وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

مسقطات الحضانة بين الفقه الإسلامي و القانـــون الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: حقـــوق
التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب(ة):
بلعروسي عبد الله

تحت إشراف الأستاذ(ة):
د. حيدرة محمد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	فرقاق معمر	رئيسا
الأستاذ	حيدرة محمد	مشرفا مقررا
الأستاذ	بن عوالي علي	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

نوقشت يوم : 2021/09/19

إهداء

بسم اللّه الرحمن الرحيم

** وقل اعملوا فسيرى اللّه عملكم ورسوله والمؤمنون **

صدق اللّه العظيم

إلهي لا يطيب اللّيل إلا بشكرك، ولا يطيب النّهار إلا بطاعتك، ولا تطيب اللّحظات إلاّ بذكرك، ولا تطيب الآخرة إلاّ بعفوك، ولا تطيب الجنّة إلاّ برؤيتك.

إلى من بلّغ الرّسالة، وأدّى الأمانة، ونصح الأمّة،إلى نبيّ الرّحمة ونور العالمين

سيّدنا محمّد عليه أفضل الصلاة والسّلام

إلى من كلّله اللّه بالهيبة والوقار، إلى من علّمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل إسمه بكلّ افتخار.. أرجو من اللّه أن يمُدّ عمرك لترى ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار.. وستبقى كلماتك نجوماً أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد..

والدي العزيز

إلى ملاكي في الحياة.. إلى معنى الحب والحنان والتفاني.. إلى بسمة الحياة وسرّ الوجود.. إلى من كان دعائها سرّ نجاحي وحنانها بلسم جراحي.. إلى أغلى الحبايب

والدتي الحبيبة

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة.. إلى رياحين حياتي

إخوتي

إلى قرة عيني حفظها اللّه لي، ابنتي الغالية " آلاء الرحمن "

إلى الأهل والأقارب..إلى زملائي وأصدقائي..إلى من نسيهم القلم ولم ينساهم القلب

بلعروسي عبد الله

شكر و تقدير

قال تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم : " رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَك الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِين ".

الحمد للّه دوماً على ما أنعم علينا من فضل كبير وأسأله سبحانه أن يُبلّغنا حمده وشكره، والحمد للّه الّذي مكّنني برعايته وفضله من إنجاز هذا العمل المُتواضع.

الحمد للّه الّذي سخّر لي من البشر من أعانني في إنجاز هذا العمل، وأخُصُّ بجزيل الشكر الأستاذ

" حيدرة محمد " الّذي لم يدّخر جهدا في الإشراف و المتابعة المستمرة لهذا العمل، ولم يبخل عليّ بتوجيهاته ونصائحه القيّمة.

إلى جميع السّادة الأساتذة ، كما لا ننسى إدارة الجامعة، وكذا المشرفين على عملية التأطير

إلى من قدّم لي يد العون لإنجاز هذا العمل المُتواضع من بعيد أو من قريب

إلى جميع الزّملاء والزميلات بالجامعة..أُهدي هذا العمل المُتواضع

مقدمـــة

إن من أهم الحقوق التي تثبت للأطفال هو حق أن تكون لهم أسرة، باعتبارها الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل ويتفاعل مع أعضائها وكذا المؤثر المباشر في التكوين الحسن البدني والنفسي للطفل، فإذا ثبت للطفل هذا الحق وقع على والديه واجب رعايته والمحافظة عليه معنويا وماديا، كما يجب عليهم المحافظة على تماسك الأسرة التي لابد من وجودها في حياة الطفل، إذ أنه حق منصوص عليه في الدستور الجزائري في المادة 56 " يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم".

لكن المحافظة على المودة والرحمة اللذان هما دعامة الرابطة الزوجية قد تعترضها مشاكل الحياة وتؤدي بالأسرة إلى التفكك والتنافر. وحتى يحمي الإسلام الناس و حقوقهم وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة وتُهضَم حقوقهم، فقد أقرّ الطلاق واعتبره أبغض الحلال إلى الله، وذلك لضرورة قاهرة وإلى ظروف استثنائية مُلحّة، ولهذا الطلاق نتائج متعددة تؤثر على الأطفال وأسرهم، ومن أبرز هذه النتائج الحضانة والتي تعتبر أثر من آثار فك الرابطة الزوجية التي سعى الإسلام و كذا التشريعات الوضعية إلى بيان أصحابها ومن الأحق بها، و ركزوا على تحديد معالم هذا الحق الذي ينتج عنه هو الآخر آثار ونتائج تترتب عنه مدى صحة القيام بها، إذ أن الحضانة أو كفالة الطفل تعتمد كليا على رعاية الطفل وحسن تربيته وصيانة حقوقه، وهذه المهمة ليست بالسهلة نظرا لأنها موكلة للأبوين معا مجتمعين، فالأب له مهمة النفقة والرعاية، والصيانة والحماية من الأخطار، و الأم لها مهمة حسن رعاية الطفل و القيام بشؤونه والحفاظ عليه و الاستمرار على حسن رعايته منذ كان في بطنها لغاية وصوله إلى سن يمكن له فيها معرفة الخطأ من الصواب و يستطيع فيها الحفاظ على نفسه و الاتكال عليها.

ولكن عند انفصال الأبوين بالطلاق، بحيث يُحرَم هذا الأخير (الطفل) من الرعاية و التوجيه الكاملين و الصحيحين من الأب و الأم، و بالتالي يكون نموه ناقصا مقارنة بأقرانه ما يدفعه في بعض الأحيان إلى كره أحد أبويه أو كلاهما، ولهذا يرى الباحثون أنه كلما كان الطلاق في سن صغيرة للطفل (من سنتان إلى 12 سنة) كلما كانت الصعوبات أشد بالنسبة للأطفال، إذ ستعاني أغلبيتهم في حياتهم المستقبلية من عقد نفسية حادة، وذلك ما سيساعد في تشردهم وتسولهم وانحرافهم، وبالتالي إلى وقوفهم ضد المجتمع الذي يعيشون فيه.

لذلك كان ولابد من تحديد معالم حق الحضانة تفاديا لمثل هذه الأخطار التي تحيط بالطفل و الأسرة و المجتمع كافة، إذ أن أهم قاعدة يرتكز عليها حق الحضانة هي قاعدة مصلحة المحضون حيث أن كل من الشريعة و القانون راعيا هذا المبدأ كل الرعاية، و كان على القاضي جعلها فوق كل اعتبار فابتداء من إسناد الحضانة إلى مستحقها لغاية انتهاء هذا الحق يتم مراعاة مصلحة المحضون ولو أدت إلى إنقاص الحق أو

التغيير من شروطه أو أسباب انتهائه و سقوطه، وكل هذا حماية للطفل، سواء من قبل والديه أو أقاربه أو الغير و كذلك حماية للمجتمع من التفكك و التوتر.

و فقهاء المذاهب الأربعة فصّلوا في حق الحضانة ابتداء من تعريفها و شروطها و موانعها إلى انتهائها، كما فعل المشرع الجزائري ابتداء من إسناد الحضانة إلى انتهائها و حتى سقوط هذا الحق. إلا أن هذا الحق ليس بالمطلق بالنسبة للحاضن إذ أنه يمكن أن يعترض الحاضن مانع يحول دونه و دون هذا الحق فيجعله نسبيا قابلا للسقوط.

و منه ارتأيت أن يكون عنوان مذكرتي على النحو الآتي: مسقطات الحضانة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

1 إشكالية البحث: يمكننا طرح الإشكالية الآتية:

ماهي مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي؟ و ماهي مسقطاتها في التشريع الجزائري؟ و ما أهم الفروقات التي تظهر بينهما؟.

2 أسباب اختيار الموضوع:

<u>أ/ الأسباب الشخصية:</u>

1- أول الأسباب التي أدت بي إلى دراسة هذا الموضوع، هو انتشار الطلاق في الآونة الأخيرة ما أدى إلى انفصال الوالدين، وبالتالي تشتت و ضياع الأولاد بينهما (بين الأب و الأم).
2- حب الإطلاع والتفصيل في هذا الموضوع، لأنه بالرغم من الأهمية الكبيرة التي يكتسيها إلا أنه لم يحض بالاهتمام الذي يستحق.
3- مصير الأولاد خلال فترة الحضانة، وحتى بعد انتهائها.
4- البحث والمقارنة بين النظرة الإسلامية الفقهية لموضوع مسقطات الحضانة، والنظرة التشريعية الجزائرية لها، ومحاولة إظهار مدى التوافق و الاختلاف بينهما.
5- الغموض الذي يشوب بعض مواد قانون الأسرة المتعلقة بسقوط الحضانة ما يستدعي الغوص في معانيها أكثر، وغيرها يستدعي التعليق و معرفة وجهة نظر المشرع و هدفه.

<u>ب/ الأسباب الموضوعية:</u>

1 - إعطاء فكرة عن موضوع أسباب سقوط الحضانة من الناحية الفقهية لإمكانية مقارنتها بالناحية التشريعية.

2 - محاولة تفسير وإعطاء المعاني الصحيحة و التفاسير المقدمة للنصوص الغامضة فقها وقانونا.

3 - النظر في الآراء الفقهية و معرفة بأيها أخذ المشرع الجزائري في كل نص من النصوص المراد دراستها.

4 - قلة البحث و التدقيق في أسباب سقوط الحضانة من قبل الباحثين كبحث مستقل عن أحكام الحضانة و مصلحة المحضون و غيرها من المواضيع.

3 - أهمية الموضوع:

كما قلنا من قبل أن لموضوع الحضانة أهمية كبيرة لتعلقه بالطفل الذي له شخصية ضعيفة داخل المجتمع التي يتوجب حمايتها حتى من أقرب الناس إليه، والديه اللذان قد يشكلان خطرا عليه يتوجب إزاحته من قبل القانون.

لذلك فإن حق الحضانة حق صعب المنال و صعب الإسناد، فالقاضي إذا ما أراد إسناد الحضانة وتعيين الحاضن و يجب عليه مراعاة جوانب عدة و محاولة الموازنة بينها، من دراسة شروط الحضانة و ترتيب الحواضن و موازنتها مع مصلحة المحضون و أخيرا إسناد الحضانة.

4 - منهجية البحث:

أ/ توثيق المسائل العلمية من مصادرها الأصلية ما أمكن ذلك.

ب/ التوثيق العلمي للمصادر و المراجع المعتمدة.

5 - صعوبات البحث:

ما يتوجب الإشارة إليه، هو أنني قد وجدت صعوبة من حيث شح المادة العلمية في الموضوع، ليس فقط على مستوى مكتبة الكلية أو الجامعة، بل حتى على شبكة الإنترنت، فكل الدراسات و الكتب و المقالات التي تحصلت عليها لا تذكر إلا الحضانة من ناحية التعريف والإسناد..

مع الإشارة إلى أسباب السقوط دون اعتمادها طبعا كدراسة متخصصة، ما أخذ مني جهدا كبيرا و وقتا أكبر حتى أستطيع تقديم ولو نظرة صغيرة عن الموضوع و محاولة إلقاء الضوء على النقائص التي لفتت انتباهي، و تقديمها كموضوع يستحق الإطلاع عليه.

6 الدراسات السابقة:

خلال دراسة هذا الموضوع وجدت عدة دراسات سابقة منها مذكرات ماجيستير: ’حداها بعنوان مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، و أخرى بعنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة. و مذكرة ليسانس بعنوان مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري.

إلا أنني لاحظت بأن كلها تعنى بموضوع الحضانة ككل من التعريف إلى الشروط و ترتيب الحواضن و انتهاء الحضانة، دون ذكر لسقوط الحضانة و أسبابها و عدم التعمق فيها بالرغم من أهميتها و تشكيلها عنصرا لا يستهان به في هذا الموضوع و لابد من التعريج عنه، إلا أنه لا يخفانا أن نقول أن في كل مذكرة هناك مطلب أو فرع يتضمن مسقطات الحضانة أو كما يعنون دائما ب "دعوى إسقاط الحضانة"، دليل على دراستها من جانب قضائي لا القانوني و لا حتى الفقهي.

7 منهج الدراسة:

في هذا السياق ستكون معالجتنا لموضوعنا تستند على منهجين أساسيين، هما المنهج التحليلي و ذلك بتوضيح موضوع مسقطات الحضانة، بالإضافة إلى المنهج المقارن و ذلك بمقارنة هذه الشروط والأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة وانتهائها في الفقه بنظيرتها في التشريع الجزائري، إضافة إلى المنهج الوصفي كمنهج تكميلي.

8 خطة البحث: احتوت على فصلين متعاقبين هما كالآتي:

<u>الفصل الأول:</u> السقوط الإجباري للحضانة

المبحث الأول: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن والإخلال بالتزامات الحضانة

المطلب الأول: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن

المطلب الثاني: الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة

المبحث الثاني: سقوط الحضانة بالزواج والسكن بالمحضون عند أمه المتزوجة

المطلب الأول: زواج الأم بغير قريب محرم

المطلب الثاني: السكن بالمحضون عند أمه المتزوجة

الفصل الثاني: السقوط الاختياري للحضانة

المبحث الأول: عدم المطالبة بالحضانة و الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي

المطلب الأول: عدم المطالبة بالحضانة

المطلب الثاني: الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي

المبحث الثاني: التنازل عن الحضانة وانتهائها

المطلب الأول: التنازل عن الحضانة

المطلب الثاني: انتهاء الحضانة

الخاتمة: وتضمنتها مجموعة من النتائج المتوصل إليها، إضافة إلى بعض المقترحات

الفصل الأول

السقوط الإجباري للحضانـــة

إن حق الحضانة كما نعلم ليس بالحق المطلق الذي يناله الشخص دون أي تقييد بضوابط تحدد أسباب نيله وأسباب فقدانه، لذلك فإنه يسقط بتخلف أحد الضوابط التي نص عليه القانون، التي إما أن تكون إجبارية يكون خلالها صاحب الحق مجبرا على تركه، وإما أن يكون مخيرا في ترك هذا الحق لأسباب تتعلق به.

وسنقوم في هذا الفصل بالتفصيل في الأسباب التي تؤدي إلى سقوط حق الحضانة جبرا والتي عبرنا عنها بالسقوط الإجباري للحضانة، وهذا الفصل متكون من مبحثين، الأول وتطرقت فيه إلى تخلف الشروط المتعلقة بالحاضن والإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة على التوالي.

أما المبحث الثاني فتطرقت فيه إلى سقوط الحضانة بالزواج والسكن بالمحضون عند أمه المتزوجة كمطلبين متتاليين.

المبحث الأول: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن و الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة

تعتبر الحضانة من أهم الحقوق المتعلقة بالأولاد وتعد أخطرها، و كذلك تبيان التزامات الحاضن، لهذا فقد وضع الفقهاء و كذلك القانون شروطا عديدة حتى ينال الحاضن حقه في الحضانة و لايكون مؤهلا لها إلا إذا توافرت فيه كل هذه الشروط، و هناك تباين بين الفقه و القانون فيما تعلق بهذه الشروط والالتزامات

الآتي ذكرها و توضيح هذا التباين في المطالب الآتية: ففي الأول سنتطرق لتخلف شروط الحضانة، أما في الثاني فسنبين الإخلال بالتزامات الحضانة.

المطلب الأول: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن

كما سبق الذكر فإنه لابد من توفر الشروط في الحاضن حتى يكون أهلا للحضانة، وسنبين في هذا المطلب هذه الشروط باختلافها، ونبين وجهة النظر القانونية فيما يخص هذه الشروط.

الفرع الأول: الشروط العامة المطلوبة في الحاضن

نظرا لأهمية دور الحاضن في حياة الصغير، فالحاضن هو القدوة والأسوة للمحضون، لأن الصغير لبنة طرية، يستطيع من يشرف عليها تكييفها، وقولبتها حسبما يريد، ولذا يكون لشخصيته تأثير في المحضون.

ولما كان الإسلام حريصا على نشأة الجيل نشأة صالحة تنهج النهج السليم، لذا فقد احتاط في أمور الحضانة باشتراطه شروطا كثيرة في الحاضن، ليضمن مصلحة الصغير، وهذه الشروط منها ما هو عام يخص كل حاضن سواء كان رجل أو امرأة، ومنها ما هو خاص بالنساء وحدهن، و ما يخص الرجال وحدهم.

ابدأ أولا بالشروط العامة المطلوبة في الحاضن، و التي تتمثل فيما يلي:

أولا: العقل

ذلك أن الحضانة ولاية، و غير العاقل يحتاج إلى رعاية [1]، فكيف يتولى شؤون غيره؟ فهي لا تتحقق بغير ذلك، و لا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة.

فلا حضانة لمعتوه أو مجنون أو صغير لأنهم محتاجين إلى من يحضنهم [2]

ثانيا: البلوغ

لأن الصغير لا يستطيع القيام برعاية نفسه، فلا يصلح لرعاية غيره، ولا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه، وسن البلوغ في القانون الجزائري هو 19 سنة (المادة 40 ق.م) [3].

ثالثا: الأمانة

والأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون بها أهلا للحضانة و بيئة مصاحبة تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير، و لايعد العمل ذاته مسقطا للحضانة، بل تسقط الحضانة إذا كان فعل الحاضنة ضارا بالصغير، أو يلقي به في بيئة تؤثر عليه سلبيا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير، وحمايته وصيانته من الإهمال [4]

رابعا: القدرة و الكفاءة

وهي الإستطاعة على رعاية الصغير وصيانته فيخلقه و صحته، أي بمعنى أن يكون الحاضن صحيح الجسم، قادرا على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كان عاجزا عن ذلك لمرض أو لعاهة أو شيخوخة أو انشغال بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير، لم يكن أهلا للحضانة [5]

---

1 ابن قدامه المقدسي، المغني، بدون طبعة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، بدون سنة، ص419

2المومني و جنات عبد الرحيم، لمن الحضانة؟ مجلة جامعة أم القرى، كلية التربية لإعداد المعلمات، العدد 27، ج15، ص380

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق إ ج (الزواج و الطلاق) بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ص 383

4 محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد، بدون طبعة، بدون منشورات الحلبي، مصر، 2003، ص491

5 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص383

خامسا: اتحاد الدين

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية [1] على أنه إذا بلغ المحضون حدا يخشى عندها أن يألف غير الإسلام أو يعقل الأديان، أن يكون الحاضن له متحدا معه في الدين رجلا كان الحاضن أو امرأة، بعدا بالمحضون حتى لا يقع في الفتنة.

أما إذا كان المحضون صغيرا لا يعقل الأديان و لا يخشى عليه أن يألف غير الإسلام فلا يخشى عليه أن يكون الحاضن رجلا أو امرأة، فإن كان رجلا فلا خلاف في أنه يشترط لثبوت حضانته أن يكون رجلا متحدا في الدين مع المحضون [2]، لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث مع اختلاف الدين، فإذا كان لصغير مسلم أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فإن حضانته تثبت للمسلم، أما إذا كان الحاضن امرأة فإنه لا يشترط في ثبوت حضانتها لولدها الصغير، أن تكون متحدة معه في الدين، لما للأم من أحقية في احتضان ابنها في أيامه الأولى، وينزع الطفل من يدها إذا خيف عليه إفساد دينه وذلك في حالتين:

إحداهما: إذا كان الطفل في سن التمييز فيعقل الأديان ويفهمها ويخشى عليه التأثر بدين حاضنته.

ثانيهما: إذا لم يبلغ الطفل سن التمييز، ولكن ثبت أنها تحاول تلقينه دينها، فينزع منها إذا أصبحت غير أمينة عليه [3].

---

1 الرامفوري، المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري، البناية في شرح الهداية، الطبعة الأولى، دار الفكر، لبنان، 2007 ج5، ص471

2 البامري اسماعيل أبا بكر علي، أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، بدون دار، الأردن، 2009، ص443

3 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص383

أما الشافعية والحنبلية فيرون اشتراط اتحاد الدين لأن الحضانة ولاية، وهي لا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح، ثم إن الحضانة منفية عن الفاسق، فالكافر من باب أولى، لأن ضرره أكبر و أكثر فقد يعلم الحاضن المحضون الكفر، فالحضانة تثبت لحماية الطفل فيتوجب أن لا يكون فيها هلاك دين المحضون، كما جاء في الحديث: " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه" [1]

سادسا: أمن المكان

و نقصد بشرط أمن المكان أي أن يكون مكان إقامة الحاضن بالمحضون آمنا [2]، كي لا يتعرض المحضون للخطر أو الضياع، أو يتعرض ماله للسرقة، فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق أو كان جارا لهم بحيث يخشى على سرقة مال المحضون أو غصبه منه خلال الحضانة [3].

