جامعــة زيــان عاشــور الجلفــة
كليــة الحقــوق والعلــوم السياسيــة
قســم الحقــوق

مسقطات الحضانة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

مذكــرة نهايــة الدراســة لاستكمــال متطلبــات نيـل شهــادة الماستـر
-تخصص أحوال شخصية-

من إعداد الطالبة:
بن جريبيع فضيلة

إشـراف الأستاذ:
هلالي المسعود

لجنـــة المناقشــة :

-الأستاذ عز الدين المسعود.....رئيسا.

-الأستاذ:هلالي المسعود.....مقررا.

-الدكتور:بن مصطفى عيسى.....مناقشا.

الموسـم الجامعــي
2014/2013

إهداء

إلى من حملتني كرها ووضعتني كرها،إلى من كانت نبع الحنان التي علمتني الحياة،إلى نعم السند في هذه الدنيا،لكي أنت يا من تحت قدميك الجنان.

أمي الغالية

لك يا من كنت نعم الرّفيق في هذه الدنيا، وكابدت صعاب الحياة بجهدك من أجل راحتنا ولم تبخل علينا بمال أو وقت.

أبي الحبيب

لكم يا شموع الدار التي تذوب لتنير دروب الآخرين، زهور تذبل لتفوح برائحة الياسمين، أنتم العطاء الذي يفيض بلا حدود إخوتي الأحباء:ياسمين، بسعود، علي.

لك يا رفيق الدرب منبع سعادتي وما تبقى من حياتي أحمد. وإلى من جمعتني بهم الأقدار وكانوا صحبتي الأخيار صديقاتي العزيزات:جودي حليمة،بلعباس أم الخير،بختي أسماء،نوري سارة....

عذرا لمن لم تحملهم ورقتي فأنتم في القلب دائما.

إلى كل هؤلاء أهدي عملي الم

شكر و تقدير

الحمد لله الذي أعانني على إنهاء هذا البحث والشكر له على نعمه التي أنعمها علينا ثمّ

أتدم بالشكر الجزيل والامتنان الكبير لكل من مد يد العون لي في هذا البحث، وأخص بالشكر أستاذي المشرف هلالي مسعود الذي لم يبخل علي لا بجهد ولا بوقت و لا بالنصائح التي ذللت الصعاب طيلة إنجاز هذا البحث.

إلى الأساتذة المناقشين، إلى كل أسرة معهد الحقوق من إداريين وعمال دون استثناء.

إلى من شاركوني أحلى سنين العمر زملاء الدراسة لكم مني الشكر والتقدير.

إلى كل من ساعدني في انجاز هذا البحث من قريب أو بعيد.

مقدمة

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 لا بد 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 وحقوقهم وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة وتهضم حقوقهم، فقد أقر الطلاق واعتبره أبغض الحلال إلى الله، وذلك لضرورة قاهرة وإلى ظروف استثنائية مُلحّة، ولهذا للطلاق نتائج متعددة تؤثر على الأطفال وأسرهم، ومن أبرز هذه النتائج الحضانة والتي تعتبر أثر من آثار فك الرابطة الزوجية التي سعى الإسلام وفقهاء الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات الوضعية إلى بيان أصحابها ومن الأحق بها وركزوا على تحديد معالم هذا الحق الذي ينتج عنه هو الأخر أثار ونتائج تترتب عن مدى التركيز وصحة القيام به،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، والأم لها مهمة حسن رعاية الطفل والقيام بشؤونه والحفاظ عليه والاستمرار على حسن رعايته منذ كان في بطنها لغاية وصوله إلى سن يمكن له فيها معرفة الخطأ من الصواب ويستطيع فيها الحفاظ على نفسه والاتكال عليها.

ولكن عند انفصال الأبوين بالطلاق، بحيث يحرم هذا الأخير(الطفل) من الرعاية والتوجيه الكاملين والصحيحين من الأب والأم، وبالتالي يكون نموه ناقصا مقارنة بأقرانه ما يدفعه في بعض الأحيان إلى كره أحد أبويه أو كلاهما، ولهذا فيرى الباحثون أنه كلما كان الطلاق في سن صغيرة للطفل(من2إلى 12سنة) 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 ولا بد من تحديد معالم حق الحضانة تفاديا لمثل هذه الأخطار التي تحيط بالطفل والأسرة والمجتمع كافة، إذ أن أهم قاعدة يرتكز عليها حق الحضانة هي قاعدة مصلحة المحضون حيث أن كل من الشريعة والقانون راعيا هذا المبدأ كل الرعاية، وكان على القاضي جعلها فوق كل اعتبار فابتداء من إسناد الحضانة إلى مستحقها إلى غاية انتهاء هذا الحق يتم مراعاة مصلحة المحضون ولو أدت إلى إنقاص الحق أو التغيير من شروطه أو أسباب انتهائه وسقوطه،وكل هذا حماية للطفل من أي تعترض له سواء من قبل والديه أو أقاربه أو الغير وكذلك حماية للمجتمع من التفكك والتوتر.

وفقهاء المذاهب الأربعة فصّلُوا في حق الحضانة ابتداء من تعريفها وشروطها وموانعها 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 ودون هذا الحق فيجعله نسبيا قابلا للسقوط.

ومنه ارتأيت أن يكون عنوان مذكرتي على النحو الآتي: مسقطات الحضانة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

1)إشكالية البحث:ومنه يمكننا في هذا الموضوع طرح الإشكالية الآتية:

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

2)أسباب اختيار الموضوع:

أ)الأسباب الشخصية:

1- أول الأسباب التي أدت بي إلى دراسة هذا الموضوع هو انتشار الطلاق في أيامنا هذه الذي أدى إلى تشتت وضياع الأولاد بين الأب والأم، وهذا غير المشكلة الأساسيـــــة التي هي انفصالهما.

2- حب الاطلاع والتفصيل في هذا الموضوع، لأنه بالرغم من الأهمية الكبيرة التي يكتسيها إلا أنه لم يحض بالاهتمام الذي يستحق.

3- مصير الأولاد خلال فترة الحضانة وبعد انتهائها.

4- البحث والمقارنة بين النظرة الإسلامية الفقهية لموضوع مسقطات الحضانة والنظرة التشريعية الجزائرية لها، ومحاولة إظهار مدى التوافق والاختلاف بينهما.

5-كما أني وبدراستي لمواد قانون الأسرة المتعلقة بسقوط الحضانة وجدت أن بعضها غامض يستدعي التوضيح والغوص في معانيها أكثر، وغيرها يستدعي التعليق ومعرفة وجهة نظر المشرع وهدفه.

ب)الأسباب الموضوعية:

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

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

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

4- كما انه لفت انتباهي عدم البحث والتدقيق في أسباب سقوط الحضانة من قبل الباحثين كبحث مستقل عن أحكام الحضانة ومصلحة المحضون وغيرها من المواضيع.

3)أهمية الموضوع: كما قلنا من قبل أن لموضوع الحضانة أهمية كبيرة لتعلقه بالطفل الذي الشخصية الضعيفة داخل المجتمع التي يتوجب حمايتها حتى من أقرب الناس إليه والديه اللذان قد يشكلان خطرا عليه يتوجب إزاحته من قبل القانون.

لذلك فان حق الحضانة حق صعب المنال وصعب الإسناد، فالقاضي إذا ما أراد إسناد الحضانة وتعيين الحاضن ويجب عليه مراعاة جوانب عدة ومحاولة الموازنة بينها، من دراسة شروط الحضانة وترتيب الحواضن وموازنتها مع مصلحة المحضون وأخيرا إسناد الحضانة.

ولكن بالرغم من الصعوبة في نيل الحق إلا أنها تواجهنا صعوبة أخرى لا تتأتى إلا بدراسة موضوع الحضانة والغوص فيه لمعرفة كيفية إسقاطه.

4)منهجية البحث:

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

ب)الحرص على التزام الأمانة العلمية في عزو الأقوال إلى أصحابها.

ج)عزو الآيات القرآنية.

و)التوثيق العلمي للمصادر والمراجع المعتمدة بالطريقة الآتية:

- بالنسبة للكتب: ويكون ذلك وفقا للمنهجية الآتية:

- صقر نبيل ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا،بدون طبعة، دار الهدى،الجزائر،2006،ص213

وفي حالة إعادة استعمال الكتاب مرّة ثانية يتم التوثيق بالطريقة التالية:

- صقر نبيل ،المرجع السابق،ص380

-المذكرات والرسائل العلمية:

- بن عصمان نسرين إيناس ،مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد،مذكرة ماجيستار،تلمسان،2009/2008،ص86

-المقالات العلمية:

- المومني وجنات عبد الرحيم ، لمن الحضانة؟،مجلة جامعة أم القرى،كلية التربية لإعداد المعلمات،العدد27،ج15،ص3 .

-القوانين:

-الأمر 11-84المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة.
-القانون رقم 09-05، المؤرخ في04-05-2005المتضمن الموافقة على الأمر 02-05 المؤرخ في 27-04-2005المعدل والمتمم للقانون رقم 11-84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية،رقم .43

5)صعوبات البحث:

وما يتوجب الإشارة إليه وهو أنني قد وجدت صعوبة من حيث شح المادة العلمية في الموضوع ليس فقط على مستوى مكتبة الكلية أو الجامعة، بل حتى على شبكة الانترنت، فكل الدراسات والكتب والمقالات التي تحصلت عليها لا تذكر إلا الحضانة من ناحية التعريف والإسناد...مع الإشارة إلى أسباب السقوط دون طبعا اعتمادها طبعا كدراسة متخصصة ،ما أخذ مني جهد كبير ووقت أكبر حتى أستطيع تقديم ولو نظرة صغيرة عن الموضوع ومحاولة إلقاء الضوء على النقائص التي لفتت انتباهي، وتقديمها كموضوع يستحق الاطلاع عليه.

6)الدراسات السابقة:

وخلال دراسة هذا الموضوع وجدت عدة دراسات سابقة منها مذكرات ماجيستار: إحداها بعنوان مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، وأخرى بعنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة. ومذكرة ليسانس بعنوان مصلحة المحضون في قانون الأسرة
الجزائري.

إلا أنني لاحظت بأن كلها تُعنى بموضوع الحضانة ككل من التعريف إلى الشروط وترتيب الحواضن وانتهاء الحضانة.دون ذكر لسقوط الحضانة وأسبابها وعدم التعمق فيها بالرغم من أهميتها وتشكيلها عنصرا لا يستهان به في هذا الموضوع ولا بد 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 ولا حتى الفقهي.

7)منهج الدراسة:

وفي هذا السياق ستكون معالجتنا لهذا الموضوع تستند إلى منهجين أساسيين هما المنهج التحليلي وذلك بتوضيح موضوع مسقطات الحضانة ، بالإضافة إلى المنهج المقارن وذلك 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:مكونة من فصلين متعاقبين تناولتهما كالأتي:

الفصل الأول: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 والاستيطان 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 وضمنتها مجموعة من النتائج المتوصل إليها، إضافة إلى بعض المقترحات

الفصـــل الأول

السقوط الإجباري للحضانة

توطئة:

إن حق الحضانة كما نعلم ليس بالحق المطلق الذي يناله الشخص دون أي تقييد بضوابط تحدد أسباب نيله وأسباب فقدانه، لذلك فانه 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 عبّرنا عنها بالسقوط الإجباري للحضانة، وهذا الفصل متكون من مبحثين: الأول نتكلم فيه عن تخلف الشروط المتعلقة بالحاضن والإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة على التوالي.

أما المبحث الثاني: فيتعلق بسقوط الحضانة بالزواج والسكن بالمحضون عند أمه المتزوجة كمطلبين متتاليين.

المبحث الأول: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن والإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة

إن الحضانة أهم الحقوق المتعلقة بالأولاد وتعد أخطرها، لذلك كان ولابد من تحديد معالمها حتى يتم تفادي أخطارها، وكذلك تبيان التزامات الحاضن، لهذا فقد وضع الفقهاء وكذلك القانون شروطا عديدة حتى ينال الحاضن حقه في الحضانة ولا يكون مؤهلا لها إلا إذا توافرت فيه كل هذه الشروط،وهناك تباين بين الفقه والقانون فيما تعلق بهذه الشروط والالتزامات الآتي ذكرها وتوضيح 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 رجلا أو امرأة، ومنها ما هو خاص بالنساء وحدهن، وما يخص الرجال وحدهم.

