد به أو إلى بيته أن كان قريبا بشرط أن يكون مبيته عند حاضنته أو حاضنه ، و قد يقع الاتفاق على خلاف ذلك ، خاصة إذا كان الطفل متمدرسا ، على أن يقضي عطلة نهاية الأسبوع أو جزءا من العطلة الصيفية أو الشتوية أو الربيعية عند صاحي حق الزيارة ، و في حالة عدم الاتفاق باستطاعة طلبها اللجوء إلى القضاء لتحديد حق الزيارة بالنسبة للأيام و كذا مكان ممارستها ، و إن كان بالأخذ أو الرد ، و كذلك الإقامة لبضعة أيام أثناء العطل

---

[1] الأستاذ لحسين بن الشيخ اث ملويا_ المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية _ الجزء الأول _ المرجع السابق _ ص520

و على سبيل المقارنة بالقوانين العربية فبالرجوع إلى القانون المغربي فانه لم يتطرق إلى مكان الزيارة و أوقاتها بل نصت فقط على حق الزيارة و عدم جواز المنع منها ،غير انه سمح لصاحب حق أن يطلب نقل الطفل إليه للزيارة مرة واحدة في الأسبوع و للقاضي منع ذلك النقل مراعاة لمصلحة المحضون و هذا ما نصت عليه المادة

أما القانون التونسي حسب الفصل 66 من مجلة الأحوال الشخصية التي جاء نصها : الولد متى كان عند احد الأبوين ، و لا يمنع الآخر من زيارته و من تعهده و إذا طلب نقله إليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه " فالقانون التونسي اقر بحق الزيارة لطلبها و له حق طلب نقله إليها إلا أن مصاريف النقل تكون على طالبها

أما القانون السوري طبقا للمادة 148 التي حددت انه في حالة عدم الاختلاف تتم الرؤية أو الزيارة دوريا في مكان وجود المحضون أي في مسكن الحاضن أو الحاضنة

أما في حالة الاختلاف على مكان الزيارة، فالقاضي هو من يحدد مكان الزيارة و يتم بواسطة سلطة أمر قاضي الأمور المستعجلة، و على من يعارض في طريقة الزيارة مراجعة محكمة الموضوع

و حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة و رعاية دائمة لمصلحة المحضون ، بل رتّب عقوبات جزائية لمن يُخلّ بهذا الحق و يعبث به ، إذ تنص المادة 328 من قانون العقوبات بأنّه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب

أو الأم أو أيّ شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضِي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة ، و كذلك كل من خطفه ممّن وُكِّلت إليه حضانته ، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه ، أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ، و تزداد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أُسقِطت السلطة الأبوية عن الجاني " .[1]

و تكرّس حق الزيارة في عدّة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية أنّه و في قرار آخر مفاده أنّه : " من المستقر عليه فقها أنّ حق الشخص لا يُقيَّد به القانون ، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، و على من كان عنده الولد أن يسهِّل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه ، بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة ، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوّف بل على الحقّ وحده ، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدُّ خرقا للقانون .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أنّ المجلس القضائي لّما قضى بزيارة الأم لابنتيها شرط أن لا تكون الزيارة خارج مقرّ الزوج ، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه و قيّد حرية الأشخاص، و خالف القانون و الشرع ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .[2]

---

[1] الأستاذ الدكتور العربي بلحاج شرح قانون الأسرة الجزائري بلحاج – المرجع السابق – ص 385 .

[2] قرار المحكمة العليا غرفة . الأحوال الشخصية _ ملف رقم79891 – بتاريخ 1990/04/30– المجلة. القضائية عدد 1– ص55.

و ما تجدر الإشارة إليه في نهاية المطاف فيما يتعلق بحقّ الزيارة ، أنّ المشرع الجزائري لّما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما ، عليه أن يحكم بحقّ الزيارة من تلقاء نفسه و لو لم يطلب منه أحدهما ذلك (المادة 64 من قانون الأسرة) ، فالمشرع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنّه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلُبه الخصوم ، و كان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدِّد معنى الزيارة ، و الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن .[1]

[1] الدكتور العربي بلحاج ـشرح قانون الأسرة الجزائري بلحاج – المرجع السابق – ص 392 .

المبحث الثاني: نفقة المحضون وسكناه

انه إلى جانب القواعد التي تحكم مدة و مكان ممارسة الحضانة فانه هنالك قواعد سنهـــــا و الشرع فيما يتعلق بحماية المحضون في حياته و في معيشته و لدى فالفقه متفق على وجوب الإنفاق على المحضون و هذا الواجب ملقى على الأب أو الولي و إلى جانب ذلك فهو ملزم بتوفير كنف يعيش فيه المحضون و الذي لا بد من الإشارة إليه أن نفقة المحضون قد تلتصق بها ما يسمى باجرة الحضانة مما يكون لزاما معرفة ماهية النفقة الواجبة للمحضون و كذا أجرة الحضانة و أخيرا أحاول تحليل واجب توفير السكن الذي تمارس فيه الحضانة لدا سأتطرق في مطلبين فيما يتعلق بنفقة المحضون و سكناه

المطلب الأول:نفقة المحضون وأجرة الحضانة

كما سبق الذكر فان المحضون له حق النفقة ما دام لم يبلغ السن التي تسقط عليه ذلك الحق و هذا كما سنراه لاحقا فيما يخص أن نفقة المحضون قد حددها الفقه و القانون ببلـــوغ سن معين و إلى جانب هذه النفقة هنالك ما طرقه الفقه و هو أجرة الحضانة أي بمعنى أن الحاضنة تتلقى أجرا على قيامها بخدمة المحضون و هذا ما أتطرق إليه في هذين الفرعين

الفرع الأول: نفقة المحضون

الإنفاق على الصغير واجب على أب الصغير إذا لم يكن للصغير مال ما يكفي للإنفاق عليه ، و الفقهاء يقررون أن ولاية الإنفاق على المحضون تعتمد اليد الممسكة له ، و توسعوا في ذلك إلى أن جعلوا الإمساك الشرعي و غير الشرعي ، موجب للإنفاق على الصغير حتى لا يهلك سواء من نفقته التي على أبيه ، أو من مالها دينا على أبيه [1].

و عليه سأتناول نفقة المحضون في نقطتين أولها مفهوم نفقة المحضون و ثانيها تقديرها

أولا : مفهوم النفقة

---

[1] احمد نصر الجندي ـ موسوعة الأحوال الشخصية ـ المرجع السابق ـ ص 2024

وانه بالرجوع إلى مشرعنا فقد نص في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على:

((تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن و أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة)).

و هذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكساء و علاج ، و سكن و أجرته و خدمة و كل ما يلزم بحسب العرف و العادة ، و ما يعتبر من الضروريات و هي ما يصرفه الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس ، و حسب وسع الزوج

و النفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القـــدرة و الاحتياج، و الأصل أن النفقة تعود إلى سببين اثنين هما: الزواج و القرابة

الأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب و هذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة 2، ذلك رغم أن الأصل أن نفقة الولد و سكناه تكون من ماله ، إن كان له مال ، فان لم يكن له مال ألزم الأب بان ينفق على ولده . وهذا ما نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على أن:

((نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال ، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته)) .

إن نص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري جاء على انه : ((تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد ، و الإناث إلى الدخول ، و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية ، أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب.))

وانه من خلال هذه المادة فان المشرع فرق بين حالتين و هما:

الحالة الأولى: أن يكون للمحضون مال، و بذلك يعفى الأب من النفقة، بل ينفق من مال المحضون.

الحالة الثانية: و هي الحالة الغالبة، بعد انحلال الرابطة الزوجية، و يحكم للام بحضانة الأولاد، فان النفقة تقع على الأب

ومن ثم تهدف هذه المادة إلى قيام واجب الأب بالنفقة على ابنه الذي لا مال له، و تستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد، أما الإناث فإلى زواجهن بالدخول بهن.

كما تستمر نفقة الأب على أولاده العاجزين عن الكسب لعاهة عقلية أو بدنية ، أو لسبب مزاولتهم الدراسة ، و يسقط واجب الأب في النفقة عند استغناء من قُدِّرت لمصلحته عنها بالكسب ، فلا تجب النفقة على الأب لفائدة ابنه المزاول للدراسة بعد أن ينهي دراسته و يستغني عن نفقة أبيه بأن يصبح له دخل من عمل أو حرفة .

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

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

ويبقى هذا حكم النفقة على الابن سواء في إطار زوجية قائمة أو في إطار حضانة مسندة بعد انحلال علاقة الزواج. و أن الفقهاء يقولون بان النفقة تستمر على الأب حتى يقدر على الكسب

، أو حتى يحتلم مع القدرة على الكسب [1]و نستخلص انه تبعا لرأي الفقه فان بلغ مع القدرة على الكسب اجبر على التكسب ، فان لم يجد ما يكتسب به ، استمرت النفقة عليه حتى يجد مكسبا و أن القانون يحدد استمرار النفقة بالرشد مع القدرة على الكسب ، و متى توفرت القدرة على الكسب ، بل وجد الكسب سقطت النفقة على الأب .

و انه رغم النص بخصوص الأنثى أن نفقتها تستمر على أبيها حتى يدخل بها زوجها و هذا موافق لرأي المالكية و الحنفية و إن دخل بها الزوج فعليه نفقتها أما بعد طلاقها فحسب الثابت لدى الفقه الحنفي و المالكي أنها إن طلقت عادت النفقة على أبيها كما لو كانت غير متزوجة [2]و يلاحظ إن قانون الأسرة اغفل هذه النقطة في حالة طلاقها من زوجها، و انه إذا بلغت الأنثى سن التكسب، فنفقتها على أبيها حتى تتزوج، إلا إذا كان لها عمل تعيش منه فتسقط نفقتها. و أن حسب نص المادة75 من قانون الأسرة إذا كان بالولد مرضا عقليا أو بدنيا يمنعه من الكسب و لو كان كبيرا ، أما لمن يزاول الدراسة فالنفقة تستمر ما دام مستمرا في دراسته و لو بلغ سن الكسب وان الأستاذ عبد الرحمان الصابوني يقول :" أما الولد الكبير فانه تجب له النفقة أيضا إذا بقي في دراسته مجدا ، و

---

[1] المصري مبروك ــ الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري ــ المرجع السابق ــ ص 496 / الأستاذ عمر عبدا الله والأستاذ محمد حامد قمحاوي ــ أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ــ المرجع السابق_ص 321

[2] الدكتور عبد الرحمان الصابوني ــ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ــ المرجع السابق ص 290/المصري المبروك ــ الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري ــ المرجع السابق _ص 496 / الأستاذين عمر عبد الله و محمد حامد قمحاوي ــ أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ــ المرجع السابق_ص 321

كان لا مال له ينفق منه لأنه يعامل معاملة العاجز عن الكسب لتفرغه للعلم ، و لو كان صحيح الجسم قوي البنية يستطيع أن يجد عملا يعيش منه ، لان الدراسة تتطلب جهدا ، قد لا يتمكن من الجمع بينه و بين العمل "[1]

و ينتقل واجب الأب بالإنفاق على الأبناء إلى الأم إن كان معسرا أو عاجزا عن النفقة، و هذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة بنصها على: ((في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك.)) فَنَقَلَ المشرع هنا واجب النفقة من الأب العاجز عنها إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة، و أن يقوم الدليل على عجز الأب، وأن يكون لها مال.

و هذا المنحى يتوافق مع رأي الشافعية و الحنابلة و ابن حزم في وجوب النفقة لأبنائها، عند عجز الأب إن كانت قادرة [2]و يجدر القول هنا بأن المادة عبّرت عن إعسار الأب بكلمة " عجز "، ويقصد بها هنا عدم القدرة التامة على الاسترزاق لا لكونه فقيرا أو معسرا أو متقاعسا.

و انه بالرجوع إلى ما ذهب إليه القضاء الجزائري فان تبعا للقرار الصادر بتاريخ 1998_02_17 الذي جاء فيه :" من المقرر قانونا انه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب و متى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق و يتقاضى منحة شهرية فان قضاة

---

[1] الدكتور عبد الرحمان الصابوني ــ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ــ المرجع السابق ص 291

[2] المصري مبروك الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق ص 498

بقضائهم بحقه في النفقة لان المنحة التي يتقاضها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون " [1] و يخلص لنا أن المبدأ إن النفقة تجب على الأب إلى حين بلوغ سن الرشد وانه تبعا لحيثيات القرار فان الطاعن دفع بان الابن يأخذ مبلغ 2500 دج نظرا لإعاقته حركيا و عقليا إلا أن القضاء اعتبر هذا المنحة ليست كسبا بل مجرد إعانة لا تغطي حاجيات الولد و لا تعفي الأب من الإنفاق على ابنه .

وفي قرار آخر صادر بتاريخ **1998_04_21**:"من المقرر قانونا انه يسقط النفقة على الولد أو البنت عند الاستغناء عنها بالكسب.