سابعا: الرشد

إذ لا يكون الحاضن سفيها، فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون، أو ينفقه على ما لا يليق و لا لزوم له، ثم إن غير المأمون على المال غير مأمون على النفس، لأن الأمانة كل لا يتجزأ، و غير المأمون على مال نفسه غير مأمون على مال غيره.

ثامنا: السلامة من الأمراض المعدية

فلا حضانة لمن به مرض معد كالجذام والبرص، وما إليها لأنه يخشى انتقالها إلى المحضون [4]

---

1 الرامفوري، المرجع السابق، ص471

2 المومني و جنات عبد الرحيم، المرجع السابق، ص386

3 عزمي ممدوح، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997، ص26

4 سمارة محمد، أحكام وآثار زوجية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، عمان، 2008، ص390

الفرع الثاني: الشروط الخاصة

أولا: الشروط الخاصة بالنساء

إن تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية تستجيب مع واقع الحياة وتوافق تكوين المرأة والحاجات الطبيعية للصغار، فالأصل أن تكون الحضانة للنساء لأنهن الأحن قلبا، والأكثر شفقة وصبرا على تحمل الصغير، وتثبت الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين [1] ، وأم الصغير تقدم عن غيرها عند توافر الشروط بلا خلاف وفي ذلك قوله صل الله عليه وسلم " من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ".

فإذا لم توجد الأم أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة انتقلت إلى من يليها من النساء في الترتيب على اختلاف القرابتين، وعند التساوي تقدم ذات القرابة من جهة الأم على التي من جهة الأب، لأن حق الحضانة مستفاد من قبل الأم، فتقدم التي من جهتها عن غيرها، ويشترط في المرأة الحاضنة بالإضافة إلى الشروط العامة مايلي:

أولا: أن تكون من محارم الصغير نسبا

كالأم والخالة والأخت والعمة، فلا حضانة لغير القرابة النسبية، فالمحارم من الرضاع كالأم والأخت رضاعا لا حضانة لهن ولا حضانة أيضا للقريب غير المحرم، كبنت العمة وبنت العم، فالمحرمية وحدها لا تكفي، والقرابة وحدها لا تكفي، ولا تتوافر أهلية الحضانة في النساء إلا بتوافر المحرمية وقرابة عمود النسب [2]

ثانيا: أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه

لأن التربية السليمة لا تقوم إلا بغذاء البدن و سلامة الروح، و لأن نفس الصغير تتأثر بلا شك.

---

1 العمروسي أنور، شرح قانون الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة، ص74

2 عزمي ممدوح، المرجع السابق، ص24

ثالثا: أن لا تكون قد تزوجت من أجنبي

أي لا تكون متزوجة بغير قريب محرم للصغير، فإذا كانت متزوجة بذي رحم للمحضون يحق لها الحضانة كزواجها من عم الصغير أو الصغيرة، لأن زواجها من الأجنبي يفوت مصلحة الصغير.فالزوج يريد أن يختص بزوجته دون شريك ولو كان ابنها [1].

رابعا: أن لا يكون قد حُكم على الحاضنة بالنشوز

يضيف هذا الشرط الأستاذ سماره محمد [2].

خامسا: أن لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا

وذلك عند إعسار الأب، لأن الأب إن وجد الحاضنة المتبرعة سقط حق الأم في الحضانة معاوضة، لأن إعسار الأب يقتضي رعاية حاله.

فإذا توافرت هذه الشروط أصبحت المرأة أهلا للحضانة، وثبوت الحق لها رهن ترتيب سُلّم الحاضنات، أما إذا اختلت هذه الشروط أو تخلف بعضها سقط حق المرأة في الحضانة و ينتقل هذا الحق إلى من يليها ممن لهم الحق فيها.

ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال

إذا لم توجد حاضنة من النساء أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة، انتقل على الفور الحق في الحضانة إلى الرجال المحارم من عصبته، و لا حضانة لغير المحارم من الرجال على الصغيرة أبدا، فإذا لم يوجد للصغير إلا أقارب غير محارم كأولاد العم و العمة و أولاد الخال و الخالة، فللذكر منهم حق حضانة الذكور وللإناث منهم حضانة الإناث، ولا يثبت حق الحضانة للمحارم من غير النسب كالأم و الأب و الأخت رضاعا، و إذا لم يوجد للصغير من يحضنه من الأقارب وضعه القاضي تحت إشرافه عند من يثق به من الرجال أو النساء، وإذا وجد عددا ممن لهم حق الحضانة، وكانوا متساوين في درجة القرابة

---

1 الرامفوري، المرجع السابق، ص 476

2 سماره محمد، المرجع السابق، ص391

كأخوات شقيقات وأخوة أشقاء يقدم أصلحهم لتربية الولد، فإن تساووا في الصلاحية تدخل القاضي باختيار أحدهم حسما للنزاع ورفعا للخلاف.

و يشترط في الرجل الحاضن إضافة إلى الشروط العامة مايلي:

أولا: أن يكون من العصبات على ترتيب الإرث

لأن أصل استحقاقه الحضانة يقوم على قوة القرابة باعتبارها تضمن الشفقة بالصغير، وحسن رعايته في أغلب الأحيان.

ثانيا: أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كانت أنثى مشتهاة

فلا يضع القاضي الإناث عند الذكور ولا الذكور عند الإناث، متى تعين غير محرم للحضانة، إلا إذا وجد القاضي مصلحة في ذلك.

ثالثا: الموافقة في الدين

وهو شرط يشترطه الأحناف [1]، الموافقة في الدين في حضانة الرجال، فيشترط في الرجل الإسلام بالاتفاق [2]، لأن الأصل فيها الوارث واختلاف الدين مانع من الميراث، فيسقط الحق في الحضانة أيضا و لا يشترط اتحاد الدين في حضانة النساء لأن الأصل فيها الشفقة على الصغير والخوف عليه وهي طبيعة لا يؤثر فيها اختلاف العقائد.

وحضانة الرجال تثبت بالإرث، فيقدم الأب، فالجد وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم أبناء الإخوة على نفس الترتيب، ثم الأعمام ثم أبناؤهم بذات الترتيب أيضا [3]، مع ملاحظة أن أبناء الأعمام لهم حضانة الصغير لا الصغيرة كما سبق الذكر، فإذا لم يوجد من هؤلاء أحد انتقلت الحضانة إلى الورثة

---

1 الكساني، بدائع الصنائع، الطبعة الثانية، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1972 ج4، ص46

2 البامري اسماعيل أبا بكر، المرجع السابق، ص443

3 ابن قدامه، المرجع السابق، ص424

من ذوي الأرحام، فيقدم الجد أو أبو الأم، ثم ابنه، ثم الأعمام من جهة الأم ثم الأخوال، فيقدم الشقيق، ثم الذي لأب ثم الذي لأم، وعند المفاضلة يقدم الأصلح للصغير، وعند التساوي يقدم الأكبر سنا لتجربته وهيبته، فإذا لم يوجد من هؤلاء أحد فالأمر موكول للقاضي يختار بحكم ولايته العامة من يثق به رجلا كان أو امرأة.

رابعا: أن يكون عنده من يحضن من النساء

كأن يكون لديه أم أو زوجة أو خالة متبرعة، لأن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الصغار كالنساء [1].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 62 ق ا ج " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

فالمشرع لم يحدد الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن سواء كان رجلا أو امرأة حتى يستحق الحضانة ويكون أهلا لها، فقد ترك المجال للفقه لتحديد هذه الشروط، وكذلك فتح باب الإجتهاد للمحكمة العليا لاعتبار كل ما يحقق مصلحة المحضون من الحضانة وإسقاطها إذا تخلفت هذه المصلحة.

فدائما يراعى في مصلحة المحضون التي تعتبر بدرجة أولى عند تحديد الحاضن أو إسناد الحضانة، وهذا ما تؤكده قرارات المحكمة العليا منها القرار الذي جاء فيه: " متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحة وما تقتضيه الحضانة من حماية ورعاية المحضون"، فقد اعتبرت أن تخلف شرط القدرة بالنسبة للحاضن كفقدان البصر في إحدى قراراتها يعد مسقطا للحضانة، وعدم مراعاة ذلك يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، كما أنها اعتبرت أن فساد أخلاق الأم وسوء تصرفاتها يسقط حق الحضانة عنها، ويفقد الثقة فيها ويؤكد عدم قدرتها على رعاية المحضون.

---

1 سمارة محمد، المرجع السابق، ص391

كما اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة لأم محكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون وأحكام المادة 62 ق ا ج [1].

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر يوم 09 جويلية 1984، بأنه من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة الحق في الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكام الفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر فهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية [2].

هذا وقد اكتفى المشرع بالقول أنه " يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك "، وهو قول عام مبهم لا يدل على اشتراط أي شرط بشكل واضح وصريح على عكس قوانين الدول العربية كالتونسي والمصري الذي حدد شروطا خاصة، فالمشرع قد أغفل ذكر الأوصاف والصفات المتعلقة بالحضانة، مما يستلزم الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وفقا لأحكام المادة 222 ق أ ج.

و الجدير بالذكر أن إسقاط حق الحاضن في الحضانة وجب أن يرد من أصحاب الدرجات الأخرى فإذا قضت المحكمة بإسقاط حق الحضانة وجب أن تسندها إلى من رفع دعوى إسقاطها وفي كل الأحوال يراعي القاضي مصلحة المحضون [3].

---

1 الأمر 11-84 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة

2 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص384.

3 معنصري مريم، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، مذكرة ليسانس، 2013/2012، ورقلة، ص18

المطلب الثاني: الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة

إن الإسلام جاء لرعاية شؤون الناس، حيث ترعرع الإنسان جنينا وصغيرا وشابا وكهلا وشيخا، ولما كان الصغار يعجزون عن القيام بشؤون أنفسهم وقضاء حاجاتهم جعل المشرع ولاية حفظهم للوالدين لأنهم أشفق عليهم، ووزع المهام بينهم فأعطى كل واحد منهم ما يناسبه، فجعل حق التصرف في شؤونهم من حيث التعليم والرعاية والتأديب للأب وذلك لقوة رأيه و وفور شفقته، وجعل حق رعاية الولد وحفظه في مبيته ومنامه وطعامه ولباسه وتنظيف جسده وكل ما يلزمه في ذلك للأم لوفرة شفقتها وقدرتها على ذلك، نظرا لملازمتها البيت فهي تتحمل ما لا يتحمله الأب من المشقة في حفظ و رعاية شؤون الأولاد، فإذا افترق الزوجان وبينهما صغير فإن رعايته على أبويه، يقدم في هذه الرعاية الأب على الأم ومن في جهتها في ولاية المال و النكاح، وتقدم الأم في الحضانة والرضاع، وقدم كل واحد من الأبوين فيما يصلح له لتمام مصلحة الصغير فإذا لم يكن للصغير أبوان انتقلت الحضانة إلى غيرهما بدرجات معينة[1].

وكما سبق الإشارة لذلك، فإن الحاضن يتوجب عليه أن يقوم مقام الأبوان في الرعاية والحماية للمحضون، وأن يلتزم بأداء كل ما يتوجب على الأبوان باعتبارهما الأولى بحماية المحضون.

الفرع الأول: أهم الالتزامات المتعلقة بالحضانة

أولا: رعاية الولد

تعني الإهتمام بالمحضون وحفظه والابتعاد به عن المخاطر والمهالك التي قد تضر به، حتى ينشأ نشأة مستقيمة ويكون لبنة صالحة في بناء مجتمعه ورقيه.

وينشأ حق المحضون في الرعاية بمجرد نشوء الحضانة، فلا يترك للهلاك أو الضياع، فهي مقررة أولا وأخيرا لمصلحة المحضون، فتوجب من ثمّ حفظه و رعايته وتربيته تربية لائقة و البعد به كل البعد عن التخلق بأخلاق و بؤر الفساد، فإن خالف الحاضن ذلك فإنه يضيع حق الصغير و يسقط حقه في الحضانة[2].

---

1 محمد سماره، المرجع السابق، ص384

2 عزمي ممدوح، المرجع السابق، ص62

ثانيا: الإنفاق على الصغير

للحاضنة خلال فترة الحضانة أن تكون مهيمنة على مصالح الصغير لذلك استقر الفقهاء على أحقيتها في أن تخاصم والد الصغير في نفقته وتطالبه بأداء هذه النفقة، والتي تقدر له ويقوم والده بإبقائها في مختلف شؤونه، فإذا ثبت أن الحاضنة لا تنفق على الصغير النفقة التي أداها والده له ففي هذه الحالة تكون غير أمينة ويحق المطالبة بإسقاط حضانتها.

وليس هذا فحسب، فمن حق الصغير على حاضنته أن تقوم هي بالإنفاق عليه من مالها الخاص إذا لم يكن للمحضون مال، وإذا لم يكن والده قد قام بإبقاء نفقته إلى الحاضنة، ويجوز لها أن تستأذن القاضي في قيامها بالإنفاق على الصغير من مالها الخاص، فإذا أذن لها القاضي كان لها أن ترجع بما أنفقت على الصغير على والده، وتثبت الحاضنة ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة، والسبب في اشتراط إذن القاضي وشهادة الشهود لنفي نية تبرعها للمحضون بهذا المال الذي أنفقته عليه [1].

ثالثا: حق الصغير في رؤية والديه

فللصغير الحق في رؤية والديه سواء كانت الحضانة للأم، فيحق له رؤية أباه وإذا كانت الحضانة في يد امرأة أخرى فيحق للصغير رؤية أمه وأباه.و الوجه الآخر لحق الرؤية هو حق العاصب سواء كان الأب أو الجد في حالة عدم وجود الأب في رؤية الصغير، وكذلك حق الأم في رؤيته إذا كان في يد العاصب بعد استغنائه على خدمة النساء، أو كان في سن حضانة النساء لكنه في يد حاضن آخر غير أمه.

وحق الرؤية يكون للأبوين للصغير أو الصغيرة وهو حق مقرر شرعا لأنه من باب صلة الرحم التي أمر بها الله في قوله تعالى: " و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله إنّ الله بكلّ شيء عليم.." [2]

و قد منع الشرع تنفيذ حكم الرؤية جبرا و بالقوة حتى لا يضر هذا بالأولاد نفسيا.

---

1 عزمي ممدوح، المرجع السابق، ص63

2 سورة الأنفال، الآية 75

و في ذلك قال **الحنفية** [1]: إذا كان الولد عند الحاضنة، فلأبيه حق رؤيته بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن للأب أن يراه فيه كل يوم، و إذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة، أو لانتهاء مدة الحضانة فلأمه رؤيته بأن يخرجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها فيه كل يوم.

و قال المالكية [2]: للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة وأولادها الكبار كل أسبوع مرة، والأب مثل ذلك في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم و أما بعد بلوغ سن التربية و التعليم، فله مطالعة ولده من آن لآخر أي الإطلاع عليه.

و يرى الشافعية: أن المميز إن اختار أباه بعد تخييره في سن التمييز لم يمنعه زيارة أمه، و يمنع الأب الأنثى من زيارة أمها إذا اختارته لتألف عدم البروز للناس، والأم أولى منها بالخروج لزيارتها لسنها و خبرتها.

ولا يمنع الأب أم المحضون من زيارته ذكرا كان أو أنثى لأن في المنع قطعا للرحم، و لكن لا تطيل المكث ويمكنها من الدخول، فإن امتنع بدخولها إلى منزله أخرجه إليها، والزيارة مرة كل يومين على الأكثر لا في كل يوم، إلا إذا كان منزلها قريبا، فلا بأس بدخولها منزل الأب كل يوم.

فإن مرض المحضون، فالأم أولى بتمريضه ذكرا كان أو أنثى، لأنه أهدى إليه و أصبر عليه من الأب ونحوه، و التمريض يكون في بيت الأب إن رضي به و إن لم يرض يكون التمريض بيتهاو يجب الإحتراز في الحالين من الخلوة بها [3].

---

1 ابن عابدين، الدر المختار ورد المحتار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى ألبابي الحلبي، مصر، ج2، ص110

2 الدردير، سيدي أحمد الدردير أبو البركات المالكي، الشرح الكبير، بدون طبعة، دار الفكر، لبنان، ج2، ص 512

الفيروز أبادي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1990، ص128

و الحنابلة [1] كالشافعية قالوا: إن اختار المميز أباه كان عنده ليلا و نهارا و لا يمنع من زيارة أمه، و لا تمنع من تمريضه، وان اختارها كان عندها ليلا، و عند أبيه نهارا ليؤدبه ويعلمه دون خلوة الزوج بالأم.

الفرع الثاني: موقف القانون

لقد بين المشرع الجزائري الالتزامات المتعلقة بالحضانة أو ما تعتبر أهداف للحضانة لكن دون تفصيل بل مجرد إشارة و ذلك في الفقرة الأولى من المادة 62 " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا".

و منه فإن الالتزامات التي يستوجب القيام بها من قبل الحاضن و أهداف الحضانة تتمثل فيما يلي:

أولا: تعليم الولد

ويقصد به التعليم الرسمي أو المدرسي ومادام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية و قدراته العقلية واستعداده الفطري و النفسي [2].

ثانيا: تربية الولد على دين أبيه

إذ يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، و لما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة ولا ننكره عليها أبدا، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل.

---

1 ابن قدامه، المرجع السابق، ص 418

2 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة المعدل، أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص293

ثالثا: السهر على حماية المحضون

إذا كانت الحضانة رعاية و حماية فلابد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب و التخويف و الشتم مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا و عاطفيا، و ليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل، و أن يؤدب كلما دعت الحاجة، ثم إن الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه.

رابعا: حماية الطفل من الناحية الخلقية

ويكون ذلك بتشتته على حسن الخلق و تهذيبه و إعداده لأن يكون فردا صالحا سويا و أن لا يترك عرضة للشارع ورفقاء السوء

خامسا: حماية المحضون صحيا

يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة خاصة في السنوات الأولى من حياته، وذلك بأن يتلقى كل اللقاحات اللازمة و الدورية، وأن يعرض على الطبيب كلما دعت الحاجة [1].

المبحث الثاني: سقوط الحضانة بالزواج و السكن بالمحضون عند أم المحضون

تطرقنا في المبحث الأول أنه وجب توفر شروط عدة في الحاضن حتى يكون أهلا للحضانة و القيام بحماية الصغير و تدبر شؤونه، ومن بينها خلو الأم من زوج أجنبي أي غير محرم بالنسبة للمحضون و إلا سقط حقها في الحضانة عنها و انتقل إلى غيرها، وكذلك سكن الحاضنة(الجدة أو الخالة) مع أم المحضون وهذا ما سنتطرق له في هذا المبحث و بتفصيل أكثر، سنتكلم في المطلب الأول عن زواج الحاضنة الأم بزوج أجنبي، وفي المطلب الثاني سكن الحاضنة مع المحضون عند أمه.

1 سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص294

المطلب الأول: سقوط الحضانة بزواج الأم بغير قريب محرم

لقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية وجوب خلو الأم الحاضنة من الزوج غير المحرم بالنسبة لمحضونها خوفا عليه، وإن وجد مثل ذلك كان حقها معرضا للسقوط، ومن هذا المنطلق سنقوم في هذا المطلب بتفصيل آراء الفقهاء في هذه المسألة ثم نستعرض رأي المشرع الجزائري بخصوصها.

الفرع الأول:تفصيل الفقهاء في المسألة

فمن الشروط التي تتطلبها الحضانة في الأم هو أن لا تتزوج بغير رحم من الصغير، والعبرة في الرحم أن يكون من جهة النسب، فلو كان من جهة الرضاع كالعم رضاعا فلا عبرة به و يكون شأن الأجنبي، فإن تزوجت بغير ذي رحم للصغير [1]، سقط حقها في الحضانة لما رواه أحمد وغيره أن امرأة قالت: " يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء، وزعم أبوه أن ينزعه مني، فقال: أنت أحق به ما لم تنكحي". فهذا الحديث صريح في أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب، إذا لم تتزوج فإذا تزوجت سقطت حضانتها [2]، و لأن حق الحضانة ثبت نظرا للصغير و قد فات بزواج الحاضنة بأجنبي عنه، لأن شأن الأجنبي أن يبغضه ويتمنى موته لأنه يراه غريمه في حب زوجته، و ذلك يلحقه الجفاء و المذلة و يربي فيه الخضوع والاستكانة [3].