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

أولا: العقل

ذلك أن الحضانة ولاية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية،[1] فكيف يتولى شؤون غيره؟ فهي

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

لا تتحقق بغير ذلك، ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة. فلا حضانة لمعتوه أو مجنون أو صغير لأنهم محتاجين إلى من يحضنهم.[1]

ثانيا: البلوغ

لأن الصغير لاستطيع القيام برعاية نفسه فلا يصلح لرعاية غيره،فلا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه، وسن البلوغ في القانون الجزائري هو19 سنة(المادة40 ق م).[2]

ثالثا: الأمانة

و الأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون بها أهلا للحضانة وبيئة مصاحبة تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير.و لا يعد 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.[3]

رابعا: القدرة والكفاءة

وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته، أي بمعنى أن يكون الحاضن صحيح الجسم، قادرا على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كان عاجزا عن ذلك

[1] المومني وجنات عبد الرحيم ،لمن الحضانة؟ مجلة جامعة أم القرى،كلية التربية لإعداد المعلمات،العدد27،ج15،ص380

[2] بلحاج العربي،الوجيز في شرح ق ا ج(الزواج والطلاق)بدون طبعة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2002ص383

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

لمرض أو لعاهة أو شيخوخة أو انشغال بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير، لم يكن أهلا للحضانة.[1]

خامسا: اتحاد الدين

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية[2] على انه 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 ولا يخشى عليه أن يألف غير الإسلام فلا يخشى عليه أن يكون الحاضن رجلا أو امرأة ،فان كان رجلا فلا خلاف في أنه يشترط لثبوت حضانته أن يكون رجلا متحدا في الدين مع المحضون[3]، لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث،ولا توارث مع اختلاف الدين فإذا كان لصغير مسلم أخوان أحدهما مسلم و الآخر غير مسلم، فإن حضانته تثبت للمسلم؛ أما إذا كان الحاضن امرأة فانه 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

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص383

[2] الرامفوري،المولوي محمد عمر الشهيربناصر الاسلام الرامفوري، البناية في شرح الهداية،الطبعة الأولى،دار الفكر ،لبنان،2007ج5،ص471

[3] البامري إسماعيل أبا بكر علي ،أحكام الأسرة(الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى،بدون دار،الاردن،2009،ص443

أصبحت غير أمينة عليه.[1]

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 وأكثر 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*".[2]

سادسا: أمن المكان

ونقصد بشرط أمن المكان أي أن يكون مكان إقامة الحاضن بالمحضون آمنا[3]،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 أو غصبه منه خلال الحضانة.[4]

سابعا: الرشد

و نضيف كذلك شرط الرشد أي لا يكون الحاضن سفيها، فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون، أو ينفقه على ما لا يليق ولا 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.[5]

---

[1] بلحاج العربي،المرجع السابق، ص383

[2] الرامفوري،المرجع السابق،ص471

[3] المومني وجنات عبد الرحيم ، المرجع السابق ،ص 386

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

[5] سماره محمد، أحكام وآثار الزوجية،الطبعة الاولى،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 الأحنى قلبا، والأكثر شفقة والأكثر صبرا على احتمال 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 صلى الله عليه وسلم "من فرّق 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،فلا 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، وسلامة الروح،ولأن نفس الصغير تتأثر بلا

[1] العمروسي أنور ،شرح قانون الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين،الطبعة الثانية،دار المطبوعات الجامعية،مصر، بدون سنة،ص74

[2] عزمي ممدوح، ، المرجع السابق ،ص24

شك.

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 وينتقل 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، ولا حضانة لغير المحارم من الرجال على الصغيرة أبدا، فإذا لم يوجد للصغير إلا أقارب غير محارم كأولاد العم والعمة وأولاد الخال والخالة فللذكر منهم حق حضانة الذكور وللإناث منهم حضانة الإناث، ولا يثبت حق الحضانة للمحارم من غير النسب كالأم والأب والأخت رضاعا،وإذا لم يوجد للصغير

[1] الرامفوري، المرجع السابق ، ص476
[2] سماره محمد،المرجع السابق ،ص391

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 كأخوات شقيقات و أخوة أشقاء يُقدم أصلحهم لتربية الولد،فإن تساووا في الصلاحية تدخل القاضي باختيار احدهم حسما للنزاع ورفعا للخلاف.

ويشترط في الرجل الحاضن إضافة إلى الشروط العامة ما يلي:

أولا:أن يكون من العصبات على ترتيب الإرث: لأن أصل استحقاقه الحضانة يقوم على قوة القرابة باعتبارها تضمن الشفقة با لصغير، وحسن رعايته في الأعم الأغلب.

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 ولا يشترط كما سبق وذكرت؛ اتحاد الدين في حضانة الّنساء لان الأصل فيها الشفقة على الصغير والخوف عليه وهي طبيعة لا يؤثر فيها اختلاف العقائد.

و حضانة الرجال تثبت بالإرث، فيقدم الأب، فالجد وان 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 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، عند التساوي يقدم الأكبر سنا لتجربته وهيبته،فإذا لم يوجد

[1] الكساني،بدائع الصنائع،الطبعة الثانية،دار احياء التراث العربي،لبنان،1972ج4،ص46
[2] البامري إسماعيل أبا بكر، المرجع السابق ،ص443
[3] ابن قدامه، المرجع السابق ،ص424

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 62ق ا ج" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا و يشترط 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 الاجتهاد 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] سماره محمد، المرجع السابق ، ص391

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

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر يوم9 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 فان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية.[2]

فقد اكتفى المشرع بالقول أنه" يشرط 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 شروط 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 11-84المؤرخ في 09-06-1984المتضمن قانون الأسرة.
[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 384
[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 رعى الإنسان جنينا ووليدا 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،لقوة رأييه 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 ورعاية شؤون الأولاد، فإذا افترق الزوجان وبينهما صغير فإن رعايته على أبويه،يقدم في هذه الرعاية الأب على الأم ومن في جهتها في ولاية المال والنكاح،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]

ولما كان ذلك فانه كما سبقت الإشارة فإن الحاضن يتوجب عليه أن يقوم مقام الأبوان في الرعاية والحماية للمحضون، و أن يلتزم بأداء كل ما يتوجب على الأبوان باعتبارهما الأولى بحماية المحضون.

الفرع الأول:أهم الالتزامات المتعلقة بالحضانة

1)رعاية الولد: تعني الاهتمام بالمحضون وحفظه والبعد به عن المخاطر والمهالك التي قد تضر به،حتى ينشأ نشأة مستقيمة ويكون لبنة صالحة في بناء مجتمعه ورقيه.

وينشأ حق المحضون في الرعاية بمجرّد نشوء الحضانة فلا يترك للهلاك أو الضياع، فهي مقررة أولا وأخيرا لمصلحة المحضون، فتوجب من ثمّ حفظه ورعايته وتربيته تربية

[1] محمد سماره ، المرجع السابق ،ص384

لائقة والبعد به كل البعد عن التخلق بأخلاق الفساد وبؤر الفساد، فإن خالف الحاضن ذلك فإنه يضيع حق الصغير ويسقط حقه في الحضانة.[1]

2)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.[2]

3)حق الصغير في رؤية والديه: فللصغير رؤية والديه سواء كانت الحضانة للأم فيحق له رؤية أباه وإذا كانت الحضانة في يد امرأة أخرى فيحق للصغير رؤية أمه وأباه.والوجه الأخر لحق الرؤية هو حق العاصب سواء كان الأب أو الجد في حالة عدم وجود الأب في رؤية الصغير،كذلك حق الأم في رؤيته إذا كان الصغير 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. قال الله تعالى:".... وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ..."[3] ،و قد منع الشرع تنفيذ حكم الرؤية جبرا وبالقوة حتى لا يضر هذا بالأولاد نفسيا.

[1] عزمي ممدوح، المرجع السابق ، ص62
[2] عزمي ممدوح، المرجع نفسه،ص63
[3] سورة الأنفال، الآية 75

و في ذلك قال **الحنفية**[1]:إذا كان الولد عند الحاضنة، فلأبيه حق رؤيته بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن الأب 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 كل يوم.

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

ويرى الشافعية:أن المميز إن اختار أباه بعد تخييره في سن التمييز لم يمنعه زيارة أمه،ويمنع الأب الأنثى من زيارة أمها إذا اختارته لتألف الصيانة وعدم البروز للناس.والأم أولى منها بالخروج لزيارتها لسنها وخبرتها.

و لا يمنع الأب أم المحضون من زيارته ذكرا كان أو أنثى، لأن في المنع قطعا للرحم، ولكن لا تطيل المكث ويمكنها من الدخول، فان بخل بدخولها إلى منزله أخرجه إليها. و الزيارة مرة في أيام أي في يومين فأكثر لا في كل يوم، إلا إذا كان منزلها قريبا، فلا بأس بدخولها منزل الأب كل يوم.

فان مرض المحضون فالأم أولى بتمريضه ذكرا كان أو أنثى، لأنها أهدى إليه وأصبر عليه من الأب ونحوه، والتمريض يكون في بيت الأب إن رضي به وان لم يرضى يكون التمريض بيتها. ويجب الاحتراز في الحالين من الخلوة بها.[3]

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

[2] الدردير، سيدي أحمد الدردير أبو البركات المالكي،الشرح الكبير،بدون طبعة،دار الفكر،لبنان،ج2، ص512

[3] الفيروزأبادي،أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي،الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية،لبنان،1990،ص128

والحنابلة[1] كالشافعية قالوا:إن اختار المميز أباه كان عنده ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة أمه،ولا تمنع من تمريضه،وان اختارها كان عندها ليلا، وعند 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 وذلك في الفقرة الأولى من المادة 62"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"

و منه فان الالتزامات التي يستوجب القيام بها من قبل الحاضن وأهداف الحضانة تتمثل فيما يلي:

أولا:تعليم الولد

و يقصد به التعليم الرسمي أو المدرسي وما دام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي.[2]

ثانيا:تربية الولد على دين أبيه

يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فان 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 ،ص418

[2] سعد عبد العزيز،قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل،الطبعة الثانية، دار هومة،الجزائر،2009 ص293

ثالثا:السهر على حماية المحضون

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

رابعا:حماية الطفل من الناحية الخلقية

و يكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا سويا وأن 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 والدورية،وأن يعرض على الطبيب كلما استدعت الحاجة.[1]

المبحث الثاني:سقوط الحضانة بالزواج والسكن بالمحضون عند أم المحضون

كما رأينا في المبحث السابق فإنه وجب توفر شروط عدة في الحاضن حتى يكون أهلا للحضانة والقيام بحماية الصغير وتدبر شؤونه،ومن بينها خلو الأم من زوج أجنبي أي غير محرم بالنسبة للمحضون وإلا سقط حقها في الحضانة عنها وانتقل إلى غيرها، وكذلك سكن الحاضنة(الجدة أو الخالة)مع أم المحضون وهذا ما سنتطرق له في هذا المبحث وبتفصيل أكثر،فسنتكلم 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 ويكون شأنه 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 و حجري 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]، ولأن حق الحضانة ثبت نظرا للصغير وقد فات بزواج الحاضنة بأجنبي عنه،لأن شأن الأجنبي أن يبغضه ويتمنى موته لأنه يراه غريمه في حب زوجته،فيعطيه بذلك نذرا وينظر إليه شذرا،وذلك يلحقه الجفاء والمذلة ويربي فيه الخضوع والاستكانة.[3]

[1] المومني وجنات عبد الرحيم ، المرجع السابق،ص384

[2] التكروري عثمان ،شرح قانون الأحوال الشخصية،الطبعة الاولى،دار الفكر للثقافة والنشر والتوزيع،الأردن،1990،ص271

[3] الشرنباصي رمضان علي السيد ،أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2007،ص592

وفي ذلك من الضرر بالصغير وبالجماعة التي ينتمي إليها ما لا يخفى، وهذا بخلاف ما إذا تزوجت الحاضنة بذي رحم محرم من الصغير فلا تسقط عنها الحضانة[1]، لأنه لما له من الشفقة الباعثة على نفع المحضون ورعاية أمره، سوف يتعاون مع أمه على كفالته وتربيته على أحسن الوجوه لأنه يشاركها القرابة والشفقة عليه.[2]

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

والحنفية:[3] يرون أن الحضانة لا تسقط بالتزويج، فنقل مُهنّا عن أحمد:إذا تزوجت الأم، وابنها صغير أُخذ منها، قيل له:فالجارية مثل الصبي؟ قال:لا الجارية تكون معها إلى سبع سنين فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزوج أمها، وأزالها عن الغلام، ووجه ذلك ما روي أن عليًا وجعفر وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة،فقال علي:ابنة عمي وأنا أخذتها،وقال زيد بنت أخي، لأن رسول الله آخى بين زيد وحمزة، وقال جعفر:بنت عمي، وعندي خالتها، فقال رسول الله:" الخالة أم " وسلمها إلى جعفر.رواه أبو داود.

بنحو هذا المعنى، فجعل لها الحضانة وهي مزوجة والرواية الأولى هي الصحيحة، قال ابن أبي موسى:وعليها العمل؛يقول رسول الله للمرأة " أنت أحق به ما لم تنكحي "ولأنها

[1] المومني أحمد محمد ،الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع،الطبعة الأولى،دار المسيرة للنشر،الأردن،2009،ص171

[2] الشرنباصي رمضان علي السيد ،المرجع نفسه، ص593

[3] الزحيلي وهبة، المرجع السابق،ص 697

إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحظُّ به،ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها أشبهت مملوكة.فأما بنت حمزة، فإنما قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ولأنه لا يساوي في الاستحقاق إلا علي،وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى.

وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة، كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها، لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فتشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب، ولو تنازع العمَّان في الحضانة، و احدهما متزوج للأم أو الخالة، فهو أحق، لحديث بنت حمزة. و كذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هي أهل للحضانة قدّم بها لذلك،وظاهر قول الخرقي،أن التزويج بأجنبي يسقط بمجرد العقد؛وان عرى عن الدخول.

فيرى الشافعية[1] : فيرون أن زواج المطلقة يسقط حقها في الحضانة فإذا تزوجت المرأة سقط حقها من الحضانة،وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الحسن البصري:لا يسقط حقها لقوله تعالى: **"وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ "**[2]

ولأن النبي (صلى الله عليه وسلم) تزوج أُم سلمه ومعها بنتها زينب فكانت عندها، وروى ابن عباس: أن علياً وجعفر ابني أبي طالب، اختصموا لدى النبي (صلى الله عليه وسلم) ،فقال جعفر:أنا أحق بها،أنا ابن عمها، وابنة رسول الله تحتي،يعني ابنة عمها.وقال زيد:أنا أحق بها، لأنها ابنة أخي، وكان رسول الله قد آخى بين حمزة وزيد ابن حارثة. فقضى بها صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال:" الخالة أم " فقضى بها للخالة وهي مزوجة.

ودليلهم في ذلك ما روى عبد الله بن عمر بن العاص:أن امرأة أتت النبي وقالت: يا رسول الله،إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء،وثديي له سقاء، وان أباه طلقني، ويريد أن ينزعه مني، فقال رسول الله " أنت أحق به ما لم تنكحي "

[1] أبي الحسين الشافعي اليمني،البيان في مذهب الشافعي،الطبعة الاولى،دار المنهاج،لبنان،المجلد 11،2000ص276
[2] سورة النساء، الآية 23

و روى أبو هريرة:أن النبي(صلى الله عليه وسلم) قال:" الأم أحق بولدها ما لم تتزوج " ولأنها 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 ورضي.

وأما زينب وابنة حمزة:فلأنه لم يكن هناك من النساء من يستحق الحضانة خالية من الأزواج إذاً ثبت لهذا: فان طلقت الزوجة طلاقا بائنا أو رجعيا... عاد حقها من الحضانة وقال مالك: لا يعود حقها في الحضانة بحالٍ.

وقال أبو حنيفة والمزني: إن كان الطلاق بائنا..عاد حقها، وان كان رجعيا لم يعد حقها، لان الزوجية باقية بينهما.والدليل على ذلك: أن حقها في الحضانة إنما سقط بانشغالها عن الحضانة باستمتاع الزوج، ولا يملك الزوج الاستمتاع بها بعد الطلاق البائن والرجعي، 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 شريحٌ وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي. و عن الحسن: أنها لا تسقط بالتزويج، ونقل مُهنّا عن أحمد، إذا تزوجت الأم وابنها صغير، أخذ منها، قيل له:فالجارية مثل الصبي؟ قال: لا الجارية معها تكون إلى سبع سنين. فظاهر هذا أنه لم يُزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالها عن الغلام.ووجه ذلك ما روي عن علي وجعفر وزيد وتنازعهم في حضانة ابنة حمزة والتي 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 وفي الشفقة على الولد، فأشبه الأم إذا كانت زوجة الأب. وظاهر هذا أن التزويج بالأجنبي يسقط الحضانة،وهو قول الخرقي وان عرى عن الدخول وهو قول الشافعي، ويحتمل أن لا يسقط إلا بالدخول، وهو قول مالك لأن و به تنشغل عن الحضانة.

[1] ابن قدامه،المرجع السابق ،ص420

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

وهو المروي عن الإمام أحمد رحمه الله قال: في الرواية الكبرى أن لها حضانة الجارية الى 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 أن لها الحضانة، وهو صحيح وهو المذهب.و قيل لا حضانة لها إلا إذا كانت مزوجة بجده، وقال في" الفروع " ويتوجه احتمال إذا كان الزوج ذا رحم، لا يسقط وما هو ببعيد".

فيستفاد أنه أسقطت الحضانة بالنكاح وهو الصحيح من المذهب أنه لا يعتبر الدخول، بل يسقط حقها بمجرد العقد.[1]

فالزوج يريد الاستمتاع بالزوجة فتنشغل به، ولكنها تعود بزوال المانع والدليل على ذلك قوله صلى 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 و إنما اعترض على هذه القرابة عارض النكاح لما يوجب من إضاعة الطفل لانشغال الزوجة بحقوق الزوج، فإذا انقطع النكاح فقد زال العارض ولذا فان 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 والشرط 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،ص393

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 مُطلقها عنها،أما إذا كان الطلاق رجعيا ففي وقت عودة الحضانة للمطلقة رأيان:

فقد قال **الشافعية**[1] وأحد قولي **الحنابلة**: إن حقها في الحضانة يعود بمجرد الطلاق؛ دون حاجة إلى انتظار العدة لأنه عزلها عن فراشه ولم تعد مشغولة به، فالعلة التي سقطت الحضانة بسببها قد زالت ولذا فالحضانة تعود بمجرد طلاقها.

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

أما **المالكية**[3] فيرون: أنه إذا سقطت حضانة الحاضنة لعذر كمرض وخوف المكان وسفر الولي بالمحضون سفر نقلة، وسفرها لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفائها من المرض، وتحقق الأمن والعودة من السفر الاضطراري وقد زال؛ فإذا زال المانع عاد الممنوع.

أما إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي غير محرم ودخل بها، أو سافرت باختيارها لا لعذر، ثم تأيمت بان 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.

والجمهور(الحنفية والشافعية والحنابلة) قالوا: إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال المانع، عادت الحضانة إلى صاحبها سواء كان المانع اضطراريا كالمرض؛أم اختياريا كالزواج

[1] أبي الحسن الشافعي اليمني، المرجع السابق ،ص277
[2] الزحيلي وهبة ،الفقه الإسلامي وأدلته،الطبعة الاولى،دار الفكر،سوريا،1985،ص732
[3] أبي القاسم القزويني الشافعي،العزيز شرح الوجيز،الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،لبنان،1997،ج 10،ص91

والسفر والفسق، لزوال المانع، ولكن ذلك عند الحنفية في الحال بالنسبة للطلاق البائن ولو قبل انقضاء العدة، أما الرجعية فلا بد من انقضاء العدة فيها.[1]

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

الفرع الثالث: موقف القانون

و 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 وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "

وعليه يستشف من نص المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي غير محرم و ذلك إتباعا لرأي الجمهور. وقد 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) وعندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها، تقرر منح المحضون الى غيرها كالأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد "[3]

[1] الزحيلي وهبة ، المرجع السابق،ص732
[2] ابن حزم،أبي محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم،المحلى بالآثار،بدون طبعة، مطبعة النهضة،مصر،ج 10،ص 325
[3] العربي بلحاج ،المرجع السابق، ص388

والملاحظ أن المشرع الجزائري كما ذكرت قد اخذ برأي الجمهور حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في مراعاة مصلحة المحضون، وعليه وخدمة لمصلحة المحضون دائما فان 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 فان حاضنته تكون أولى به رغم زواجها وكذلك الأمر إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته.

2)**ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن أهم الحق في الحضانة:** ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة وذلك وفقا لما نصت عليه المادة68 ق أ ج.

3)**أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض:**وتجدر الإشارة إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة إذ لا بد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط.

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

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

تنص المادة71 ق أج على انه"يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"

جاء في قرار للمحكمة العليا مفاده "أنه من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا أزال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فان القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة

[1] السيد عثمان حسنين بري الجعلي المالكي،سراج السالك لشرح أسهل المسالك،بدون طبعة،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،وزارة الشؤون الدينية،1993،ج 2،ص 120

للقانون،ولما كان من الثابت في قضية الحال أن ألام أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرف رضائي واختياريا فان القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون"[1] بما أن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة22 ق أج.[2]

وقد جاء في قرار أخر للمحكمة العليا"ومتى 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 فانه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة"[3]

إلا انه وقع تطور في موقف واتجاه المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب 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 الأتي " ان زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد تنازل غير اختياري عن الحضانة، ومن ثمة فان طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71من نفس القانون حيث جاء فيها" إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال بسبب السقوط دون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم إن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون"

ونضيف مسألة أخرى نراها من الأهمية بما كان فيما تعلق بمسألة سقوط الحضانة بزواج الأم بغير قريب محرم وهي كون الأب يتوفى والحضانة مسندة للأم فإذا تزوجت الأم الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة، وهنا قد يتضرر المحضون فلا يمكن

[1] المجلة القضائية، غ أ ش، قرار بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم 58812

[2] القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04-05-2005، المتضمن الموافقة على الأمر02-05،المؤرخ في 27-04-2005 المعدل والمتمم للقانون رقم11-84المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري،الجريدة الرسمية رقم 43

[3] نشرة القضاء،غ أ ش، العدد 5، قرار بتاريخ 1994/04/19،ملف رقم 102886.

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.

و لدقة الموضوع وحرصا على مصلحة المحضون يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لأبنه، 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 و إسقاطها عن الأم،ولهذه الأسباب يرى الأستاذ الرشيد بن شويخ ضرورة إضافة فقرة أخرى لنص المادة66 ق أ ج ليشمل ما قلناه في الموضوع على النحو الأتي:"يمكن

للقاضي إسناد الحضانة للأم في حالة زواجها بغير قريب محرم شريطة أن يتعهد هذا

الأخير وبشكل 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 والفقه الإسلامي،لذلك قد 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 وشروطه 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 المستحقّة، 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 دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية،الطبعة الأولى،دار الخلدونية،الجزائر،2008،ص262

[2] إمام محمد كمال الدين ،المرجع السابق،ص 496

تفصيل الفقهاء في المسألة:

فعند المالكية: منهم من يرى أن سكن المحضون والحاضنة في مال من تجب عليه نفقة الولد بغض النظر عن امتلاك الحاضنة سكن أم لا، وورد في مذهب المدونة الذي به الفتوى في السكن أنها على الأب للمحضون والحاضنة معا وأنه لا اجتهاد في ذلك،فلا تتحمل الحاضنة منه شيئا.

وقد اتخذ المشرع الجزائري في تعديله للمادة 72 ق أ ج بالاستناد في هذا الموقف من الفقه المالكي.[1]

ومنه فإنها على الأب والحاضنة، فإذا أيسرت الحاضنة دون الأب لم يكن عليه

سكنى وان أُيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء.[2]

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

وهكذا فان السكنى تكون حسب اجتهاد القاضي، وقيل 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 وان كان يزداد عليه في الكراء أو عليها هي لأجل الولد،أما بالنسبة للحاضنة ففريق قال بأن سكناها أيضا على من عليه نفقة المحضون وفريق قال بل عليها هي حسب الاجتهاد فيما تتحمله ويتحمله المحضون أو على قدر الرؤوس.

و من 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 ما دام المحضون يقيم مع حاضنته.

---

[1] صقر نبيل ،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا،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

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 يفرض لها أجرة مسكن لممارسة الحضانة.

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

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

والراجح في هذا المذهب [1] أنه يجب على الأب أجرة المسكن إذا لم يكن للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن 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 تُستحق للحاضنة نظير قيامها بعمل محدد .

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

[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،2011/2010، ص27

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

ويقصد بها سقوط حضانة الأم بزواجها أو لسبب آخر غير ذلك وانتقال حق الحضانة إلى الجدة أو الخالة، والجدة 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.

فإذا صار وسكنت الجدة مع ابنتها أو الخالة مع أختها التي سقط عنها حق الحضانة بسبب الزواج فإنه يؤدي إلى سقوط الحق أيضا عن وذلك لأنها أسكنت المحضون عند المبغضين له (زوج الأم غير المحرم) [1] ،وبذلك تكون قد أخلّت بشرط من شروط الحضانة وهو 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، وقالوا أيضا أنه يزاد للأنثى الحاضنة عدم سكناها مع من سقطت حضانتها فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل إذا تزوجت إلا أذا انفردت بالسكنى عنها.

وخالف في ذلك **الجعفرية** المالكية، ولم يجعلوا ذلك مسقطا لحق الحضانة إذا كانت قادرة على حفظه وصيانته.