و متى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما لم يتحققوا من صحة واو عدم صحة الدفع المثار من طرف الطاعن فيما يخص ممارسة البنات لحرفة الخياطة و النسيج و خاصة و أن الطاعن متقدم في السن و يعاني إمراض مزمنة .فان القضاة بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه " [2] و انه من خلال القرار فان يؤكد إلى ذهب إليه الفقه و القانون أن النفقة تسقط على البنات ببلوغهن سن الزواج و الدخول بهن ، و أن كان البنات يمارسن عملا أو حرفة ، و عليه فانه انطلاقا من القرار لا بد على القاضي من التحقق من

---

[1] قرار المحكمة العليا_ غرفة الأحوال الشخصية _ بتاريخ 17_02_1998 _ ملف رقم 179128_ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية _ عدد خاص _ ص 198

[2] قرار المحكمة العليا_ غرفة الأحوال الشخصية _ بتاريخ 21_04_1998 _ ملف رقم 189258_ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية _ عدد خاص _ ص 200

إن كان البنات يمارسن مهنة الخياطة فعلا ، و هذا يجعل أنهن لسن في حاجة إلى إنفاق طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 75 من قانون الأسرة التي تقضي بسقوط النفقة بالاستغناء عنها بالكسب

و لعل القضاء ساير الفقه باستمرار النفقة للولد الذي يزول دراسته الجامعية بحيث انه قد رفض طعن الأب كون الابن قد بلغ السن الرشد و هو يزاول الدراسة الجامعية و من ثم فان مزاولة الدراسة و بلوغ الولد سن الرشد دون القدرة على الكسب لا يعد سببا مسقطا للنفقة حيث جاء القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 19_04_1994 :" لكن و حيث انه عكس ما يدعي الطاعن ، فان الولد خالد يزاول دراسته الجامعية و أن المادة 75 المحتج بها تنص على استمرار نفقة الولد و لو بعد سن الرشد إذا كان مزاولا للدراسة و عليه فهذا الوجه غير مؤسس " [1]و قد أكد القضاء أن النفقة حق للزوجة و للأولاد و أن يسارها لا يسقط حقها و حق أولادها في النفقة و ذلك في قرار صادر بتاريخ 22_02_2000 بقوله:» من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها و حق أولادها في النفقة دون سبب شرعي.

---

[1] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _ ملف رقم 103637_ بتاريخ 19 _04_1994 _ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص _ ص 95

أن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف ، بحجة يسار الزوجة (الطاعنة) رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده اخطئوا في تطبيق القانون " [1] و انه في قرار آخر أكدت المحكمة العليا أن الأم لا تملك حق التنازل عن نفقـــــة الأولاد و هذا القرار بتاريخ 21_01 _ 2004 الذي جاء فيه :" ذلك انه يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم يكن لهم مال و لما كان ذلك فان الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله و من ثم فان شهادة عدم العمل التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة و من جهة أخرى فان الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد و لما كان القرار أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فانه يكون قد أخطا في تطبيق القانون " [2]

ثانيا – تقدير قيمة النفقة:

الأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون ما حاجة إلى حكم قضائي ، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذه النفقة

---

[1] قرار المحكمة العليا _ ملف رقم 237148 _ بتاريخ 22_02_2000 ___ المجلة القضائية سنة 2001 _ عدد 1 _ ص 284 أورد الأستاذ بلحاج العربي مؤلفه قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02_05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا .

[2] قرار المحكمة العليا _ ملف رقم 311458 _ بتاريخ 21_01_ 2004 _ المجلة القضائية لسنة 2004 _ ص379

بالحضانة ، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه و قد نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على ما يلي : ((يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم)) . و يظهر من هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين ، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون [1] في إطار احتياجات هذا الأخير من أجل رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته و تنشئته التنشئة السليمة و تحقيق الحماية له صحة و خلقا ، و يكون ذلك بتلبية حاجياته المعيشية من مأكل و مشرب و كسوة و علاج و مسكن و دراسة و ما يستمد من المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري أن القاضي لمّا يقدر النفقة يأخذ بعين الاعتبار وسع الزوج[2].

كما يجب أن يراعي القاضي ظروف المعيشة و المستوى الاجتماعي، و قد بيّن محمد صديق حسن خان هذه المعطيات على النحو التالي: ((... أقول هذا يختلف باختلاف الأزمنة و الأمكنة ، و الأحوال و الأشخاص ، فنفقة زمن خصب المعروف فيها غير المعروف في زمن الجدب، و نفقة أهل البوادي و المعروف فيها ما هو الغالب عندهم و هو غير المعروف من نفقة أهل المدن ، و كذلك المعروف من نفقة الأغنياء على اختلاف طبقاتهم غير معروف من نفقة الفقراء ...))

---

[1] – بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري– المرجع السابق – ص 387 ./ الأستاذ المصري مبروك الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري – المرجع السابق – ص 468

[2] – المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – قرار رقم 51715 – بتاريخ 1989/01/16 من المجلة القضائية –سنة 1992 م العدد 2 – ص 55

وكذلك الحاكم عليه مراعاة المعروف بحسب الأزمنة و الأمكنة، و الأحوال و الأشخاص مع ملاحظة حال الزوج في اليسر و الإعسار [1]. و عليه فيخلص لنا أن القانون يوافق إلى ما ذهب إليه الفقه الحنفي و المالكي و الحنبلي إلى اعتماد حال و ظروف معيشة الزوجين في تقدير النفقة إذ يراعى فيها حال المكلف بالنفقة يسرا و عسرا [2]و يلاحظ من نص المادة 76 من قانون الأسرة فقد نصت بوضوح على انه في حالة عجز الأب عن واجب الإنفاق على أولاده، فان واجب النفقة ينتقل إلى الأم لتتحمل واجب الإنفاق على الأولاد ، إذا كانت قادرة و لها دخل كاف من وظيفة أو مهنة أو ارث . و العجز على الإنفاق هو مسالة موضوعية ، و احتراما لدرجات التقاضي ، يجب أن تثار أمام محكمة درجة أولى ، فان اثبت الزوج أو الأب عجزه عن الإنفاق بتقديمه شهادة عدم العمل باجر ، أو شهادة فقر محررة أمام رئيس البلدية ، و للقاضي إجراء تحقيق للوصول لعسر الأب من عدمه و في هذا الصدد فان قضاء المحكمة العليا بتاريخ 14_06_1994 أصدرت قرارا جاء فيه :" لما تبين ــ من قضية الحال ــ أن الطاعن أثار موضوع نشوز زوجته ، التي رفضت العودة من فرنسا إلى ارض الوطن ، و بقيت تتقاضى أجرتها هناك من عملها عكس حالته ، بحيث فقد منصب عمله ، و على هذا الأساس طلب إعفاءه من نفقة الأولاد ، فان قضاة الموضوع

---

[1] – الأستاذ محمد صديق حسن ــالروضة الندية ، شرح الدور البهية – دار ابن تيمية ، البليدة الجزائر – 1991ص 91

[2] الأستاذ المصري مبروك الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري ــ المرجع السابق ــ ص 468

بإغفالهم مناقشة هذين سواء إيجابا أو سلبا ، يكونوا قد عرضوا قرارهم للنقض " [1]، إذن على القاضي أن يتأكد من عسر الزوج أو الأب لكي يتسنى له تطبيق نص المادة 76 و هذا بإجراء تحقيق أو التأكد مما يقدم له دلائل .

و حسب المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري فإنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها.

كما يجب على القاضي حين إعادة النظر في تقدير النفقة أن يراعي المعايير السابقة.

و عليه قد أكدت المحكمة العليا في عدة قرارات لها أن تقدير النفقة يخضع لحال الطرفين، و ظروف المعاش و منها القرار الصادر بتاريخ 09_02_1987 بقوله :" من المقرر فقها و قضاءا أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ، ثم حال مستوى المعيشة . و من ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية. و لما كان من الثابت ــ في قضية الحال ــ إن جهة الاستئناف قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج و حالة معيشة الزوجة ، و دون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان ، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية . و متى كان كذلك ، استوجب نقض القرار المطعون فيه " [2] . و من ثم فان تقدير النفقة لا بد أن يخضع لعدة ضوابط و معايير

---

[1] قرار المحكمة العليا ــ غرفة الأحوال الشخصية ــ ملف رقم 110607 ــ بتاريخ 14_06_1994 ــ المجلة القضائية لسنة1995 عدد ص 95 أورده الأستاذ بلحاج العربي قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 _ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2007

[2] قرار المحكمة العليا ــ غرفة الأحوال الشخصية ــ ملف رقم 44630 _بتاريخ 09_02_1987 ــ المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 3 ــ ص 55

تتعلق بحال الزوجين و مكان عيشهما ، و كذا دخل الزوج أو أب المحضون أو ما يكسبه من مال من جراء العمل الذي يمارسه ، فمسالة تقدير النفقة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الذي يتحرى عناصر تقدير النفقة لكي يفرض نفقة تكفي المحضون فيما تتطلب معيشته من مبالغ مالية للمال ، و الملبس.

الفرع الثاني:أجرة الحضانة

إن الحضانة بما تتمثل في رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ، يجعل منها عملا متعبا و مضنيا و شاقا بما تتطلبه الحضانة من إمكانيات و جهود مادية و معنوية و طاقة جسدية يمتدّ بذلها خلال سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل ، و إنشاء شباب ليكونوا رجال الغد ، و التساؤل المثار هنا هو هل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة للحضانة ؟ ذلك ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي:

رغم أن المشرع الجزائري قد نص على نفقة المحضون في المواد 77، 78 ، 79 من قانون الأسرة إلاّ أنّه لم يتطرّق إلى أجرة الحاضنة مما يتطلب منّا حسب المادة 222 من قانون الأسرة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و بالإطّلاع على الفقه نجده لم يثبت على موقف واحد

بخصوص أجرة الحضانة فمنهم من قال بعدم وجود مقابل أو أجر للحاضنة على حضانتها للأولاد بعد طلاق ، و منهم من قال بحقِّها في أجرة الحضانة .

الرأي الأول: عدم أحقية الحاضنة للأجرة

– فيرى الإمام مالك أنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أمًّا للطفل أم لا ، و بغضِّ النظر عن حالتها المادية ، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال أنفق عليها منه لفقرها و ليس لحضانتها و للمحضون على أبيه النفقة و الكسوة و الغطاء و الفراش ، و الحاضنة تقبضه منه و تنفقه على الولد [1] .

الرأي الثاني: أحقية الحاضنة بالأجرة:

يرى فقهاء الحنفية أنه تجب للحاضنة أجرة إن لم تكن الزوجيّة قائمة بينها و بين أبِ الولد ، و لم تكن معتدّة من طلاق رجعي، و كذلك لا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن ، و تستحقّ النفقة من أب الطفل ، و هذا على أحد قولين مصحّحين في مذهب أبي حنيفة ، و عليه العمل و ذلك لأن هذه الأجرة ليست عِوَضًا خالصًا ، بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة و

[1]– الدكتور عبد الرحمن الجزيري الفقه على المذاهب الأربعة – الجزيري – المرجع السابق ص 603 _ – الشيخ شمس الدين بن عرفة الدسوقي _ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – المرجع السابق – ص 475 _ الدكتور احمد علي داود _الأحوال الشخصية _ المرجع السابق _ ص68

نفقة و بما أن النفقة ثابتة لها بمقتضى الزوجيّة لقيامها ، أو وجود العدّة فإنّها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد ، و إنّ تعدّد السبب و ما عدا هؤلاء من الحاضنات يأخذن أجرة للحضانة .[1]

و أجرة الحضانة تكون واجبة في مال الولد نفسه ، إذا كان له مال ، لأن نفقته تكون في ماله و أجرة الحضانة من النفقة ، و إن لم يكن له مال فإن أجرة الحضانة تكون على من تجب عليه نفقته ، و تكون على الأب إذا كان موجودا و كان قادرا ، فإن لم يكن له أب أو كان عاجزا فإنها تجب على غيره من سائر الأقارب ، و إذا أبت الأم أن تحضنه إلا بأجرة ، و وُجدت متبرّعة فإنّ الأم أولى إذا كانت أجرة الحضانة على الأب ، و كان موسراً أو كانت المتبرّعة ليست من الحاضنات ، أما إذا كانت المتبرّعة من الحاضنات و كانت أجرة الحضانة على الأب و كان الأب غير موسر ، أو كانت أجرة الحضانة من مال الولد ، فإنّ المتبرعة أولى لأنّ الحضانة لمصلحة الولد ، و من مصلحته المحافظة على ماله ، و المتبرّعة تنظر إلى مصلحته في الجملة ، لأنّها ذات رحم محرم منه ، و أمّا عدم الوجوب على الأب و هو غير موسر فلأنّ إلزامه بأجرة الحضانة مع وجود المتبرّعة في هذه الحال مضارّة به ، و الله سبحانه و تعالى يقول: ((لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده)) و الفرق بين التبرع بالحضانة و التبرع بالرضاعة أن المتبرعة في الرضاعة تُقدَّم في كل الأحوال قريبة كانت أو أجنبية ، سواء كانت النفقة على الأم أم كانت على الأب ، و سواء كان الأب موسرا أم معسرا ،

---

[1]– الإمام محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية ــ المرجع السابق ص 408 / الدكتور عبد القادر بن حرز الله ــ الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل ــ360 / الدكتور المصري مبروك ــ الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري ــ المرجع السابق ــ ص 517

و أما في الحضانة فلابدّ من أن تكون المتبرعة من الحاضنات ، و لابدّ من أن يكون الأب غير موسر ، أو تكون الأجرة من مال الولد .