---

1 المومني و جنات عبد الرحيم، المرجع السابق، ص384

2 التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر للثقافة والنشر و التوزيع، الأردن، 1990، ص271

3 الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص592

و في ذلك من الضرر بالصغير و بالجماعة التي ينتمي إليها ما لا يخفى، و هذا بخلاف ما إذا تزوجت الحاضنة بذي رحم محرم من الصغير فلا تسقط عنها الحضانة [1]، لأنه لما له من الشفقة الباعثة على نفع المحضون و رعاية أمره، سوف يتعاون مع أمه على كفالته و تربيته على أحسن الوجوه لأنه يشاركها القرابة و الشفقة عليه [2].

فيرى المالكية: أن الحضانة تسقط بزواج الحاضنة ودخول الزوج بها واستدلوا على ذلك بحديثه صل الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي "، فوجه الدلالة من الحديث أن الحضانة مؤقتة و مسموح بها إلى حين نكاحك، فإذا نكحت انقضى وقت الحضانة، و لذا فلا تعود بعد انقضاء وقتها، كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل و استغنائه عن الحضانة. ولذا فإذا تزوجت الحاضنة و دخل بها الزوج سقطت حضانتها ولا تعود إليها مرة أخرى لأن عدم الاستحقاق يستصحب و يستمر لأن من أسقط حضانته لغير عذر كان ذلك دليلا منه على أنه لا يريدها، فإذا عاد و طلبها كان طلبه إياها لمصلحة خاصة، فلا يجاب على ذلك حرصا على مصلحة المحضون.

و الحنفية[3]: يرون بأنه لا حضانة لمن تزوجت بأجنبي من المحضون، وتسقط حضانتها من حين العقد.

بنحو هذا المعنى، جعل لها الحضانة و هي متزوجة و الرواية الأولى هي الصحيحة، قال ابن أبي موسى: و عليها العمل، يقول رسول الله للمرأة " أنت أحق به ما لم تنكحي "

---

1 المومني أحمد محمد، الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر، الأردن، 2009، ص171

2 الشرنباصي رمضان علي السيد، المرجع نفسه، ص593

3 الزحيلي وهبة، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الأولى، 1985، دار الفكر، سوريا، ص697

و إذا تزوجت انشغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحظُّ به، و لأن منافعها تكون مملوكة لغيرها، فبنت حمزة، لما قضى بها لخالتها ذلك لأن زوجها من أهل الحضانة ولأنه لا يساوي في الاستحقاق إلا علي، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى.

و على هذا متى كانت المرة متزوجة لرجل من أهل الحضانة، كالجدة تكون متزوجة للجد لن تسقط حضانتها، لأنه يشاركها في الولادة و الشفقة على الولد، فتشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب، و لو تنازع العمّان في الحضانة، وأحدهما متزوج للأم أو الخالة، فهو أحق، لحديث بنت حمزة. و كذلك كل عصبتين تساويا و أحدهما متزوج بمن هي أهل للحضانة قدّم بها لذلك، و ظاهر قول الخرقي أن التزويج بأجنبي يسقط بمجرد العقد، وان لم يتم الدخول.

فيرى الشافعية [1]: أن زواج المطلقة يسقط حقها في الحضانة فإذا تزوجت المرأة سقط حقها من الحضانة، و به قال مالك و أبو حنيفة و حسن البصري: لا يسقط حقها لقوله تعالى: " وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم" [2].

و لأن النبي صل الله عليه و سلم تزوج أم سلمة و معها بنتها زينب فكانت عندها، و روى ابن عباس أن عليا و جعفر ابن أبي طالب، اختصموا لدى النبي صل الله عليه و سلم، فقال جعفر: أنا أحق بها، أنا ابن عمها، و ابنة رسول الله تحتي، يعني ابنة عمها.وقال زيد: أنا أحق بها لأنها ابنة أخي،و كان رسول الله قد آخى بين حمزة و زيد ابن حارثة. فقضى بها صل الله عليه و سلم لخالتها، و قال: " الخالة أم" فقضى بها للخالة وهي متزوجة.

و دليلهم في ذلك ما روى عبد الله بن عمر بن العاص: أن امرأة أتت النبي و قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و حجري له حواء، وثديي له سقاء، وأن أباه طلقني، و يريد أن ينزعه مني، فقال رسول الله " أنت أحق به ما لم تنكحي".

---

1 أبي الحسين الشافعي اليمني، البيان في مذهب الشافعي، الطبعة الأولى، دار المنهاج، لبنان، المجلد 2000، ص276

2 سورة النساء، الآية 23

و روى أبو هريرة: أن النبي صل الله عليه و سلم قال: " لأم أحق بولدها ما لم تتزوج" و لأنها إذا تزوجت استحق الزوج الاستمتاع بها إلا في وقت العبادة، فلا تقوم بحضانة الولد.

وأما الآية المراد بها إذا لم يكن هناك أب يستحق الحضانة أو كان و رضي.

و أما زينب و ابنة حمزة: فلأنه لم يكن هناك من النساء من يستحق الحضانة خالية من الأزواج إذا ثبت لهذا: فإن طلقت الزوجة طلاقا بائنا أو رجعيا... عاد حقها من الحضانة، و قال مالك: لا يعود حقها في الحضانة بحال.

و قال أبو حنيفة و المزني: إن كان الطلاق بائنا، عاد حقها، وإن كان رجعيا لم يعد حقها، لأن العلاقة الزوجية باقية بينهما. و الدليل على ذلك: أن حقها في الحضانة إنما سقط بانشغالها عن الحضانة باستمتاع الزوج، و لا يملك الزوج الاستمتاع بها بعد الطلاق البائن و الرجعي، فعاد حقها من الحضانة.

أما الحنابلة [1]: فيرون أنه لا حضانة لامرأة مزوجة لأجنبي من الطفل، وإذا تزوجت الأم سقطت حضانتها، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، قضى به شريح وهو قول مالك و الشافعي و أصحاب الرأي. و عن الحسن: أنها لا تسقط بالتزويج، ونقل مهنّا عن أحمد، إذا تزوجت الأم و ابنها صغير، أخذ منها، قيل له فالجارية مثل الصبي؟ قال: لا الجارية معها تكون إلى سبع سنين، فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها و أزالها عن الغلام. ووجه ذلك ما روي عن علي و جعفر و زيد و تنازعهم في حضانة ابنة حمزة و التي سلمها رسول الله إلى جعفر الذي ترجح بأن امرأته من أهل الحضانة، وعلى هذا متى كانت المرأة مزوجة برجل من أهل الحضانة كالجدة المزوجة للجد، لم تسقط حضانتها لأنه يشاركها في الولادة كما ذكرنا وكذا في الشفقة على الولد، فأشبه الأم إذا كانت زوجة الأب. و ظاهر هذا أن التزويج بالأجنبي يسقط الحضانة، وهو قول الشافعي وان عرى عن الدخول، ويحتمل أن لا يسقط إلا بالدخول، وهو قول مالك لأن به تنشغل عن الحضانة.

---

1 ابن قدامه، المرجع السابق، ص 420

و الأول أولى، لقوله صل الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي" وقد وجد النكاح، ولأن بالعقد تملك منافعها، ويستحق زوجها منعها من حضانته، فزال حقها كما لو دخل بها.

و هو المروي عن الإمام أحمد رحمه الله قال: في الرواية الكبرى أن لها حضانة الجارية إلى سبع سنين، وعنه حتى تبلغ بحيض أو غيره، واختار ابن القيم رحمه الله في "الهدى" أن الحضانة لا تسقط إذا رضي الزوج بناءا على سقوطها لمراعاة حق الزوج.فمفهوم قوله مزوجة لأجنبي أنها لو كانت مزوجة لغير أجنبي فلها الحضانة، و قيل لا حضانة لها إلا إذا كانت مزوجة بجده، وقال في "الفروع" و يتوجه احتمال إذا كان الزوج ذا رحم، لا يسقط وما هو ببعيد.

إن إسقاط الحضانة بالنكاح هو الصحيح من المذهب ولا يعتبر الدخول، بل يسقط حقها بمجرد العقد [1].

فالزوج يريد الإستمتاع بالزوجة فتنشغل به، و لكنها تعود بزوال المانع و الدليل على ذلك قوله صل الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي"، ووجه الدلالة من الحديث أن النكاح هو علة سقوط الحضانة، فإذا زالت العلة عاد الحكم، لأن الحكم إذا ثبت بعلة زال بزوالها. ثم إن مقتضى الحضانة هو قرابتها الخاصة بالصغير وإنما اعترض على هذه القرابة عارض النكاح لما يوجب من إضاعة الطفل لانشغال الزوجة بحقوق الزوج، فإذا انقطع النكاح فقد زال العارض ولذا فإن الحضانة تعود و كذلك الأمر في كل مانع [2].

لأن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة، فلو خالعت المرأة زوجها مقابل التنازل له عن الحضانة فالخلع جائز و الشرط باطل لأن الأم تكون أحق بالحضانة وان نسيت حق الصغير لأن وجوده عندها نفع فليس للأم أن تبطله بالشرط.

---

1 ابن قدامه، المرجع السابق، ص 374

2 سماره محمد، المرجع السابق، ص 393

الفرع الثاني: عودة حق الحضانة بعد سقوطه بسبب الزواج

إن من سقطت حضانتها لزواجها ثم طلقت من زوجها، فإن كان الطلاق بائنا فلا خلاف بعودة الحضانة فور وقوع الطلاق لارتفاع ولاية مطلقها عنها، أما إذا كان الطلاق رجعيا ففي وقت عودة الحضانة للمطلقة رأيان:

فقد قال **الشافعية** [1] وكذا **الحنابلة:** إن حقها في الحضانة يعود بمجرد الطلاق، دون حاجة إلى انتظار العدة لأنه عزلها عن فراشه و لم تعد مشغولة به، فالعلة التي أسقطت الحضانة بسببها قد زالت و لذا فالحضانة تعود بمجرد طلاقها.

أما الحنفية [2] فقالوا: إن حق المطلقة في الحضانة لا يعود إلا إذا انقضت عدتها لأن المعتدة لازالت تعد زوجة حكما، وتأخذ أحكام الزوجة بشكل عام، فهي ترث ولها النفقة و يقع عليها الطلاق و الايلاء والظهار، ويحرم عليه الزواج بأختها أو خالتها أو عمتها و لذلك فهي في العدة زوجة فلا تعود لها الحضانة إلا إذا انقطعت الزوجية، ويكون انقطاعها بانتهاء عدة الطلاق.

أما المالكية [2] فيرون: أنه إذا سقطت حضانة الحاضنة لعذر كمرض و خوف المكان و سفر الولي بالمحضون سفر نقلة، و سفرها لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفائها من المرض، و تحقق الأمن و العودة من السفر الاضطراري و قد زال، فإذا زال المانع عاد الممنوع.

أما إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي غير محرم و دخل بها، أو سافرت باختيارها لا لعذر، ثم تأكدت بأن فارقها الزوج بطلاق أو فسخ نكاح أو وفاة أو عادت من السفر الاختياري، فلا تعود لها الحضانة بعد زوال المانع لأن سقوط الحضانة كان باختيارها.

و جمهور الحنفية و الشافعية و الحنابلة قالوا: إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال المانع، عادت الحضانة إلى صاحبها سواء كان المانع اضطراريا كالمرض، أم اختياريا كالزواج والسفر و الفسق

---

1 أبي الحسن الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص277

2 الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص732

3 أبي القاسم القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ج10، ص91

لزوال المانع، و لكن ذلك عند الحنفية في الحال بالنسبة للطلاق البائن ولو قبل انقضاء العدة، أما الرجعية فلابد من انقضاء العدة فيها [1].

و عند الظاهرية [2]: يرى ابن حزم أن زواج الحاضنة لا يسقط الحق في الحضانة إذا كانت مأمونة (الأم) و كان الذي تزوجها مأمون.و لم يخص عليه الصلاة والسلام زواجها من غير زوجها لما روينا من البخاري عن يعقوب بن إبراهيم بن كثير ابن علية عبد العزيز عن أنس ابن مالك قال: " قدم رسول الله صل الله عليه وسلم المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله و قال يا رسول الله أنس غلام كيّس فليخدمك قال: فخدمته في السفر و الحضر "، فهذا أنس في حضانة أمه و لها زوج و هو أبو طلحة بعلم رسول الله ولا فرق في النظر بين الربيب زوج الأم و الربيبة زوجة الأب، بل في الأغلب الربيب أشفق و أقل ضررا من الربيبة وإنما يراعى في كل ذلك الدين ثم صلاح الدنيا فقط.

الفرع الثالث: موقف القانون

فيما يخص موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه قد نص على الزواج كسبب من أسباب سقوط الحضانة في نص المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ".

و عليه يستشف من نص المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي غير محرم و ذلك اتباعا لرأي الجمهور.و قد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها منها: " تسقط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي أي بغير قريب محرم ولا تسقط بزواج القريب (المادة 66 ق أ ج)، و عندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها، تقرر منح المحضون إلى غيرها كالأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد " [3].

---

1 الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص 732

2 ابن حزم، أبي محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، بدون طبعة، مطبعة النهضة، مصر، ، ج10، ص325

3 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص388

و الملاحظ أن المشرع الجزائري كما ذكرت قد أخذ برأي الجمهور حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون و للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مراعاة مصلحة المحضون، و عليه و خدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها:

1. **عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم:** فبدل من وضع المحضون في دار من دور الحضانة فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها و كذلك الأمر إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته.
2. **أن لا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن هم أحق بالحضانة:** إذ يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة و ذلك وفقا لما نصت عليه المادة 68 ق أ ج.
3. **أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض:** و تجدر الإشارة إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة إذ لابد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط.

و نشير إلى أن الحاضنة إذا تزوجت و دخل بها الزوج ثم طلقت أو مات عنها قبل أن يعلم من تنتقل إليه الحضانة فإنه في هذه الحالة تستمر في حضانة المحضون [1].

و منه فإنه يعترضنا سؤال ألا و هو: هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا؟ و هل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 ق أ ج على أنه " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"

جاء في قرار للمحكمة العليا مفاده : " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا أزال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرّف رضائي و اختياري، فالقضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون" [2]

---

1 السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك لشرح أسهل المسالك، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وزارة الشؤون الدينية، 1993، ج2، ص120

2 المجلة القضائية، غ أ ش، قرار بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم 58812

بما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 ق أ ج [1].

و قد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا " و متى كان مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة " [2].

إلا أنه وقع تطور في موقف و اتجاه المحكمة العليا و اعتبرت أن زوال سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة، وتأكد هذا التغيير في موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرارها الآتي: " إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد تنازل غير اختياري عن الحضانة، ومن ثمة فطلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 من نفس القانون حيث جاء فيها " إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط دون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون".

و نضيف مسألة أخرى نراها من الأهمية بما كان فيما تعلق بمسألة سقوط الحضانة بزواج الأم بغير قريب محرم و هي كون الأب يتوفى و الحضانة مسندة للأم فإذا تزوجت الأم الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة، و هنا قد يتضرر المحضون فلا يمكن أن يعاقب بزواج أمه فيبتعد عنها كما لا يمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية إذا رغبت فيه بسبب الحضانة إذا كانت متمسكة بحضانة ولدها.

---

1 القانون رقم 09-05 المؤرخ في 2005/05/04، المتضمن الموافقة على الأمر 02-05، المؤرخ في 27-04-2005

المعدل و المتمم للقانون رقم 11-84 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن ق أ ج ، الجريدة الرسمية رقم 43

2 نشرة القضاء، غ أ ش، العدد 5، قرار بتاريخ 1994/04/19، ملف رقم 102886

و لدقة الموضوع و حرصا على مصلحة المحضون يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه، وهذا جائز ولو تحت عنوان الكفالة. و إذا لم يلتزم زوج الأم الحاضنة بما تعهد به أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم، ولهذه الأسباب يرى الأستاذ الرشيد بن شويخ ضرورة إضافة فقرة أخرى لنص المادة 66 ق أ ج ليشمل ما قلناه في الموضوع على النحو الآتي: " يمكن للقاضي إسناد الحضانة للأم في حالة زواجها بغير قريب محرم شريطة أن يتعهد هذا الأخير و بشكل رسمي على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه" [1].

المطلب الثاني: سكن الحاضنة بالمحضون عند أمه

إن رعاية المحضون وحمايته أهم الأهداف التي سعت إليها الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي، لذلك فقد اهتم الفقهاء بكل ما يمكن أن يشكل ضررا للمحضون من تصرفات تصدر عن الحاضنة كالزواج الذي يعد مسقطا للحضانة، وكذلك تكلما عن المسكن المخصص للحضانة و شروطه وهذا ما سنتحدث عنه في هذا المطلب.

الفرع الأول: سكن الحاضنة

الأصل أن مسكن الحضانة هو مسكن الزوجية بالنسبة للأم الحاضنة طالما كانت الزوجية قائمة أو كانت مطلقة رجعيا أو معتدة من طلاق بائن، أما بعد الطلاق أو إذا كانت الحاضنة غير الأم فإن مسكن الحضانة جزء من النفقة المستحقة، ونفقة الصغير أصلا من ماله إن كان له مال، وإلا فهي واجبة على الأب متى طولب بها [2].

---

1 بن شويخ الرشيد، شرح ق أ ج المعدل درسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص262

2 إمام محمد كمال الدين، المرجع السابق، ص496

تفصيل الفقهاء في المسألة:

عند المالكية: منهم من يرى أن سكن المحضون و الحاضنة في مال من تجب عليه نفقة الولد بغض النظر عن امتلاك الحاضنة سكن أم لا، وقد اتخذ المشرع الجزائري في تعديله للمادة 72 ق أ ج بالاستناد في هذا الموقف من الفقه المالكي [1].

و منه فإنها على الأب و الحاضنة، فإذا أيسرت الحاضنة دون الأب لم يكن عليه سكنى وإن أُيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء [2].

و قال سحنون: إن سكنى الطفل على أبيه و على الحاضنة ما يخص نفسها، ويكون توزيع الأجرة بين الأب و الحاضنة على حسب اجتهاد القاضي فقد يجعل نصف الأجرة على الأب ونصفها على الحاضنة.

وهكذا فإن السكنى تكون حسب اجتهاد القاضي، و قيل أيضا أن الأب إذا كان في مسكن يمتلكه أو يستأجره ولو كان ولده معه، لم تزد عليه في الأجرة، فلا شيء عليه لأنه لا ضرورة من دفع الأجرة في سكنه وإن كان يزداد عليه في الكراء أو عليها هي لأجل الولد، أما بالنسبة للحاضنة ففريق قال بأن سكناها أيضا على من عليه نفقة المحضون و فريق قال بل عليها هي حسب الاجتهاد فيما تتحمله و يتحمله المحضون أو على قدر الرؤوس.

ومن هذه الأقوال كلما يستنبط بأن القول المرجح هو جعل أجرة السكن على عاتق من تقع عليه النفقة سواء كان السكن لفائدة المحضون أو الحاضنة، ولا فرق بين الأمرين مادام المحضون يقيم مع حاضنته.

أما فقهاء الحنفية: اختلفوا في مسألة سكن المحضون على قولين:

الأول: لا تجب على الأب أجرة المسكن الذي يحضن فيه الصغير إذا كان للحاضنة مسكن لأن الولد ليس محتاجا إليه، أما إذا لم يكن لحاضنته سكنا يُفرض لها أجرة مسكن لممارسة الحضانة.

---

1 صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص262.

2 الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، المكتبة الكبرى، بدون بلد، بدون سنة، ج4، ص603.

الثاني: تجب على الأب أجرة المسكن و لا تستحق عليه إذا كان الصغير يقيم صحبة أبويه بمسكن الأب أو صحبة الحاضنة بمسكن الأب، فالصغير يستحق أجرا، سواء كان يقيم لدى الحاضنة بملكها الخاص أو بأجرة، لأن أجر مسكن الصغير على أبيه شرعا ويلتزم بتوفيره.

و تعدد المحضونين لا يؤدي إلى تعدد أجر المسكن، كما أن انتهاء سن الحضانة بالنسبة لأحد الصغار المحضونين وخروجه من مسكن الحضانة لا يقتضي التخفيض المفروض كأجر للسكن.

