نظـــام المحضـــون بيـــن القـــانـــون والشـــرع

المقدمـــــــة:

إن الله سبحانه وتعالى أمر ببر الوالدين، وجعل برهما مقرونا بعبادته سبحانه وتعالى فقال: «وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا»[1].

وأمر عز وجل بشكر الوالدين وقرن شكرهما بشكره سبحانه وتعالى فقال: «أَنْ أَشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ وَإِلَيَ اَلْمَصِيْرْ»[2]. وبرالوالدين من الأعمال التي يحبها الله ورسوله فقد قال صلى الله عليه وسلم، ردا على سؤال من سأله عن أي العمل أحب إلى الله: "الصلاة لوقتها وبر الوالدين، ثم الجهاد في سبيل الله". والله سبحانه وتعالى لم يأمر الآباء بالبر بالأبناء بنصوص صريحة ، وإنما أمر الأبناء بالبر بالآباء، لأن برهما غريزة فطرية ومن هذه الفطرة نظم فقهاء الإسلام مادة الحضانة، لأن الحضانة بالإضافة إلى اعتبارها أثرا من آثار الطلاق فإنها كذلك تعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة وتستند مهمة القيام بها عادة إلى النساء، وهي أيضا عامل مادي يتصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين هما كون الحضانة حقا وكونها واجبا فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى واجب على الحاضن، ولهذا فإذا وقع الطلاق فمن سيتكفل ويتولى شؤون الأطفال من هنا فإنه سينتج عن الطلاق مباشرة حق للزوجة الأم في طلب الحكم بحضانة ولدها الصغير وينشأ مقابل ذلك واجب على الأم يتعلق بحضانتها لذلك الولد كمبدأ عام، ولكي نفهم الحضانة من واجبها الحق ومن جانبها الواجب ومن جوانبها الأخرى ارتأينا أن نقسم موضوع حديثنا إلى فصلين: الفصل الأول: ماهية الحضانة والفصل الثاني أحكام الحضانة مع بيان آراء كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون.

---

[1] سورة الإسراء آية 23
[2] سورة لقمان آية 14

الفصل الأول: ماهية الحضانة

من أهم الآثار القانونية لانحلال الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه.

والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، بحيث يكفل للطفل التربية الصحيحة والخلقية السليمة[1]. ومن هنا، فقد أولاها كل من الفقه الإسلامي والقانوني عناية فائقة ورغم اختلاف طريقة صياغة التعاريف بين أحكام الشرع والقانون إلا أنها تصب في قالب واحد يتعلق بحماية الطفل، ولإعطاء تعريف شامل للحضانة لا بد أن نعرج على الجانب اللغوي لها مقسمين هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الحضانة (لغة- فقها- قانونا).

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة وشروطهم.

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر الجزء الأول- الطبعة الرابعة- 2005، ص:37

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

لقد اختلفت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون في تعريف الحضانة فكل منهم عرفها حسب رأيه الشخصي مستندا في ذلك على ما اعتمد عليه كدليل على مشروعيتها، وسنتطرق في هذا المبحث للتعريف اللغوي والفقهي وكذا القانوني، مع بيان حكمها وأدلة مشروعيتها.

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة وفقها:

رغم اختلاف آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في بيان طبيعة الحضانة إن كان حقا أم واجبا إلا أنهم اتفقوا على تعريف يضمن حماية الطفل وسلامته وسنعرض في هذا المطلب تعريفها اللغوي إلى جانب تعريفها الفقهي.

أولا: الحضانة لغة:

الحضانة بكسر الحاء فتحها في اللغة: مصدر لفعل "حَضَنَ".

يقال: فلان حضن الصبي، يحضنه، بفتح الحاء، وحضانة فهو حاضن والصبي محضون إذا جعله في حضنه بكسر الحاء، والحضن هو صدر الإنسان، أو عضداه وما بينهما أو دون الإبط إلى الكشح، وتقول : حضنت الطفل إذا جعلته في هذا الموقع ويقال حضنت المرأة ولدها إذا ضمته إلى نفسها[1].