– و يلاحظ أنّه إذا كان الأب معسرا ، و الولد لا مال له ، و لم توجد متبرعة فإن الأم تحضنه و تقدّر لها أجرة و تكون تلك الأجرة و الأداء على من يلي الأب من نفقة الولد و لكنّه يؤديها على أنّها دين على الأب يأخذه منه إذا أيسر ، أمّا إذا كان الأب عاجزا فإنه لا يجب عليه شيء ، و تكون الأجرة واجبة على من يليه في الإنفاق ، هذا ما قرره فقهاء الحنفية بالنسبة للأم إذا طالبت بالأجرة ، و وجدت متبرعة و كان الأب معسرا ، و الظاهر أن حكم غير الأم من الحاضنات كذلك إذا تبرّعت حاضنة و تمسّكت من هي أقرب منها بالأجرة ، إذ لا فرق بين الأم و غيرها بالنسبة للتبرع و الإعسار .[1]

– و نستخلص عن مذهب الإمام أبي حنيفة أنّ أجرة الحضانة هي جزء من النفقة على المحضون فما جاء عنه أنّ : " أجرة الحاضنة ليست عِوَضًا خالصا و إنما هي كأجرة الرّضاع للأم مؤونة و نفقة " ، و ذلك ما ذهب إليه اتفاق عرف الفقهاء في كون أجرة الحضانة ليست عوضا خالصا و إنّما فيها شبه بالنفقة ، فنقول أنّ ما يدفع للحاضنة مقابل ما تقوم به من عمل هو أجرة ، و إذا نظرنا إلى أنّ نفقة الطفل واجبة عليه في ماله ثم على أبيه و من جملة ما ينفق عليه ، الإنفاق

[1] – أنظر عبد العزيز سعدـ الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري – المرجع السابق – ص 383 و ما يليها .

على الحاضنة التي حبست نفسها لأجله ، فنقول أنّ ما يدفع إليها هو نفقة ، فهي ليست نفقة خالصة و لا أجرة خالصة.

و كما سبق القول فانه فان مشرعنا لم يتطرق إلى موضوع أجرة الحضانة بعد الاطلاع على نصوص المواد 75 و ،76، 77 ،78 ، ليظل التساؤل قائما فيما يخص القول باجرة الحضانة من عدمها ، سيما و أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية و أن الفقه ليس على قول واحد في هذه المسالة . بخلاف المشرعين العرب نصوا عليها و منه المشرع المغربي في الفصل 103:" أجرة الحضانة و مصاريفها على المكلف بنفقة المحضون، و هي غير أجرة الرضاعة و النفقة "

و المشرع السوري في المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء نصها :" أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير و تقدر حسب حال المكلف بها " و المشرع الأردني نص في المادة 159 من قانون الأحوال الشخصية :" أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير ،مثل الحاضنة ، على أن لا تزيد على قدرة المنفق "

و المشرع العراقي في الفقرة – الثالثة – من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه :- ((إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجرة الحضانة قدرتها المحكمة ، ولا يحكم بأجرة الحضانة مادامت الزوجية قائمة أو كانت الزوجة معتدة من الطلاق الرجعي))

– و بعدما وضّحنا ما يخص نفقة المحضون و أجرة الحاضنة ، و ما نظمه المشرع الجزائري في ذلك ، و تطرقنا إلى ما لم يبيّنه قانون الأسرة بخصوص المسألتين من خلال الفقه ، رجوعا إلى ما ذهب إليه العلماء المسلمون ، فتعرّضنا إلى مسائل نفقة المحضونة و أجرة الحضانة ، و يجدر بنا في المطلب الموالي أن نتعرض إلى مسألة سكن الحضانة ، و هو المكان الذي لابدّ من وجوده لممارسة حضانة الأطفال .

المطلب الثاني: سكن الحضانة

إن مناط معيشة الإنسان أن يكون له سكن يؤويه و يحتمي تحت سقفه من حرّ الصيف و برد الشتاء ، و يجد فيه الدفء و الحنان و الألفة ، فالطفل يتلقّى ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية ، من مأكل و مشرب و ملبس و غذاء لجسده و روحه ، و يحضن تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة .

الفرع الأول:المكلف بتوفير سكن الحضانة أو أجرته

انه بالرجوع إلى المذاهب الفقهية [1] انه طبقا للمذهب الحنفي انه إن كان للحاضنة مسكن ، فتحضن فيه المحضون لها فان لم يكن لها سكن فعلى من عليه نفقة المحضون إيجاد سكن ،

أما المالكية فالسكنى على الأب لا على الحاضنة اعتبار أن الحاضنة تدفع أجرة السكن ، و ليس لها أجرة نظير الحضانة .

و انه بالرجوع إلى قانون الأسرة لقد نصت المادة 72 قبل تعديلها من قانون الأسرة على أنّ : ((نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال ، و إلاّ فعلى والده أن يهيّئ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته)) .

و نستشف من هذه المادة أنّ توفير سكن لممارسة الحضانة لازم و لصيق بهـــا ، إذ هو المجال و الإطار الذي ينشأ فيه الطفل و يُرعى و يُربّى فيه .و هو المكان الذي يُتَطَلَّبْ لتحقيق مضمون الحضانة ممّا نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة.

جعلت المادة 72 المذكورة من قانون الأسرة مسكن الحضانة من مال المحضون ، إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه أن يوفّر له سكنا ليُحضن فيه و إلا فإنّه (الأب) يُكلَّف بدفع أجرة مسكن لممارسة حضانة ابنة فيه.

---

[1] المصري مبروك الطلاق و آثاره في الأسرة الجزائري ــ المرجع السابقــ ص 518

إلاّ أنّه يجدر بنا أن نذكّر هنا بما جاءت به الفقرة الثانية و ما بعدها من المادة 52 من قانون الأسرة ، بما يُفيد أنّه : " و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها وليٌّ يقبل إيواءها يضمن حقّها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج ، و يُستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا .

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها ".

– و ما يهمنا من هذه المادة هنا هو أنّ التزام الأب المطلّق بتوفير سكن لحضانة ابنه لا يقوم إلاّ بعد عدم وجود أب للمطلقة يقبل إيواءها مع محضونيها .

و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بما يفيد أنّه : ((يجب على القضاة أن لا يرفضوا طلب الأم الحاضنة – التي يقوم احتمال عدم وجود وليّ يقبل إيواءها مع محضونيها بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه ، ضدّ الزوج الذي له مسكنان ، و هو معترف بذلك)) .[1]

ما لاحظناه أنّ المادة 52 من قانون الأسرة تتوافق و تكمل ما جاءت به المادة 72 من نفس القانون ، إلاّ في كلمة " محضونيها " و التي تفترض وجود تناقض بين المادتين ، إذ حسب المادة 52 فقرة 2 لا نتصور قيام واجب الأب بتوفير سكن لابنه المحضون الوحيد لدى الأم المطلقة .

أكدّت على ذلك المحكمة العليا في قراراتها الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية .

---

[1] – قرار المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – ملف رقم 105366 المؤرخ في 27 أفريل 1993 ، المجلة القضائية . ق عدد 2 لسنة 1994م ، ص 88 .

لكن سجّلنا تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف و صارت بعد ذلك تعتبر أن اشتراط أن يكون للحاضنة التي تطلب سكنا للحضانة أكثر من ولدين ، تطبيقا للمعنى الحرفي للمادة 52 فقرة 2 من قانون الأسرة – لا سيما لفظ " محضونيها " – صارت تعتبره تطبيقا سيئا للقانون .

و هذا ما أكدت عليه في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بما يفيد أنّ : ((قضاة المجلس لّما أسّسوا قرارهم على أنّ الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته ،إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين.

فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون ، و كان يتوجّب عليهم إلزام المطعون ضدهم بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته)) .[1]

كما أكّدت المبدأ الوارد في المادة 72 من قانون الأسرة بإلزام الأب بتوفير سكن للحضانة أو دفع أجرته ، و ذلك بالقرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية الذي مفاده أنّ : " عدم الاستجابة لطلب الطاعنة في تخصيص سكن لها لممارسة الحضانة أو منحها مقابل لإيجار سكن ، رغم القضاء لها بعد الطلاق بنفقة العدّة و نفقة إهمال و تعويضها عن الطلاق و الحكم لها بنفقة الأولاد المحضونين ، إلا أنّه و حسب المادة 72 من قانون الأسرة فإنّه يقع على عاتق الأب أن يوفر للمحضون سكنا أو أجرته ، ممّا كان يستوجب على القضاة أن يحكموا لها بالسكن أو بأجرته " [2].

---

[1] – المحكمة العليا – . الأحوال الشخصية .– ملف رقم 112705 قرار مؤرخ في 29/نوفمبر 1994 المجلة القضائية . عدد 1 لسنة 1994 .ص 140 .

[2] – المحكمة العليا –. الأحوال الشخصية – ملف رقم 175646 قرار مؤرخ في25 نوفمبر 1997 . نشرة القضاة العدد 56 ص 30

و انه بعد تعديل المادة 72 التي جاء نصها " في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و أن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار "

إن المادة جاءت أكثر وضوحا و صرامة من سابقتها ، و أن نصت الأخرى على السكن لكن أسلوبها لم يكن صارما [1]

و لعل ألفاظ المادة 72 قبل التعديل جعلت القضاة يحيدون عن مسألة بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار مستشهدين بكون المادة لم تحمل ألزاما صريحا و واجبا على المعني القيام به ، مما دفع قضاة المحكمة العليا التأكيد على تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل الإيجار في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13_03_2002 الذي جاء فيه : " السكن حق للمحضون حتى و لو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة " [2] . إن أساس القرار المنتقد قد خرق المادة 72 من قانون الأسرة ، كونه اعتبر الحاضنة لا يحق لها أن تطالب بتوفير سكن أو أجرته لممارسة الحضانة فيه ، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين ، و انه لا يوجد نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه و لا يوجد اجتهاد قضائي يقضي بذلك مند صدور قانون الأسرة .

---

[1] باديس دياني _ صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري _ المرجع السابق _ ص 157

[2] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 276760 _ بتاريخ 13_03_ 2002 المجلة القضائية سنة 2004 _ ص 274

و انه في قرار آخر للمحكمة العليا الذي جاء فيه بتاريخ 31_07_ 2002 " لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشتملات النفقة حتى و لو كانت للحاضنة سكن " [1]

و تأسيسا على ذلك فان المحكمة العليا اعتبرت أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير السكن للحاضنة أو بدل الإيجار ، لان توفير السكن أو بدل الإيجار من اجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج ، طبقا للمادتين 52 و 72 من قانون الأسرة ، و بما أن السكن أو بدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة ، فان امتلاك الزوجة السكن لا يعفي الأب من هذا الالتزام .

من خلال المادة 72 الفقرة الثانية التي جاء نصها :" و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن " ، انه يتبين أن مشرعنا لم يكن موفقا في النص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القاضي بالسكن لاعتبار عدم وجود أساس شرعي و قانوني لبقائها في بيت الزوجية بعد الطلاق ، لاعتبار أن الطلاق في الأسرة الجزائري طلاق بائن ، أي انها تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بالطلاق ، و إلى جانب ذلك لم يلزم المشرع المطلق بمغادرة المسكن .

.

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية _ ملف 28872 _ بتاريخ 31_07_2002 _ المجلة القضائية لسنة 200' عدد 1 _ ص 285

الفرع الثاني:حق الحاضنة في السَّكن

نصت المادة 2/52 قبل التعديل من قانون الأسرة على أنّه :" إذا كانت حاضنة و لم يكن لها وليّ يقبل إيواءها يضمن حقّها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج و يستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا " .

كما نصت المادة 467 /2 من القانون المدني على أنّه:

" و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعيِّن من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة «.

كما نصّت المادة 2/12 من المرسوم رقم 76-147 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجِّر و المستأجر لمحلّ معدّ للسكن و تابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري على أنّه : " و في حالة الطلاق ، يؤول حقّ الإيجار و حقّ البقاء بالعين المؤجّرة للزوج المعيّن من قبل القاضي طبقا لأحكام المادة 2/467 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني " .

و ما يستفاد من هذه المواد المأخوذة من قوانين و مراسيم مختلفة، أنّها تهدف إلى تمكين الأم المطلقة من مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة.

فالمادة 2/52 من قانون الأسرة تقيم واجب الزوج في توفير مسكن أو أجرته للأم المطلّقة لتمارس الحضانة إن لم يكن لها وليّ يقبل إيواءها مع محضونيها ، على أن لا يكون هذا الحق منصبّا على بيت الزوجية الوحيد في ملك الزوج .

و أكّدت المحكمة العليا على ذلك في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الذي مفاده أنّ : " المستفاد من القرار المطعون فيه أنّه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي و علوي عبارة عن مسكنين ، و خصّص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة

و هو قضاء لا يتماشى و المنطق، فالشيء المجزّأ يعتبر واحدا، فكان ينبغي على قضاة الموضوع أ ن يقضوا بأجرة السكن بدلا من تخصيص الجزء السفلي من المسكن...".[1]

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

أما المادة 2/467 من القانون المدني فإن المقصود من هذه الفقرة هو أنّه في حالة الطلاق ، يمكن للقاضي أن يُعَيِّن من بين الزوجين من يستفيد من حقّ الإيجار بالنظر إلى التكاليف المسندة إليه

---

[1] – المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _ ملف رقم 215212 – قرار مؤرخ في 16 /12/ 1999 – المجلة القضائية عدد 1 لسنة 2000 – ص 181 . – المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية _ملف رقم 73949 – قرار مؤرخ في 1991/04/23 – المجلة. القضائية عدد 1 لسنة 1994 ص 49 .

[2] – المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية _ملف رقم 105366 قرار مؤرخ في 27 /1993/04 – الجللة . القضائية . عدد2 لسنة 1994 – ص 88 .

لا سيما حضانة الأولاد . و يدخل ذلك في إطار وجوب توفير مسكن لممارسة الحضانة ، فمن خلال هذه المادة يمنح القاضي للزوجة حق الإيجار إن كانت حاضنة.