و الراجح في هذا المذهب [1] أنه يجب على الأب أجرة المسكن إذا لم يكن للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد و يسكن تبعا لها، لأن وجوب أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة بل على وجوب نفقة الولد، فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا بل تسكن عند غيرها ففي هذه الحالة يفرض لها أجرة السكن تحضن فيه الصغير، لأن أجرة المسكن من النفقة والنفقة واجبة على الأب للولد شرعا، وأن أجر المسكن لا يدخل ضمن الأجور التي تستحق للحاضنة نظير قيامها بعمل محدد.

أما فقهاء الشافعية و الحنابلة [2] : فقد اتفقوا على حق الصغير في أجرة السكن على أبيه، إن كان معسرا فكما تجب عليه أجرة الرضاع و أجرة الحضانة تجبر عليه أجرة المسكن أو إعداده إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير و هذه الأجرة تجب من حين قيام الحاضنة بها و تكون دينا في ذمة الأب لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء، فالمقرر شرعا أن أجرة المسكن من أجرة الصغير.

الفرع الثاني: تفصيل الفقهاء في مسألة سقوط الحضانة بالسكن بالمحضون عند أمه

ويُقصد بها سقوط حضانة الأم بزواجها أو لسبب آخر غير ذلك، وانتقال حق الحضانة إلى الجدة أو الخالة، و الجدة نقصد بها أم الأم، فإذا انتقلت الحضانة لإحداهما يتوجب عليها السكن بالمحضون عندها أو في المكان المخصص للحضانة، سواء كان منزل يستأجره الأب لهذا الغرض أو غيره.

---

1 إدريس حمد أبو بكر، الحضانة في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، بدون دار نشر، بدون سنة، ص12

2 طعيبة عيسى، سكن المحضون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، أطروحة ماجيستير 2011/2010، ص27

فإذا صار و سكنت الجدة مع ابنتها أو الخالة مع أختها التي سقط عنها حق الحضانة بسبب الزواج فإنه يؤدي إلى سقوط الحق عنه، وذلك لأنها أسكنت المحضون عند المبغضين له (زوج الأم غير المحرم) [1]

و بذلك تكون قد أخلّت بشرط من شروط الحضانة و هو أن لا يسكن الحاضن بالمحضون في بيت المبغضين له.

فالحنفية [2] يرون أن يكون البيت الذي يسكن فيه المحضون غير معرض لأذى الجيران ولو كانوا أقاربه.

أما المالكية [3] ، فقد اشترط خليل بن إسحاق أن تسكن الحاضنة في بيت لا يسبب أي خوف للمحضون، و قالوا أيضا أنه يزاد للأنثى الحاضنة عدم سكناها مع من سقطت حضانتها، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل و إذا تزوجت إلا إذا انفردت بالسكنى عنها.

و خالف في ذلك **الجعفرية** المالكية، ولم يجعلوا ذلك مسقطا لحق الحضانة إذا كانت قادرة على حفظه و صيانته.

الفرع الثالث: موقف القانون من سكن الحاضنة بالمحضون عند أمه

ما نصت عليه المادة 70 ق أ ج " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"[4]،فإذا سكنت الجدة أو الخالة الحاضنة بالمحضون مع أم هذا المحضون المتزوجة بغير قريب محرم بالنسبة إلى الطفل المحضون فإنه يشكل سببا من أسباب سقوط حق الجدة أو الخالة في الحضانة، ذلك بموجب حكم قضائي بسقوطه يصدر قاضي قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية بناء على طلب من له الحق في الحضانة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 المعدلة.

---

1 أبو بكر إدريس حمد، المرجع السابق، ص13

2 ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، بدون طبعة، دار الفكر، لبنان، 1421، ص687

3 الدردير، المرجع السابق، ص529

4 ق أ ج أخذ برأي المالكية في نص هذه المادة حيث جاء من أحد فقهاء المذهب " ويزاد للأنثى الحاضنة عدم سكناها مع من سقطت حضانتها،

فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل إذا تزوجت إلا إذا انفردت بالسكنى عنها ".

فالمساكنة المقصودة في السياق هي التي يسقط بها حق الحضانة، أي مساكنة الحاضنة بالمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة.

وبالرجوع لنص المادة 70 ق أ ج فإنها في مضمونها تتحد وتشترك مع المادة 66 من نفس القانون في علة واحدة و حكم واحد هي إمساك المحضون في بيت المبغضين له ومنه إسقاط الحضانة عن صاحبتها و لكن تختلف معها في أنها تتكلم عن حاضنتين فقط وهما الجدة و الخالة في حين أن المادة 66 تشمل كل الحاضنات بما فيهم الخالة.

و يجدر التنويه هنا أيضا أن حالة الإسقاط هذه لا تعتبر تكرار للمادة 66 بل جاءت مكملة لها وتأكيدا لحكمها بسبب وجود المحضون في بيت أمه المتزوجة بغير قريب محرم، أي تحت سمعها و بصرها مما يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة ولهذا يطبق نفس الحكم، ومن ثم فإسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين بمقتضى النص السالف الذكر، ينبغي أن تتوفر فيه عدة شروط وهي أن تكون الحاضنة أم لأم المحضون أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة و أن تكون الأم متزوجة مع قريب محرم.ومن خلال تحليلنا هذه الشروط و النصوص المتعلقة بها، يتضح أنه يشترط في الجدة لأم أو الخالة المراد المساكنة معها أن تكون غير متزوجة بقريب محرم تنفيذا للمادة 66 السالفة الذكر، و يُقصد بالمساكنة هنا: أن تتخذ الحاضنة سكن أم المحضون موطنا لها، وتكون إقامتها فيه مستمرة.

و عليه إذا كانت تهدف للزيارة أو لقضاء عطلة، فإن ذلك لا يؤثر في العناية من النص، وبهذا لا يدخل في هذا الحكم كل مجاورة لها على الرصيف أو الحي أو العمارة، لأن الإسقاط محدد بالمساكنة، وفي هذا الصدد نشير إلى أن النص الفرنسي أوضح [1]، لذلك فمن المستحسن استعمال مصطلح " تساكن" لأنه أدق و أفصح مفهوما [2].

---

1 هذا النص استعمل مصطلح « cohabiter »

2 حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، رسالة دكتوراه، تلمسان، 546/2012، 2013

وقد هدف المشرع من إضافة هذه المادة هو تفادي الأذى والضرر عن المحضون بأن يساكن من يبغضه وإذا جعل المشرع مصير هذه الحضانة رهنا لإرادة الحاضنة إذا أعطاها حق رفض مثل هذه المساكنة، غير أن ما قلناه بالنسبة لزواج الحاضنة بغير قريب محرم حسب نص المادة 66 ق أ ج الذي أتينا بتفسيره وتبيان ثغراته سيرى بالنسبة لهذه الحالة كما يسري بالنسبة لتلك، ما لم تستثني منها ما تقتضيه مصلحة المحضون.

و بهذا نرى أن المشرع قد أخذ برأي المالكية بهذا الخصوص حماية للمحضون من أي إساءة من قبل زوج الأم وتحقيقا لأحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن وهو شرط عدم إسكان المحضون في بيت المبغضين له لأن زوج الأم ينظر للمحضون نظرة غير سوية. و إذا قمنا بتحليل نص المادة 70 المذكورة أعلاه نستنتج أن هناك عدة عناصر وجب توفرها لتطبيق هذه المادة للتقرير بسقوط حق الحضانة.

و أول هذه العناصر يتمثل في الأشخاص الموكل لهم بموجب حكم قضائي حضانة الطفل المحضون و يتعلق الأمر بكل من الجدة لأم والخالة أخت أم المحضون فإذا تخلف هذا العنصر في صفة الحاضن، لا يمكن تطبيق هذه المادة [1].

و العنصر الثاني يتمثل في أن تأتي هذه الخالة و الجدة إلى منزل الأم و معها المحضون فتقيم معها في نفس السكن إقامة مستمرة و دائمة و لأنها لو جاءت زائرة أو لتقيم إقامة مؤقتة لقضاء عطلة الصيف مثلا أو كانت تسكن بجوار أم المحضون لما أمكن الإدعاء بسقوط حضانتها.

أما العنصر الثالث فمفاده أن تكون أم المحضون متزوجة، و أن يكون زوجها شخص أجنبي عن المحضون أي لا علاقة له به و لا تربطه به أي قرابة محرمية، فإذا توفرت كل هذه العناصر المذكورة أعلاه في نفس الوقت أي تكون الحاضنة الجدة أو الخالة، وأن تنتقل للعيش مع أم المحضون و أن تكون هذه الأخيرة متزوجة بغير قريب محرم للمحضون.فإن حق الخالة أو الجدة يسقط بقوة القانون و يحق لمن تتوفر فيه الشروط الشرعية و القانونية من غيرهما، أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما، وإسنادها إليه.

---

1 معنصري مريم، المرجع السابق، ص19

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يبين قصده من حصر سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة لأم دون غيرهما، ثم إنه سكت عن جعل هذا السبب نفسه كسبب من أسباب السقوط في الحالة العكسية، وهي الحالة التي تكون فيها أم المحضون مطلقة من زوج ثاني أو متوفى عنها زوجها و تنتقل لسبب من الأسباب الإقتصادية أو الاجتماعية فتسكن مع أختها أو أمها التي تقوم بحضانة ابنها هي.

كما أن المشرع سكت عن الحالة التي يقضي فيها بالحضانة إلى أم الأب و تكون تسكن في مسكن الأب نفسه سكنا دائما قبل الحكم بالحضانة و بعده و بسكوت المشرع هذا أضحى نوع من الغموض على الأسباب و الدوافع التي أخذ بها لحصر هذه المادة على الجدة لأم و الخالة [1].

و قد يعود حق الحضانة للخالة أو الجدة لأم بعد سقوطه إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون و بعيدا عنها نوعا ما، ومنه يمكن القول بأنه إذا كان السقوط غير اختياري فإنه يحق للحاضن استرجاع حقه إذا زال سبب السقوط، وهذا ما جاء في نص المادة 70 ق أ ج السابقة الذكر، و بناء على ذلك إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم و سكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون، و كانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه فإنها تكون بذلك قد خالفت قاعدة قانونية منصوص عليها في المادة 70 ق أ ج، و تسقط عنها الحضانة بموجب حكم قضائي و لن تعود إليها سواء كانت الجدة أو الخالة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون و بعيدا عنها نوعا ما، و منه يمكن القول بأنه إذا كان السقوط غير اختياري فإنه يحق للحاضن استرجاع حقه إذا زال سبب السقوط و في هذا الصدد جاء قرار المحكمة العليا " إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط و دون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 ق أ مخالفة للقانون و قصور في التسبيب"

و كذلك في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/02/05 جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب لسقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

---

1 سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص143

الفصل الثاني

السقوط الإختياري للحضانـــة

إضافة إلى ما ذكرناه في الفصل الأول قد يسقط حق الحضانة بالانتقال بالمحضون و السفر به من مكان الى آخر و إذا لم يطلب الحاضن حقه في الحضانة، بالتنازل عنه من قبل الحاضن أو بانتهاء الحضانة و هما سببان يتعلق أحدهما بالحاضن و الآخر بالمحضون، و سنقوم بالتفصيل في كل سبب على حدا في المباحث و المطالب الآتية :

المبحث الأول:عدم المطالبة بالحضانة و الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي

إضافة الى الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة، فهناك أسباب أخرى منها عدم مطالبة بالحضانة التي تؤدي الى سقوط حق الحاضن فيها و الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي و الذي هو كذلك يعرض هذا الحق للسقوط، فلهذا سنتطرق في المطلب الأول لعدم المطالبة بالحضانة و علاقته بسقوطها، ثم في المطلب الثاني للاستيطان في بلد أجنبي .

المطلب الأول: عدم المطالبة بالحضانة

إن بمجرد نشوء الحق في الحضانة على مستحقه المطالبة به فور علمه به، و إلا تعرض حقه للسقوط و ذلك بمرور أجل معين حدده الفقه و القانون حماية لحق المحضون الذي قد يتعارض مع حق الحاضن ما يستلزم تغليب مصلحة المحضون عن غيرها.

الفرع الأول: موقف الفقه من سكوت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها

إذا توافرت شروط الحضانة في الشخص أثبتت له الحضانة، و لكن هذه الحضانة قد تسقط لعذر أو لغير عذر، فعند ذلك تنتقل الحضانة إلى من يليه في الدرجة، فإذا زال العذر الذي أسقطت الحضانة بسببه، جاز لمن أسقطت عنه المطالبة بها. فهل تعود الحضانة بعد سقوطها أم لا ؟

رأي الجمهور:[1] إن الذي عليه الجمهور أن للحاضن الذي سقطت حضانته لعذر كمرض أو خوف مكان، أو سفر ولي المحضون سفر نقلة، أن يطالب بعودة الحضانة إليه، بعد أن انتقلت إلى من يليه في الدرجة. لأن الحضانة لا تسقط بالإسقاط و إنما تمنع بموانعها و تعود بزوال تلك الموانع [2].

المالكية:غير أن المالكية أضافوا إلى ذلك أن من سقطت حضانته لعذر، ثم زال العذر و لكنه لم يطالب

---

1 سماره محمد، المرجع السابق، ص 392

2 سماره محمد، المرجع نفسه، ص 393

بإعادة الحضانة إليه مباشرة، ومضت سنة على زوال العذر و دون المطالبة بعودة الحضانة إليه، فلا للحاضن أن يطالب بعودة المحضون إليه بعد مرور هذه المدة، و كذلك إذا ألف المحضون من هو عنده، و يشق إرجاعه الى الحاضن أو الحاضنة الأولى [1].

أما السقوط لغير عذر كسقوطها بالكفر و الفسق، أو زواج الحاضنة ففي ذلك رأيان قال **المالكية:** إن الحضانة إذا سقطت بإحدى الطرق الآتية لا تعود:

1 - زواج الحاضنة بأجنبي و دخول الزوج بها، فإذا طلقت أو مات عنها زوجها أو فسخ الزواج لفساد العقد فلا تعود إليها الحضانة
2 - إسقاطها الحضانة بلا عذر، كأن تسقط حضانتها أو تتنازل عنها دون سبب، أو تتنازل عن الحضانة للإضرار بالزوج.
3 - أن تسقط الحضانة مقابل عوض، كما لو خالعت زوجها مقابل تنازلها عن الحضانة .

ففي هذه الحالات لا تعود الحضانة لمن سقطت عنه، والدليل على ذلك قوله صل الله عليه وسلم "أنت أحق بهم ما لم تنكحي" وجه الدلالة من الحديث أن الحضانة مؤقتة و مسموح بها الى حين نكاحك، فإذا نكحت انقضى وقت الحضانة، و لذا لا تعود انقضاء وقتها كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل، واستغنائه عن الحضانة ولذا فإذا تزوجت ودخل بها الزوج سقطت حضانتها و لا تعود إليها مرة أخرى .

لأن عدم الاستحقاق يستصحب و يستمر، و لأن من أسقط حضانته لغير عذر كان ذلك دليلا منه على أنه لا يريدها فإذا عاد طلبها، كان طلبه إياه لمصلحة خاصة فلا يجاب لذلك حرصا على مصلحة المحضون [2].

فإذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها يسقط حقه بالشروط الآتية:

---

1 الدسوقي، حاشية الدسوقي، بدون طبعة، دار إحياء الكتب العربية، مصر، بدون سنة، ص474

2 سماره محمد، المرجع السابق، ص 393

1) أن يعلم بحقه في الحضانة، فإن كان لا يعلم بحقه و سكت عن طلب الحضانة لا يسقط حقه، مهما طالت مدة سكوته.

2) أن لا يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا الأمر فرعي يعذر الناس بجهله.

3) أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة، فلو مضى على علمه أقل من سنة و هو ساكت، ثم طلبها قبل مضي العام، قضي له باستحقاقها فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي و دخل بها، و لم يعلم بالزواج من انتقلت إليه الحضانة حتى فارقها زوجها و سكت عن أخذ الولد عاما، حتى فارقها زوجها لم ينزعه منها و بقي معها لأن سكوته حتى مضت سنة يسقط حقه بطلب الحضانة [1].

فإذا لم يعلم مستحق الحضانة بتزوج الحاضنة و دخولها، أو علم و لم يسكت أو سكت عاما إلا أنه جهل كون سكوته مسقطا لحقه، ففي هذه الحالة لو علم بتزوجها و دخولها و سكت عاما إلا أنه جهل كون سكوته مسقطا لحقه ففي أن ذلك عذر يوجب له سقوط حقه في الحضانة ,واعترضه الشيخ الرّهوني في حاشيته بأنه لم يره منصوصا قال: والجاري على ما يأتي من سكوت الشفيع أنه لا يعذر بالجهل بالحكم.

قيل : قد يقال من حفظ حجة على من لم يحفظ و لا يقاس سكوت الحاضنة على سكوت الشفيع لشهره حكم سكوت الشفيع عند الناس دون حكم سكوت الحاضنة : ثم إذا سكت العام فهل تسقط حضانتها و حضانة من علم أيضا وهو في المرتبة بعدها كما قالوا في الشفعة: أن سكوت الأقرب يسقط شفعته و شفعة من علم و هو في مرتبة بعده، ولا تسقط في الحضانة إلا حضانة الأقرب، ويستأنف للأبعد عام آخر وكما في الفائق عن ابن زرب ونحوه في البرزلي عن أحكام الشعبي ونقله الشيخ أحمد بابا مسلما و تقدم أن من خالع زوجته على أن تسقط هي و أمها الحضانة، أنها لا تسقط عن الجدة لأنها أسقطت ما لم يجب عليها، هذا إذا لم يقل في الوثيقة " ثم بعد إسقاط الأم أسقطت الجدة حقها" و إلا فلا كلام لها.

---

1 الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص 734

و إذا كان الولد رضيعا و لم يجد من يرضعه، لا يجوز الخلع حينئذ على إسقاط حضانتها له ولو تراضيا عليه [1]

و ما سقوطها لعذر قد بدا وارتفع العذر تعود أبدا

و عند **الجمهور** كما ذكرنا فإنه لم تتحدد مدة لسقوط الحضانة، و إنما تمنع لوجود أحد موانعها كالسفر أو الزواج، و بمجرد أن يزول المانع تعود الحضانة تطبيقا لقاعدة " إذا زال المانع عاد الممنوع "

الفرع الثاني:عودة الحق في الحضانة قبل مرور مدة سنة

الحضانة التي سقوطها قد بدا لعذر من مرض أو انقطاع لبن أو حجة فرض أو سفر، ولم يمكن حمل المحضون أو جهل انتقال الحق في الحضانة للحاضن، أو الخروج لطلب ميراث، وارتفع ذلك العذر بأن برء من المرض أو رجع إليها اللبن، أو رجع من سفر الحج أو علم أن الحق في الحضانة له أو رجع الولي من سفره بالمحضون.

فإن الحضانة تعود لها ذلك كله، لأنها تركت حقها – الحاضنة– في الحضانة في ذلك كله بغير اختيارها، فهي معذورة و حقها إنما حال وجود العذر فإذا زال رجعت إليها الحضانة [2]، إلا أن تتركه بعد زوال العذر حتى طال الأمد السنة و نحوها مختارة، فلا تأخذ ممن هو بيده أو يكون ألف من هو عنده أو شق نقله عنها.

ففيهم من كل هذا: أنه إذا خرجت لطلب ميراثها لا تسقط حضانتها و أنها إذا خرجت للصيفية ولقط السنبل لفقرها، لا تسقط حضانتها أيضا، وفي البرزلي وإذا أرادت الخروج للصيفية ولقط السنبل ومنعها الأب من الخروج بالمحضون فإنه له ذلك، ويكون المحضون عنده مدة غيبة الحاضنة في الصيفية فإذا رجعت أخذته من الأب .

ابن رشد: ويحتمل أن لا يقضي للأب بمنعها من الخروج به على ما جاءت به الرواية أن لها الخروج به

---

1 الدردير، المرجع السابق، ص 535

2ابن قدامه، المرجع السابق، ص 428

للمسافة القريبة التي لا تقصر فيها الصلاة[1]. و إذا ترك الأب ولده عند حاضنته بعد تزوجها سنة فأكثر فليس له نزعة منها، بل يتركه عندها وتجب عليه نفقته، اللهم إلا أن يثبت تضييع الحاضنة للولد أو كون زوجها يستخدمه و يستعمله فله نزعه حينئذ، قاله ابن رشد ونقله ابن البرزلي أيضا.