الفرع الثالث:موقف القانون من سكن الحاضنة بالمحضون عند أمه

ما نصت عليه المادة70 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

[1] أبو بكر إدريس حمد ، المرجع السابق ،ص 13

[2] ابن عابدين،رد المحتار على الدر المختار،بدون طبعة،دار الفكر، لبنان،1421،ص 687

[3] الدردير،المرجع السابق،ص 529

[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 إنفردت بالسكنى عنها"

المحضون فإنه يشكل سببا من أسباب سقوط حق الجدة أو الخالة في الحضانة، ذلك بموجب حكم قضائي بسقوطه يصدره قاضي قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية بناء على طلب من له الحق في الحضانة حسب الرتيب المنصوص عليه في المادة 64 المعدلة.[1]

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

وهي بذلك وبالرجوع إلى نص المادة 70ق أ ج فإنها في مضمونها تتحد وتشترك مع المادة66 من نفس القانون في علة واحدة وحكم واحد هي إمساك المحضون في بيت المبغضين له ومنه إسقاط الحضانة عن صاحبتها ولكن تختلف معها في أنها تتكلم عن حاضنتين فقط وهما الجدة والخالة في حين أن المادة66 تشمل كل الحاضنات بما فيهم الخالة.

ويجدر التنويه هنا أيضا أن حالة الإسقاط هذه لا تعتبر تكرار للمادة66 بل جاءت مكملة لها وتأكيدا لحكمها بسبب وجود المحضون في بيت أمه المتزوجة بغير قريب محرم؛ أي تحت سمعها وبصرها 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 ينبغي أن تتوفر فيه عدة شروط وهي أن تكون الحاضنة أم لأم المحضون أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة وأن تكون الأم متزوجة مع قريب محرم. ومن خلال تحليلنا هذه الشروط والنصوص المتعلقة بها، يتضح انه يشترط في الجدة لأم أو الخالة المراد المساكنة معها أن تكون غير متزوجة بقريب محرم تنفيذا للمادة66 السالفة الذكر، ويقصد بالمساكنة هنا: أن تتخذ الحاضنة سكن أم المحضون موطنا لها، وهو أن تكون إقامتها فيه مستمرة.

وعليه إذا كانت تهدف للزيارة أو لقضاء عطلة، فإن ذلك لا يؤثر في العناية من النص وبهذا فلا يدخل في هذا الحكم كل مجاورة لها على الرصيف أو الحي أو العمارة، لأن

[1] سعد عبد العزيز،المرجع السابق، ص143

الإسقاط محدد بالمساكنة وفي هذا الصدد نشير إلى أن النص الفرنسي أوضح.[1] لذلك فمن المستحسن استعمال مصطلح "تساكن"لأنه أدق وأفصح مفهوما.[2] 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 من66 ق أ ج الذي أتينا بتفسيره وتبيان ثغراته سيرى بالنسبة لهذه الحالة كما يسري بالنسبة لتلك، ما لم تستثني منها ما تقتضيه مصلحة المحضون.

وبهذا 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 المادة70 المذكورة أعلاه نستنتج أن هناك عدة عناصر وجب توفرها لتطبيق هذه المادة للتقرير بسقوط حق الحضانة:

وأول هذه العناصر يتمثل في الأشخاص الموكل لهم بموجب حكم قضائي حضانة الطفل المحضون ويتعلق الأمر بكل من الجدة لأم والخالة أخت أم المحضون فإذا تخلف هذا العنصر في صفة الحاضن لا يمكن تطبيق هذه المادة.[3]

والعنصر الثاني يتمثل في أن تأتي هذه الخالة والجدة إلى منزل الأم ومعها المحضون فتقيم معها في نفس السكن إقامة مستمرة ودائمة ولأنها لو جاءت زائرة أو لتقيم إقامة مؤقتة لقضاء عطلة الصيف مثلا أو كانت تسكن بجوار أم المحضون لما أمكن الادعاء بسقوط حضانتها.

أما العنصر الثالث فمفاده أن تكون أم المحضون متزوجة، وأن يكون زوجها شخص أجنبي عن المحضون أي لا علاقة له به ولا تربطه به أي قرابة محرمية؛ فإذا توفرت كل

[1] فهذا النص قد استعمل مصطلح " cohabiter"
[2] حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ،كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد،رسالة دكتوراه،تلمسان،546/2012،2013
[3] معنصري مريم ، المرجع السابق، ص19

هذه العناصر المذكورة أعلاه في نفس الوقت أي تكون الحاضنة الجدة أو الخالة، وأن تنتقل للعيش مع أم المحضون وأن تكون هذه الأخيرة متزوجة بغير قريب محرم للمحضون. فإن حق الخالة أو الجدة يسقط بقوة القانون ويحق لمن لم تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية من غيرهما، أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما، وإسنادها إليه.

وتجدر 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 متوفي عنها زوجها وتنتقل لسبب من الأسباب الاقتصادية 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 وتكون تسكن في مسكن الأب نفسه سكنا دائما قبل الحكم بالحضانة وبعده وبسكوت المشرع هذا أضحى نوع من الغموض على الأسباب والدوافع التي أخذ بها لحصر هذه المادة على الجدة لأم والخالة.[1]

وقد يعود حق الحضانة للخالة أو الجدة لأم بعد سقوطه أذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون وبعيدا 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 السابقة الذكر، وبناءا على ذلك إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون، وكانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه فإنها تكون بذلك قد خالفت قاعدة قانونية منصوص عليها في المادة70 ق أ وتسقط عنها الحضانة بموجب حكم قضائي ولن تعود إليها سواء كانت الجدة أو الخالة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون وبعيدا عنها نوعا ما، ومنه يمكن القول بأنه إذا كان السقوط غير اختياري فإنه يحق للحاضن استرجاع حقه

[1] سعد عبد العزيز، المرجع السابق،ص 143

إذا زال سبب السقوط وفي هذا الصدد جاء قرار المحكمة العليا "إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من ق أ مخالفة للقانون وقصور في التسبيب".

وكذلك 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]

[1] معنصري مريم ،المرجع السابق، ص21

الفصـــل الثانـي

السقوط الاختياري للحضانة

ة

توطئة:

إضافة إلى ما ذكرناه في الفصل الأول قد يسقط حق الحضانة بالانتقال بالمحضون والسفر به من مكان إلى أخر وإذا لم يطلب الحاضن حقه في الحضانة، بالتنازل عنه من قبل الحاضن أو بانتهاء الحضانة وهما سببان يتعلق أحدهما بالحاضن والأخر بالمحضون، وسنقوم بالتفصيل في كل سبب على حدا في المباحث والمطالب الآتية.

المبحث الأول:عدم المطالبة للحضانة والاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي

إضافة إلى الأسباب المذكورة التي تؤدي إلى سقوط الحضانة،فهناك أسباب أخرى منها عدم المطالبة بالحضانة التي تؤدي إلى سقوط حق الحاضن فيها والاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي والذي هو كذلك يعرض هذا الحق للسقوط،فلهذا سنتطرق في المطلب الأول لعدم المطالبة بالحضانة وعلاقته 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، وإلا تعرض حقه للسقوط وذلك بمرور أجل معين حدده الفقه والقانون 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،ولكن هذه الحضانة قد تسقط لعذر أو لغير عذر، فعند ذلك تنتقل الحضانة إلى من يليه في الدرجة، فإذا زال العذر الذي أسقطت الحضانة بسببه، أو أبدا لمن أسقطها بغير عذر 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 انتقلت

إلى من يليه في الدرجة. لأن الحضانة لا تسقط بالإسقاط وإنما تمنع بموانعها وتعود بزوال تلك الموانع.[2]

المالكية:غير أن المالكية أضافوا إلى ذلك أن من سقطت حضانته لعذر، ثم زال العـــــذر

[1] سماره محمد ،المرجع السابق،ص392

[2] سماره محمد ،المرجع نفسه،ص 393

ولكنه لم يطالب بإعادة الحضانة إليه مباشرة، ومضت سنة على زوال العذر ودون المطالبة بعودة الحضانة إليه، فلا يحق للحاضن أن يطالب بعودة المحضون إليه بعد مرور هذه المدة، وكذلك إذا ألف المحضون من هو عنده، ويشقُّ إرجاعه إلى الحاضن أو الحاضنة الأولى.[1]

أما السقوط لغير عذر كسقوطها بالكفر والفسق، أو زواج الحاضنة ففي ذلك رأيان:

قال **المالكية**: إن الحضانة إذا سقطت بإحدى الطرق الآتية لا تعود:

1- زواج الحاضنة بأجنبي ودخول 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 كأن 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 صلى الله عليه وسلم "أنت أحق بهم ما لم تنكحي " ووجه الدلالة من الحديث أن الحضانة مؤقتة ومسموح بها إلى حين نكاحك، فإذا نكحت انقضى وقت الحضانة، ولذا لا تعود بعد انقضاء وقتها كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل، واستغنائه عن الحضانة ولذا فإذا تزوجت الحاضنة ودخل بها الزوج سقطت حضانتها ولا تعود إليها مرة أخرى.

لأن عدم الاستحقاق يستصحب ويستمر، ولأن 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،ص 474
[2] سماره محمد ، المرجع السابق ،ص 393

1)أن يعلم بحقه في الحضانة فإن كان لا يعلم بحقه وسكت 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 وهو ساكت، ثم طلبها قبل مضي العام، قضي له باستحقاقها فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي ودخل بها،ولم يعلم بالزواج من انتقلت إليه الحضانة حتى فارقها زوجها وسكت عن أخذ الولد عاما، حتى فارقها زوجها لم ينزعه منها وبقي معها لأن سكوته حتى مضت سنة يسقط حقه بطلب الحضانة.[1]

فإذا لم يعلم مستحق الحضانة بتزوج الحاضنة ودخولها،أو علم ولم يسكت أو سكت عاما إلا أنه جهل كون سكوته مسقطا لحقه، ففي اللخمي وغيره لو علم بتزوجها ودخولها وسكت 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 ولا يقاس سكوت الحاضنة على سكوت الشفيع لشهره حكم سكوت الشفيع عند الناس دون حكم سكوت الحاضنة.ثم إذا سكت العام فهل تسقط حضانتها وحضانة من علم أيضا، وهو في المرتبة بعدها كما قالوا في الشفعة:أن سكوت الأقرب يُسقط شفعته وشفعة من علم وهو في مرتبة بعده، ولا تسقط في الحضانة إلا حضانة الأقرب، ويستأنف للأبعد عام أخر، كما في الفائق عن ابن زرب ونحوه في البرزلي عن أحكام الشعبي ونقله الشيخ أحمد بابا مسلما وتقدم أن من خالع زوجته على أن تُسقط 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" وإلا فلا

[1] الزحيلي وهبة ، المرجع السابق ، ص 734

كلام لها.وإذا كان الولد رضيعا ولم يجد من يرضعه، لا يجوز الخلع حينئذ على إسقاط حضانتها له ولو تراضيا عليه.[1]

وما سقوطها لعذر قد بدا وارتفع العذر تعود أبدا

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

الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة قبل مرور مدة السنة

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

فيفهم من كل هذا: أنه إذا خرجت لطلب ميراثها لا تسقط حضانتها وأنها 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

[1] الدردير، المرجع السابق، ص 535

[2] ابن قدامه ، المرجع السابق ، ص428

لها الخروج به للمسافة القريبة التي لا تقصر فيها الصلاة.[1] وإذا 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 ويستعمله 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 إن 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 علمها بذلك كله، ولو زال التزويج في المسألة الأولى بطلاق أو موت أو فسخ. و ابن رشد والمغيرة وابن دينار وابن أبي حازم يرى أن التزوج من الأمور الضرورية فجعله عذر كالمرض وانقطاع اللبن قال: وقد قيل أن حقها في الحضانة يسقط بالتزوج إلا في جهة في حضن الولد في حال كونها مع الزوج فإن خلت من الزوج، ثم مات ذلك الحاضن كان لها أخذ ولدها وكانت أحق بحضانته من غيرها.

والمشهور سقوط الحضانة بالتزوج جملة ولا تعود لها أبدا، لأنها كانت مختارة لإسقاط حقها[2]،ولا 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 ومنطقا ومنها على سبيل المثال:

[1] الدردير، المرجع السابق ، ص548

[2] أبي الحسين الشافعي اليمني، المرجع السابق ،ص278

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

-إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه، ولا يعلم بأن 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 مدة السنة في قراراتها:

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

و جاء في قرار أخر" 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 الحق فيها مدة تزيد عن السنة بدون عذر سقط حقه فيها.

ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمضي بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالـــت

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

[2] المجلة القانونية،غ.أ.ش،عدد20،1985/12/44،ملف رقم 388225، ص157

متمسكة بها، فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون".[1]

فطبقا لما جاء في نص المادة 68ق أ ج "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن السنة سقط حقه في الحضانة". و عليه فانه 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 ما ورد 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 أخر، كذلك إذا بلغ المحضون سن العاشرة يعتبر قد وصل إلى مرحلة تسمح للأب أو لغيره طلب إسقاط الحضانة ما لم يتمسك بها الأم خلال سنة من تاريخ نهاية العشر سنوات، فإذا انتهت السنة الحادية عشر، سقط حق الحاضن في الاحتفاظ بالمحضون وذلك لعدم المطالبة بتمديد مدة الحضانة. و الأستاذ عبد العزيز سعد يرى أن حق الحاضن في هذه الحالة-عدم المطالبة لمدة السنة- يسقط بقوة القانون ولا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى إلى القضاء 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. وهذه السلطة استمدت بالخصوص من عبارة "بدون عذر" التي توسع من سلطة القاضي، لهذا وذاك فانه لا يمكن أن نقول بأن حق الحاضن سقط بقوة القانون إذا لم يطلب بالحضانة في أجل قدره سنة وذلك كله صيانة

[1] المجلة القضائية ،غ أ ش،1990/02/05، ملف رقم 56220، ، العدد3،ص53

[2] سعد عبد العزيز ،المرجع السابق ،ص301

لحقوق المحضون وحماية لمصالحه.و إذا كان الإسقاط لا يتم إلا أمام القضاء، فهل للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه؟

الحقيقة أن الإجابة على هذا السؤال بنعم تؤدي إلى التعارض مع الأحكام العامة الواردة في القانون المدني وإنما نخص بها المادة 1/321" 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 إستيحائه في هذه المادة.

وتطبيقا للمادة 222ق 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 الحضانة في الحالات الآتية....،واذا 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 عبارة " 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 ومتعددة.

المطلب الثاني: الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي

بعدما يصبح للحاضن ولاية على المحضون كان عليه المحافظة عليه وحمايته، وذلك بالقيام بشؤونه والتركيز على نشأته نشأة سليمة والمحافظة على حقوقه منها رؤية والديه والقرب منهما وعدم إبعاده عنهما خاصة بالسفر والانتقال إلى بلد بعيد وإلا سقط الحق في حضانته وسنتناول في هذا المطلب إمكانية نقل المحضون من عدمها فقها وقانونا في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تفصيل الفقهاء في نقل المحضون والسفر به

إن لكلا الأبوين حق في المحضون فللأم حق حضانته وللأب حق رعايته وتأديبه ولابد من اصطدام هذين الحقين، عند سفر الحاضن بالمحضون، أو نقله إلى محل إقامة جديد[1]، فأي الحقين يقدم اذا أراد الأب السفر أو أرادته الحاضنة، هل تقدم الحضانة أم تقدم الرعاية والحفظ والتأديب؟

فصّل الفقهاء القول في هذا الموضوع على الشكل الأتي:

أولا:إذا كانت الحاضنة هي الأم:

أ)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 أخر إلا بإذن زوجها، لأنه ليس لها أن تخرج بمفردها إلا بإذنه فمن باب أولى لا بد من إذنه إذا أرادت الخروج بولدها منه.

[1] سماره محمد، أحكام وآثار الزوجية، ص 401

[2] ابن قدامه، المرجع السابق، ص 420

2)وإذا كانت الزوجية قد انتهت بالفرقة وانقضاء العدة وكان بين الزوجين محضون فان للزوجة الخروج بالمحضون إلى بلد قريب؛ لأن البعد يقطع الأب عن ابنه، فإذا كان بإمكان الأب زيارة الولد، والرجوع 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 أخر فليس لها الخروج بالمحضون إلى بلدها، لأنه لم يكن به أصلا النكاح ولأن غربتها لم تكن لأجل النكاح فلا يكون لها الرجوع بولدها إلى بلدها وكذلك لا يجوز لها الرجوع بالمحضون إلى البلد الذي جرى به النكاح لأنها في تلك البلدة غريبة أيضا فذهابها إليه مع انه ليس بلدها ليقصد به دفع وحشة الغربة وإنما يقصد به الإضراب لزوج وقطع 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 و الحاضنة ممنوعة من الإضرار بالولد.

إذ أن لهذه المسألة ثلاث صور طبقا لما ذكرت سابقا:

الصورة الأولى:تتكون الحاضنة أما مطلقة وأن يكون الأب موجودا وتريد 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،ص 332

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

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

وثانيهما:أن تكون هذه البلدة وطنا لها.

الصورة الثانية:أن يكون الأب موجودا وتكون الحاضنة غير الأم،كالجدة والخالة ونحوهما من الحاضنات، وهؤلاء 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 فقد توقف المُفتون في المسألة، فمنهم من قال: للأولياء منعها[1]، والظاهر أنه ينبغي أن يترك الأمر في هذه الحالة لاجتهاد القاضي ليرى ما فيه مصلحة الصغير فان كان من مصلحته عدم الانتقال منعها و إلا فلا.

ب)**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 ، ص332

الأول:أن تكون المسافة أقل من ستة برود[1]، فإن كانت أقل فانه يصح لها تستوطن فيها، ولا يسقط حقها في الحضانة فللحاضنة أن تنتقل به إلى بلد دون ذلك وليس له نزعه منها.[2]
الثاني:أن يكون السفر للإقامة والاستيطان كما ذكرنا، أما إذا كان للتجارة أو لقضاء حاجة فان لها أن تسافر به ولا يسقط حقها في الحضانة، بل تأخذه معها وللولي أن يحلفها بأنها ما أرادت بالانتقال السفر والاستيطان وإنما أرادت التجارة مثلا: وإنما يصح أن تسافر به مسافة قليلة بشرط أن تكون الطريق مأمونة وأن يكون المكان الذي تريد السفر إليه مأمونا، وأما الولي فانه إذا أراد السفر من بلدة إلى أخرى ليقيم بها وينتقل إليها مستوطنا إياها، فان له 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، فان حضانتها لا تسقط بانتقاله وإنما يكون له حق أخذ المحضون منها ويسقط حقها في الحضانة بشرطين: أحدهما إن يكون الولي قاصدا السفر إلى بلد تبعد عن بلد الحاضنة مسافة ستة برود فأكثر، أما إذا كانت دون ذلك فليس له أخذه منها لأنه يمكنه أن يشرف على الصغير في هذه الحالة.

والثاني: أن يكون قاصدا الانتقال ولاستيطان أما اذا كان قاصدا التجارة ونحوها فإنه لا يأخذه منها ولا يسقط حقها في الحضانة ولها أن تحلّفه أنه أراد سفر الانتقال لا سفر التجارة.

ج)الشافعية [3]**:** 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 فان 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 ولاحق للعاصب المسافر في أخذه معه، مثلا إذا انتقل الأب من بلدة الأم الحاضنة إلى بلدة أخرى ليقيم بها، ولكن جده لا يزال مقيما مع الحاضنة فليس للأب أخذه

[1] يقول أبو بكر إدريس أن ستة برود تساوي(133كيلومتر و344مترا)،الحضانة في الشريعة الإسلامية،ص13
[2]أبي القاسم القزويني الشافعي،المرجع السابق ، ص98
[3] أبي الحسين الشافعي اليمني، المرجع السابق ،ص291/290

معه، وكذا إذا كان جد و أخ وسافر الجد وأقام الأخ أو سافر الأخ وأقام العم ، فانه يبقى مع المقيم ويشترط للسفر بالصغير أن تكون الطريق مأمونة وأن يكون المكان المسافر إليه مأمونا وإلا فأمه أحق به.

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

-أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر.

-أن تكون الطريق مأمونة وتكون البلدة المنتقل إليها كذلك.

-أن يكون السفر سفر نقلة واستيطان فان كان لتجارة أو حج كان الولد من حق المقيم.
-ألا يريد بالسفر مضارة للأخر وانتزاع الولد من يده، فان أراد ذلك فلا يجاب لطلبه، واذ

انتقلا جميعا لبلدة واحدة، فالأم باقية على حضانتها،[2] وإذا أخذه الأب لافتراق البلدتين 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 ولأنها انما خرجت لأجل النكاح وهي أمور لا تجتمع لغير الأم.[3]

[1] ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق ،ص419
[2] ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق ، ص419
[3] عزمي ممدوح ، المرجع السابق ، ص61

فإذا كانت الحاضنة امرأة أخرى كالجدة أو الأخت فليس لها أن تنتقل بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا برضاه فلو انتقلت إلى بلد أخر 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 ولا عقد بين الأب وغيرها من سائر الحاضنات.

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

أما إذا كان المحضون بيد حاضنته وأراد 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 وهو لا يجوز.

وإذا كانت الزوجية قائمة فليس للأب أن يخرج بالولد من مكان الزوجية بغير أمه وبرضاها قريبا كان المكان أو بعيدا. وإذا خرج الأب بالولد ثم طلقها فطالبته برده إن كان قد أخرجه بإذنها لا يلزمه رده بل يقال لها:اذهبي وخذيه، وإذا كان بغير إذنها لزمه رده كما لو خرج به

مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده، وغير الأب من العصبات كالجد، غير أن الأنثى لا تدفع إلى غير المحرم.[1]

الفرع الثاني: مسافة السفر والانتقال التي تسقط الحضانة

اختلف الفقهاء في المسافة التي يستطيع الحاضن أن ينتقل بالمحضون إليها، وفي 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، ولكن لم يبين

[1] الشرنباصي رمضان علي السيد ، المرجع السابق ، ص 612-613

الفقهاء وسيلة الانتقال التي يعتبر بها المكان قريبا أو بعيدا، وإذا كان الفقهاء لم يبينوا ذلك كان المراد وسيلة الانتقال المعتادة وهي السير على الأقدام.

أما في ظل الوضع الحالي والتقدم الحضاري في جميع الشؤون ومن ضمنها المواصلات فقد عرفت القطارات والسيارات والطائرات 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 والعودة قبل الليل وعدم 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 ويعود في نفس اليوم اعتبر بعيدا وهذا ما يسير عليه القضاء وفي هذا مراعاة لمصلحة الصغير ومراعاة لحق والديه، و ذلك بالجمع بين حضانته بواسطة أمه وبين إشراف أبيه عليه حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من عطف حاضنته ورعاية أبيه.

المسافة التي يستطيع الحاضن الانتقال بالمحضون إليها:

اختلف الفقهاء في المسافة-كما سبق وذكرت- التي يستطيع الحاضن الانتقال بالمحضون إليها: فقد قدرها **الحنابلة** [2] بالمسافة القصيرة التي يستطيع الأب رؤية أولاده والإشراف عليهم.

وقدرها **الحنفية** [3] بأن يكون باستطاعة الأب زيارة ولده والعودة ليلا.

---

[1] عزمي ممدوح ، المرجع السابق ، ص 61
[2] ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق ، ص420
[3] ناصر الإسلام الرامفوري، المرجع السابق ، ص488

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

وقد حددها **الشافعية**[2] بمسافة القصر.

تأمل وترجيح:

يلاحظ من كل ما ذكرنا من أحكام الحضانة وحق كل من الأبوين في رعاية الصغير أن الموضوع كله يدور حول نقطك مركزية هي مصلحة الصغير، وإذا تأملنا تحديد المسافة التي تنزع عندها الحضانة من الحاضنة، نجد أقوال الحنفية والحنبلية وأحد أقوال المالكية أن تكون المسافة قريبة بحيث يستطيع الأب أن يمارس حقه في رعاية أبنه والعودة قبل الليل، وحددها الحنبلية بتمكن الأب من الإشراف على الصغير، والإمام مالك ببريدين ولا يغير من واقع هذه المسافة تغير وسائل المواصلات وسرعتها لأن السيارة تقطع ألاف الكيلومترات في اليوم الواحد ذهابا وإيابا 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، وإنما المقصود من الرؤية الإشراف والتعليم والتأديب ومتابعة مصالح الصغير وكل 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]

وقد رجح الفقهاء حق التأديب والتعليم والحفظ الذي للأب على حق الحضانة الذي للأم عند تعارض الحقين كما في حال السفر، فقد ذكر الحنفية وجوب تسليم الصغير الذي

---

[1] والبريد: يقدر بأربعة فراسخ والفرسخ ثلاثة أميال، فالمجموع 72 ميلا، وقدر الميل بأربعة ألاف ذراع بذراع الانسان المعتدل، وهي تقريبا ما يعادل 120 كلم،وقدرها البعض ب133كيلو مترا، أنظر الفرع الأول من هذا المطلب.

[2] أبي الحسن اليمني الشافعي، المرجع السابق ، ص291

[3] محمد سماره ، أحكام وآثار الزوجية، ص 403

استغنى عن خدمة النساء بعد سن التمييز لأبيه جبرا، وقال **الشافعية والحنبلية** [1] بأن يخير الغلام بين أبويه، فإن اختار أمه كان عندها ليلا لحضانته وعند 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 وحق الأب في تأديب وحفظ ولده.

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

الفرع الثالث:موقف القانون

لم ينص القانون على مسافة معينة ينتهي عندها حق الحاضنة باصطحاب المحضون وإنما 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" فالمسالة جوازيه للقاضي والأمر راجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، ومن هنا فان تقدير أسباب سقوط

[1] الماوردي، الحاوي الكبير، ص508 والمغني ص410

الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية.[1]

فلا تسند حضانة الأولاد لأم تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا في 1993/03/19.[2]

وقد استقر الاجتهاد 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 أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروطها وجب إسقاطها عليه.[3]

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 وهذا ما يسمى بالتنازل،كما أن له مدة محددة عند فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، وهذا ما سنبينه،في المطلب الأول سنتحدث عن التنازل وفي الثاني:سنتحدث عن الانتهاء.