و هذا ما وافقه قرار المحكمة العليا في هذا الخصوص فأفاد أنّه : " لّما كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني التي تخوِّل للقاضي الذي يصرِّح بالطلاق ، إعطاء السكن الزوجي للزوج الذي أُسنِدت إليه حضانة الأولاد ، أخذت في اعتبارها أنّ السكن المذكور مؤجّرا و أن تأجيره باسم أحدهما ، أمّا إذا كان باسم غيرهما فإنّه ليس لأحدهما أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة ، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقا للقانون .

و لّما كان القرار المطعون فيه قد قضى بمنح السكن المؤجَّر باسم أم الزوج، للزوجة المطلقة، فإنّه بهذا القضاء قد خرق أحكام المبدأ المتقدّم... ممّا يستوجب نقض القرار :".[1]

وفي نفس الإطار قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، بما يفيد أنّه متى كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق بالفصل في موضوع سكن الحاضنة ، و تقرير الانتفاع بحق الإيجار ، و نتيجة لذلك فإنّه ليس لأي قاضٍ أن يحكم من جديد بتقرير حق الانتفاع بالسكن أو باستبداله أو مراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطلاق خاصة و أنّ الحكم بتقرير حق السكن ، كان

---

[1] ـــــ قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ـ ملف رقم 34397 – قرار مؤرخ في 1984/12/03اشار إليه الأستاذ بن رقية بن يوسف – أهم النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني و التجاري ، اجتهادات المحكمة العليا ـ الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2002 ـ ص 77

أثرا من آثار الطلاق ، و من ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدُّ انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها أعلاه ، و خرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي به و تجاوزا للسلطة في نفس الوقت

و ثبت في قضية الحال أنّ المجلس القضائي صادق على حكم بالإشهاد للمدّعية بمتعتها بالسكن الزوجي الكائن بوهران ، في حين أنّ الحكم الذي قضى بعد التصريح بالطلاق بمنح المطلّقة السكن الكائن بعين تموشنت أصبح نهائيا و حائزا لقوة الشيء المقضي به ، فإنّ المجلس القضائي بقضائه هذا انتهك أحكام المادة 467 من القانون المدني ، و خرق مبدأ حجيّة الشيء المقضي به و تجاوز سلطته في نفس الوقت ، ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

كما ذهبت المادة 2/12 من المرسوم رقم 76 / 147[2] إلى أبعد من ما ذهبت إليه المادتان المذكورتان سابقا (2/52 أسرة، 2/467 مدني) من قيام حق الأم المطلقة الحاضنة في سكن أو أجرته لممارسة الحضانة و إمكانية حكم القاضي لها حين الطلاق بحق الإيجار إلى حقّها في البقاء في المسكن المؤجَّر، و ذلك إن كانت حاضنة .

و انه بعد تعديل المادة 52 أي تم إلغاء الفقرة الثانية التي كانت أرست قاعدتين في الفقرة الثانية و الثالثة. ففي الفقرة الثانية انه إذا كانت الحاضنة ليس لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج .

---

[1] – الدكتور بن رقية بن يوسف – المرجع السابق – ص 80 عنه المحكمة العليا غ. أ . ش ملف رقم34849 – قرار مؤرخ في31 /12/ 1984 .

[2] – د . بن رقية بن يوسف – المرجع السابق – ص 172.

أما الفقرة الثانية أن الحاضنة تفقد حقها في السكن بزواجها أو ثبوت انحرافها

و عليه فان مشرعنا بتعديله للمادة 72 من قانون الأسرة التي جاءت على وجه الإلزام، و على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما و إن تعذر فعليه دفع أجرته بهذا المفهوم و الوضوح فان المشرع كان صارما و اوجب على الأب توفير السكن أو دفع بدل الإيجار و لم يبقى للحاضنة إلا طلب توفير سن أو المطالبة ببدل الإيجار .

وقد نص المشرع على إجراءات مستعجلة فيما يخص السكن ، لما كانت إجراءات الطلاق تتميز بطول المدة للفصل فيه ، و في آثاره و يظهر هذا بعد تعديل قانون الأسرة المادة 57 التي جاء نصها :" انه يجوز للقاضي على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ، و لاسيما ما تعلق الأمر بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن " و عليه هذا التناسق في التعديل قد يسهل على الحاضنة رفع دعوى مستعجلة فيم يخص النفقة و الزيارة و الحضانة و المسكن بعريضة مسببة و موقعة بدائرة اختصاص المحكمة الواقع بها المسكن الزوجي .

المبحث الثالث: أسباب سقوط الحضانة و عودتها

إذا كان الهدف من الحضانة كما هو مبين بالمادة 62 التي سبق ذكرها و تحليلها هو رعاية الولد على الوجه المطلوب ، فليست بالضرورة مقررة على الدوام لذلك قد تكون أسباب إما تنهيها أو تسقطها ، قـــد يتعرض أي شخص له الأحقية في تولي الحضانة أسباب أو موانع تمنعه مـــن ممارسة الحضانة. قد يتعـــرض أي شخـــص له الأحقية في تولي الحضانة أسباب أو موانع تمنعه من ممارسة الحضانة، و هذا المانع قد يكون من طرفه أو خارج عن إرادته، .

و إن هذه العوارض ا و الأسباب ، إما أن تسقط أو تنهي الحضانة ، و انه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن مشرّعنا قد ذكر الأسباب و عددها ، و هذا استنباطا مما تناوله الفقه، و ذلك ما سنتناوله بالتحليل في الم طلبين التاليين ، مع الوقوف على مدى كون هذه الأسباب المسقطة للحضانة أسباب أبدية في سقوط الحضانة أم أنها مؤقتة ،و هل بزوال السبب تعود الحضانة ؟.

المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة

انه بالرجوع إلى ما دأب عليه الفقه الإسلامي،و باستطلاعنا الكتابات المتقدمة و المتأخرة ، فإنها لم تفرد بابا خاصا بالأسباب سقوط الحضانة، أو موانع التي تحول دون ممارسة الحضانـــــة، و إنما منها ما تعلق على مخالفة شروط المفروضة لتولي الحضانة أو بتصرف الحاضن الشخصي الذي ينبني عليه سقوط الحضانة و هذا ماء به مشرعنا في نصوص قانون الأسرة ، وهذا ما سنحلله في الفروع التالية :

الفرع الأول: سقوط الحضانة لمخالفة مقتضيات المادة 62 من قانون الأسرة

انه من المعلوم إنه إذا انتفى الشرط انتفى المشروط ،وأنه بالرجوع إلى ما تم سرده في شروط المتعلقة بالقيام بأهلية القيام بالحضانة، وقد ذكرناها، و حللناها تحليلا كافيا، و هي المتعلقة بالعقل و البلوغ ، و عدم الزواج ، و الأمانة ، و حسن الخلق ، و القدرة و شرط اتحاد الدين و الذي فيه خلاف فقهي ، و كذا ما استقر عليه الفقه منه ضرورة وجود قرابة محرمية بين المحض ـــــون و الحاضن الرجل

و أن هذا الأمر ليس يهمنا بالتحليل لأنه قد سبق أن حللنا هذه الشروط، و سنحاول بإيجاز بيان جزاء مخالفتها ،و هي أن لا يصبح لمتوليها الحق في ممارستها . و عليه فانه باستقراء المادة 67

من قانون الأسرة التي جاء نصها :" تسقط الحضانة باختلال احد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه " ، و من ثم فان توافرت الشروط في الحاضن أسندت له الحضانة ، و في حالة عدم توفر احد شروطها كما ذكرنا فإنها تسند إلى غيره من الحاضنين حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ذات القانون .

و إن الحكم بإسقاط الحضانة ، لا يكون إلا طبقا لأدلة و ثابتة كون الحاضن أو الحاضنة لا تتوفر فيه شرط من شروط القيام بمهام الحضانة مثل انه مصاب بمرض معدي يخشى على المحضون عليه منه ، أو الحاضن غير أمين ، و ينشغل عن المحضون و يتركه معرضا للضياع ، أو أن الحاضنة قد تزوجت ، مما يجعل أن بقاء المحضون لدى الحاضن أو الحاضنة يتعارض مع مصلحته ، وان للقاضي اتخاذ جميع الإجراءات للوقوف على مدى صحة تخلف الشرط لتولي الحضانة و التأكد من صحة الادعاء الطالب بإسقاطها و على هذا الأساس فان المحكمة العليا أصدرت قرارا بتاريخ 07_11_1987 الذي فيه :" من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية ، وواضحة ، و مضرة بالمحضون ، و متعارضة مع مصلحته " [1] و انه في قرار صادر بتاريخ 08_ 02 _ 2006 رفض الطعن كونه على طالب إسقاط الحضانة عن الأم بسبب أخلاقها أن يقدم ما يثبت ادعاءاتهإذ جاء في القرار :" انه من جهة ثانية فان قضاة الموضوع قالوا بان الطاعن لم يقدم ما

---

[1] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _ملف رقم 50270 _ بتاريخ 07_11_1987 _ المجلة القضائية _ العدد 3 _ ص48

يثبت ادعاءاتهذه مما يجعل طلاقه تعسفيا و من ثم متعوا المطعون ضدها بحقوقها المنجرة عن الطلاق المادية و الحضانة طبقا لموجبات الحضانة ، و عليه ما ينعاه الطاعن بهذين الوجهين غير قائم على أساس يتعين رفضهما و تبعا لذلك رفض الطعن " و عليه فالقاضي لا بد أن يتأكد من ادعاءات الأطراف و دفوعهم و من ثم إن وجد سبب السقوط لمخالفة المادة 62 قضى بالسقوط ، و سلم المحضون إلى من له الأحقية بتولي الحضانة ، و في حالة عدم الدليل و سبب السقوط قضى بإبقاء المحضون لدى حاضنته .

و لكن رغم أن قد تسقط الحضانة لاختلال احد الشروط عن الحاضن متولي الحضانة فقد يقع أن لا يوجد من يتولى حضانة الولد مما يجعلنا أمام فراغ تشريعي في هذه الحالة.

ضف إلى ذلك و لعل رغم ما ذكرناه في موقف المشرع باعتبار الزواج بالأجنبي سبب مسقط لحق الحضانة، و كذا المحكمة العليا إلا انه لم يورد الاستثناءات التي أوردها المذهب المالكي، و منطقيا كان على المشرع الأخذ بها[1] ومنها:

عدم وجود حاضنة للمحضون سواها لأنه حسب ابن القيم الجوزية ،فهي أحق به من الأجنبي الذي يدفعه القاضي إليه، و تربيته في حجر أمه أصلح من تربيته في بيت أجنبي محض من القرابة بينهما توجب شفقته و حنوه ، و من المحال أن تأتى الشريعة بدفع مفسدة أعظم منها بكثير.

[1] ابن القيم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد المرجع السابق - ص 139

عدم وجود يخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة حسب قول ابن القيم الجوزية، و لا ريب انه لا يحرم المرأة المتزوجة حضانة ابنها إذا اتفقت هي، و زوجها و أقارب الطفل على ذلك، ولا ريب انه لا يجب بل لا يجوز أن يفرق بين الأم و ولدها إذا تزوجت من غير أن يخاصمها من له الحضانة، و يطلب انتزاع الولد.

أن يكون الحاضن الذي يليها غير مأمون أو عاجز.

و الذي نلاحظه من خلال ما تم سرده ، و ما جاء على يد الفقيه ابن القيم الجوزية و الذي يحاول إلى حد ما الاستجابة إلى بعض الحالات التي قد تطرأ على الحاضنة المتزوجة بأجنبي عن المحضون ، و قد يكون نزعه عنها فيه مضرة للمحضون، و قد يكون هذا منافيا لمقاصد الحضانة التي ترمي إلى تنشئة المحضون تنشئة متزنة عقل، أو نفسا، و دينا.

إن رغم النص ربط الزواج المسقط لحق الحضانة بمفهوم المخالفة حسب النص الذي جاء في آخره انه أن كان غيـــر مضر بالمحضون فلا يعد سببا كذلك ، و لعل تقدير هذا أي الإضرار من عدمه مسالة تخضع لتقدير القاضي بحيث عليه أن يتحرى مصلحة المحضون في بقائه لدى حاضنته أو عدم بقائه لديها لأسباب جدية قد تنفع المحضون إذا قرر بقاءه ، أو تضر بالمحضون إذا قرر نزعه من حاضنته.

الفرع الثاني: تصرف الحاضن

انه بعدما رأينا أن سبب السقوط هو مخالفة شروط الحضانة، فانه إلى جانب ذلك هناك سبب أخر يعود السقوط فيه إلى تصرف الحاضن، و يتمحور في السكن الجدة و الخالة مع أم المحضون و في التنازل الإرادي عن الحضانة، و السكوت عن المطالبة بحقه في الحضانة.

أولا:السكـــن الجدة أو الخالة مع أم المحضون.

انه تفاديا للضرر الذي يصيب المحضون من جراء أن تقيم الحاضنة مع الغير لدا فان المشرع نص في المادة 70 أن ارسي شرط عدم مساكنة الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ،و هو الشرط الذي ورد بالخصوص في المذهب المالكي حيث انه مرتبط بشرط عدم الزواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون في شرح الميارة الفاسي [1] ،و كذا ترتيب من له حق الحضانة في حاشية الدسوقي [2].