وهي على المشهور لا تعودان كان سقوطها بتزويج قمن

هذا مفهوم القول في البيت قبله لعذر، و المعنى أن سقوط الحضانة إذا كان لغير عذر كما لو تزوجت بعد أن انتقلت إليها الحضانة أو أسقطت حقها منها بعد وجوبها بها، أو سكتت عاما بعد انتقالها إليها مع عملها بذلك كله، ولو زال التزويج في المسألة الأولى بطلاق أو موت أو فسخ. و ابن رشد والمغيرة و ابن دينار وابن أبي حازم يرى أن التزوج من الأمور الضرورية فجعله عذر كالمرض وانقطاع اللبن قال: إذا سقت الحضانة لصالح الأب الحاضن، ثم مات ذلك الحاضن كان للحاضنة الحق في أخذ ولدها وكانت أحق بحضانته من غيرها.

و المشهور سقوط الحضانة بالتزوج جملة ولا تعود لها أبدا، لأنها كانت مختارة لإسقاط حقها [2]، و لا عذر في ذلك.

الفرع الثالث: موقف القانون من عدم المطالبة بحق الحضانة

إن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية محددة يسقط الحق بها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن السنة بدون عذر.

بمعنى أنه قد نكون أمام حالات تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني توافر عذر مقبول عقلا و منطقا ومنها على سبيل المثال:

1 الدردير، المرجع السابق، ص 548

2 أبي الحسين الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص 278

– أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين يحق لهم الحضانة، ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 ق أ ج إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الإعتبار مصلحة المحضون.

– إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه، و لا يعلم بأنه سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها.

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، ومن هذا يتضح لنا أن المشرع قد أخذ برأي المالكية بجعله مدة تقادم الحضانة بسنة، واعتباره العذر المقبول والمنطقي في حالة تجاوز هذه المدة، وترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير صحة العذر ومدى إمكانية إرجاع الحضانة من خلاله.

وقد كرست المحكمة العليا مبدأ سقوط الحضانة بعد مرور السنة في قراراتها:

" من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الإجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط من مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة، ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية " [1].

و جاء في قرار آخر " أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها " [2]

كما تعتبر المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقها من قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون. " من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن السنة بدون عذر سقط حقه فيها ".

و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها،

1 المجلة القضائية، غ أ ش العدد 01 قرار في 1984/07/09، ملف رقم 32829، ص 60

2 المجلة القانونية،غ أ ش، عدد 44، 1985/12/20، ملف رقم 388225، ص 157

فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة و إسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون" [1].

فطبقا لما جاء في نص المادة 68 ق أ ج "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن السنة سقط حقه في الحضانة ". وعليه فإنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق مدة تزيد عن السنة بدون عذر سقط حقه فيها ومعنى ذلك إذا وقع طلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند والدهم دون أن تطلب أمهم مثلا حضانتهم في مدة تزيد عن السنة فإنه لم يعد من حق الأم أن تطالب بالحضانة أمام المحكمة، وهذا ماورد في الشريعة الإسلامية أي أنه إذا زادت المدة عن عام دون عذر سقط حقه فيها وبقي الطفل المحضون عند أبيه وذلك حتى بلوغه السن القانونية لانقضاء الحضانة أو سقوط الحضانة من الأب أو بوفاة الأب مثلا أو سبب شرعي آخر، كذلك إذا بلغ المحضون سن المعاشرة يعتبر قد وصل الى مرحلة تسمح للأب أو لغيره طلب إسقاط الحضانة ما لم تتمسك بها الأم خلال سنة من تاريخ نهاية العشر سنوات، فإذا انتهت السنة الحادية عشر، سقط حق الحاضن في الاحتفاظ بالمحضون و ذلك لعدم المطالبة بتمديد مدة الحضانة. و الأستاذ عبد العزيز سعد يرى أن حق الحاضن في هذه الحالة – عدم المطالبة لمدة السنة– يسقط بقوة القانون و لا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى إليه إلا أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة [2].

و بتعبير أدق، صحيح أن مرور مدة سنة دون المطالبة بالحضانة هي الحالة التي نص عليها القانون، ولكن القاضي هو الذي يقدر من الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تنازل عنها أو لم يتنازل عنها. و هذه السلطة استمدت بالخصوص من عبارة "بدون عذر" التي توسع من سلطة القاضي، لهذا وذاك فإنه لا يمكن أن نقول بأن حق الحاضن سقط بقوة القانون إذا لم يطلب بالحضانة في أجل قدره سنة وذلك كله صيانة لحقوق المحضون و حماية لمصالحه. و إذا كان الإسقاط لا يتم إلا أمام القضاء، فهل للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه؟.

---

1 المجلة القضائية، غ أ ش، 1990/02/05، ملف رقم 56220، العدد3، ص 53

2 سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص301

الحقيقة أن الإجابة على هذا السؤال بنعم تؤدّي إلى التعارض مع الأحكام العامة الواردة في القانون المدني وإنما نخص بها المادة 321 الفقرة الأولى من ق.م " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم، بل يجب أن يكون ذلك بطلب من المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به ".

وفي باب الانتقادات كذلك، فالعيب الذي يلفت أنظارنا أكثر في هذه المادة هو عدم تحديد المشرع تاريخ بدأ سريان مدة السنة، وهذا الإغفال يمكن أن يفسر بأن مشرّعنا، على غرار واضعي مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية [1]، أراد من خلال هذه المادة أن يشمل كل الحالات المتعلقة بالحضانة سواء كان ذلك خاص بالإسناد أو الإسقاط أو الانقضاء.

وإزاء هذا الإغفال، نتعجب كيف أن المشرع الجزائري لم يتبع المذهب المالكي في تحديد بداية سريان مدة السنة مع أنه كان مرجع استيحائه في هذه المادة.

وتطبيقا للمادة 222 ق أج لنا أن نعرف حكم هذا المذهب في هذا الصدد، فيرى أنصار هذا الاتجاه الفقهي أن مدة السنة يبدأ سريانها كما ذكرنا من قبل من تاريخ علم صاحب الحق في الحضانة باستحقاقه لها، فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت ثم طلبها قبل انقضاء المدة قضي له باستحقاقها [2].

لكن بالرغم من ذلك نقول بأن المشرع خرج بهذه المادة عن الأحكام العامة إذ أن التقادم بمدة السنة لا يطبق كلما وجد عذر منع صاحب الحق في الحضانة من المطالبة بها، ولكن لم يحدد في الوقت ذاته هذه الأعذار تاركا الأمر للعمل القضائي.

---

1 إذ تنص المادة 5 الفقرة الثالثة من هذا المشروع " يسقط حق الحاضن في الحالات الآتية...، و إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة سنة من غير عذر"

2 الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص 733- 734

ومن ثم فإننا نوافق على ما ذهب إليه المشرع من حيث الاكتفاء بذكر "العذر" دون النص على الحالات التي يكون فيها العذر مقبول، إذا تأييدا لهذا الموقف الذي تبرره مصلحة المحضون نقول أنه لا يمكن أن نحصر الأعذار ونحددها فهي كثيرة و متعددة.

المطلب الثاني: الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي

بعدما يصبح للحاضن ولاية على المحضون كان عليه المحافظة عليه و حمايته وذلك بالقيام بشؤونه و التركيز على نشأته نشأة سليمة و المحافظة على حقوقه منها رؤية والديه و القرب منهما وعدم إبعاده عنهما خاصة بالسفر و الانتقال الى بلد بعيد وإلا سقط الحق في حضانته و سنتطول في هذا المطلب إمكانية نقل المحضون من عدمها فقها و قانونا في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تفصيل الفقهاء في نقل المحضون و السفر به

إن لكلا الأبوين حق في المحضون فللأم حق حضانته و للأب حق رعايته و تأديبه ولابد من اصطدام هذين الحقين، عند سفر الحاضن بالمحضون، أو نقله إلى محل إقامة جديد [1]، فأي الحقين يقدم إذا أراد الأب السفر أو أرادته الحاضنة، هل تقدم الحضانة أم تقدم الرعاية و الحفظ و التأديب؟

فصّل الفقهاء القول في هذا الموضوع على الشكل الآتي :

أولا : إذا كانت الحاضنة هي الأم

قال الحنفية [2]:

1) إذا كانت الزوجية قائمة بين الزوجين، أو كانت الزوجة في العدة من الطلاق الرجعي فليس لها الخروج بولدها من مكان إقامتها إلى بلد آخر إلا بإذن زوجها، لأنه ليس لها أن تخرج بمفردها إلا بإذنه فمن باب أولى لابد من إذنه إذا أرادت الخروج بولدها منه.

1 سماره محمد، أحكام وآثار الزوجية، ص401

2 ابن قدامه، المرجع السابق، ص420

2) و إذا كانت الزوجية قد انتهت بالفرقة و انقضاء العدة وكان بين الزوجين محضون فإن للزوجة الخروج بالمحضون إلى بلد قريب، لأن البعد يقطع الأب عن ابنه، فإذا كان بإمكان الأب زيارة الولد، و الرجوع قبل الليل فيجوز للحاضنة الانتقال به لأن هذه المسافة تعتبر بين البلدين كبيرة ففي ذلك تفصيل:

– فإن كان البلد الذي تنتقل إليه بالمحضون بعد فراقها هو بلدها الأصلي وهو الذي جرى فيه عقد النكاح، فلها العودة بالمحضون إليه وحجة الحنفية في ذلك: أن الرجل إنما يتزوج المرأة ليقيم معها في بلدها، لأنه بزواجه منها في بلدها يكون قد رضي ضمنا أن يكون بلدها محلا لسكناه. وتكون المرأة قد خرجت من بلدها لأجل النكاح، فلما انتهى النكاح فلها أن تعود إلى بلدها لأن الغربة نوعا من الذل ولها أن تأخذ ولدها معها، لأنه لما جرى النكاح في ذلك المكان فقد استحقت المقام بولدها فيه، وكذلك تستوفي ما تستحق [1].

– فإن لم يكن عقد النكاح في بلدها وإنما في مكان آخر فليس لها الخروج بالمحضون إلى بلدها، لأنه لم يكن به أصلا النكاح و لأن غربتها لم تكن لأجل النكاح فلا يكون لها الرجوع بولدها الى بلدها و كذلك لا يجوز لها الرجوع بالمحضون إلى البلد الذي جرى به النكاح لأنها في تلك البلدة غريبة أيضا فذهابها إليه مع أنه ليس بلدها ليقصد به دفع وحشة الغربة و إنما يقصد به الإضراب لزوج و قطع الولد عن أبيه. وكذلك ليس للمرأة الخروج للمحضون من المدينة أو البلدة الكبيرة إلى القرية ولو كانت قريبة إلا إذا كان عقد الزواج قد جرى بها وحجتهم في ذلك أن في أخلاق أهل القرى جفاء ففي ذلك إضرار بالولد لأنه يتخلق بأخلاق أهل القرى والحاضنة ممنوعة من الإضرار بالولد.

إذ أن لهذه المسألة ثلاث صور طبقا لما ذكرنا سابقا:

الصورة الأولى: تكون الحاضنة أما مطلقة وأن يكون الأب موجودا و تريد الأم أن تنتقل بابنه إلى بلدة أخرى، وفي هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال إلا بشرطين :

1 السيد عمر عبد الله، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص332

الشرط الأول: أن تكون مطلقة طلاقا بائنا، أو طلاقا رجعيا وقد انقضت عدتها أما إذا لم تنقض عدتها فإنها لا يجوز لها الانتقال و لا الخروج حتى تنقضي العدة.

الشرط الثاني: أن لا تكون البلدة التي تريد الانتقال إليها بعيدة، ليس بينها و بين البلدة القائم بها أبوه تفاوت، بحيث يمكنه أن يزوره ولده و يرجع في يومه، بصرف النظر عن سرعة المواصلات ويجوز لها أن تنتقل إلى بلدة بعيدة بشرطين، أحدهما : أن يكون قد عقد عليها في هذا البلد.

وثانيهما : أن تكون هذه البلدة وطنا لها.

الصورة الثانية: أن يكون الأب موجودا و تكون الحاضنة غير الأم، كالجدة و الخالة و نحوهما من الحاضنات، و هؤلاء لا يجوز لهن الانتقال بالولد المحضون عن البلدة التي بها أبوه بدون إذنه مطلقا، لأننا قد عرفنا أن الذي برر انتقال الأم إلى وطنها عقد الزواج عليها فيه، لأن رضاها بالعقد فيه رضا بالإقامة وكذا يمنع الأب من إخراج الولد من بلدة الأم مادامت حضانتها قائمة، فإذا تزوجت غيره فللأب أن يسافر بابنه مادامت متزوجة فإذا عاد لها حقه رجع به، وبعضهم يقول: لا يجوز لها الخروج بولده إلا إذا انتهت مدة حضانتها.

الصورة الثالثة: أن يكون أبوه متوفى وهي في عدة الوفاة، وفي هذه الحالة لا يجوز لها الخروج به إلا بإذن وليه الذي حل محل أبيه، أما بعد انقضاء عدتها فقط توقف المفتون في المسألة، فمنهم من قال: للأولياء منعها [1]، و الظاهر انه ينبغي أن يترك الأمر في هذه الحالة لاجتهاد القاضي ليرى ما فيه مصلحة الصغير فإن كان من مصلحته عدم الانتقال منعها وإلا فلا.

المالكية: قالوا بأنه ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلدة أخرى ليس فيها أب المحضون أو وليه إلا بشروط :

1 السيد عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 332

الأول: أن تكون المسافة أقل من ستة برود [1]، فإن كانت أقل فإنه يصح لها أن تستوطن فيها، ولا يسقط حقها في الحضانة فللحضانة أن تنتقل به إلى بلد دون ذلك و ليس له نزعه منها [2].

الثاني: أن يكون السفر للإقامة و الاستيطان كما ذكرنا، أما إذا كان للتجارة أو لقضاء حاجة فإن لها أن تسافر به و لا يسقط حقها في الحضانة، بل تأخذهمعها و للولي أن يحلفها بأنها ما أرادت بالانتقال السفر و الاستيطان وإنما أرادت التجارة مثلا: و إنما يصح أن تسافر به مسافة قليلة بشرط أن تكون الطريق مأمونة وأن يكون المكان الذي تريد السفر إليه مأمونا، وأما الولي فإنه إذا أراد السفر من بلدة إلى أخرى ليقيم بها وينتقل إليها مستوطنا إياها، فإن له يأخذ أن يأخذ المحضون من حاضنته ولو كان طفلا متى قبل ثدي مرضعة غير حاضنته، ويسقط حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا رضيت أن تسافر معه، فإن حضانتها لا تسقط بانتقاله وإنما يكون له حق أخذ المحضون منها و يسقط حقها في الحضانة بشرطين: أحدهما أن يكون الولي قاصدا السفر إلى بلد تبعد عن بلد الحاضنة مسافة ستة برود فأكثر، أما إذا كانت دون ذلك فليس له أخذهمنها لأنه يمكنه أن يشرف على الصغير في هذه الحالة .

و الثاني: أن يكون قاصدا الانتقال و الاستيطان أما إذا كان قاصدا التجارة و نحوها فإنه لا يأخذه منها و لا يسقط حقها في الحضانة ولها أن تحلّفهأنه أراد سفر الانتقال لا سفر التجارة.

الشافعية [2]: قالوا أنه إذا أراد الحاضن أو الولي سفر الحاجة أو التجارة بقي الولد بيد المقيم حتى يرجع من سفره ثم إن كان مميزا يخير في البقاء مع أيهما شاء، أما إذا أراد سفر نقلة واستيطان فإن الولد يتبع العاصب من أب أو غيره سواء كان مسافرا أو مقيما بشرط أن لا يكون ببلدة الحاضن عاصب غيره مقيم، وإلا خير الولد المميز في الإقامة مع أيهما شاء و لاحق للعاصب المسافر في أخذه معه، مثلا إذا انتقل الأب من بلدة الأم الحاضنة إلى أخرى ليقيم بها، ولكن جده لا يزال مقيما مع الحاضنة فليس للأب أخذه معه، و كذا إذا كان جد و أخ و سافر الجد و أقام الأخ أو سافر الأخ و أقام العم، فإنه يبقى مع المقيم و يشترط للسفر بالصغير أن تكون الطريق مأمونة و أن يكون المكان المسافر إليه مأمونا و إلا فأمه أحق به.

---

1 يقول أبو بكر إدريس أن ستة برود تساوي (133كيلومتر 344مترا)، الحضانة في الشريعة الإسلامية، ص 13

2 أبي الحسين الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص291/290

الحنابلة: [1] قالوا إذا أراد أحد الأبوين السفر إلى بلدة أخرى فإن الولد يبقى مع الأب سواء كان هو المسافر أو المقيم، بشروط :

– أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر.

– أن تكون الطريق مأمونة و تكون البلدة المنتقل إليها كذلك.

– أن يكون السفر سفر نقلة واستيطان فإن كان لتجارة أو حج كان الولد من حق المقيم.

– ألا يريد بالسفر مضارة للآخر و انتزاع الولد من يده، فإن أراد ذلك فلا يجاب لطلبه، وإذا انتقلا جميعا لبلدة واحدة، فالأم باقية على حضانتها [2]، و إذا أخذه الأب لافتراق البلديتين ثم عادت لها الحضانة.

ثانيا: إذا كانت الحاضنة غير الأم

إذا كانت الحاضنة امرأة غير الأم لا يمكنها السفر، فليس لغير الأم الخروج بالمحضون ولو إلى البلد الذي جرى فيه عقد النكاح لأن رجوع الأم كان لدفع وحشة الغربة عنها و لأنها إنما خرجت لأجل النكاح وهي أمور لا تجتمع لغير الأم [3].

1 ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق، ص 419

2 ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق، ص 419

3 عزمي ممدوح، المرجع السابق، ص 61

فإذا كانت الحاضنة امرأة أخرى كالجدة أو الأخت فليس لها أن تنتقل بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا برضاه فلو انتقلت إلى بلد آخر دون رضاه كان له أو لمن يقوم مقامه أن يمنعها من ذلك ولو كان البلد وطنا لها، لأن جواز الانتقال للأم إلى بلدها كان بحكم العقد و لا عقد بين الأب و غيرها من سائر الحاضنات.

انتقال الأب: إذا كان الولد في يد أبيه لاستغنائه عن خدمة النساء و أراد أبوه السفر به كان له ذلك لأن نفقته وصيانته وتأديبه عندئذ واجبة عليه بالإجماع.

أما إذا كان المحضون بيد حاضنته و أراد أبوه أن يأخذه منها ليسافر به فليس له ذلك وتكون الحاضنة المقيمة أحق بحضانته منه، لأن خروج الأب بالولد قبل استغنائه عن حضانة النساء إضرارا بالحاضنة بإبطال حقها في الحضانة و هو لا يجوز.

و إذا كانت الزوجية قائمة فليس للأب أن يخرج بالولد من مكان الزوجية بغير أمه وبرضاها قريبا كان المكان أو بعيدا. و إذا خرج الأب بالولد ثم طلقها فطالبته برده إن كان قد أخرجه بإذنها لا يلزمه رده بل يقال لها: اذهبي و خذيه، و إذا كان بغير إذنها لزمه رده كما لو خرج به مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده، و غير الأب من العصبات كالجد، غير أن الأنثى لا تدفع إلى غير المحرم [1].

الفرع الثاني: مسافة السفر و الانتقال التي تسقط الحضانة

اختلف الفقهاء في المسافة التي يستطيع الحاضن أن ينتقل بالمحضون إليها، و في تحديد المعيار الذي على أساسه يقدر بعد المسافة أو البلد المراد السفر بالمحضون إليه أو قربه.

إذ أن البلد يعتبر قريبا حسبهم إذا كان الأب أو الولي يستطيع أن يسافر إليه ويراه ويعود إلى محل إقامته قبل دخول الليل، فإذا كان لا يستطيع ذلك كان البلد بعيدا، و لكن لم يبين الفقهاء وسيلة الانتقال التي

1 الشربناصي رمضان على السيد، المرجع السابق، ص 612-613

يعتبر بها المكان قريبا أو بعيدا، و إذا كان الفقهاء لم يبينوا ذلك كان المراد وسيلة الانتقال المعتادة و هي السير على الأقدام.

أما في ظل الوضع الحالي و التقدم الحضاري في جميع الشؤون و من ضمنها المواصلات، فقد عرفت القطارات و السيارات و الطائرات وليس ذلك فحسب بل صارت هذه الوسائل مألوفة ميسورة مناسبة التكاليف للكافة. و على ذلك فلا يجوز الآن احتساب المسألة على أساس قطعها بالسير على الأقدام أو ركوب الدواب لأنها غير مألوفة إلا في المسافات القريبة جدا.