المطلب الأول: التنازل عن الحضانة

إذا صار وتنازل صاحب الحق عن حقه فهل هذا جائز؟ وما هي طبيعة الحق في الحضانة؟وما رأي الفقه والقانون في هذا الحق وهل يمكن التنازل عنه؟ هذا ما سنجيب عنه في الفروع الآتية:

---

[1] العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 38

[2] صقر نبيل ، المرجع السابق ، ص 226

[3] 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 لله أو حق للعبد؟وهل الحضانة حق للصغير أم حق للحاضن أم هي حق مشترك؟

القول الأول: أنها حق لله تعالى لأنها شرعت لحفظ النفوس وحفظها من حقوق الله تعالى وهذا رأي الاباضية، إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي لأنها ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على جهة الإلزام لا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع كسلطة الحكم والقضاء.

القول الثاني: إن الحضانة حق للمحضون فهو **لبعض فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية** لقوله تعالى: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**"** [1]. وبالتالي لا يجوز إسقاطها عن الحاضن لأن الآية تدل على ذلك بطريقة الإلزام لأنها قد أقرت بذلك والأمر يقتضي الوجوب.

كما أنه من حق الصغير أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها ونموه البطيء وتدرجه في معرفة ما يدور حوله وعجزه عن تولي شؤون نفسه، قال تعالى: **"...**والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا**.."** [2]،*وحضانة 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، وبما 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 وعليه فهو يسقط بإسقاطه له فإذا أسقطه لا يجبر عليه إلا بسبب شرعي خاص، أي الضرورة حيث لا يوجد حاضن أخر يقوم مقامه، وعلى

[1] سورة البقرة، الآية 233
[2] سورة النحل، الآية 78
[3] طعيبة عيسى ، المرجع السابق، ص 36

ذلك لا تجبر الأم على حضانة ابنها إذا تركت حقها فيه إلا إذا كانت نفقة المحضون عليها حيث ترتبط ولاية المال بالنفس ولا تسقط بالإسقاط.

فالقاعدة الشرعية المكرسة في هذا الصدد "لا ضرر ولا ضرار" والتي تقضي بأن لا تضار والدة بولدها فهو جزء منها حملته كرها ووضعته كرها،فضلا على أنه جزء منها شاركها حياتها مدة حمله وقاسمها غذائها، فهي أحق بحضانته وتعهده 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]

وهذا مذهب **جمهور الحنفية ورأي المالكية والشافعية** وهو مذهب **الحنابلة والزيدية والإمامية** واستدلوا بقوله تعالى: **"....فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ...."** .[2]

ووجه الدلالة أن الآية بينت إذا وقع تعاسر واختلاف في أمر الرضاعة فسترضع له أخرى لأن ذلك هو الذي يرفع الخلاف والنزاع في أمر الحضانة والرضاع، وبذلك تكون الآية *"والوالدات يرضعن أولادهن"* والأمر فيه للندب وليس للوجوب أو أنها محمولة على حالة الإنفاق وعدم التعاسر. كما أنهم قالوا بأن إجبار الحاضنة على الحضانة فعسى أن تعجز عن القيام بها ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها، فالأصل لا تجبر الأم على الحضانة لاحتمال عجزها ولكونها حق لها لا تجبر عليه.

القول الرابع: وهو أن الحضانة حق للمحضون والحاضنة معا، أي أن الحق فيها مقررا شرعا لهما معا وهذا رأي **لبعض المالكية والمختار عند الاباضية** وقد 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 وهذا يثبت أن الحق للمحضون فثبت أن

[1] طعيبة عيسى ، المرجع نفسه،ص 36- 37
[2] سورة ا لطلاق، الآية 06

الحق لهما معا في الجملة.وهكذا فحسب هذا الرأي الحضانة هي مؤسسة يتعايش فيها حقّان[1]:

حق المحضون وحق الحاضن، ولكن الأول أقوى من الثاني وان كان هذا الأخير امتيازا طبيعيا، ويترتب على هذا القول:

-أن الحاضنة إذا تنازلت عن حقها ورضي من يليها في استحقاق الحضانة بالحضانة وأرادت أن تستعيد حقها في الحضانة بعد ذلك يجاب لطلبها.

-لو إختلعت الأم مع زوجها على أن تترك له الولد نظير هذا الخلع، صحّ الخلع وبطل الشرط، فلها أن تطلب حضانة ولدها بعد ذلك لأن الحضانة حق للولد كما هي حق للأم فلا تملك إسقاط حقها مادام محتاجا إليها.

وهناك 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 على أنه "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "، فما يلاحظ على هذه المادة أنها جمعت بين حقين:

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

-حق المحضون وهو ما يستشف من عبارة "ما لم يضر بمصلحة المحضون " وهنا 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

[1] طعيبة عيسى، المرجع السابق،ص37
[2] سعد عبد عزيز، المرجع السابق ، ص 456

سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ". وما جاء في المادة 68 التي تنص "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها" والمادة 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 وأهمية لحق المحضون أكثر من تلك التي للحاضنة،كونه في كل مرة يضيف عبارة مراعاة مصلحة المحضون المواد"64،65،67،69" أو عبارة ما لم يضر بمصلحة المحضون المادة 66، وهذه 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 ومن الطبيعي أن تثار العديد من الأسئلة حول جواز التنازل عن الحضانة من عدمه، وما يرد على هذا التنازل من استثناءات، هذا عدا عن الحكمة من وراء التنازل من قبل الحاضن، لما لهذا التنازل من آثار ونتائج على مصلحة المحضون،[2]

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

ولعل الأسباب التي دفعت الفقه لعدم إلزام وإجبار الأم على الحضانة يرجع إلى أن أحقية الأم في الحضانة إنما تأتي لتوفر الشفقة عندها أكثر من غيرها، والأم 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، والنادر كالمعدوم حكما.

[1] طعيبة عيسى، المرجع السابق ، ص 39

[2] نشوان كارم محمود، حضانة الأطفال في قطاع غزة دراسة تحليلية تطبيقية،مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، غزة،2010،ص49-50

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.

والثاني 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، وضابط ذلك أن القريب إن امتنع كانت الحضانة لمن يليه، وظاهر كلام الفقهاء عدم إجبار الأم عند الامتناع وهو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت كأن لم يكن له أب ولا مال أُجبرت كما قال ابن الرفعة لأنها جملة النفقة فهي حينئذ كالأب.

وعند الحنابلة [3]: الأم إذا عدمت أو تزوجت لم تكن من أهل الحضانة واجتمعت أم أب وخالة فأم الأب أحق، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وحكي ذلك عن مالك وأبي ثور، وروي عن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب وهو قول الشافعي القديم، لأنها تدلي بالأم وأم الأب تدلي به، فقدم من يدلي بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بابنة حمزة لخالتها، وقال "الخالة أم " ولنا أن أم الأب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الأم ولأن لها ولادة ووراثة فأشبهت أم الأم.

فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقا في الجملة وليس النزاع فيه إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع، وقولهم 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

[1] الفيروزأبادي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ، الجزء الثالث ، ص168
[2] الخطيب البجيرمي الشافعي،حاشية البجيرمي على الخطيب،ص490
[3] ابن قدامه،المرجع السابق،ص 422

النسب بكل حال وإن علت درجتها، لفضيلة الولادة والوراثة، وأما أم أبي الأم فلا حضانة لها لأنها تدلي بأب الأم ولا حضانة له ولا 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، والثاني تنتقل إلى أمهاتها وهو أصحُّ،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؟ وهو على وجهين:إن كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الأخت من الأبوين حقها لم يسقط حق الأخت من الأب لأن استحقاقها من غير جهتها وليس فرعا عليها. **وعند المالكية** [2]:أما في مواهب الجليل للخطاب قال ابن القاسم:سمعت مالكا قال في امرأة طلقها زوجها وله 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 وهو 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، ويفهم من هذه الأقوال أن الحضانة عند المالكية حق للحاضنة على المشهور في مذهبهم.

الفرع الثالث: موقف القانون من التنازل 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 أخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة، فان لم يوجد

[1] ابن قدامه المقدسي ، المغني، ص 422
[2] الدردير،المرجع السابق،ص390

فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتُعامل معاملة نقيض قصدها"[1]، وقد جاء في قرار أخر للمحكمة العليا أنه "من المقرر قانونا انه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضرّ بمصلحة المحضون"

ويثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، فهل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به؟وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية ويسبق الفصل فيها وتهدر مصلحة المحضون؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية؟

ذهبت المحكمة العليا إلى أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن 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 والفضلى للمحضون وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا ما دامت تحقق مصلحة المحضون وأنه 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

[1] أنظر قرار المحكمة العليا،غ أ ش،1998/12/19،ملف رقم 5894،م ق، 2001، عدد خاص، ص 70
[2] بن عصمان نسرين إيناس ، مصلحة الطفل في في ق أ ج، كلية الحقوق،جامعة تلمسان،مذكرة ماجيستار،2009/2008،الجزائر،ص 147

يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 ق أ"[1]

ومنه فإن نص المادة 66 ق أ" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"

به أقر المشرع أن للحاضنة التنازل عن الحضانة لكن قيد هذا الحق بشرط أساسي وهو أن لا يضر بمصلحة المحضون فإذا كان التنازل في غير صالح المحضون رفض القاضي طلبها هذا ما دامت تتوفر فيه الشروط القانونية والشرعية للحاضنة ومادامت 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 وطلب إسقاط حقه في تلك الحضانة فإن القاضي عند إصدار حكمه في القضية وجب أن يضع صوب عينيه دائما مصلحة المحضون وإن كان ذلك التنازل سيضر بمصلحة المحضون أم لا.

المطلب الثاني: انتهاء الحضانة

من خلال هذا المطلب وضمن فروعه سنجيب على أسئلة عديدة منها:كيف ينتهي حق الحضانة؟ وهل الذكر مثل الأنثى في ذلك؟ وما مصير المحضون بعد الانتهاء؟

الفرع الأول: المقصود بمدة الحضانة

يقصد بمدة الحضانة الفترة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها،وهي تبدأ من حاجة الطفل إليها أي من وقت ولادته حيا ولا خلاف في أن المحضون ذكرا كان أو أنثى يبقى في يد حاضنته إلى سن التمييز وهي السن التي يستطيع فيها الأكل والشرب وقضاء حاجته بنفسه، مستغنيا عن الحضانة [2]. والاستغناء بهذه الصورة يكون ما بين السابعة والتاسعة ولكن قد يتأخر أو يتقدم، فالحكم مداره على التمييز والاستغناء عن الحاضنة لا على السن؛ وبسبب بقاء الصغير مع الحاضنة قبل سن التمييز لأنها أقدر على خدمته والاهتمام به،

[1] المجلة القضائية،غ أ ش، تاريخ 2000/11/21رقم 252308
[2] طاهري حسين ،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري،الطبعة الأولى،دار الخلدونية،الجزائر،2009،ص154

حيث في هذه المرحلة يحتاج الطفل إلى من يتفرغ لخدمته على أن يكون متحليا بالصبر والحنان، والمرأة لا شك أنها أقدر على ذلك وأعرف 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 والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والرجل على ذلك أقدر.

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

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مدة الحضانة وفرقوا في ذلك بين حضانة الجنسين الذكر والأنثى.

الفرع الثاني:تفريق الفقهاء بين حضانة الذكر والأنثى

1)**الحنفية**: قالوا أن مدة الحضانة للغلام قدرها بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين، قالوا:والأول هو المفتى به،ومدتها في الجارية فيها رأيان: أحدهما حتى تحيض وثانيهما حتى تبلغ حد الشهوة وقدر بتسع سنين،قالوا:وهذا هو المفتى به[3]، فإذا كان الولد في حضانة أمه فلأبيه أن يأخذ بعد هذا السن فإذا بلغ الولد عاقلا رشيدا، وكان له أن ينفرد ولا يبقى في حضانة أبيه إلا أن يكون فاسد الأخلاق. فلأبيه ضمه وتأديبه إذا لم يكن له أب، فلأحد أقاربه أن يضمه إليه ويؤدبه 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] ومثل الأب الجد، فإن لم يكن لها أب ولا جد فإن كان لها أخ ضمها إليه بشرط أن لا يكون مفسدا وإلا فإن كان لها عم غير مفسد ضمها إليه.وإلا فإن كان لها عصبة ذي رحم محرم ضمها إليه وإن لم يكن وضعها

[1] سماره محمد، المرجع السابق، ص395
[2] الشرنباصي رمضان علي السيد، المرجع السابق، ص 601
[3] أبو بكر إدريس حمد، الحضانة في الشريعة الإسلامية، ص7
[4] ناصر الإسلام الرامفوي، المرجع السابق، ص 478
[5] الكساني، المرجع السابق ، ص43/42

القاضي عند امرأة ثقة، إلا إذا كانت مسنة عجوز، ولها رأي فإنها تكون حرة فتسكن حيث أحبت.