و عليه فان حق الحضانة قد يكون للجدة أو للخالة و ذلك تبعا للترتيب الوارد بالمادة 64 وذلك بسبب أن يكون بالأم مانع من المونع القانونية فتسقط حضانتها و منها أن يكون المانع زواجها بغير قريب محرم أي أجنبي على المحضون فهنا فلا بد على من أسندت لها الحضانة جـــدة أو

[1] _ ص 296 لميارة الفاسي– المرجع السابق –272 / الأستاذ الحبيب بن طاهر _ كتاب الفقه وأدلته _ الجزء الرابع _ المرجع السابق
[2] محمد بن عرفة الدسوقي – حاشية الدسوقي _المرجع السابق –ص 429

خالة أن لا تقيم ببيت الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون لان الحكمة التي ابتغاها المشرع أن سكنهما مع الأم المتزوجة أصبح بدون جدوى حينئذ لحماية المحضون من تلك الأسباب الـــتي أدت إلى سقوط الحضانة[1] ، و ذلك لحماية المحضون من أن يترعرع في جو القسوة ، فقد ينظر إليه الزوج نظر حقد وبغض .

وان مشرعنا قصر هذا الشرط على الجدة و الخالة بعدم الإقامة مع أم المحضون المتزوجة بقريب غير محرم أو بالأجنبي و عليه فان سبب السقوط لا ينطبق على باقي الحاضنات .

وانه في هذا المجال أن المحكمة العليا بتاريخ 20_06_1988 صدر قرار لها جاء فيه :" من المقرر شرعا انه يشترط في الجدة الحاضنة أم الأم أن تكون غير متزوجة و إلا تسكن مع ابنتها مع ابنتها بأجنبي ، و أن تكون قادرة على القيام بالمحضون ، و لما كان من الثابت في قضية الحال شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة (أم الأم) و أن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب

[1] عبد السلام محمد الشريف عالم_ قانون الزواج و الطلاق _ رقم 10 سنة 1984 و أسانيده الشرعية – المرجع السابق –ص312

يكونون قد راعوا شروط الحضانة و سببوا قرارهم تسببا كافيا ، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن " [1]

ثانيا: التنازل

إن مشرعنا قد نص على سقوط الحضانة بتنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة في المادة 66 من قانون الأسرة :" يسقط حق الحاضنة بـــ..... و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضـــــون « و عليه أن للحاضنة حق الاختيار بين التمسك بحقها في الحضانة، و بين التنازل عن هذا الحق في أي وقت.

انه بالرجوع إلى المذاهب الفقهية نجد أنها تختلف في إعطاء الصبغة القانونية، و الشرعية للحضانة في كونها حق للحاضن، أو حق للطفل. و قد مر بنا أن الفقه الإسلامي قد تناول هذه النقطة، فمنه من يكيفها على أساس إنها حق للطفل، و واجب على الحاضنة، أو أنها حق للطفل، و منهم من ذهب إلى أنها حق للطفل المحضون و الحاضنة.

[1] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _ بتاريخ 20_06_1988 _ ملف رقم 50011_ المجلة القضائية _ العدد 2 _ سنة 1991 ص 57_

فعلى اعتبار أنها حق للمحضون فان الحاضن لا يستطيع أن يتنازل عنها لغيره، و هي رواية مالك، و اختيار بعض الحنفية.

و على اعتبار أنها حق للحاضن، فان له آن يتنازل عنها، و لا يجبر عليها، و قال بها بعض الحنابلة، و فيه رواية لمالك.

و أن على اعتبار أن الحضانة حق للحاضن، و المحضون فان للحاضن أن يتنازل عنها بشرط أن لا يضر ذلك بمصلحة المحضون، و بهذا قال ابن القيم الجوزية: " و الصحيح أن الحضانة حق لها، و عليها إذا احتاج الطفل إليها، و لا يوجد غيرها "[1] .

و مهما يكون الخلاف بين الفقه في طبيعة الحضانة، فان المشرع نص على التنازل في المادة 66، و انه لم يبين صيغة التنازل بطريق الكتابة، أو شفاهة، و هل يكون أمام جهـــة القضاء الفاصلة في الأحوال الشخصية أم أمام موظف عمومي؟.

و أن المشرع بعدما أكد أن التنازل سبب من الأسباب سقوط الحضانة ربط هذا التنازل بعدم الأضرار بمصلحة المحضون. إذا فالأمر يرجعنا إلى أن كل تنازل فيه ضياع للطفل المحضون، وفيه مساس بمصلحته سيكون مرفوضا، و تلزم الحاضنة بتولي محضونها، و من ثم فالمشرع لم يجعل التنازل على إطلاقه فقد وضع له قيود هو عدم الأضرار بمصلحة المحضون.

---

[1] ابن قيم الجوزية ــزاد المعاد في هدي خير العبادــ المرجع السابق ــ ص 451

و انه بالرجوع إلى اجتهاد المحكمة العليا، فإنها أكدت المبدأ أن التنازل يسقط الحضانة، و ذلك في قراراتها الصادرة حيث جاء في قرار المؤرخ 05-05-1985 [1] " من المقرر شرعا و قانونا إن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها، و له القدرة على حضانتهم فان لم يوجد فان تنازلها لا يكون مقبول، و تعامل بنقيض قصدها "

ولعل بالرجوع إلى القرارات الأخرى الصادرة أكدت التنازل، و حرصت على أن لا يكون هذا التنازل مضر بمصلحة المحضون، و هذا ما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1989/07/03[2] مؤكدة أن لا يكون التنازل مناقضا، و ماسا بمصلحة المحضون بقولها في إحدى حيثيات القرار " لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلـــس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها، و إسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم ، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ".

و انه الذي ينبغي قوله أن التنازل زيادة على أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون فانه لا بد أن يكون أمام الجهة المختصة بالفصل في الأحوال الشخصية أثناء دعاوى الطلاق، أو التطلي**ـــ**ق، أو الأسباب الأخرى المتعلقة في فك الرابطة الزوجية، أو قد يكون بدعوى منفردة من الحاضنة، و الشخص المتنازل في الحضانة، و السؤال الذي يطرح نفسه بشدة هل يكون التنازل إلى أي شخص

---

[1] المحكمة عليا – غرفة الأحوال الشخصية – ملف رقم 37789 ـ قرار بتاريخ : 30 /1985/12_قرار غير منشور عن الأستاذ بلحاج العربي قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ـ المرجع السابق ـ ص 123

[2] ـالمحكمة العليا ـ غرفة الأحوال الشخصية ـ ملف رقم 53340 ـقرار بتاريخ 1989/07/03 ـ المجلة القضائية ـ عدد 3ـ ص85

أم أن يكون التنازل لمن يلي الحاضنة في المرتبة؟ لأنه باستطلاعنا النص فانه جاء عاما مما ينبغي على المشرع تحديد مجال التنازل.

ثالث: السكوت عن طلب الحضانة

انه باستقراء المذاهب الفقهية فانه في معظمها لم تورد مثل هذا السبب في ذكرها للأسباب المسقطة للحق في الحضانة، و ورد ذلك إلا في المذهب المالكي، و هذا ما يستشف في مجمل كتابات الفقه المالكي، و كذا في شرح لمدونة الإمام مالك [1].

و لعل أن تناول هذا السبب كان بصدد الحديث عن شروط الحضانة و انه قد جاء في شرح الميارة الفاسي بعد أن شرح الشروط، وانه بصدد شرح شرط عدم الزواج " و قوله ألا أن يعلم و يسكت عام يعني أن الأم إذا دخل بها، و سكت من له الحق في الحضانة عاما سقطت حضانته لأنه يعد بذلك تاركا لحقه ".

و إن مشرعنا قد نص على هدا المانع في المادة 68 بقوله :" إذ لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها" و يلاحظ أن قد وجه نقد لصياغة المادة من طرف الأستاذ علي علي سليمان و اقترح تعديله كما يلي :" إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها

[1] الميارة الفاسي ــ شرح الميارة الفاسي على تحفة الحكام – المرجع السابق– ص 272

لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " [1]بحكم أن للحضانة من يستحقها و قد سبق تعداد مستحقي الحضانة وترتيبهم، ومن ثم قد يلحق الحاضن مانع من الموانع التي تسقط حضانته، و منها سكوت من له حق الحضانة في طلبها لمدة عام اعتبر انه حقه شابه السقوط، وانه عمم هذا السبب على جميع الحالات التي تمس الحضانة.

كما ذكرنا قد خص السكوت إلا في حالة علم من له الحق في الحضانة بان الحاضنة قد تزوجت، و دخل بها الزوج[2]، و لم يستعمل حقه في إسقاط الحضانة عنها، و أن المادة هذه تطرح تساؤلين بحكم أن مشرعنا لم يبين تاريخ سريان مدة المطالبة بحق الحضانة بحكم انه لم ينص على عنصر العلم صاحب الحق فيها [3].

الأول : متى يبدأ سريان هذه المدة؟.

الثاني: متى يعتبر السكوت عن المطالبة بالحق في الحضانة بدون عذر؟.

باعتبار المشرع الجزائري أخذ هذه المادة في المذهب المالكي [4]، وفيه ينبغي البحث عن الإجابة عن السؤالين، فبالنسبة للتساؤل الأول أن المدة المحددة بسنة يبدأ سريانها بسنة من تاريخ

---

[1] عرابي ليلي ــ الحضانة عند المشرع الجزائري و في الشريعة الإسلامية ــ المرجع السابق ــ ص 220

[2] بخلاف مشرعنا فان المشرع المغربي في الفصل 106 من مدونته جاء النص" سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالدخول يسقط حضانته "

[3]) أعراب بلقاسم – مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن ـالمرجع السابق – ص 53

[4] الشيخ محمد بن يوسف الكافي ــ إحكام الأحكام على تحفة الحكام ــ المرجع السابق ــ ص129

العلم باستحقاق الحضانة، و ذلك حسب أصحاب المذهب المالكي، و بالنسبة للتساؤل الثاني اعتبر السكوت بدون عذر في حالتين:

الحالة الأولى أن يعلم من له حق في الحضانة بحقه فيها، و بسكوت عن المطالبة بها أما إذا كان لا يعلم بحقه، و سكت عن طلب الحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

الحالـــة الثانية أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة فإن كان يجهل ذلك لا يبطل حقه فيها بالسكوت لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله [1] و أن مسالة إسقاط الحضانة من عدمه يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ليفحص كل الظروف و الملابسات و التأكد من مدى احترام شروط و العناصر للمطالبة بحق الحضانة ، و انه في هذا الإطار فان المحكمة العليا بتاريخ 1984_07_09 أصدرت قرار جاء فيه :" من المقرر شرعا و على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي ، أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة ، و من ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية .

و لما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975_05_20 و أن الجدة للام لم تحرك ساكنا إلا في شهر ديسمبر 1980 حيث طلبت ممارسة الحضانة ، فان قضاة الاستئناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب ، و بإسنادها للجدة للام ، اخطاوا في قرارهم

---

[1] الأستاذ أعراب بلقاسم ــ مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن المرجع السابق ــ 134.

هذا و خالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي " [1] و انه في قرار آخر بتاريخ 18_05_1999 جاء فيه :" انه من المقرر قانونا انه في الحكم بإسناد الحضانة إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون .

و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة أسندت لها حضانة أولادها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير السكن لممارسة الحضانة و بعد مماطلة المطعون ضده (الأب) في عدم توفير السكن أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ مدعيا انه يمارس الحضانة الفعلية .

فان القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا للأحكام المادة 68 من قانون الآســـرة و عـــدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد و عدم الإشـــارة إلى جنس الأولاد و أعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا اخطاوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يتعين نقض القرار المطعون فيه " [2]

و عليه فانه تبعا للقرار الصادر لا بد أن يتحرى القاضي مصلحة المحضون في إسقاط الحضانة أو إسنادها و من ثم فانه رغم أن سبب السقوط بفوات المدة و هي عام رغم ذلك فان المحكمة العليا لم تلتفت لذلك و قضت برفض الطعن تحقيقا لمصلحة المحضون .

---

[1] قرار المحكمة العليا _ ملف رقم 3282_ بتاريخ 09_07_1984_ المجلة القضائية _ العدد 1 سنة 1990 _ ص 60

[2] قرار المحكمة العليا _ غرفة الأحوال الشخصية _ ملف رقم 222655 _ بتاريخ 18_05_1999 _ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية _ عدد خاص سنة 2001 _ ص185

رابعا: مخالفة مقتضيات المادة 69 من قانون الأسرة

أنه بالرجوع إلى ما سبق ذكره في ما يتعلق بمكان الحضانة، و خاصة الفكرة المتعلقة بانتقال الحاضن بالمحضون، أو السفر به ورأينا اختلاف المذاهب [1] فالحنفية ذهبوا إلى القول أن في إطار الانتقال بالمحضون لا بد من التفريق بين ثلاث صور:

الصورة الأولى: كون الحاضنة مطلقة، و يكون الأب موجدا، و تريد الانتقال بابنها إلى بلدة أخرى فلا يجوز لها ذلك إلا بشرطين:

أن تكون مطلقة طلاقا باتا، أو رجعيا، وانتقضت عدتها فان لم تنقض فلا يجوز لها الانتقال.

أن تكون البلدة التي تريد الانتقال إليها بعيدة، بحيث يمكن للأب أن يزور ولده، و يرجع في يومه، و أنه يجوز لها الانتقال إلى بلدة بعيدة، و لكن بشرطين:

أن تكون قد عقد عليها في هذا البلد.

أن تكون هذه البلدة وطن لها.

*الصـــورة الثانـــية:*أن يكون الأب موجودا، و تكون الحاضنة غير الأم كالخلة، أو الجدة فلا يجوز لها الانتقال بدون إذنه.