وإذا نحن اعتبرنا ما ذهب إليه الفقهاء من أن المعيار في تحديد قرب أو بعد المكان هو إمكان الأب رؤية ولده و العودة قبل الليل و عدم إمكان ذلك، أمكن القول بأنه إذا كان في مقدور الأب أن يزور ابنه بأية وسيلة من وسائل المواصلات المألوفة ثم يعود من زيارته قبل الليل اعتبرنا المكان قريبا [1].

أما إذا لم يكن في مقدوره أن يزوره و يعود في نفس اليوم اعتبر بعيدا و هذا ما يسير عليه القضاء و في هذا مراعاة لمصلحة الصغير ومراعاة لحق والديه، و ذلك بالجمع بين حضانته بواسطة أمه وبين إشراف أبيه عليه حتى لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده و لا يحرم صغير من عطف حاضنته ورعاية أبيه.

المسافة التي يستطيع الحاضن الانتقال بالمحضون إليها:

اختلف الفقهاء في المسافة – كما سبق و ذكرنا – التي يستطيع الحاضن الانتقال بالمحضون إليها، فقد قدرها **الحنابلة** [2] بالمسافة القصيرة التي يستطيع الأب رؤية أولاده و الإشراف عليهم.

و قدرها **الحنفية** [3] بأن يكون باستطاعة الأب زيارة ولده و العودة ليلا.

---

1 عزمي ممدوح، المرجع السابق، ص 61

2 ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق، ص 420

3 ناصر الإسلام الرامفوري، المرجع السابق، ص 488

و**المالكية** [1] يرون أنها يجب أن تكون أقل من ستة برود، و إذا زادت عن ذلك فإن الحضانة تسقط وللأم حينئذ اللحاق بولدها أو تسليمه، فإن لحقت لا تسقط حضانتها و إلا أخذ الولد منها ولو كان رضيعا.

و قد حددها **الشافعية** [2] بمسافة القصر.

<u>تأمل وترجيح:</u>

يلاحظ من كل ما ذكرنا من أحكام الحضانة و حق كل من الأبوين في رعاية الصغير أن الموضوع كله يدور حول نقطة مركزية هي مصلحة الصغير، و إذا تأملنا تحديد المسافة التي تنزع عندها الحضانة من الحاضنة، نجد أقوال الحنفية والحنبلية و أحد أقوال المالكية أن تكون المسافة قريبة بحيث يستطيع الأب أن يمارس حقه في رعاية ابنه والعودة قبل الليل، وحددها الحنبلية بتمكن الأب من الإشراف على الصغير، و الإمام مالك ببريدين و لا يغير من واقع هذه المسافة تغير وسائل المواصلات وسرعتها لأن السيارة تقطع آلاف الكيلومترات في اليوم الواحد ذهابا و إيابا فلا يكون قطعها مقياسا.

إن المقصود من التحديد كما يظهر من أقوال الفقهاء هو القرب، حيث أن رؤية الصغير من قبل الأب ليست هدفا بذاتها ولكنها جزء من الهدف، و إنما المقصود من الرؤية الإشراف و التعليم و التأديب ومتابعة مصالح الصغير و كل هذا لا يتأتى بمجرد وصول الأب ليشاهد ابنه لوقت قصير ثم يعود، ثم إن الأب بهذه الصورة سيكون منقطعا عن العمل وكسب قوته وقوت عياله، للسفر ذهابا وإيابا لرؤية ولده إذا أراد أن يكرر الزيارة لولده كثيرا [3].

و قد رجع الفقهاء حق التأديب و التعليم و الحفظ الذي للأب على حق الحضانة الذي للأم عند تعارض الحقين كما في حال السفر، فقد ذكر الحنيفة وجوب تسليم الصغير الذي استغنى عن خدمة النساء

---

1 البريد: يقدر بأربعة فراسخ والفرسخ ثلاثة أميال، فالمجموع 72 ميلا، و قدر الميل بأربعة آلاف ذراع بذراع الإنسان

المعتدل، وهي تقريبا ما يعادل 120كلم، وقدرها البعض ب133 كيلومترا، أنظر الفرع الأول من هذا المطلب.

2 أبي الحسن اليمني الشافعي، المرجع السابق، ص291

3 محمد سماره، أحكام و آثار الزوجية، ص403

بعد سن التمييز لأبيه جبرا، و قال **الشافعية و الحنبلية** [1] بأن يخير الغلام بين أبويه، فإن اختار أمه كان عندها ليلا لحضانته و عند أبيه نهارا لرعايته، فاتفق الجمهور على أن الصغير بعد الاستغناء عن خدمة النساء، الأب أولى من الأم فيه إذا افترقا فإذا كانت المسافة طويلة، فقد ضاع حق الصغير في إشراف أبيه و حق الأب في تأديب و حفظ ولده.

إن حضانة الطفل بتعهده من حيث المأكل والملبس والمنام يمكن تأمينها بغير الأم فأي امرأة مستأجرة لذلك تقوم بهذه المهمة أما رعاية الطفل و حفظ الصغير و تهذبيه فهو محتاج إليها حتى البلوغ و أحيانا إلى ما بعد البلوغ بزمن، و في المسافة البعيدة يفقد هذا الحق وبذلك ضياع الولد، لأنه من المعلوم أن الصغير لا يكون مرضبط السلوك و لا سليم السلوك إلا إذا كان يشعر بسلطة الأب عليه، و مجموع رأي جمهور الفقهاء أن تكون قريبة، و يمكن الأب من الإشراف على ولده و إذا انتفت قدرة الأب على الإشراف بسبب المسافة انتفى القرب و حقّ للأب أن يأخذ المحضون.

الفرع الثالث: موقف القانون

لم ينص القانون على مسافة معينة ينتهي عندها حق الحاضنة باصطحاب المحضون و إنما جعل الاستيطان في بلد أجنبي خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، حيث أنه يمكن للقاضي إسقاط حق الحاضنة أو عدم إسقاطه إذا رأى في ذلك مصلحة المحضون فيسلمه للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي وهذا ما جاء في نص المادة 69 من ق أ ج "إذا أراد الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون " فالمسألة جوازيه للقاضي و الأمر راجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، و من هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته و مصلحة المحضون و الظروف المتعلقة بالقضية [2].

1 الماوردي، الحاوي الكبير، ص 508 و المغني ص410

2 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص38

فلا تسند حضانة الأولاد لأم تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا في 1993/03/19 [1].

وقد استقرا الإجتهاد القضائي الجزائري على مبدأ عدم جوازية تجزئة الحضانة بدون مبرر شرعي.

ومنه نستنتج أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة وإنما هو أداء واجبه القانوني، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون والقواعد الشرعية بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخلّ بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروطها وجب إسقاطها عليه [2].

المبحث الثاني: التنازل عن الحضانة وانتهائها

إن حق الحضانة ليس بالحق المطلق بل أنه نسبي قد لا يتمسك به صاحبه، بل يستغني عنه لسبب من الأسباب و هذا ما يسمى بالتنازل، كما أن له مدة محددة عند فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون، و هذا ما سنبينه في المطلب الأول سنتحدث عن التنازل و في الثاني سنتحدث عن الانتهاء.

المطلب الأول: التنازل عن الحضانة

إذا صار و تنازل صاحب الحق عن حقه فهل هذا جائز؟ و ما هي طبيعة الحق في الحضانة؟ و ما رأي الفقه و القانون في هذا الحق؟ و هل يمكن التنازل عنه؟ هذا ما سنجيب عنه في الفروع الآتية:

1 صقر نبيل، المرجع السابق، ص226

2 صقر نبيل، المرجع السابق، ص227

الفرع الأول: طبيعة الحق في الحضانة

1- الموقف الفقهي من طبيعة الحق في الحضانة:

اختلف الفقهاء في طبيعة الحق في الحضانة، هل هو حق الله أو حق للعبد؟ و هل الحضانة حق للصغير أم حق للحاضن أم هي حق مشترك؟

القول الأوّل: أنها حق لله تعالى لأنها شُرّعت لحفظ النفوس و حفظها من حقوق الله تعالى وهذا رأي الإباضية، إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي لأنها ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على جهة الإلزام لا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع كسلطة الحكم و القضاء.

القول الثاني: إن الحضانة حق للمحضون فهو **لبعض فقهاء الحنفية و المالكية و الشافعية** لقولهتعالى " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرّضاعة " [1]. و بالتالي لا يجوز إسقاطها عن الحاضن لأن الآية تدل على ذلك بطريقة الإلزام لأنها قد أقرت بذلك و الأمر يقتضي الوجوب.

كما أنه من حق الصغير أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها و نموهالبطيء و تدرجه في معرفة ما يدور حوله و عجزه عن تولي شؤون نفسه، قال تعالى "...و الله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا.." [2]، و حضانة الصغير تدور حول مصلحته، إذا تحققت هذه المصلحة وجب المصير إليها بصرف النظر عن حق الحاضنة أو حق الأب فيها لأن مصلحة المحضون مقدمة على مصلحتهما، إذ يجبر الحاضن عليها لأن المدار فيها نفع المحضون، و بما أن الحضانة حق للولد فهي واجب طبيعي تقوم به الأم إزاء طفل صغير مما يجبر الحاضنة على القيام بها [3].

القول الثالث: إن الحضانة حق للحاضن و عليه فهو يسقط بإسقاطه له فإذا أسقطه لا يجبر عليه إلا بسبب شرعي خاص، أي الضرورة حيث لا يوجد حاضن آخر يقوم مقامه، و على ذلك لا تجبر الأم على

---

1 سورة البقرة، الآية 233

2 سورة النحل، الآية 78

3 طعيبة عيسى، المرجع السابق، ص 36

حضانة ابنها إذا تركت حقها فيه إلا إذا كانت نفقة المحضون عليها حيث ترتبط ولاية المال بالنفس و لا تسقط بالإسقاط.

فالقاعدة الشرعية المكرسة في هذا الصدد " لا ضرر و لا ضرار " و التي تقضي بأن لا تضار والدة بولدها فهو جزء منها حملته كرها ووضعته كرها، فضلا على أنه جزء منها شاركها حياتها مدة حمله و قاسمها غذائها، فهي أحق بحضانتها و تعهده وهي تتفاهم معه في صغره بقانون الأمومة الذي لم يقف على هذا الرأي لو امتنعت الأم عن الحضانة لا تجبر عليها ذلك لأن شفقتها الزائدة على ولدها تدعوها إلى حضانته فيحمل امتناعها عن حضانته عجزا منها [1].

و هذا مذهب **جمهور الحنفية و رأي المالكية و الشافعية** و هو مذهب **الحنابلة و الزيدية و الإمامية** و استدلوا بقوله تعالى: "...فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن و أتمروا بينكم بمعروف و إن تعاسرتم فسترضع له أخرى ..." [2].

ووجه الدلالة أن الآية بينت إذا وقع تعاسر و اختلاف في أمر الرضاعة فسترضع له أخرى لأن ذلك هو الذي يرفع الخلاف و النزاع في أمر الحضانة و الرضاع، و بذلك تكون بصدد الآية "و الوالدات يرضعن أولادهن " و الأمر فيه للندب و ليس للوجوب أو أنها محمولة على حالة الإتفاق و عدم التعاسر. كما أنهم قالوا بأن إجبار الحاضنة على الحضانة فعسى أن تعجز عن القيام بها و لا يكلف الله نفسا إلا وسعها، فالأصل لا تجبر الأم على الحضانة لاحتمال عجزها ولكونها حق لها لا تجبر عليها.

القول الرابع : وهو أن الحضانة حق للمحضون و الحاضنة معا، أي أن الحق فيها مقررا شرعا لهما معا و هذا رأي **لبعض المالكية و المختار عند الإباضية** و قد استند هؤلاء إلى آية الطلاق التي أجازت للأم عند التعاسر ترك الحضانة فثبت أن لها حق فيها، كما نظروا إلى أنه لا يجوز تركها من الحاضن إذا لم يوجد غيره و هذا يثبت أن الحق للمحضون فثبت أن الحق لهما معا في الجملة. و هكذا فحسب هذا الرأي

1 طعيبة عيسى، المرجع نفسه، ص 36-37

2 سورة الطلاق، الآية 06

الحضانة هي مؤسسة يتعايش فيها حقّان [1]:

حق المحضون و حق الحاضن، و لكن الأول أقوى من الثاني وإن كان هذا الأخير امتيازا طبيعيا، و يترتب على هذا القول:

- أن الحاضنة إذا تنازلت عن حقها و رضي من يليها في استحقاق الحضانة بالحاضنة و أرادت أن تستعيد حقها في الحضانة بعد ذلك يجاب لطلبها.

- لو اختلعت الأم مع زوجها على أن تترك له الولد نظير هذا الخلع ,صح وبطل الشرط ,فلها أن تطلب حضانة ولدها لان الحضانة حق للولد كما للأم فلا تملك إسقاط حقها مادام محتاجا إليها.

و هناك من يرى أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدد عليه قانون الأسرة الجزائري يسمح لنا بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحال على المحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت الحضانة حقا مشتركا بينهما لأن مصلحة المحضون تطغى على حق الأم [2].

2- موقف تشريع الأسرة:

تنص المادة 66 ق أ ج على أنه " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، فما يلاحظ على هذه المادة أنها جمعت بين حقين:

- حق الحاضنة و الذي نص عليه المشرع صراحة بمصطلح "حق" إضافة إلى أنه يسمح لها بالتنازل عليه.

- حق المحضون و هو ما يستشف من عبارة " ما لم يضر بمصلحة المحضون " و هنا جعله المشرع حقا أصليا، في حين أن حق التنازل جعله فرعيا لكونه مرتبط بالأصل، كما أن المشرع من خلال تعديله للمادة 2/67 " لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ".

1 طعيبة عيسى، المرجع السابق، ص 37

2 سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 456

و ما جاء في المادة 68 التي تنص " إذا لم يطلب من لم الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " و المادة 71 " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري ".

من هذه النصوص نستشف أن المشرع كرس حق الحاضنة في الحضانة، إلا أن المتمعن في تشريع الأسرة يجد أن المشرع أعطى أولوية و أهمية لحق المحضون أكثر من تلك التي للحاضنة، كونه في كل مرة يضيف عبارة مراعاة مصلحة المحضون في المواد" 64، 65، 67، 69 " أو عبارة ما لم يضر بمصلحة المحضون طبقا للمادة 66، و هذه النصوص جعلت الفقه ينظر إلى الحضانة في ق أ ج على أنها حق للمحضون وحده [1].

الفرع الثاني: رأي الفقهاء في التنازل عن الحضانة

ينصرف مفهوم التنازل إلى تخلي من له حق الحضانة عن التمسك بها، فالتنازل يتم بقرار ذاتي من مستحق الحضانة و من الطبيعي أن تثار العديد من الأسئلة حول جواز التنازل عن الحضانة من عدمه، و ما يرد على هذا التنازل من استثناءات، هذا إضافة إلى الحكمة من وراء التنازل من قبل الحاضن، لما لهذا التنازل من آثار و نتائج على مصلحة المحضون [2]

لذلك فإن الفقهاء – كقاعدة عامة – يرون بوجوب إلزام الأم بالحضانة و إجبارها عليها، إلا أن هذا الحكم مقيد بعدم إلحاق الضرر بالطفل فتجبر على ذلك.

و لعل الأسباب التي دفعت الفقه لعدم إلزام الأم على الحضانة يرجع إلى أن أحقية الأم في الحضانة إنما تأتي لتوفر الشقة عندها أكثر من غيرها، و الأم التي تمتنع عن حضانة صغيرها لا تتوفر لديها تلك الشفقة المطلوبة فلا تجبر على ذلك، ثم إن امتناع الأم عن حضانة صغيرها أمر مستبعد ونادر الوقوع، و النادر كالمعدوم حكما.

1 طعيبة عيسى، المرجع السابق، ص39

2 نشوان كارم محمود، حضانة الأطفال في قطاع غزة دراسة تحليلية تطبيقية، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، غزة، 2010، ص 49-50

فعند الشافعية [1]: يقول أبو سعيد الأصطخري: إن كان للطفل أبوان فتثبت الحضانة للأم فإن امتنعت منها فيه وجهين: أحدهما أن الحضانة تنتقل إلى أم الأم كما تنتقل إليها بموت الأم أو جنونها أو فسقها أو كفرها.

و الثاني أنها تكون للأب لأن الأم لم يبطل حقها من الحضانة لأنها لو طالبت بها كانت أحق بها فلا تنتقل إلى من يدلي بها.

أما البجيرمي [2] فيقول أنه لو غابت الأم أو امتنعت عن الحضانة فللجدة مثلا أم الأم كما لو ماتت أو جنت، و ضابط ذلك أن القريب إن امتنع كانت الحضانة لمن يليه، و ظاهر كلام الفقهاء عدم إجبار الأم عند الامتناع و هو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت كأن لم يكن له أب و لا مال أُجبرت كما قال ابن الرفعة لأنها جملة النفقة فهي حينئذ كالأب.

و عند الحنابلة [3]: الأم إذا عدمت أو تزوجت لم تكن من أهل الحضانة و اجتمعت أم الأب و الخالة فأم الأب أحق، و به قال أبو حنيفة و الشافعي و حكي ذلك عن مالك و أبي ثور، و روي عن أحمد أن الأخت و الخالة أحق من الأب، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب و هو قول الشافعي القديم، لأنها تدلي بالأم و أم الأب تدلي به، فقدم من يدلي بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب، و لأن النبي صلى الله عليه و سلم قضى بابنة حمزة لخالتها، و قال " الخالة أم " و لنا أن أم الأب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الأم و لأن لها ولادة و وراثة فأشبهت أم الأم.

فأما الحديث فيدل على أن الخالة حقا في الجملة و ليس النزاع فيه إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع، و قولهم تدلي بأم. قلنا: لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة لتقديم أم الأم على الخالة فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة، فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال و إن علت درجتها،

---

1 الفيروز أبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثالث، ص 168

2 الخطيب البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي علي الخطيب، ص 490

3 ابن قدامه، المرجع السابق، ص 422

لفضيلة الولادة و الوراثة، و أما أم أب الأم فلا حضانة لها لأنها تدلي بأب الأم و لا حضانة له و لا لمن أدلى به [1].

فإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها، فيه وجهان: أحدهما تنتقل إلى الأب لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها سقط فروعها، و الثاني تنتقل الى أمهاتها و هو أصحّ، لأن الأب أبعد فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه، كما لا تنتقل إلى الأخت، كونهن فروعا لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها، كما لو سقط حقها لكونها من غير أهل الحضانة أو لتزوجها.

وهكذا الحكم في الأب إذا أسقط حقه هل يسقط حق أمهاته ؟ و هو على وجهين: إن كانت أخت من أبوين و أخت من أب فأسقطت الأخت من الأبوين حقها لم يسقط حق الأخت من الأب لأن استحقاقها من غير جهتها وليس فرعا عليها.

و عند المالكية [2]: أما في مواهب الجليل للخطاب قال ابن القاسم: سمعت مالكا قال في امرأة طلقها زوجها و له منها ولد فردّته عليه استثقالا له ثم طلبته، لم يكن ذلك لها.

قال ابن رشد: لأنها قد أسقطت حقها في حضانته إلا على القول بأن الحضانة حق للمحضون و هو قول ابن الماجشون. ولو كانت إنما ردّته إليه من عذر مرض أو انقطاع لبنها لكان لها أن تأخذه معها إذا صحت أو عاد إليه اللبن، و يفهم من هذه الأقوال أن الحضانة عند المالكية حق للحاضنة على المشهور في مذهبهم.

الفرع الثالث: موقف القانون من تنازل عن الحضانة

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن " تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل تنازلها و له القدرة

1 ابن قدامه المقدسي، المغني، ص 422

2 الدردير، المرجع السابق، ص390

على الحضانة، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا و تُعامل معاملة نقيض [1]، و قد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا أنه " من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضرّ بمصلحة المحضون ".

و يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، فهل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به؟ و هل تأخذ المحكمة بهذه الحجية ويسبق الفصل فيها و تهدر مصلحة المحضون؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار و لو كان ذلك على حساب الحجية ؟.