أما إذا كانت ثيبا فليس لها ضمها إلا إذا لم تكن مأمونة على نفسها وفي هذه الحالة يكون للأب والجد ضمها جبرا، فإن لم يكن لها أب ولا جد ولها أخ أو عم فله ضمها 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 ولكن تستمر نفقته على الأب إذا بلغ مجنونا، ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج فعلا.

3)**الشافعية**: قالوا أنه ليس للحضانة مدة معلومة، فإن الصبي متى ميز بين أبيه وأمه فان اختار أحدهما كان له،وكذا يخير بين أم وجد أو غيره، أو بين أب وأخت له من أم أو خالة وله بعد اختيار أحدهما أن يتحول للأخر وإن تكرر منه ذلك،[2] للأب إن اختارته ابنته أن يمنعها من زيارة أمها وليس له أن يمنع أمها من زيارتها على العادة، فإذا زارت لا تطيل المكث وإذا مرضت كانت أمها أولى بتمريضها في منزله إذا رضي، وإلا مرّضتها في منزلها ويعُدهُما[3]، بشرط أن لا يخلوا بها في الحالتين[4]، وإن اختارها ذكر مكث عندها بالليل وعند الأب بالنهار كي يقوم بتعليمه، أما إذا اختارتها أنثى فتستمر عندها دائما وإن اختارهما معا أقرع بينهما، وإذا سكت ولم يختر أحد كان للأم.[5]

4)**الحنابلة**:قالوا مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فانه يصح، وإن تنازعا خير الصبي فكان مع من اختار منهما، بشرط أن لا يعلم أنه اختار أحدهما لسهولته وعدم التشدد في تربيته، وإطلاق

---

[1] الدردير،المرجع السابق ،ص526

[2] الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة ألفاظ ومعاني المنهاج،الطبعة الاولى،دار الكتب العلمية،بدون بلد، بدون سنة ،ص452

[3] ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق ،ص 417

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

[5] أبي الحسين الشافعي اليمني، المرجع السابق ، ص290

العنان له فيشب فاسدا فإذا علم إن رغبة الولد هكذا فإنه يجبر على البقاء عند الأصلح،فإن اختار أباه كان عنده ليلا و نهارا ولا يمنع من زيارة أمه.

وإن مرض الغلام كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها أما إذا اختار أمه فانه يكون عندها ليلا ويكون عند أبيه نهارا ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه، فإن عاد واختار الأخر نقل إليه، وهكذا أبدا فان لم يختر أحدهما، أو اختارهما معا أقرع بينهما ثم إن اختار غير من أصابته القرعة رد إليه، ولا يخير إلا إذا كان أبواه من أهل الحضانة ، فإن كان أحدهما غير أهل وجب أن يحضنه الكفء، وقبل 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 والأب أحفظ لعرضه، وإذا كانت عند الأب كانت عنده دائما ليلا ونهارا، ولا تمنع أمها من زيارتها، وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب بشرط أن لا يخلوا الأب بها.

والأنثى تختلف حضانتها فيما إذا كانت بكرا أو ثيبا، فإن كان ثيبا تزول عنها الولاية لأن الحضانة ولاية، إذا بلغت رشيدة عاقلة ولها مادامت كذلك أن تنفرد بالسكنى لأنها اختبرت الرجال ومكرهم وكيدهم ومن ثم فلا يكون لأبيها أو غيره أن يضمها إلى نفسه بعد البلوغ لأن ولايته تكون قد زالت عنها.[1] وإذا بلغت غير رشيدة بأن كانت غير مأمونة على نفسها فلا خلاف في استمرارية الولاية عليها في نفسها اعتبارا لنفسها لمالها ولا تمكن من التفرد بالسكنى لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها.[2]

أما البكر فسواء كانت تدخل في السن ويجتمع لها رأي وعفة لأنها عرضة للفتنة وللانخداع بخلاف الثيب، ومن ثم كان لأبيها أو عاصبها إذا كان ذا رحم محرم مأمونا عليها أن يضمها ليحميها ويحفظها من مكر الرجال وحيلهم، فإذا تجاوزت هذه المرحلة وصارت مسنة واجتمع لها تبعا لذلك رأي التدبير بزيادة المعرفة فإنها لا تجبر على أن

[1] السيد عمر عبد الله، المرجع السابق ،ص333
[2] الشرنباصي رمضان علي السيد ، المرجع السابق ، ص609و610

تضم إلى والدها أو عاصبها حيث لها الذهاب حيث أحبت وشاءت لأن الضم كان لخوف الفتنة وما دامت قد دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها فلا داعي لضمها.

وإن لم تكن تبقى تحت وصاية والدها حتى تتزوج ويدخل بها وبذلك تنتهي حضانتها.

الفرع الثالث:تخيير المحضون بعد انتهاء الحضانة

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

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

أولا:إذا كان المحضون ذكرا:

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

أ)الحضانة تبقى للأم أو الحاضنة الأخرى من النساء حتى يبلغ الذكر وهو **قول المالكية والظاهرية**فإذا بلغ المحضون عاقلا لم يعد بحاجة إلى حضانة وإذا بلغ مجنونا أو معتوها أو مريضا مرضا مزمنا سقطت حضانته عن الأم،واستمرت النفقة على الأب وعليه القيام بحقه واستدلوا بذلك بما روي في السنة:أن رجلا قال للرسول صلى الله عليه وسلم "يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحبتي؟قال: أمك،قال ثم من؟ قال: أمك، قال ثم من؟ قال: أمك، قال ثم من؟قال: ثم أدناك فأدناك" ،ووجه الدلالة من الحديث أن أحق الناس بالصحبة هي الأم والحضانة 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 وأنه لا يصلح للاستشهاد في هذا الموضوع لأن حسن الصحبة المقصود بالحديث،[1] أن الأم نظرا لضعفها أحق وأولى ببر

ولدها من سواها فهي بحاجة إلى الإنفاق عليها وطاعتها ورعايتها وهي أمور لا يقدر عليها الصغير.

[1] سماره محمد،أحكام وآثار الزوجية، ص396

ب)الحضانة بعد الاستغناء عن خدمة النساء تعود للأب فإذا وصل الصغير حد الاستغناء عن خدمة الحاضنة سلم إلى أبيه [1]، أو إلى وليه العصبة،ويجبر الأب على أخذه ولده لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع فهو أقدر على تأديبه وتعليمه ومن بلغ من الصغار مجنونا أو معتوها،فإنه يبقى محضونا من الأم ذكرا كان أو أنثى لأنه في حكم الصغار من حيث حاجته للرعاية وهذا ما قاله الحنفية،فإذا بلغ المحضون رشيدا فله أن ينفرد بالسكنى وليس للأب ضمه إليه،إلا أن يكون مفسدا وخوفا عليه لأنه إذا بلغ مبذرا كان للأب ولاية في حفظ ماله ولذا فللأب أن يضمه بعد البلوغ لدفع العار أو الفتنة لأنه يعير بفساده.

وعلل الحنفية ذلك:بأن الغلام عندما يستغني عن خدمة النساء ويقوم بشؤون نفسه فلا حاجة له بعد ذلك بحضانة النساء لأنه بعد سن التمييز يحتاج إلى التأديب والتعليم والرعاية الذهنية ويحتاج إلى من يعوّده عادات الرجال وطبائعهم وصفاتهم وأخلاقهم،والأب أقدر على ذلك، وإن بقاء الصغير بيد النساء بعد الاستغناء عنهن، قد يؤدي إلى أن يتعود عاداتهن ويتصف بصفاتهن وفي ذلك إضرار به ولذا فإن الأب ملزم بأخذ ولده.

ج) تخيير الذكر بعد بلوغه سن التمييز بين أبيه وبين أمه ولو كان أحدهما أفضل من الأخر دينا ومالا ويعتبر في تمييزه أن يكون عارفا أسباب اختيار أحد والديه فإن لم يكن يعرف أسباب الاختيار يؤجل حتى يعرف،فإن اختار أحد أبويه سلم إليه،[2] وهذا هو **قول الشافعية والحنبلية** واستدلوا لذلك بالسنة والإجماع.

أما السنة فيما روي أن امرأة قالت لرسول الله: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة فقال النبي صلى الله عليه وسلم: يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فاخذ بيد أمه فانطلقت به. ووجه الدلالة من الحديث، وأنه عند تنازع الأب والأم في حضانة ابنهما فانه يخير بينهما فمن اختاره ذهب إليه.

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

[1] المومني أحمد محمد، المرجع السابق،ص173
[2] ابن قدامه المقدسي، المرجع السابق، ص 414

وقال:مسحها وحجرها وريحها خير له منك دعه حتى يشبَّ فيختار لنفسه، وكان هذا بحضور الصحابة ولم يوجد بينهم من أنكر على أبي بكر فكان إجماعا. ومن ناحية أخرى إن الولد إذا استغنى عن خدمة النساء فلا بد له من حاضن يكمل تأديبه وتعليمه والأب والأم في ذلك سواء، فيكون القول للولد غير أن هذه الأدلة على علاتها، فالحديث الأول:ليس في موضع النزاع، لأنه يؤخذ من الحديث أن الولد كان بالغا بدلالة قول المرأة، إنه نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة والصغير لا يستطيع الاستسقاء من البئر، فالتخيير في الحديث فيما بعد البلوغ، أما القول بأن الأب والأم سواء والقول للولد، فهو قول يحتاج إلى إعادة نظر لأن اختيار الصبي يغلب عليه الهوى والسذاجة فهو يميل إلى من يلهو عنده أكثر ولذا فاختياره غير معتبر[1].

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

والمالكية: يقولون بأن الذكر يستمر في حضانة أمه حتى البلوغ والأنثى حتى تتزوج.

والحنابلة: يخير الصبي بعد سن السابعة وقد اشترط الشافعية للقول بالتخيير شروطا منها:

1-بلوغ الصبي سن التمييز.

2-أن يكون كلا من الزوجين صالحا للحضانة.

3-أن يكون ممن يعقل وألا اخذ التخيير لان العبرة بالتمييز.**ثانيا:إذا كان المحضون أنثى**

إذا كان الطفل المحضون أنثى وقد وصلت إلى سن التمييز والاستغناء خدمة النساء فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى الآراء التالية:

افترق **الشافعية والحنابلة** الذين قالوا بتخيير الذكر بعد سن التمييز ألى رأيين مستقلين بالنسبة للأنثى:

[1] سماره محمد ، المرجع السابق ،ص397
[2] أبي الحسين الشافعي اليمني، المرجع السابق ،ص287

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 ولأنثى ولذا فإذا بلغت الأنثى سن التمييز تخير بين أبويها فمن اختارته كانت معه.

الثاني:وقال الحنبلية أن الأنثى المحضونة إذا بلغت سن التمييز فالأب أو الولي العاصب أحق بها لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك من الأم لأنه أقدر على رعايتها وتأديبها[2]، لأن الأم نفسها بحاجة إلى من يحفظها ولأن الصغيرة إذا بلغت سبعا، فإنها تحتاج إلى عناية خاصة، حيث أنها تقترب من سن الزواج فالرسول صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهي بنت سبع وبنا بها وهي ابنة تسع، ثم إن البنت تُخطب من أبيها لأنه وليها،وهو الذي يملك تزويجها

لأنه أعلم بالكفاءة والمكان المناسب الذي يضع فيه ابنته ولا يصح قياسها على الذكر لأنه لا يحتاج إلى حفظ كما تحتاج الأنثى.[3]

الثالث:وقال المالكية [4] تستمر الحضانة على الأنثى حتى تتزوج ويدخل 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 وما يلزمهن في حياتهن،أما بعد البلوغ فهي تحتاج إلى الحماية والصيانة والحفظ لأنها عرضة للفتنة

[1] أبي الحسبن الشافعي اليمني،المرجع نفسه،ص288
[2] أحمد محمد المومني، المرجع السابق ،ص174
[3] ابن قدامه، المرجع السابق ، ص617
[4] الدردير، المرجع السابق ، ص562
[5] الرامفوي ناصر الإسلام ، المرجع السابق ،ص479

ومطمع للرجال والأب أولى وأقدر على ذلك لأن الرجال عندهم من الغيرة ما ليس عند النساء وهم أقدر على صيانة الأنثى فكانت مصلحة الصغيرة بعد البلوغ عند أبيها.

وأما إذا كانت الحاضنة غير الأم والجدة فلا تبقى الأنثى في حضانتها بعد أن تستغني عن خدمة النساء في سن التمييز، لأن تركها عند الأم أو الجدة كان لتعليمها أعمال النساء وتعويدها أخلاقهن، وإنما يتأتى ذلك بالاستخدام ولكل من الأم والجدة حق الاستخدام على الأنثى وليس لغيرهن من الحاضنات هذا الحق ولا يحصل تعليم البنت إلا بهذا الاستخدام ، فلهذا لا تبقى الأنثى في حضانة غير الأم والجدة ويضمها الأب أو الولي العصبة إليه.