---

[1])- عبد الرحمان الجزيري ــ الفقه على المذاهب الأربعة – ج4 ــ كتاب النكاح ــ كتاب الطلاق ــالمرجع السابق / ص 600

الصـــورة الثالثـــة: أن يكون الأب متوفى، و هي في عدة الوفاة، و في هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال إلا بأذن وليه، أما بعد انقضاء عدتها اختلف الرأي فقيل يكون بأذن الولي الانتقال، و قيل رأي أخر يترك الأمر للقاضي.

فالمالكية:فقالوا أن للحاضنة الانتقال إلى بلدة ليس فيها أب المحضون أو وليه ولكن بشروط:

أن تكون المسافة أقل من ستة[1] برود ويصح أن تستوطن فيها و لا يسقط حقها.

أن لا يكون السفر للإقامة و الاستيطان فإن كان للتجارة و النزهة فإن سفرها لا يسقط حقها في الحضانة و أن يكون الطريق مأمونا.

والشافعية:ذهبوا أنه إذا أراد الحاضن، أو الولي السفر للحاجة، أو لتجارة بقية الولد بين يدي المقيم حتى يرجع من سفره، و إن كان مميزا يخير فـــي البقاء مع أيهمـــا شاء أما إذا أراد سفر نقلة، أو استيطان فإن الولد يتبع العاصب من الأب، أو غيره سواء كان مسافرا، أو مقيم.

من خلال ما رأين اه في بيان ما ذهب إليه الفقه فيمـــا يخص حكم استيطان الحاضن للمحضون، و الشروط الموضوعة في كل مذهب، و انـــه بالرجوع إلى مشرعنا من خلال المادة

---

[1] برود

69 [1]، فإننا لا نعرف ما المقصود بالبلد الأجنبي هل هو داخل الجزائر، أو خارجه لكي يتسنى سهولة تطبيق المادة لأن بعض المشرعين فرقوا بين داخل البلاد وخارجه[2].

و انه مهما كان الانتقال فإنه حسب مشرعنا إلى حد ما يعتبر سبب مسقط للحضانة في مواجهة الحاضنة، لأنه فيه تفويت لحق الأب في رؤية المحضون، و رقابته، و انه مهما كان الحال فإن في حالة الانتقال فإن للقاضي السلطة في إثبات سقوط الحضانة، أو عدمه مقيد بمصلحة المحضون لأن هو موضوع الحضانة ، و لا بد أن يراعى مصلحته ذات المحاور الثـــلاث الصح ـــة ، و الخلق، و الدين، وعدم إهدار حق الأب، أو الولي، و واجباته التي تخولها الولاية المنوطة به ومتى كان الانتقال مهدرا لمقاصد الحضانة وحق الأب و انه بالرجوع إلى نص المادة 69 نجد أن المشرع أن الانتقال قد يكون مسقطا لحق الحاضن في حالة الانتقال إلى البلد الأجنبي و من ثم فان الأمر إثبات الحضانة أو إسقاطها يرجع للقاضي الذي لا بد أن يراعي في جميع الأحوال مصلحة المحضون و لعل القضاء قبل صدور قانون الأسرة كان أساس قراراته المذهب المالكي إذ انه في قرار صادر عن مجلس الأعلى بتاريخ 25_02_1982 جاء فيه :" من المستقر عليه فقها و قضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب حق الزيارة و الرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود .

---

[1] جاء في المادة 69 " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجعا الأمر للقاضي في إثبات الحاضنة له أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون "

– جاء في الفصل 107 من مدونة الأحوال الشخصية المغربي " إذا استوطنت الحاضنة في بلدة أخرى يعسر فيها على أب المحضون أو وليه مراقبة أحوال المحضون و القيام بواجباته سقطت حضانتها "

[2] – المادة 67 من قانون الأسرة الليبي فقرة ب " لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة في أي بلد داخل جماهيرية سواء كان سفر مؤقتا على سبيل استيطان على حق الحاضنة الحضانة إلا إذا أضر سفر بالمصلحة المحضون " فقرة ج " لا يسمح للحاضن بالسفر بالمحضون خارج جماهيرية إلا بعد حصوله على أذن من الولي المحضون فإذا امتنع الولي عن دلك رفع الأمر إلى المحكمة "

و من ثم فان للقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون " [1] . و بعد صدور قانون الأسرة سنة 1984 فان جل القرارات تبين ، و تبنت ما أرسته المادة 69 بان حددت الانتقال بالمحضون خارج الوطن ، أي إلى بلد أجنبي فانه قد يفقد الرقابة للأب عن أولاده فقضي بان اسقط الحضانة عن الحاضنة إذ جاء في قرار بتاريخ 19_02_1990 :" انه من المقرر شرعا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه ، و من ثم القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون . و يستوجب نقض القرار المطعون فيه "[2]

الفرع الثالث: بقوة القانون

لقد سبق الحديث عن أن للحضانة مدة وهذا بعدما أن طرقنا الخلاف، و نظرة كل واحد من المذهب الفقهية، و اتجاه المشرع الجزائري.

و عليه فخلصنا إلى أن المشرع قد ذهب إلى حد ما إلى ما يقارب المذهب المالكي فجعل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الطفل المحضون سن عشر سنوات، و للقاضي تمديدها إلى ستة عشرة سنة إذا

---

[1] قرار المجلس الأعلى – غرفة الأحوال الشخصية – ملف رقم 26693 _ بتاريخ 1982/01/25 – نشرة القضاة عدد خاص أورده الأستاذ بلحاج العربي في مؤلفه قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا _ المرجع السابق ص 131

[2] قرار المحكمة العليا _غرفة الأحوال الشخصية _ ملف رقم 59031_ بتاريخ 1990_02_25 _ المجلة القضائية لسنة 1991 _ عدد 4_ص 116 أورده الأستاذ بلحاج العربي في مؤلفه قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا

رفع لديه طلب، و لكن لا يقضي في إلا بشروط، و هي أن تكون الحاضنة أما، و أن لا تكون قد تزوجت مرة ثانية، و أن يراعي في القضاء في التمديد من عدمه مصلحة المحضون.

و أما الأنثى فان مدة الحضانة تنتهي ببلوغ الأنثى سن الزواج، و هي 18 سنة طبقا للمادة 65، و المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

إن الأمر هنا هو سقوط الحضانة بقوة القانون بفوات، و انتهاء المدة المنصوص عليها قانونا، و قد جعلت لحاجة المحضون ليتلقى الرعاية الكافية، والتربية التامة إلا أن السؤال الذي يهمنا هو ما مصير المحضون بعد انتهاء الحضانة ؟.

المبدأ أن الصغيرة، أو الصغير يبقى في حضانة النساء حتى تنتهي مدة التي حددهـــا كل مذهب، و ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 65.

فالمذهب الحنفي انه إذا استقل الولد عن خدمة غيره، و أصبح يقوم بمصالحه، وبلغ ســـن سبع سنين لقوله صلى الله عليه و سلم " مروا أولادكم لسبع، و اضر بوهم لعـــشر "[1].

وان امتناع الأم عن تسليمه إليه يحق له المطالبة به، و أما فيما يخص الأنثى فقد فرقوا بين أن تكون الحاضنة أما، أو الجدة، أو غيرهما من الحاضنات فان كانت الحاضنة أما، أو جدة بقيت إلى أن تبلغ مبلغ النساء، و أن كانت غيرهما بقيت المحضونة إلى أن تبلغ تسع سنوات، و تضم إلى أبيها، أو من يليه من العصبات.

[1] محمد مصطفى شلبيـ أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون – المرجع السابق – ص 765

و أن سند الحنفية ،هو أن في عدم تخيير المحضون، أن الطفل القاصر لا يعرف مصلحته، و انه لم يثبت عند الصحابة انه خيروا غلاما ، و أن الحديث المرتكز عليه لا يتحدث على الفرقة بين الرجل، و المرأة، و انه لا يتكلم على الطفل البالغ بحكم أن السقي من البئر لا يقوم به إلا البالغ.

و أن نفس الرأي عند مالك حيث أن الأم أحق بالطفل حتى يبلغ، و أن التخيير لا يصح للغلام لان لا قول له، و لا يعرف حظه، و ربما اختار عند من يلعب عنده، و يترك تأديبه [1]، و أن الأم بالأنثى حتى تزوج، و يدخل بها الزوج، و انه جاء في المدونة أن البنت تكون عند الأم، أو الجدة، أو الخالة على حسب الأحوال حتى تبلغ مبلغ النكاح، و يخاف عليها نظر فان كانت أمها في حرز، ومنعة، و تحصين كانت أحق بها حتى تنكح فإذا خيف على البنت في موضع الحضانة، و لم تكن في تحصين، و منعة، أو كانت غير مرضية في حالها ضم الجارية أبوها إليه، أو أولياؤها أم كان في الموضع الذي تضم إليه كفاية، و حرز[2].

[1] و لعل الرواية المشهورة عن الشيخ ابن تيمية " انه تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام فخيره بينهما فاختار أباه فقالت أمه أساله لأي شيء يختار أباه فسأله فقال : أمي تبعثني كل يوم للكتاب و الفقيه يضربني و أبي يتركني العب مع الصبيان فقضى به للام و قال : أنت أحق به " انظر عبد الرحمان الصابوني – شرح قانون الأحوال السوري ـالمرجع السابق –ص 294.

[2] محمد الشريف عالم ـ قانون الزواج و الطلاق ـ رقم 10 سنة 1984 و أسانيده الشرعية – المرجع السابق – ص 318

أما الشافعية فلم يفرقوا بين الذكر، و الأنثى ففي نظرهم يبقـــى المحضون مدة الحضانة، و بعد بلوغه السن السابعة يخير بين البقاء عند أمه، أو أبيه، و سندهم انه ثبت عن الرسول صلى الله عليه و سلم انه خير غلاما بين أمه وأبيه[1] وعلى هذا سار الحنابلة [2].

انه بعد استطلاع الآراء الفقهية فيما يخص مصير المحضون ذكرا، أو أنى بعد انتهاء مدة الحضانة، و رأي كل مذهب فالمذهب المالكي، والحنفي لا يجز التخيير بخلاف المذهب الشافعيـــة، و الحنابلـــة، و رغم ذلك فان مشرعنا رغم انه نظم مدة الحضانـــة في المادة 65 من قانون الأسرة إلا انه لا يجيبنا عن مصر المحضون بعد انتهاءها، و بلوغ الذكر السن 10 سنوات، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، أو حتى انتهاء مدة التمديد بالنسبة للذكر أن كان هناك تمديد إلى السن 16 سنة فهل يضم المحضون إلى الأب، أو يبقى لدى حاضنته.

و انه إلى رجعنا إلى النص الوحيد المنظم لمدة الحضانة، فانه لا يجيبنا على الإشكال المطروح، و إذا رجعنا إلى الفقه، و أساسا المذهب المالكي فانه لا يجيز التخيير، و أن الغلام يبقى عند أمه مدة الحضانة، و بعد تمامها فالمفترض أن الأب أحق به أما البنت فرأي مالك تبعا لما ورد في المدونة الكبرى هو مدى توافر حرز على البنت، فان كانت في حرز، و منعة تبقى عند الأم، فان كان غير ذلك ضمت إلى الأب، أو من له الحق في ذلك لحمايتها من الفساد، و الضياع .

---

[1] إذ جاءت امرأة إلى النبي (ص) قالت " أن زوجي يريد أن يذهب بابني و قد سقاني من بئر أبي عنبة و قد نفعني فقال رسول الله (ص) : أستهما عليه فقال زوجها : مـــن يحاقني في ولدي فقـــال النبي (ص) : هذا أبوك و هذه أمك فخد بيدي أيهما شئت فاخذ بيد أمه فانطلقت به " رواه أصحاب السنن عن التاج جامع الأصول في أحاديث الرسول (ص) للشيخ منصور علي ناصف ص 357 – المجلد الثاني –1961 الرياض المكتبة الإسلامية.

[2] – عبد الرحمان الجز يري – الفقه على المذاهب الأربعة – ج4 _ كتاب النكاح _ كتاب الطلاق المرجع السابق – ص 599

إن المحكمة العليا لم توضح منهاجها، و من ثم كان من الضروري أحداث نص يبين مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة

المطلب الثاني: عودة الحضانة

لقد بينا أن الحضانة حق للحاضن إلا هذا الحق قد يسقط وذلك للأسباب التي ذكرناها سابقا، و هو ما درج عليه الفقه، و سار عليه المشرع فـــي قانون الأسرة، ولكـــن السؤال الذي يطرح نفسه أن الحضانة أن سقطت لمانع من الموانع التي فصلناها، هل يعـــود الحق للحاضنة في ممارسة الحضانة ؟.

أن الفقه في هذه المسالة على رأيين[1].

فالمالكية: قالوا إذا سقطت الحضانة لعذر كالمرض، و خوف المكان، و سفر ولي المحضون سفر نقلة، و سفرها إلى الحج ثم زال العذر بشأنها من زوال المرض، و تحقق الأمن، و العودة من السفر الاضطراري عادت الحضانة إليها لان المانع من الحضانة هو العذر الاضطراري.