ثانيا: تعريف الحضانة فقها:

لقد أورد الفقهاء تعريفات عدة للحضانة تدور كلها حول مفهوم واحد هو القيام على تربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ممن له حق تربيته شرعا[2].

فقد عرفها الفقه الحنبلي أنها: " حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل ، وكبير مجنون وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسل ثيابه في سن معينة"[3].

أما المالكية فعرفوها على أنها: "حفظ الولد في بيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه في لباسه وطعامه وتنظيف جسمه وموضعه".

فالحضانة عند فقهاء الإسلام هي تعهد لمن لا يستطيع أن يتعهد نفسه والقيام بشؤونه[4].

---

[1] إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الإصدار الأول - الطبعة الأولى- 1999، ص:333

[2] عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن-الطبعة الأولى- 2004، ص:265.

[3] -رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الله الهادي سالم، أحكام الأسرة، منشورات حلبي الحقوقية2006، ص:179.

[4] أحمد نصر الجندي، الحضانة بين الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، 1997، ص:9

المطلب الثاني: تعريف الحضانة قانونا:

شرعت الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون ومن ثم فإن المشرع قد رأى أنها حق للصغير والحاضن معا، ومنه فقد عرفت المادة 62 قانون الأسرة الجزائري، الحضانة بأنها: «هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ».

وعرفتها المادة97 من المدونة المغربية الأحوال الشخصية بأنها:«حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع ، والقيام بتربيته و مصالحه.»

كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنها:«حفظ الولد في مبيته و القيام بتربيته».[1]

فالحضانة من الولاية على النفس، تثبت للحاضن ، صيانة للصغير وتربيته ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته في المرحلة الأولى من عمره وقد جعل المشرع الجزائري حضانة الصغير في مرحلة الطفولة من شؤون النساء(المادة64) لأنهن أرفق به وأهدى إلى تربيته وحسن رعايته، حتى إذا بلغ سنا يستغني فيه عن الاستعانة بهن جعل حق الإشراف عليه للرجال لأنهم بعد اجتيازه تلك المرحلة أقدر على حمايته وصيانته وإقامة مصالحه من النساء.

فالحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده، ممن له حق الحضانة في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء. وأساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته[2].

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص:379.
[2] بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص:380

المطلب الثالث: حكم الحضانة

إن دليل مشروعية الحضانة وارد في الكتاب والسنة والإجماع وسنتطرق إلى كل منهما كما يلي:

أولا: من الكتاب:

إذا قمنا بقراءة نصوص القرآن الكريم فلا نجد نصا صريحا ينص على الحضانة بشكل صريح بل إن ورودها جاء ضمنيا فالمتمعن في قوله تعالى:"الوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَ الرَضَاعَةَ ، وَعَلَى المَوْلُوْدِ لَهُ رِزْقَهُنَ وَكِسْوَتُهُنَ بِالمَعْرُوفِ"[1].

من خلال هذه الآية فإن الله سبحانه وتعالى قد أوجب على الأم رضاعة المولود والسهر على تربيته ورعايته مع وجوب حقها مع طفلها في الكسوة بالمعروف من قبل الأب.

ثانيا: من السنة:

مارواه عبد الله بن عمرو بن العاص، أن امرأة قالت: يارسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن آباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني فقال : رسول اله صلى الله عليه وسلم: «أَنْتِ أَحَقُ بِهِ مَالَمْ تُنْكَحِي» وبما ورد من حديث البراء بن عازب: أن ابنة حمزة ابن عبد المطلب اختصم فيها علي وجعفر وزيد فقال علي: أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها رسول الله لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم[2] .

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اَلأُمُ أَحَقُ بحَضَانَة اِبْنِهَا مَا لَمْ تَتَزَوَجْ"[3].