ذهبت المحكمة العليا إلى أن إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص و مصلحتهم و أن تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون بل يمكنه أن يجبرهما على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل، أو يوجد لكنه يمتنع أو لا تتوفر فيه الشروط القانونية.

فالقضاء يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي فيه. ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا و الفضلى للمحضون و أن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا ما دامت تحقق مصلحة المحضون و أنه يمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة. و بالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناءا على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعوا إلى القول بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا إذا تولت أمه حضانته [2].

وقد جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا " إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا

1 أنظر قرار المحكمة العليا، غ أ ش، 1998/12/19، ملف رقم 5894، م ق، 2001، عدد خاص، ص70

2 بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في ق أ ج، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، مذكرة ماجستير، 2009/2008، الجزائر، ص 147

لمصلحة المحضون " وفقا لأحكام المادة 66 ق أ [1].

و منه فإن نص المادة 66 ق أ ج " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ".

و عليه أقر المشرع أن للحاضنة التنازل عن الحضانة لكن قيد هذا الحق بشرط أساسي و هو أن لا يضر بمصلحة المحضون فإذا كان التنازل في غير صالح المحضون رفض القاضي طلبها هذا ما دامت تتوفر فيه الشروط القانونية و الشرعية للحاضنة و ما دامت مصلحة المحضون متعلقة به.

ففي حالة إسناد الحضانة إلى الأم أو الخالة أو الأب أو غيرهم ممن لهم الحق في الحضانة و أثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة أمام القاضي و طلب إسقاط حقه في تلك الحضانة فإن القاضي عند إصدار حكمه في القضية وجب أن يضع صوب عينيه دائما مصلحة المحضون و إن كان ذلك التنازل سيضر بمصلحة المحضون أم لا.

المطلب الثاني: انتهاء الحضانة

من خلال هذا المطلب و ضمن فروعه سنجيب على أسئلة عديدة منها: كيف ينتهي حق الحضانة؟ و هل الذكر مثل الأنثى في ذلك؟ و ما مصير المحضون بعد الانتهاء؟.

الفرع الأول: المقصود بمدة الحضانة

يقصد بمدة الحضانة الفترة الزمنية ما بين بدايتها و نهايتها، و هي تبدأ بحاجة الطفل إليها، أي من وقت ولادته حيا و لا خلاف في أن المحضون ذكرا كان أو أنثى يبقى في يد حاضنته إلى سن التمييز و هي السن التي يستطيع فيها الأكل و الشرب و قضاء حاجته بنفسه، مستغنيا عن الحضانة [2].

و الاستغناء بهذه الصورة يكون ما بين السابعة و التاسعة ولكن قد يتأخر أو يتقدم، فالحكم مداره على التمييز و الاستغناء عن الحاضنة لا على السن، و بسبب بقاء الصغير مع الحاضنة قبل سن التمييز

---

1 المجلة القضائية، غ أ ش، تاريخ 2000/11/21 رقم 252308

2 طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص154

لأنها أقدر على خدمته و الاهتمام به، حيث في هذه المرحلة يحتاج الطفل إلى من يتفرغ لخدمته على أن يكون متحليا بالصبر و الحنان، و المرأة لا شك أنها أقدر على ذلك و أعرف به، أما إذا بلغ الصغير سن التمييز أي حد الاستغناء عن خدمات حاضنته فبقائه في الحضانة يختلف بين كون المحضون ذكرا أو أنثى [1].

فإذا بلغ الغلام حد الاستغناء ضم إلى عاصبه من الرجال لأنه إذا استغنى عن خدمة النساء يحتاج إلى التأديب و التخلق بآداب الرجال و أخلاقهم و الرجل على ذلك أقدر.

و إذا كان المحضون أنثى بقيت في حضانة النساء إلا أن تبلغ حد الاشتهاء ثم تضم إلى عاصبها الرحم المحرم [2].

و قد اختلف الفقهاء في تحديد مدة الحضانة وفرقوا في ذلك بين حضانة الجنسين الذكر و الأنثى.

الفرع الثاني: تفريق الفقهاء بين حضانة الذكر و الأنثى

1- الحنفية: قالوا أن مدة الحضانة للغلام قدرها بعضهم بسبع سنين و بعضهم بتسع سنين، قالوا: و الأول هو المفتي به، و مدتها في الجارية فيها رأيان: أحدهما حتى تحيض و ثانيهما حتى تبلغ حد الشهوة وقدر بتسع سنين، قالوا: و هذا هو المفتى به [3]، فإذا كان الولد في حضانة أمه فلأبيه أن يأخذ بعد هذا السن فإذا بلغ الولد عاقلا رشيدا، و كان له أن ينفرد و لا يبقى في حضانة أبيه إلا أن يكون فاسد الأخلاق. فلأبيه ضمّه و تأديبه إذا لم يكن له أب فلأحد أقاربه أن يضمّه إليه و يؤدّبه متى كان مؤتمنا ولا نفقة للبالغ إلا أن يتبرع والده بها إلا أن يكون طالب علم [4].

أما الأنثى فإذا كانت بكرا ضمها الأب إلى نفسه وجوبا [5] و مثل الأب الجد، فإن لم يكن لها أب

1 سماره محمد، المرجع السابق، ص395

2 الشرنباصي رمضان علي السيد، المرجع السابق، ص601

3 أبوبكر إدريس حمد، الحضانة في الشريعة الإسلامية، ص7

4 ناصر الإسلام الرامفوري، المرجع السابق، ص 478

5 الكساني، المرجع السابق، ص 42-43

و لا جد فإن كان لها أخ ضمها إليه بشرط أن لا يكون مفسدا و إلا فإن كان لها عم غير مفسد ضمها إليه. و إلا فإن كان لها عصبة ذي رحم محرم ضمها إليه و إن لم يكن وضعها القاضي عند امرأة ثقة،

إلا إذا كانت مسنة عجوز، و لها رأي فإنها تكون حرة فتسكن حيث أحبت.

أما إذا كانت ثيبا فليس لها ضمها إلا إذا لم تكن مأمونة على نفسها و في هذه الحالة يكون للأب و الجد ضمها جبرا، فإن لم يكن لها أب و لا جد و لها أخ أو عم فله ضمّها ما لم يكن مفسدا، فإن كان مفسدا ضمها القاضي عند امرأة ثقة.

2- المالكية [1]: قالوا أن مدة الحضانة للغلام من حين ولادته إلى أن يبلغ، فإن كان له أم حضنته حتى يبلغ ثم تسقط حضانتها ولو بلغ مجنونا و لكن تستمر نفقته على الأب إذا بلغ مجنونا، و مدة حضانة الأنثى حتى تتزوج و يدخل بها الزوج فعلا.

3- **الشافعية**: قالوا أنه ليس للحضانة مدة معلومة، فإن الصبي متى ميز بين أبيه و أمه فإن اختار أحدهما كان له ذلك، و كذا يخير بين أم وجد أو غيره، أو بين أب و أخت له من أم أو خالة و له بعد اختيار أحدهما أن يتحول للآخر و إن تكرر منه ذلك [2]، للأب إن اختارته ابنته أن يمنعها من زيارة أمها و ليس له أن يمنع أمها من زيارتها على العادة، فإذا زارت لا تطيل المكث و إذا مرضت كانت أمها أولى بتمريضها في منزله إذا رضي، و إلا مرضتها في منزلها و يعدُها، بشرط أن لا يخلوا بها في الحالتين [4]، و إن اختارها ذكر مكث عندها بالليل و عند الأب بالنهار كي يقوم بتعليمه، أما إذا اختارتها أنثى فتستمر عندها دائما و إن اختارهما معا أقرع بينهما، و إذا سكت ولم يختر أحد كان للأم [5].

4- الحنابلة: قالوا مدة الحضانة سبع سنين للذكر و الأنثى، و لكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنه يصح، و إن تنازعا خيّر الصبي فكان مع من اختار منهما، بشرط أن لا يعلم

---

1 الدردير، المرجع السابق، ص 526

2 الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة ألفاظ و معاني المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بدون بلد، بدون سنة، ص 452

3 ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق، ص 417

4 ونقصد بهما: حالة ما إذا كان التمريض في بيت الأب أو في بيت الأم، فلا يجوز أن يخلوا بها في الحالتين

5 أبي الحسين الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص 290

أنه اختار أحدهما لسهولته و عدم التشدد في تربيته، و إطلاق العنان له فيشب فاسدا فإذا علم أن رغبة الولد هكذا فإنه يجبر على البقاء عند الأصلح، فإن اختار أباه كان عنده ليلا و نهارا و لا يمنع من زيارة أمه.

و إن مرض الغلام كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها أما إذا اختار أمه فإنه يكون عندها ليلا و يكون عند أبيه نهارا ليعلمه الصناعة و الكتابة و يؤدبه، فإن عاد واختار الآخر نقل إليه و هكذا، فإن لم يختر أحدهما، أو اختارهما معا أقرع بينهما ثم إن اختار غير من أصابته القرعة رد إليه، و لا يخير إلا إذا كان أبواه من أهل الحضانة، فإن كان أحدهما غير أهل وجب أن يحضنه الكفء، و قبل سبع سنين يكون عند صاحب الحق في الحضانة على الوجه المتقدم، فإذا زال عقل الصبي كان من حق أمه.

أما الأنثى فإنها متى بلغت سبع سنين فأكثر كانت من حق أبيها إلى البلوغ ثم إلى الزفاف ولو تبرعت الأم بحضانتها، لأن الغرض من الحضانة الحفظ و الأب أحفظ لعرضه، و إذا كانت عند الأب كانت عنده دائما ليلا ونهارا، و لا تمنع أمها من زيارتها، و إن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب بشرط أن لا يخلوا الأب بها.

و الأنثى تختلف حضانتها فيما إذا كانت بكرا أو ثيبا، فإن كان ثيبا تزول عنها الولاية لأن الحضانة ولاية، إذا بلغت رشيدة عاقلة و لها مادامت كذلك أن تنفرد بالسكنى لأنها اختبرت الرجال و مكرهم و كيدهم و من ثم فلا يكون لأبيها أو غيره أن يضمها إلى نفسه بعد البلوغ لأن ولايته تكون قد زالت عنها [1].

و إذا بلغت غير رشيدة بأن كانت غير مأمونة على نفسها فلا خلاف في استمرارية الولاية عليها في نفسها اعتبارا لنفسها لمالها و لا تمكن من التفرد بالسكنى لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها و بأهلها [2].

أما البكر فسواء كانت تدخل في السن و يجتمع لها رأي و عفة لأنها عرضة للفتنة و للانخداع بخلاف الثيب، و من ثم كان لأبيها أو عاصبها إذا كان ذا رحم محرم مأمونا عليها أن يضمها ليحميها و يحفظها من مكر الرجال و حيلهم، فإذا تجاوزت هذه المرحلة و صارت مسنة واجتمع لها تبعا لذلك رأي التدبير

---

1 السيد عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 333

2 الشرنباصي رمضان علي السيد، المرجع السابق، ص 609- 610

بزيادة المعرفة فإنها لا تجبر على أن تضم إلى ولدها أو عاصبها حيث لها الذهاب أينما أحبت و شاءت لأن الضم كان لخوف الفتنة و مادامت قد دخلت في السن و اجتمع لها رأيها و عقلها فلا داعي لضمها. و إن لم تكن تبقى تحت وصاية والدها حتى تتزوج و يدخل بها و بذلك تنتهي حضانتها.

الفرع الثالث: تخيير المحضون بعد انتهاء الحضانة

بعد بلوغ المحضون سن التمييز ذكرا كان و أنثى و بعد الاستغناء عن خدمة النساء فإلى من يعود حق حضانته؟

لقد اختلف الفقهاء في عودة حق الحضانة بعد سن التمييز وفرقوا بين الذكر و الأنثى:

<u>أولا: إذا كان المحضون ذكرا</u>

اختلف الفقهاء في حضانة الطفل بعد سن التمييز على ثلاثة أقوال:

1- الحضانة تبقى للأم أو الحاضنة الأخرى من النساء حتى يبلغ الذكر و هو **قول المالكية و الظاهرية** فإذا بلغ المحضون عاقلا لم يعد بحاجة إلى حضانة و إذا بلغ مجنونا أو معتوها أو مريضا مرضا مزمنا سقطت حضانته عن الأم، و استمرت النفقة على الأب و عليه القيام بحقه و استدلوا بذلك بما روي في السنة: أن رجلا قال للرسول صلى الله وعليه وسلم " يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحبتي؟ قال: أمك، قال ثم من؟ قال: أمك، قال ثم من؟ قال: أمك ثم أدناك فأدناك "، و وجه الدلالة من الحديث أن أحق الناس بالصحبة هي الأم و الحضانة نوع من الصحبة فتكون الأم أحق بها من الأب، إلى أن تنتهي مدتها ببلوغه عاقلا.

غير أنه بالتأمل يظهر أن الحديث ليس في محل النزاع و أنه لا يصلح للاستشهاد في هذا الموضوع لأن حسن الصحبة المقصودة بالحديث [1]، أن الأم نظرا لضعفها أحق و أولى ببر ولدها من سواها فهي بحاجة إلى الإنفاق عليها و طاعتها ورعايتها و هي أمور لا يقدر عليها الصغير.

---

1 سماره محمد، أحكام وآثار الزوجية، ص 396

2- الحضانة بعد الاستغناء عن خدمة النساء تعود للأب فإذا وصل الصغير حد الاستغناء عن خدمة الحاضنة سُلّم إلى أبيه [1]، أو إلى وليّه العصبة، و يجبر الأب على أخذه ولده لأن نفقته و صيانته عليه بالإجماع فهو أقدر على تأديبه و تعليمه و من بلغ من الصغار من حيث حاجته للرعاية و هذا ما قاله الحنفية، فإذا بلغ المحضون رشيدا فله أن ينفرد بالسكنى و ليس للأب ضمه إليه، إلا أن يكون مفسدا و خوفا عليه لأنه إذا بلغ مبذرا كان للأب ولاية في حفظ ماله و لذا فللأب أن يضمه بعد البلوغ لدفع العار أو الفتنة لأنه يعير بفساده.

وعلل الحنفية ذلك: بأن الغلام عندما يستغني عن خدمة النساء و يقوم بشؤون نفسه فلا حاجة له بعد ذلك بحضانة النساء لأنه بعد سن التمييز يحتاج إلى التأديب و التعليم و الرعاية الذهنية و يحتاج إلى من يعوّده عادات الرجال و طبائعهم و صفاتهم و أخلاقهم، و الأب أقدر على ذلك، و إن بقاء الصغير بيد النساء بعد الاستغناء عنهن، قد يؤدي إلى أن يتعود عاداتهن و يتصف بصفاتهن و في ذلك إضرار به و لذا فإن الأب ملزم بأخذ ولده.

3- تخيير الذكر بعد بلوغه سن التمييز بين أبيه و بين أمه و لو كان أحدهما أفضل من الآخر دينا و مالا و يعتبر في تمييزه أن يكون عارفا أسباب اختيار أحد والديه فإن لم يكن يعرف أسباب الاختيار يُؤجّل حتى يعرف، فإن اختار أحد أبويه سلم إليه [2]، و هذا هو قول **الشافعية و الحنبلية** و استدلوا لذلك بالسنة و الإجماع.

أما السنة فيما روي أن امرأة قالت لرسول الله: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، و قد نفعني و سقاني من بئر أبي عقبة فقال النبي صلى الله وعليه وسلم: يا غلام هذا أبوك و هذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به. و وجه الدلالة من الحديث، و أنه عند تنازع الأب و الأم في حضانة ابنهما فإنه يخير بينهما فمن اختاره ذهب إليه.

و أما الإجماع فيما روي عن مخاصمة عمر بن الخطاب رضي الله عنه مطلقته أم عاصم في ولده عاصم عندما أخذهعمر منها، فاشتكت إلى أبي بكر رضي الله عنه فأمر أبو بكر بتسليم الولد لأمه

---

1 المومني أحمد محمد، المرجع السابق، ص 173

2 ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق، ص 414

و قال: مسحها و حجرها و ريحها خير له منك دعه حتى يشبّ فيختار لنفسه، و كان هذا بحضور الصحابة و لم يوجد بينهم من أنكر على أبي بكر فكان إجماعا. و من ناحية أخرى إن الولد إذا استغنى عن خدمة النساء فلا بد له من حاضن يكمل تأديبه وتعليمه و الأب و الأم في ذلك سواء، فيكون القول للولد غير أن هذه الأدلة على علتها، فالحديث الأول: ليس في موضع النزاع، لأنه يؤخذ من الحديث أن الولد كان بالغا بدلالة قول المرأة، إنه نفعني و سقاني من بئر أبي عتبة و الصغير لا يستطيع الاستسقاء من البئر، فالتخيير في الحديث فيما بعد البلوغ، أما القول بأن الأب و الأم سواء و القول للولد، فهو قول يحتاج إلى إعادة النظر لأن اختيار الصبي يغلب عليه الهوى و السذاجة فهو يميل إلى من يلهو عنده أكثر و لذا فاختياره غير معتبر [1].

فالشافعية يرون أنه إذا بلغ الولد سن التمييز خير بين الأب و الأم فأيهما اختار المقام عنده كان له ذلك [2]، و استدلوا كذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم السابق الذكر.

و المالكية: يقولون بأن الذكر يستمر في حضانة أمه حتى البلوغ و الأنثى حتى تتزوج.

و الحنابلة: يُخيّر الصبي بعد سن السابعة و قد اشترط الشافعية للقول بالتخيير شروطا منها:

1- بلوغ الصبي السن التمييز.

2- أن يكون كلا من الزوجين صالحا للحضانة.

3- أن يكون ممن يعقل و ألا أخذ التخيير لان العبرة بالتمييز، و إذا كان الطفل المحضون أنثى و قد وصلت إلى سن التمييز و الاستغناء خدمة النساء فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى الآراء التالية:

<u>ثانيا: إذا كان المحضون أنثى</u>

افترق **الشافعية و الحنابلة** الذين قالوا بتخيير الذكر بعد سن التميز إلى رأيين مستقلين بالنسبة للأنثى:

---

1 سماره محمد، المرجع السابق، ص 397

2 أبي الحسين الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص 287

الأول: استمر **الشافعية** [1] بقولهم بالتخيير بعد سن التمييز للأنثى أيضا كما هو للذكر لأن الأدلة التي وردت بالتخيير، جاءت عامة لم تفرق بين الذكر و الأنثى و لذا فإذا بلغت الأنثى سن التمييز تخير بين أبويها فمن اختارته كانت معه.

الثاني: و قال الحنبلية أن الأنثى المحضونة إذا بلغت سن التمييز فالأب أو الولي العاصب أحق بها لأنها تحتاج إلى الحفظ و الأب أولى بذلك من الأم لأنه أقدر على رعايتها وتأديبها [2]، لأن الأم نفسها بحاجة إلى من يحفظها و لأن الصغيرة إذا بلغت سبعا، فإنها تحتاج إلى عناية خاصة، حيث أنها تقترب من سن الزواج فالرسول صلى الله وعليه وسلم تزوج عائشة و هي بنت سبع و بنى بها وهي ابنة تسع، ثم إن البنت تُخطب من أبيها لأنه وليها، و هو الذي يملك تزويجها لأنه أعلم بالكفاءة و المكان المناسب الذي يضع فيه ابنته و لا يصح قياسها على الذكر لأنه لا يحتاج إلى حفظ كما تحتاج الأنثى [3].

الثالث: و قال المالكية [4] تستمر الحضانة على الأنثى حتى تتزوج و يدخل بها زوجها لأنها بعد الاستغناء عن خدمة الحاضنة تحتاج إلى من يعلمها آداب النساء ثم إن حق الحضانة إذا ثبت استمر حتى ينتهي زمانها بالبلوغ.

الرابع: أما الحنفية ففرقوا بين أن تكون الحاضنة هي الأم أو غيرها، فإن كانت الحاضنة هي الأم كانت أحق بالأنثى حتى تبلغ أو تشتهى، ثم تكون الحضانة للأب أو للولي العاصب [5]، وحد البلوغ أو الاشتهاء بين تسع سنين وإحدى عشرة سنة، فمصلحة الأنثى أن تبقى بيد أمها حتى البلوغ لأنها تحتاج إلى تعلم آداب النساء وأعمالهن و ما يلزمهن في حياتهن، أما بعد البلوغ فهي تحتاج إلى الحماية و الصيانة و الحفظ لأنها عرضة للفتنة و مطمع للرجال و الأب أولى و أقدر على ذلك لأن الرجال

---

1 أبي الحسين الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص288

2 أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 174

3 ابن قدامه، المرجع السابق، ص617

4 الدردير، المرجع السابق، ص 562

5 الرامفوري ناصر الإسلام، المرجع السابق، ص 479

و مطمع الرجال و الأب أولى و أقدر على ذلك لأن الرجال عندهم من الغيرة ما ليس عند النساء و هم أقدر على صيانة الأنثى فكانت مصلحة الصغيرة بعد البلوغ عند أبيها.