أما إذا تزوجت بأجنبي على المحضون غير محرم، و دخل بها أو سافرت باختيارها لا لعذر ثم أيمت بان فارقها زوجها بطلاق، أو فسخ نكاحها، أو وفاة، أو عادت من السفر الاختياري فلا

[1] وهبـــة زحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته – الأحوال الشخصية ــ ج7 ــالأحوال الشخصية، ط1 . ــالمرجع السابق –ص 732
– ابن القيم الجوزية ــ زاد المعاد– المرجع السابق – 129

تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع لان السقوط كان باختيارها، و قال مالك رحمه الله في المشهور في مذهبه إذا تزوجت، و دخل بها لم يعد حقها من الحضانة، و إن طلقت ، و هذا بناءا على قوله (ص) " ما لم تنكحي " للتوقيت أي حقك في الحضانة مؤقت حين نكاحك فإذا نكحت انقضى وقت الحضانة فلا تعود بعد انقضاء وقتها كما انقضـــى وقتها ببلوغ الطفل و استغنائه عنها[1].

وقال الجمهور (الحنفية و الحنابلة و الشافعية) : إذا سقطت لمانع ثم زال ذلك المانع عادت الحضانة لصاحبها سواء كان المانع اضطراريا كالمرض أم اختياريا كالزواج، و السفر، والفسق لان في نظرهم الحكم إذا ثبت بالعلة زال بزوالها لان علة السقوط في الحضانة بالزواج، فان طلقت زالت العلة فزال الحكم.

و رغم اتفاق الجمهور على أن الحضانة تعود بزوال المانع إلا إنهم اختلفوا في عودة الحق في الحضانة بمجرد الطلاق[2] هل يكفي أن يكون رجعيا أم بائنا ؟.

فذهب أبو حنفية على أن الحق في الحضانة يعود في الطلاق البائن حتى مع قيام العدة، لكنه في الرجعي عندهم لا يعود بمجرد الطلاق، و سنده أن المطلقة رجعيا زوجة فلها عامة أحكام فيثبت لها التوارث، و النفقة، و يحرم عليها الزواج مادامت في عدة الطلاق، و لا تعود الحضانة حـــتى

---

[1] ميارة الفاسيـــ شرح الميارة الفاسي على تحفة الحكام – المرجع السابق – ص 274
– ابن القيم الجزية ـــ زاد المعاد في هدي خير العباد_المرجع السابق – 129

[2] عبد السلام عامر –الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء ـــ المرجع السابق – ص 266 .

تنتهي العدة، و فضلا على ذلك فولاية المطلق في الرجعي حال العدة باقية، و هذا يؤثر في الحضانة فمن شانه إلا تكون الحاضنة حرة في رعاية المحضون.

و ذهب الحنابلة، و الشافعية انه لا فرق بين الطلاق الرجعي، و البائن فكما أن الحق في الحضانة يعود بمجرد الطلاق في البائن فكذلك يعود في الطلاق الرجعي دون انتظار انقضاء العدة، و سند هذا الرأي أن علة السقوط قد زالت بالطلاق، و المطلقة رجعيا تعتبر مطلقة، و بالطلاق تعود الحضانة.

و لعل بالرجوع إلى مشرعنا[1]، و خاصة المادة 71 فنجده مبدئيا بالمذهب المالكي، و اعتبر أن المانع الاضطراري هو الذي تعود به الحق في الحضانة كالمرض المعدي، أو عدم المكان كما جاء من أسباب الاضطرارية في المذهب المالكي أما إذا كان بتصرف إرادي، و اختياري من الحاضنة فانه لا تعود حضانتها، مثلا كزواجها بأجنبي عـــن المحضون. وان طلقت فان الحضانة لا تعود لها.

[1] جاء في المادة 71 " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري " و نفس الحكم كان للمشرع المغربي في الفصل 110 من مدونته

الخـــــــاتمـــــــة

الخاتمـــــــة

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة استخلصت ما يلي :

أولا : وجدنا أنّها من المواضيع الحساسة و الدقيقة و المعقّدة أيضا ، ذلك أنّ الحضانة قائمة على معيار أساسي و هو مصلحة المحضون ، هذا المصطلح الذي ذكره المشرع في جميع المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا ، إلاّ أنّه غير واضح و غير محدد بدقة ، إذ أنّ مصلحة المحضون فكرة مطاطة قد تقبل التوسيع و التضييق منها .

و قد ترك المشرع الجزائري البحث و تقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي ، و بالنظر إلى تفشي ظاهرة الطلاق و توسعها بشكل كبير الأمر الذي يطرح بشدّة ، بالتالي موضوع الحضانة باعتبارها نتيجة حتمية للطلاق و أنّه لا مجال في المقابل للحديث عن هذه المسألة إذا كانت الزوجية قائمة رغم ما يمكن أن يعانيه الطفل من سوء معاملة أو إهمال من أبويه دون أن يستطيع القضاء التدخل لحماية هذا الطفل في غياب شكوى .

أمام هذا الوضع يجد القاضي نفسه أمام وضع حرج ، فهو ملزم من جهة في البحث عن مصلحة المحضون ، و أين يجدها حتى يسند الحضانة للأجدر و الأحق بها ، و من جهة أخرى يجد

القاضي نفسه معدم من كل الوسائل التي تمكنه من البحث و التحقق من توفرها ، لأن كثرة القضايا و تكاثفها من شأنها أن تجعله لا يعطي للملفات المعروضة عليه العناية اللازمة و الدراسة الكافية ، لأنّه أصبح مقيد بالفصل في القضايا في أحسن الآجال .

هذه الفكرة في رأينا و إن كانت صائبة و مطلوبة في باقي الدعاوى ، إلاّ أنّها قد تكون لها نتائج سلبية على المحضون باعتبار أنّ القاضي في أغلب الحالات – أمام نقص القضاة و كثرة القضايا – لا يجد بل لا يكون له الوقت لإجراء تحقيق و بحث حتى يستشف مصلحة المحضون.

و لأن وضعية الطفولة في العصر الحديث أصبحت من المحاور الرئيسية التي يدور حولها النقاش في المجتمعات الغربية ، حيث تعقد لأجلها الملتقيات و المؤتمرات ، و أبرمت لأجلها الاتفاقيات و المعاهدات الدولية من أجل الحرص على حماية الطفل و الاعتناء في هذه المرحلة الحساسة من عمره، و ذلك بإنشاء الجمعيات التي تلعب هذا الدور و تدعيمها و التي تدافع عن حقوق الطفل من جهة ، و تساهم في توعية المجتمع و تحسيسه بضرورة الاهتمام بالقُصر و حفظهم من شتى أنواع الانحراف أو العنف أو الإهمال ،

و قد توصل الأمر إلى إمكانية نزع الطفل من والديه و وضعه في دور الحضانة المتخصصة إذا ما لاحظت الجمعيات أن وضعية طفل في أسرة ما من شأنها تهدد بناء شخصيته .و عليه نرى أنّه من الواجب أن يلقى القاضي باعتباره حامي مصلحة المحضون الوحيد تقريبا ، ما دام أنّه لا توجد جمعيات متخصصة في الجزائر لهذا الغرض ،و لها نفس الصلاحيات لنظيراتها في المجتمعات الغربية .

و ما دام أنّه لا توجد في الجزائر هيئات أو جمعيات لها نفس الصلاحيات لنظيراتها في المجتمعات الغربية في مراقبة وضعية الطفل ، و منه نرى أنّه من الواجب أن يلقى القاضي باعتباره حامي مصلحة المحضون كامل الدّعم المادي و المعنوي حتى يقوم بمهمته على أحسن وجه ، و يبذل لأجل ذلك عناية الرجل الحريص ، و من ذلك أن يوضع تحت تصرفه متخصصين نفسانيين ، اجتماعيين و أطباء من شأنهم أن ينوِّروا له الاتجاه الذي يسلكه بخصوص الطفل باعتماده على تقاريرهم في المسائل الفنية التي يصعب عليه معرفتها بنفسه .

ثانيا: ما يمكن ملاحظته على المواد المتعلقة بالحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ، تبيّن لنا أنّ المشرع الجزائري قد ركّز في تعريف الحضانة على أهدافها من خلال المادة **62** من قانون الأسرة ،و يكون بذلك قد حدّد نطاق الحضانة و وظائفها الأساسية ، و منه يتعيّن على المحكمة عندما تفصل في الحضانة أن تراعي كل الجوانب التي تضمّنها تعريف الحضانة و هي : رعاية الولد ، تعليمه ، القيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته و حفظه صحّة و خلقا .

و قد جعل المشرع الجزائري من أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه ، و قد ساوى الفقه و القضاء بين المسلمة و غير المسلمة في استحقاق الحضانة ، و يقع على عاتق الوالد أو من يحل محلّه عبء مراقبة و متابعة ما إذا كانت تربية الولد تتمّ فعلا على دين أبيه ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه : كيف يتمكن الأب من مراقبة تربية الطفل على دينه عندما تمنح الحضانة لأم غير

مسلمة ؟ نلاحظ أنّه من الصعوبة بما كان أن يستطيع متابعة ابنه في هذه الحالة ، و لبعده عنه و عدم التقائه يوميا به ،

و القول بأنّ الوالد يراقب الطفل عند ممارسته لحقه في الزيارة في غير محلّه كون أنّ المدة التي يبقى فيها معه عند ممارسته لهذا الحق لا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع حاضنته غير المسلمة . ثم أنّ الزيارة حق ، فماذا يترتب لو لم يمارس صاحب الحق حقه ؟ و كيف تكون تربية الطفل ؟ و من يراقب ذلك ؟

نرى أنّه على المشرع أن يتدخّل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة، و تربية الولد على دين أبيه.

كما أنّه يلاحظ على نفس المادة أنّها أهملت الحديث أو تحديد شروط الحضانة برغم أهميتها و اكتفت بعبارة " و أن يكون أهلا للقيام بذلك " ، و ضبط هذه الشروط من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون .

ثالثا : أمّا بخصوص المادة **64** التي تتحدث عن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جاء مقتضبا و مختصرا على عكس بعض التشريعات الإسلامية الأخرى، خاصة عندما نصّت : على الأقربون درجة ، فالمشرع لم يحددهم

و ترك للقاضي خوض غمار البحث في هذه الفئة، و لم يبيّن ما هو الحل إذا تعدّد مستحقو الحضانة من درجة واحدة...

كما أنّ المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة ، لم يحدّد معناها و الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناءا على طلب الحاضن .

رابعا : و عندما نص المشرع على تمديد حضانة الذكر الذي أتمّ **10** سنوات إلى غاية **16** سنة ، و حصر طلب ذلك على الأم فقط ، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب التمديد ، و لا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان الحاضن عند شخص غير الأم ، حتى و لو كانت مصلحة المحضون تقتضي التمديد ، و هذا في رأينا قصور من المشرع يجب تداركه.

أنّ المشرع الجزائري لم يبيّن سبب حصر سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم دون غيرها ، كما لا يفوتنا أن نشير أنّه على المشرع أن يفصل في أي من الأبوين (الطرفين) الذي تتحدد مسؤوليته في رقابة الطفل المحضون .

و عليه فإنّنا نرى أنّه من الضروري أن يتدخّل لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة و توضيحها بدقة و أكثر تفصيل ، و تدارك النقائص الموجودة و منحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل .

خامسا: أما فيما يتعلق بمسألة مسكن الطفل المحضون أي المكان الذي تمارس فيه الحضانة إذا كان الأمر يتعلق بأم المحضون نرى أن ما جاءت به المادة 52 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية حين نصت على أنه " ..... وإذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج " مجحف في حق الأم الحاضنة وذلك لأنه يست شف من نص هذه المادة أنه لو تعلق الأمر بمحضون واحد سقط حق الحاضنة في الاستفادة من مسكن ، وهذا يعد غير منطقي ، فمن جهة المشرع يقيد المواد المتعلقة بالحضانة بمبدأ مصلحة المحضون ومن جهة أخرى يعرض هذا الطفل المحضون إذا كان وحيدا إلى التشرد وذلك بالنص على لفظ " محضونيها " مما يدل على " أكثر من واحد " وهذا ما ذهبت إليه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أي استحقاق الأم الحاضنة لسكن الزوجية أو أجرة مسكن لممارسة الحضانة إلا إذا كان لديها أكثر من محضون ، هذا ما يؤدي بنا إلى اقتراح تغيير المصطلح الوارد في نص المادة 52 فقرة 02من قانون الأسرة " محضونيها " والدال على التعدد إلى مصطلح " محضونها " وذلك لتفادي تعرض صبي قد لا يتعدى بضعة أشهر مع أمه إلى التشرد وذلك تطبيقا لمبدأ مصلحة المحضون ومراعاة لها .

المراجع

اولا:المراجع باللغة العربية

أ_المراجع العامة

1_الحافظ ابن الحجر العسقلاني _ كتاب السلام في شرح بلوغ المرام _ الجزء الثالث_ مكتبة المعارف الرياض سنة 1420

2_الأستاذ الحبيب بن طاهر_ فقه المالكي و أدلته الجزء الرابع _ مؤسسة المعارف بيروت _ الطبعة الثانية سنة 2005

3_الشيخ ابن القيم الجوزية _ زاد المعاد في هدي خير العباد_ المجلد الخامس _ دار الكتب العلمية بيروت لطبعة الأولى سنة 1998

4_الشيخ أبو عبدا لله محمد بن يزيد القزويني _سنن ابن ماجة._ مصر:_ دار إحياء الكتب العربية، _ بدون تاريخ.