الفرع الرابع: موقف القانون

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

وهذا ما نصت عليه المادة 65 من ق أ ج "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"

أي أن الذكر تنتهي حضانتها ببلوغها عشر سنوات وقد تمدد حضانته إلى 16سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد، والأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19سنة.[2]

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

وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين هما:

[1] طاهري حسين ، المرجع السابق ،154
[2] بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة ،ص257

إما تطبيق النص القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم وبالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه من جهة حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه.

وإما 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 المشرع الجزائري قد حدد سن انقضاء مدة الحضانة للذكر ببلوغه العشر سنوات ويفهم 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 وبالرجوع إلى نص المادة 7 ق أ ج المعدّلة فقد حدد المشرع سن الزواج للمرأة ب19سنة.

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

وحسب رأينا [1] فإن ما ذهب إليه المشرع في هذه المادة هو أقرب للصواب إذا ما أخذناه بعين الاعتبار اختلاف الزمان وتطور ظروف المعيشة وقسوة الحياة فمن غير المعقول أن تنقضي حضانة الطفل ببلوغه السبع سنوات ذكرا كان أو أنثى وخصوصا في حال هذه الأخيرة أين تكون بأمس الحاجة إلى مصاحبة النساء ومعاشرتهن.

فللمحكمة تمديد الحضانة لأم الطفل بحق الحضانة وعمره مثلا خمس سنوات ثم بلغ العاشرة من عمره وانتهت المدة القانونية لحضانتها له فإن من حقها أن تطلب من المحكمة بتمديد حضانته إلى أن يبلغ السادسة عشر ويتمكن من إيصاله إلى ساحل النجاة وإلى محطة الاعتماد على النفس مع مراقبة بسيطة من الأب أو الأم وأما في حالة عدم مطالبتها

[1] سعد عبد العزيز ، المرجع السابق ،ص 145

بتمديد الحضانة فإنها تسقط منها،أما الحاضنين غير الأم لا يجوز لهم طلب تمديد أجل انتهاء الحضانة كما لا يجوز للأم ولا لغيرها طلب تمديد أجل حضانة الأنثى مطلقا.

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

[1] معنصري مريم ، المرجع السابق ،ص 30

الخاتمة

وكختام لهذا البحث وبعد محاولة الإلمام بمباحثه الأساسية التي تبين معالمه ومجالاته ومظاهره وانسجامه مع أصول الشريعة الإسلامية وتحقيق مقاصدها، وكذا أهداف التشريع القانوني وغاياته، فقد خلصت إلى النتائج الآتية:

1-أن الحضانة موضوع حساس ودقيق ومعقد نظرا لأنها تتعلق بالطفل الذي هو نتاج أسرة منفصلة ومفككة.

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

3-إضافة إلى أن المشرع الجزائري في أغلب مواد الحضانة يحيل بطريقة غير مباشرة الباحث والقاضي على حد سواء إلى أحكام الشريعة استنادا إلى نص المادة222من ق أ ج.

4-كما أن أهم ما عالجه المشرع في الحضانة هو محاولة ترميم وتعديل العلاقة بين المحضون وأبويه، بإعطاء كل منهما الحق في حضانته إذا توفرت فيه الشروط اللازمة لذلك، ومحاولة 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 انه من خلال دراستنا لهذا الموضوع وجدنا بأن الحضانة حق لكل من الحاضن والمحضون، فإذا حصل وتعارض الحقّان غُلّبت مصلحة المحضون عن الحاضن.

7-وقد اشترط المشرع في الحاضن أن يكون مؤهلا للحضانة ولا بد لمعرفة متى يكون مؤهلا لذلك من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي حددتها بدقة منها القدرة والأمانة والعقل... 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 لمخالفتهما أحكام مادة قانونية (ما72ق أ ج) وتخلف شرط من شروط الحضانة وهو عدم اسكان المحضون في بيت المبغضين له.

10-كما أن احد أسباب سقوط هذا الحق السفر بالمحضون سفر نقلة إلى بلد أجنبي.

11- إن زواج الحضانة الأم بغير القريب المحرم بسبب من أسباب سقوط الحضانة محافظة على الصغير من أذى الزوج، وكذلك لاشتغال الأم عنه بأمور الزوج.

12- وإخلال الحاضن بالتزام من التزامات التي تقع عليه يعد مسقطا للحضانة.

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

14-وأن انتهاء الحضانة يكون ببلوغ سن معينة فحددتها الشريعة الإسلامية ببلوغ المحضون سن السابعة في رأي الجمهور إذا كان ذكرا والأنثى حتى الدخول.وبعد بلوغ هذه السن يخير المحضون بين البقاء عند حاضنته أو الانتقال إلى الحاضن الأخر، والمشرع الجزائري قد جعل سن انتهاء الحضانة 10سنوات بالنسبة للذكر والزواج بالنسبة للأنثى وقد تمدد حضانة الذكر إلى 16سنة.

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

المقترحات:

1-بالرغم من تطرق المشرع للحضانة ومسقطاتها إلا أنه تغاضى في بعض الأمور ولم

يحددها بصفة دقيقة ومفصلة، ومن ذلك أنه لم يتطرق للشروط الواجب توفرها في الحاضن في المادة 62 بل اكتف بذكر عبارة "أن يكون الحاضن أهلا لذلك" فكان علينا الرجوع والاعتماد على نص المادة222ق أ ج التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ

كان لابد من التفصيل فيها خلال هذا النص، دون اعطاء هذه المهمة كسلطة تقديرية للقاضي.

2-كما أن المشرع لم يبين سبب جعل سقوط الحق في الحضانة بالمساكنة عن الجدة والخالة دون غيرهما من الحواضن هذا ما يستدعي أعادة النظر في نص هذه المادة.

3-كما انه أغفل ذكر الالتزامات ملقاة على عاتق الحاضن والتي هي أساس الحضانة.

وبالرغم من الانتقادات الموجهة للمشرع إلا انه قد وُفق إلى حد ما في تحديد مسقطات الحضانة من خلال مواد قانون الأسرة المعدّلة الممتدة من المادة62إلى المادة71ق أ ج.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

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،المجلد11.

4- الخطيب،سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي،**حاشية البجيرمي على الخطيب**،دار الفكر.بدون طبعة، بدو سنة.

5-الدردير،سيدي أحمد الدردير أبو البركات المالكي،**الشرح الكبير**،دار الفكر،بيروت،بدون طبعة،بدون سنة.

6-الدسوقي، محمد بن أحمدبن عرفة الدسوقي،**حاشية الدسوقي**، ،دار إحياء الكتب العربية،القاهرة،مصر.بدو 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 وأدلته**،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،1992بدون 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، مصر،الطبعة الأولى،بدو 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،ج 24.

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 الاولى ،1994

3)الكتب القانونية:

1- إمام محمد كمال الدين ،**مسائل الأحوال الشخصية(الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء)**،منشورات الحلبي الحقوقية،بدونطبعة،2003،مصر.

2- البامري إسماعيل أبا بكر علي ،أحكام **الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية (دراسة مقارنة)** ،الأردن،الطبعة الأولى،2009.

3- بلحاج العربي ،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**،(الزواج والطلاق)،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،طبعة2002.

4- أبو بكر إدريس حمد،**الحضانة في الشريعة الاسلامية**،بدون دار نشر، بدون طبعة، بدون سنة.

5- التكروري عثمان ،**شرح قانون الأسرة الجزائري**،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، الطبعة الأولى،2007.

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

7-سماره محمد ، **أحكام وآثار 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 والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء،دراسة لقوانين أحوال الشخصية في مصر ولبنان**،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 وفقها وتطبيقا،** دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،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 والقضاء**،دار الفكر الجامعي، مصر،بدون طبعة، 1997.

15-العمروسي أنور ،**شرح قانون الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الطبعة الثانية،بدون سنة.

16-المومني أحمد محمد ، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**،دار المسيرة للنشر والتوزيع والتعويض،الأردن، الطبعة الأولى،2009.

4)المذكرات:

1- حميدو زكية ،**مصلحة المحضون في القوانين المغاربية**،كلية الحقوق،جامعة أبو بكر **بلقايد**،رسالة دكتوراه،تلمسان،2004/ 2005.

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 ماجيستار، تلمسان ،2009/2008.

4-نشوان كارم محمود، **حضانة الأطفال في قطاع غزة(دراسة تحليلية تطبيقية)،**

5- طعيبة عيسى، **سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد 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 واللغة وآدابها، ج 15، كلية التربية لإعداد المعلمات،العدد27،جمادي الثانية 1424.

6)القوانين:

1-القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04-05-2005، المتضمن الموافقة على الأمر02-05،المؤرخ في 27-04-2005 المعدل والمتمم للقانون رقم11-84المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري،الجريدة الرسمية رقم 43

2- القانون11-84المؤرخ في 09-06-1984المتضمن قانون الأسرة الجزائري**.**

7)المجلات القضائية:

1- المجلة القانونية،غ.أ.ش،عدد20،قرار في 1981/12/04،ملف رقم 388225.

2- المجلة القضائية،غ.أ.ش،عدد01،قرار في 1984/07/09،ملف رقم

3-. المجلة القضائية،غ.أ.ش،عدد03،قرار في 1990/02/05،ملف رقم 56220.

4- المجلة القضائية،غ.أ.ش،قرار بتاريخ 1990/02/05،ملف رقم58812.

5-32829نشرة القضاء،غ.أ.ش،عدد05،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

المقدمة.....ص أ-ز

الفصل الأول:السقوط الإجباري للحضانة.....ص1

المبحث الأول:تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن والإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة.....ص2

المطلب الأول:تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن.....ص2

الفرع الأول:الشروط العامة المطلوبة في الحاضن.....ص3

الفرع الثاني:الشروط الخاصة بالنساء.....ص6

الفرع الثالث:الشروط الخاصة بالرجال.....ص7

الفرع الرابع:موقف المشرع الجزائري.....ص9

المطلب الثاني:الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحاضن.....ص10

الفرع الأول:أهم الالتزامات المتعلقة بالحضانة.....ص11

الفرع الثاني:موقف القانون.....ص 13

المبحث الثاني:سقوط الحضانة بالزواج والسكن بالمحضون عند أمه.....ص 15

المطلب الأول:زواج الأم بغير قريب محرم.....ص15

الفرع الأول:تفصيل الفقهاء في المسألة.....ص15

الفرع الثاني:عودة حق الحضانة بعد سقوطه بسبب الزواج.....ص20

الفرع الثالث:موقف القانون.....ص21

المطلب الثاني:السكن بالمحضون عند أمه المتزوجة.....ص24

الفرع الأول:مسكن الحضانة.....ص24

الفرع الثاني:سقوط الحضانة بسكن الحاضنة مع أم المحضون في الفقه.....ص26

الفرع الثالث:موقف القانون من سكن الحاضنة بالمحضون عند أمه.....ص27

الفصل الثاني:السقوط الاختياري للحضانة.....ص32

المبحث الأول:عدم المطالبة بالحضانة والاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي.....ص33

المطلب الأول:عدم المطالبة بالحضانة.....ص33

الفرع الأول:موقف الفقه من سكوت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها.....ص33

الفرع الثاني:عودة الحق في الحضانة بعد مرور مدة السنة.....ص36

الفرع الثالث:موقف القانون من عدم المطالبة بحق الحضانة.....ص37

المطلب الثاني:الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي.....ص41

الفرع الأول:تفصيل الفقهاء في نقل المحضون والسفر به.....ص41

1-إذا كانت الحاضنة هي الأم.....ص41

2-إذا كانت الحاضنة غير الأم.....ص45

الفرع الثاني:مسافة السفر والانتقال التي تسقط الحضانة.....ص46

الفرع الثالث:موقف القانون.....ص49

المبحث الثاني:التنازل عن الحضانة وانتهائها.....ص50

المطلب الأول:التنازل عن الحضانة.....ص50

الفرع الأول:طبيعة الحق في الحضانة.....ص50

الفرع الثاني:رأي الفقهاء في التنازل عن الحضانة.....ص54

الفرع الثالث:موقف القانون من التنازل عن الحضانة.....ص56

المطلب الثاني:انتهاء الحضانة.....ص58

الفرع الأول:المقصود بمدة الحضانة.....ص58

الفرع الثاني:تفريق الفقهاء بين حضانة الذكر والأنثى.....ص59

الفرع الثالث:تخيير المحضون بعد انتهاء الحضانة.....ص61

أولا:إذا كان المحضون ذكرا.....ص62

ثانيا:إذا كان المحضون أنثى.....ص64

الفرع الرابع: موقف القانون.....ص66

الخاتمة.....ص69

قائمة المصادر والمراجع.....ص71

فهرس المحتويات.....ص76