و أما إذا كانت الحاضنة غير الأم و الجدة فلا تبقى الأنثى في حضانتها بعد أن تستغني عن خدمة النساء في سن التمييز، لأن تركها عند الأم أو الجدة كان لتعليمها أعمال النساء و تعويدها أخلاقهن، و إنما يتأتى ذلك بالاستخدام و لكل من الأم و الجدة حق الاستخدام على الأنثى و ليس لغيرهن من الحاضنات هذا الحق و لا يحصل تعليم البنت إلا بهذا الاستخدام، فلهذا لا تبقى الأنثى في حضانة غير الأم و الجدة و يضمها الأب أو الولي العصبة إليه.

الفرع الرابع: موقف القانون

أما القانون الجزائري فقد حدد انقضاء الحضانة بعشر سنوات للذكر و بالزواج للأنثى و تمدّد الحضانة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد [1].

و هذا ما نصت عليه المادة 65 من ق أ ج " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون ". أي أن الذكر تنتهي حضانته ببلوغه عشر سنوات و قد تمدد حضانته إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد، و الأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19 سنة [2].

و الحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون و النص هنا لم يشير إلى مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون و هو رغبته في الانتقال، فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش و الانتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تعوده العيش مع أمّه مثلا لفترة طويلة.

و هنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين هما:

---

1 طاهري حسين، المرجع السابق، 154

2 بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة، ص 257

إما تطبيق القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم و بالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه من جهة حتى و لو رفض الصغير العيش مع أبيه.

و إما الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه آخذا في الحسبان مصلحته الهدف من النص عندما ربط في جميع الأحوال مسألة الحكم بانتهاء الحضانة بتحقيق مصلحة الصغير.

فنلاحظ أن المشرّع الجزائري قد حدد سنّ انقضاء مدة الحضانة للذكر ببلوغه العشر سنوات و يفهم من ذلك أنه يحق لأحد الوالدين عند الحكم بطلاقهما أن يطلب بحضانة ولدهما إلا في حالة ما إذا كان سنه يقل عن العشر سنوات، أما بالنسبة للأنثى فنصت المادة على أنها تنقضي حضانتها ببلوغها سن الزواج و بالرجوع إلى نص المادة 7 ق أ ج المعدّلة فقد حدّد المشرّع سن الزواج للمرأة ب 19 سنة.

و بالرجوع إلى نص المادة 65 من نفس القانون نرى أن المشرع قد خالف المذاهب الأربعة في تحديد سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر أو الأنثى و ذلك في سبيل مراعاة مصلحتهم العليا فالمشرع اجتهد في هذا المجال و ذلك تماشيا مع الظروف التي يعيشها مجتمعنا و صعوبة الوضع الاجتماعي.

و حسب رأينا [1]، فإن ما ذهب إليه المشرع في هذه المادة هو أقرب للصواب إذا ماأخذناه بعين الاعتبار اختلاف الزمان و تطور ظروف المعيشة و قسوة الحياة فمن غير المعقول أن تنقضي حضانة الطفل ببلوغه السبع سنوات ذكرا كان أو أنثى و خصوصا في حال هذه الأخيرة أين تكون بأمس الحاجة إلى مصاحبة النساء و معاشرتهن.

فللمحكمة تمديد الحضانة لأم الطفل بحق الحضانة و عمره مثلا خمس سنوات ثم بلغ العاشرة من عمره و انتهت المدة القانونية لحضانتها له فإن من حقها أن تطلب من المحكمة بتمديد حضانته إلى أن يبلغ السادسة عشر و يتمكن من إيصاله إلى ساحل النجاة و إلى محطة الاعتماد على النفس مع مراقبة بسيطة من الأب أو الأم، و أما في حالة عدم مطالبتها بتمديد الحضانة فإنها تسقط منها، أما الحاضنين غير الأم لا يجوز لهم طلب تمديد أجل انتهاء الحضانة كما لا يجوز للأم و لا لغيرها طلب تمديد أجل حضانة الأنثى مطلقا.

---

1 سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 145

و الملاحظ أن المشرع قد أغفل أيضا عند ضبطه لموضوع الحضانة أن يتحدث عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، و عموما بالرجوع إلى المادة 222 ق أ ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن أراء الفقهاء المسلمين جاءت مختلفة فمنهم من يقول بعودة المحضون إلى الأب بحكم الشرع و ليس للمحضون حق الخيار بين أن يرجع إلى الأب أو الأم و منهم من يقول بأن المحضون مُخيّر و له الحق في أن يلجأ إلى أي والد يستأنس إليه [1].

1 معنصري مريم، المرجع السابق، ص 30

الخاتمـــة

و كختام لهذا البحث و بعد محاولة الإلمام بمباحثه الأساسية التي تبيّن معالمه و مجالاته و مظاهره و انسجامه مع أصول الشريعة الإسلامية و تحقيق مقاصدها، و كذا أهداف التشريع القانوني وغاياته، فقد خلصنا إلى مايلي :

1- أن الحضانة موضوع حساس و دقيق و معقد نظرا لأنها تتعلق بالطفل الذي هو نتاج أسرة منفصلة و مفككة.

2- إن مسقطات الحضانة أسباب عدّدتها الشريعة الإسلامية و حدّدتها على سبيل الحصر، كما هي بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.

3- إضافة إلى أن المشرع الجزائري في أغلب مواد الحضانة يحيل بطريقة غير مباشرة الباحث و القاضي على حد سواء إلى أحكام الشريعة استنادا إلى نص المادة 222 ق أ ج.

4- كما أن أهم ما عالجه المشرع في الحضانة هو محاولة ترميم و تعديل العلاقة بين المحضون و أبويه، بإعطاء كل منهما الحق في حضانته إذا توفرت فيه الشروط اللازمة لذلك، و محاولة وضعه للمحضون في مكان يصلح لنشأته نشأة سوية مستقيمة.

5- إن أهم مبدأ ركّز عليه المشرع عند إسقاط الحق في الحضانة هو مبدأ مراعاة مصلحة المحضون باعتبار الحضانة حق من حقوقه.

6- كما أنه من خلال دراستنا لهذا الموضوع وجدنا بأن الحضانة حق لكل من الحاضن و المحضون، فإذا حصل و تعارض الحقّان غُلّبت مصلحة المحضون عن الحاضن.

7- و قد اشترط المشرع في الحاضن أن يكون مؤهلا للحضانة و لابد لمعرفة متى يكون مؤهلا لذلك من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي حددتها بدقة منها القدرة و الأمانة و العقل... وغيرها فمتى نقص شرط منها سقط الحق فيها.

8- كما جعل مدة تقادم هذا الحق سنة كاملة مثل باقي الحقوق المدنية، إلا أنه لم يحدد بداية سريان هذه المدة، فمن لم يطالب بها خلال هذه المدة دون أن يكون له عذر سقط حقه فيها.

9- كما أن سكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون التي سقط عنه حق الحضانة بزواجها، يسقط حقهما فيها نظرا لمخالفتها أحكام مادة قانونية (72 ق أ ج) و تخلف شرط من شروط الحضانة و هو عدم إسكان المحضون في بيت المبغضين له.

10- كما أن أحد أسباب سقوط هذا الحق السفر بالمحضون سفر إلى نقله إلى بلد أجنبي.

11- إن زواج الحاضنة الأم بغير قريب محرم بسبب من أسباب سقوط الحضانة محافظة على الصغير من أذى الزوج، و كذلك لاشتغال الأم عنه بأمور الزواج.

12- و إخلال الحاضن بالتزام من الالتزامات التي تقع عليه يعدّ مسقطا للحضانة.

13- كما أن سقوط الحضانة يكون بالتنازل عنها ضمنيا بعد المطالبة بها أو الإتفاقي كجعلها مقابلا للخلع.

14- و أن انتهاء الحضانة يكون ببلوغ سن معينة فحددتها الشريعة الإسلامية ببلوغ المحضون سن السابعة في رأي الجمهور إذا كان ذكرا و الأنثى حتى الدخول، و بعد بلوغ هذه السن يخير المحضون بين البقاء عند حاضنته أو الانتقال إلى الحاضن الآخر، و المشرع الجزائري قد جعل سن انتهاء الحضانة 10سنوات بالنسبة للذكر و الزواج بالنسبة للأنثى وقد تمدد حضانة الذكر إلى 16سنة.

15- جعل المشرع في هذه المواد سلطة تقديرية للقاضي بتقدير مصلحة المحضون و مدى صلاحية الحاضن للحضانة في كل من هذه المواد.

المقترحات:

1- بالرغم من تطرق المشرع للحضانة و مسقطاتها إلا أنه تغاضى في بعض الأمور و لم يحددها بصفة دقيقة و مفصلة، و من ذلك أنه لم يتطرق للشروط الواجب توفرها في الحاضن في المادة 62 بل اكتفى بذكر عبارة " أن يكون الحاضن أهلا لذلك " فكان علينا الرجوع و الاعتماد على نص المادة 222 ق أ ج التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ كان لابد من التفصيل فيها خلال هذا النص، دون إعطاء هذه المهمّة كسلطة تقديرية للقاضي.

2- كما أن المشرّع لم يبين سبب جعل سقوط الحق في الحضانة بالمساكنة عن الجدة و الخالة دون غيرهما من الحواضن هذا ما يستدعي إعادة النظر في نص هذه المادة.

و بالرغم من الانتقادات الموجهة للمشرع إلا أنه قد وُفّق إلى حد ما في تحديد مسقطات الحضانة من خلال مواد قانون الأسرة المعدّلة الممتدة من المادة 62 إلى المادة 71 ق أ ج.

قائـمة المصادر

و

المـــراجـــــع

قائمة المصادر و المراجع

1- المصادر:

- القرآن الكريم.
- السنة النبوية.

2- الكتب الفقهية:

1) الجزيري، عبد الرحمن **الفقه على المذاهب الأربعة**، المكتبة الكبرى، الطبعة الأولى، ج4.
2) ابن حزم، أبي محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم، **المحلى بالآثار**، مطبعة النهضة، مصر، بدون طبعة، بدون سنة.ج10.
3) أبي الحسين يحي ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، **البيان في مذهب الشافعي**، دار المنهاج، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، المجلد 11.
4) الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، **حاشية البجيرمي على الخطيب**، دار الفكر. بدون طبعة، بدون سنة.
5) الدردير، سيدي أحمد الدردير أبو البركات المالكي، **الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، بدون سنة.
6) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر. بدون طبعة، بدون سنة.
7) الرامفوري، المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري، **البناية في شرح الهداية**، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.
8) الزحيلي وهبة، **الفقه الإسلامي و أدلته**، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1985، ج7.
9) السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي، **سراج السالك لشرح أسهل المسالك**، وزارة الشؤون الدينية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1992، بدون طبعة، ج2.
10) الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، **مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994.

11) **ابن** عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، **حاشية بن عابدين على الدر المختارة**، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، 1421.

12) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، مطبعة مصطفى ألبابي الحلبي، القاهرة، مصدر، الطبعة الأولى، بدون سنة.

13) الفيروز أبادي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1990.

14) أبي القاسم القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ج 10.

15) ابن قدامه المقدسي، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، **المغني**، دار عالم الكتاب، الرياض، السعودية، بدون طبعة، بدون سنة.

16) ابن قدامه المقدسي، **المقنع**، دار الهجر، بيروت، بدون طبعة، بدون سنة، ج24.

17) الكساني، علاء الدين بن بكر بن مسعود الكساني، **بدائع الصنائع**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1972.

18) الماوردي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، **الحاوي الكبير**، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1994.

3- الكتب القانونية:

1) إمام محمد كمال الدين، **مسائل الأحوال الشخصية (الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء)**، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، 2003، مصر.
2) البامري إسماعيل أبا بكر علي، أحكام **الأسرة الزواج و الطلاق بين الحنفية و الشافعية (دراسة مقارنة)**، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
3) بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، (الزواج و الطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2002.
4) أبو بكر إدريس حمد، **الحضانة في الشريعة الإسلامية**، بدون دار نشر، بدون طبعة، بدون سنة.

5) التكروري عثمان، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2007.

6) سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل**، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.

7) سماره محمد، **أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، الأردن، الطبعة الأولى، 2008.

8) السيد عمر عبد الله، **أحكام الأحوال الشخصية**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون طبعة، 2003.

9) الشرنباصي رمضان علي السيد، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، دراسة لقوانين أحوال الشخصية في مصر و لبنان**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2007.

10) بن الشويخ الرشيد، **شرح قانون الأحوال الشخصية المعدّل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)**، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.

11) صقر نبيل، **قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا**، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2006.

12) طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة**، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009.

13) عزمي ممدوح، **أحكام الحضانة بين الفقه و القضاء**، دار الفكر الجامعي، مصر، بدون طبعة، 1997.

14) العمروسي أنور، **شرح قانون الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الطبعة الثانية، بدون سنة.

15) المومني أحمد محمد، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع**، دار المسيرة للنشر و التوزيع و التعويض، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

4- المذكرات:

1) حميدو زكية، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية**، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، رسالة دكتوراه، تلمسان، 2005/2004.
2) معنصري مريم، **مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري**، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، مذكرة ليسانس، ورقلة، 2013/2012.
3) بن عصمان نسرين إيناس، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، مذكرة ماجيستير، تلمسان، 2009/2008.
4) نشوان كارم محمود، **حضانة الأطفال في قطاع غزة (دراسة تحليلية تطبيقية)**.
5) طعيبةعيسى، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011/2010.

5- المقالات:

1) وجنات عبد الرحيم، **لمن الحضانة؟** مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و اللغة وآدابها، ج 15، كلية التربية لإعداد المعلمات، العدد 27، جمادى الثانية، 1424.

6- القوانين:

1) القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04-05-2005، المتضمن الموافقة على الأمر 02-05، المؤرخ في 27-04-2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 11-84 المؤرخ في 09-06 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.
2) القانون 11-84 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

7- المجلات القضائية:

1) المجلة القانونية، غ.أ.ش، عدد 20، قرار في 1981/12/04، ملف رقم 388225.
2) المجلة القضائية، غ.أ.ش، عدد 01، قرار في 1984/07/09، ملف رقم 32829.
3) المجلة القضائية، غ.أ.ش، عدد 03، قرار في 1990/02/05، ملف رقم 56220.
4) المجلة القضائية، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم 58812.

5) نشرة القضاء، غ.أ.ش، عدد 05، قرار بتاريخ 1994/04/19، ملف رقم 102886.

6) المجلة القضائية، غ.أ.ش، عدد خاص، قرار في 1998/12/09، ملف رقم 5894.

فهرس
المحتويات

مقدمة ..... ص 1

الفصل الأول: السقوط الإجباري للحضانة..... ص 6

المبحث الأول: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن و الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة... ص 8

المطلب الأول: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن..... ص 8

الفرع الأول: الشروط العامة المطلوبة في الحاضن..... ص 8

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء و الرجال..... ص 12- 13

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري..... ص 15

المطلب الثاني: الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحاضن..... ص 17

الفرع الأول: أهم الالتزامات المتعلقة بالحضانة..... ص 17

الفرع الثاني: موقف القانون..... ص 20

المبحث الثاني: سقوط الحضانة بالزواج و السكن بالمحضون عند أم المحضون..... ص 21

المطلب الأول: سقوط الحضانة بزواج الأم بغير قريب محرم..... ص 15

الفرع الأول: تفصيل الفقهاء في المسألة..... ص 22

الفرع الثاني: عودة حق الحضانة بعد سقوطه بسبب الزواج..... ص 27

الفرع الثالث: موقف القانون..... ص 28

المطلب الثاني: سكن الحاضنة بالمحضون عند أمه..... ص 31

الفرع الأول: مسكن الحضانة..... ص 31

الفرع الثاني: تفصيل الفقهاء في مسألة سقوط الحضانة بالسكن بالمحضون عند أمه..... ص 33

الفرع الثالث: موقف القانون من سكن الحاضنة بالمحضون عند أمه..... ص 34

الفصل الثاني: السقوط الاختياري للحضانة..... ص 38

المبحث الأول: عدم المطالبة بالحضانة و الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي..... ص 40

المطلب الأول: عدم المطالبة بالحضانة..... ص 40

الفرع الأول: موقف الفقه من سكوت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها..... ص 40

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة قبل مرور مدة السنة..... ص 43

الفرع الثالث: موقف القانون من عدم المطالبة بحق الحضانة..... ص 44

المطلب الثاني: الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي..... ص 48

الفرع الأول: تفصيل الفقهاء في نقل المحضون و السفر به..... ص 48

1- إذا كانت الحاضنة هي الأم..... ص 48

2- إذا كانت الحاضنة غير الأم..... ص 52

الفرع الثاني: مسافة السفر و الانتقال التي تسقط الحضانة..... ص 53

الفرع الثالث: موقف القانون..... ص 56

المبحث الثاني: التنازل عن الحضانة و انتهائها..... ص 57

المطلب الأول: التنازل عن الحضانة..... ص 57

الفرع الأول: طبيعة الحق في الحضانة..... ص 58

1- الموقف الفقهي من طبيعة الحق في الحضانة..... ص 58

2- موقف تشريع الأسرة..... ص 60

الفرع الثاني: رأي الفقهاء في التنازل عن الحضانة..... ص 61

الفرع الثالث: موقف القانون من التنازل عن الحضانة..... ص 63

المطلب الثاني: انتهاء الحضانة..... ص 65
الفرع الأول: المقصود بمدة الحضانة..... ص 65
الفرع الثاني: تفريق الفقهاء بين حضانة الذكر و الأنثى..... ص 66
الفرع الثالث: تخيير المحضون بعد انتهاء الحضانة..... ص 69
أولا: إذا كان المحضون ذكرا..... ص 69
ثانيا: إذا كان المحضون أنثى..... ص 72
الفرع الرابع: موقف القانون..... ص 73
الخاتمة..... ص 76
قائمة المصادر و المراجع..... ص 80
فهرس المحتويات..... ص 86

مـلخص مذكرة الماستر

نصت المادة 64 من قانون الأسرة على ترتيب الحاضنين ثم ذكرت على القاضي بعد أن يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. يُفهم من نص هذه المادة أن القاضي إذا حكم بالطلاق بين الزوجين وإسناد حضانة الأولاد إلى الأم عليه أن يحكم بحق الزيارة للأب لمرات معينة وأوقات وأماكن محددة. أما إذا أسندت الحضانة للأب أو غيره فللقاضي أن يحكم بحق الزيارة للأم بالكيفية التي قررت للأب من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب منه أحد منهما ذلك حفاظا ومراعاة لمصلحة المحضون بحيث لا يمكن لمن قضي له بحق الزيارة أن يأخذ الصغير إلى مكان آمن يتجوّل به طيلة اليوم كله، أو طيلة أيام العطل المدرسية والأعياد الدينية والوطنية إلا برضا الحاضن حتى لا ينهك الصغير ويضره، وإلا سيعرض نفسه للعقوبة المنصوص عليها في المادة 628 من قانون العقوبات

الكلمات المفتاحية:

1/قانون الأسرة 2/القاضي 3/ الحضانة 4/المحضون5/الحاضن6/ قانون العقوبات

Abstract of Master's Thesis

Article 64 of the Family Law stipulates the arrangement of the custodians, and then it is mentioned that the judge, after ruling on assigning custody, must rule on the right of visitation. It is understood from the text of this article that if the judge orders divorce between the spouses and assigns custody of the children to the mother, he must rule on the right to visit the father for specific times, times and places. But if custody is assigned to the father or someone else, the judge may rule on the right to visit the mother in the manner decided for the father on his own, even if none of them asked him to do so, in order to preserve and take into account the interests of the child, so that the person who was awarded the right to visit cannot take the young child to a safe place to roam throughout the day Entirely, or during school holidays and religious and national holidays, except with the consent of the custodian, so as not to exhaust and harm the young child, otherwise he will expose himself to the punishment stipulated in Article 628 of the Penal Code

Keywords:

1/ family law 2/ the judge 3/ nursery

4/ the cuddled 5/ custodian 6/ Penal Code