5_الشيخ أبي خير نور الحسن خان فتح العلام لشرح بلوغ المرام _ دار ابن حزم _ ص 717_ط1 سنة 2003

6_الأستاذ احمد إبراهيم ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، ط3، 1938

7_الأستاذ احمد نصر الجندي – الطلاق و التطليق و أثارهما – ص587- دار الكتب القانونية مصر – سنة 2004 –

8_الأستاذ احمد نصر الجندي _ موسوعة الأحوال الشخصية آثار التفريق بين الزوجين _ الجزء الثالث _ 2006 _ دار الكتب القانونية المحلة الكبر مصر

9_الأستاذ احمد نصر الجندي _ النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي _ دار الكتب القانونية مصر _ سنة 2006

10_الأستاذ احمد نصر الجندي _ شرح قانون الأسرة الجزائري _ دار الكتب القانونية المحلة الكبرى مصر سنة 2009

12_الدكتور احمد محمد علي داود _ الأحوال الشخصية _الجزء الثالث و الرابع _ دار الثقافة _ سنة 2009 _

13الدكتور المصري مبروك ، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري ، دار الهومة _ 2010

14_الشيخ أبو كمال بن السيد سلم _صحيح فقه السنة و أدلته _ الجزء الثالث _ المكتبة التوفيقية سنة 2003

15_ الأستاذ باديس ديابي _ صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الآسرة الجزائري ، دار الهومة سنة 2012

16_الدكتور بدران أبو العينين بدران _ الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون _ ص 543 _ الجزء الأول الزواج و الطلاق _ دار النهضة العربية _ بيروت 1968

17_الأستاذ بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات ، دار الخلدونية ، 200 بن رقية بن يوسف – أهم النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني و التجاري ، اجتهادات المحكمة العليا_ الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2002

18_الأستاذ بلحاج العربي _ قانون الأسرة و مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا _ ديوان المطبوعات الجامعية _ 1992

19_بلحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري

20_الشيخ حافظ ابن الحجر العسقلاني تعليق الشيخ محمد ناصر الدين الألباني كتاب سبل السلام شرح بلوغ المرام الجزء الثالث مكتبة المعارف للنشر و التوزيع الرياض سنة 1999

21_رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط1 .، دار الفكر العربي، القاهرة،1999

22_الدكتور رمضان علي السرياطي و الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي _أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد _ منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى سنة 20071997

23_زكي شعبان _ الإحكام الشرعية للأحوال الشخصية _المنشورات الليبية _ كلية الحقوق الليبية _ الطبعة الثالثة _ سنة 1973

24_زكريا بري _ الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة و القانون ___ الدار القومية القاهرة _ سنة 1979

25_الأستاذ فضيل سعد _ شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق _ الجزء الأول _ شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق –الجزء الأول – المؤسسة الوطنية للكتاب.

26_ الأستاذ فؤاد افرام البستاني _ منجد الطلاب _لبنان بيروت _ سنة 1996

27_سيد سابق _ فقه السنة _ المجلد الثاني _، دار الفكر الطبعة الأولى سنة 1977

28_الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم _ المدونة الكبرى الإمام مالك بن انس _ مطبعة السعادة _ط1 _سنة 1323

30_الأستاذ شذى مظفر حسين حضانة الأم في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي و القانون المدني الفرنسي)_ مجلة القادسية _ العدد الأول المجلد الرابع) حزيران 2011

31_الشيخ صالح بن فوزان – الملخص الفقهي –ص 369- دار ابن الحوزي للنشر و التوزيع – بدون تاريخ

32_صالح حنفي _ قضاء الأحوال الشخصية نفسا و مالا _ دار الكاتب العربي للطباعة و النشر القاهرة _1968/

33_ الأستاذ لحسين بن الشيخ اث ملويا_ المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية _ الجزء الأول _

34_الإمام محمد أبو الزهرة_ تنظيم الأسرة في الإسلام –ص 99 – دار الفكر العربي – بدون تاريخ /

35_الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، طبعة 1950

36_الإمام محمد أبو الزهرة _ الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي، القاهرة _ بدون سنة الطبع

37_القاضي الشيخ محمد الشماع _ المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج و الطلاق و الميراث _ دار القلم دمشق _1995

38_الشيخ محمد بن يوسف الكافي إحكام الأحكام على تحفة الحكام للعلامة _ شرح وتعليق مأمون بن محي الدين الجنان دار الكتب العلمية بيروت 1994 الطبعة الأولى

39_ الأستاذ محمد التومي _ نظام الأسرة في الإسلام _ شركة الشهاب _ الجزائر _ سنة 1981

38_الشيخ ميارة الفاسي – شرح المي ارة الفاسي على تحفة الحكام – – دار الفكر 1992

الأستاذ معوض عبد التواب _موسوعة الأحوال الشخصية _ منشاة المعارف الإسكندرية _ 1973

39_الدكتور مصطفى احمد الزرقا _ مشروع القانو ن الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري و السوري _ دار القلم _ الطبعة الأولى 1996

40_ محمد .الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، ج2 .، دار احياء الكتب العلمية، دون سنة الطبع

41_الدكتور محمد سمارة _ أحكام و آثار الزوجية _ شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية الطبعة الأولى 2002 _ جامعة جرش

42_الأستاذ محمد مصطفى شلبي _ أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون _ص 745_ دار النهضة العربية بيروت _ الطبعة الثانية _سنة1977

43_محمود علي السر طاو ي _ شرح قانون الأحوال الشخصية _ دار الفكر _ سنة 2007 _ الطبعة 2

44_للشيخ منصور علي ناصف ص 357 - المجلد الثاني -1961 الرياض المكتبة الإسلامية

45_الأستاذ عبد العزيز سعد _ الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري دار البحث ط 2 _سنة 1989

47_الأستاذ عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على نظام الأسرة _ المؤسسة الوطنية للكتاب _ سنة 1990

48_الأستاذ عبد العزيز سعد قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد –أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل –دار هومة 2009

49_الأستاذ عبد الكريم شبهون _ شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية _ دار نشر المعرفة الرباط _ سنة

50_عبد الرحمان الجز ير ي – الفقه على المذاهب الأربعة – ج4 _ كتاب النكاح _ كتاب الطلاق _ المكتبة التوفيقية ت بدون تاريخ

51_عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – فقها و قضاء، – دار الفكر العربي القاهرة _سنة 1976

52_الدكتور عبد الرحمان الصابوني _ قانون الأحوال الشخصية السوري _ الجزء الأول _ الزواج و الطلاق _مطبعة جامعة دمشق 1971

53_عمر عبدا لله و محمد حامد قمحاوي _ أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين _ دار المطبوعات الجامعية سنة 2003

54_ الدكتور عبد السلام محمد شريف العالم _ قانون الزواج و الطلاق _ رقم 10 سنة 1984 و أسانيده الشرعية _ بن غازي _ الطبعة الأولى_ سنة 1990

55_الدكتور عثمان التكروري _ شرح قانون الأحوال الشخصية مكتبة الثقافة _ عمان سنة 1998

56_الشيخ ابن عرفة الدسوقي _ حشية الدسوقي على الشرح الكبير _ الجزء الثاني _دار الفكر بيروت

57_ الدكتور نصر فريد واصل_ الولايات الخاصة الولاية على لنفس في الشريعة الإسلامية _دار الشروق _ القاهرة _سنة 2001

58_الدكتور وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي و أدلته – الأحوال الشخصية _ ج7 _الأحوال الشخصية، ط1 . _دار الفكر، دمشق سنة _ 1984

70_فؤاد افرام البستاني _ منجد الطلاب _لبنان بيروت _ سنة 1996

ب_المقالات و البحوث

71_مسعودة كسال - مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري - ص 62-ديوان المطبوعات الجامعية 1986

71_علي بشـــار – فكرة الحضانة فـــي قانون الأسرة التونسي – ص 1050 – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية – سنة 1968

72_الأستاذ محمد الحسن البغا _ بحث بعنوان تزوج الأم بغير الأب و السفر بالمحضون _ مجلة جامعة دمشق _ العدد الثاني المجلد الثامن _ سنة 2002

73_الدكتور أعراب بلقاسم _ بحث بعنوان مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن _ مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية _ العدد 1 _ سنة 1994

74_الأستاذ وجنات عبد الرحيم ميمني _ لمن الحضانة _ _ مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها جزء 15 _ كلية التربية للعلوم مكة _ جمادي الثانية 1424

ج_الرسائل

75_الأستاذ عبد الرحمان هرنان _الحضانة في القانون الجزائري و مدى تأثرها بالقانون الأجنبي _ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص _جامعة الجزائر _ سنة 1978

78_عرابي خيرة الحضانة عند المشرع الجزائري _ رسالة لنيل شهادة الماجستير _ جامعة وهران _ سنة 2002

79_زكية حميدو _ مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص_6_ السنة الجماعية 2004 و 2005

80_محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير،جامعة بغداد ، كلية الشريعة، 1988

د_المجلات القضائية

المجلة القضائية لسنة 1989 عدد الأول

مجلة قضائية سنة 1989 العدد الرابع

المجلة القضائية لسنة1990 _ العدد 2

المجلة القضائية _ سنة 1990 العدد الرابع

مجلة قضائية 1991 – عدد الثاني

المجلة القضائية العدد الرابع سنة 1991

المجلة القضائية 1993_ عدد الأول

المجلة القضائية لسنة2004_ العدد 1

المجلة القضائية لسنة 2004 _ العدد 2

المجلة القضائية العدد 02 – سنة 2008

_ المجلة القضائية _1986_ عدد 2 _

الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية _ عدد خاص _ سنة 2001

نشرة القضاة سنة 1972

نشرة القضاة _ _سنة 1981 العدد الثاني

نشرة القضاة سنة 2005 _عدد62

مجلة المحكمة العليا _ العدد 2 سنة 2010

المراجع باللغة الفرنسية

81_ghaouti benmalha_element du droit algérien de la famille_ _publisud_1985

Abderrahmane hernane _la hadana dans ses rapports 66 avec la puissance paternelle en droit algérien _ opu 1996

82_jean Henri Bousquet droit musulman groupe arneaut _1963_

الفهرس

المـــقدمـــة.....02

الباب الأول: ماهية الحضانة وطبيعتها القانونية.....7

الفصل الأول: مفهوم الحضانة و خصائصها.....10

المبحث الأول:مفهوم الحضانة.....11

المطلب الأول: التعريف الاصطلاحي للحضانة..... 12

الفرع الأول: التعريف اللغوي للحضانة.....12

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للحضانة.....13

المطلب الثاني: التعريف القانوني للحضانة.....16

المبحث الثاني: خصائص الحضانة.....26

المطلب الأول: الحضانة محددة المدة.....28

المطلب الثاني: الطابع الإلزامي للحضانة.....29

المطلب الثالث: عدم تقرير الحضانة إلا لمحرم.....30

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للحضانة.....34

المبحث الأول: طبيعة الحضانة.....35

المطلب لأول: الحضانة حق للحاضن أم حق للمحضون الحضانة 36

الفرع الأول:الحضانة حق الحاضنة.....37

الفرع الثاني:الحضانة حق للمحضون.....41

الفرع الثالث: الحضانة حق للحاضن و المحضون.....43

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من طبيعة الحضانة.....46

المبحث الثاني:الحضانة اثر من أثار الزواج أم الطلاق.....55

المطلب الأول: الحضانة اثر من آثار الزواج.....56

المطلب الثاني الحضانة اثر من آثار الطلاق.....64

المبحث الثالث:التمييز بين الحضانة و النظم المشابهة لها.....66

المطلب الأول: الحضانة والولاية.....67

الفرع الأول:أوجه التشابه.....68

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.....68

المطلب الثاني: الحضانة و الكفالة.....71

المطلب الثالث: الحضانة والوصاية.....74

الباب الثاني: أحكام الحضانة.....77

الفصل الأول:شروط استحقاق الحضانة و أصحاب الحق فيها.....78

المبحث الأول شروط استحقاق الحضانة.....79

المطلب الأول:الشروط العامة.....83

الفرع الأول: البلوغ و العقل.....83

الفرع الثاني: الأمانة على الأخلاق.....87

الفرع الثالث:القدرة.....91

المطلب الثاني: الشروط الخاصة.....106

الفرع الأول:الشروط الخاصة بالنساء.....107

الفرع الأول:الشروط الخاصة بالرجال.....120

المبحث الاول :اصحاب الحق في الحضانة.....123

المطلب الاول:الترتيب الفقهي لاصحاب الحق في الحضانة.....124

المطلب الثاني:ترتيب اصحاب الحق في الحضانة في قانون الاسرة الجزائري.....130

الفرع الاول :الترتيب قبل التعديل 131

الفرع الثاني: الترتيب بعد التعديل 137

الفصل الثاني: آثار الحضانة.....145

المبحث الأول: مدة و مكان ممارسة الحضانة.....146

المطلب الأول: مدة الحضانة.....147

الفرع الأول: زمن الحضانة.....148

الفرع الثاني تمديد مدة الحضانة.....153

المطلب الثاني: مكان ممارسة الحضانة.....158

الفرع الأول: مقر الحضانة.....158

الفرع الثاني: حق الزيارة.....166

المبحث الثاني: نفقة المحضون وسكناه.....175

المطلب الأول:نفقة المحضون وأجرة الحضانة.....176

الفرع الأول: نفقة المحضون.....176

الفرع الثاني:أجرة الحضانة.....188

المطلب الثاني سكن الحضانة 193

الفرع الأول:المكلف بتوفير سكن الحضانة أو أجرته.....194

الفرع الثاني:حق الحاضنة في السَّكن.....199

المبحث الثالث: أسباب سقوط الحضانة و عودتها.....204

المطلب الأول: أسباب سقوط الحضانة..... .. 205

الفرع الأول : سقوط الحضانة لمخالفة مقتضيات المادة 62 من قانون الأسرة 205

الفرع الثاني: تصرف الحاضن.....209

الفرع الثالث: بقوة القانون.....221

المطلب الثاني: عودة الحضانة..... 225

الخاتمة.....229