---

[1] سورة البقرة، الآية233.
[2] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، عمان الأردن، الإصدار الأول - الطبعة الأولى-2001، ص:384.
[3] علي أبو البصل، دراسات في فقه الأسرة، دار القلم للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى-2004، ص:197

ثالثا: من الإجماع:

لقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم على مشروعية الحضانة فيروى أن عمر ابن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصب فرآه في الطريق وآخذه فذهبت جدته أم أمه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاها إياه وقال لعمر الفاروق:«ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك»[1].

ومن المنطقي أن الأم أقرب الناس إلى مولودها وأحن وأرفق عليه من غيرها كما أنه في حاجة إليها أكثر من غيرها في صغر سنه.

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص:405

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة وشروطهم:

إن العجز الذي يصيب الطفل خلال المراحل الأولى من حياته يبرز الأهمية القصوى للحضانة ، لذا كان لزاما البحث عمن يقوم بشؤونه ويساعده على تخطي هذا العجز.

ومن هنا فقد حاول كل من فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون اختيار من هو أجدر بتولي هذا الطفل مع بيان الشروط الواجب توافرها فيه.

لذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب كالآتي:

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة حسب المذاهب الأربعة.

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: شروط أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة حسب المذاهب الأربعة:

الحضانة ولاية من جعل الشارع، واختصاص الأم بها من جعل الشارع أيضا.

قال رسول الله عيه الصلاة والسلام: "أَنْتِ أَحَقّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَجِيْ".

وحق النساء من بعدها في فقه الشريعة الذي جعل المرحلة الأولى من حياة الصغير إلى الأمهات ومن يقوم مقامهن في ذلك، ولهذا لا يستطيع الأب أن يختار من يحضن صغيره أو صغيرته، وإنما جعل الحضانة منوطة بمصلحة الصغير، في الحدود التي رسمها الفقه الإسلامي، ومن هنا حاول فقهاء المذاهب الأربعة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة كل حسب رأيه[1] .

فالأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق أو وفاة بالإجماع، لتوفر شفقتها إذا كانت صالحة للحضانة وتوفرت فيها شروطها، والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ فَرَقَ بَيْنَ وَالِدَةٌ وَوَلَدَهَا فَرَقَ الله بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَتِهِ يَوْمَ اَلْقِيَامَة». والأدلة في هذا كثيرة، وعلى ضوء ما ذكر فإن ترتيب الحاضنين في المذاهب الأربعة جاء كالآتي[2]:

أولا: ترتيب الحضانات عند الحنفية:

قدم الحنفية في الحضانة النساء على الرجال والعصبة على ذوي الأرحام فكان الترتيب على الوجه التالي:

- النساء المحارم.
- الرجال المحارم.
- الرجال المحارم من ذوي الأرحام.
- من يعينه القاضي[3].

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

---

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص:11

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبدالله الهادي سالم، ص 180-184.

[3] محمد سمارة ، المرجع السابق، ص:385.

وأول النساء استحقاقا للحضانة هي الأم لما ورد في السنة والإجماع

- أم الأم وإن علت لأنها تدلي بقرابتها من جهة الأم.
- أم الأب وإن علت لأنها أم.
- أخوات المحضون.
- بنات الأخوات الشقيقات ثم الأم.
- الخالات ثم بنات الأخوات لأب وبعدها بنات الإخوة.
- العمات ثم خالة الأم، ثم خالة الأب.
- عمة الأم وبعدها عمة الأب.

ب- المحارم من العصبات: عند انعدام المحارم من النساء ، تنتقل الحضانة إلى العصبة كترتيب الميراث والولاية في النكاح، فأولى العصبات ، الأب ثم الجد وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب وإن نزل، ثم العم الشقيق، ثم العم للأب، ثم ابن العم إن كان المحضون غلاما، فإن كانت أنثى فلا يكون له حق الحضانة، وإن تساوى الحاضنون من نفس الدرجة يقدم من هو أنفع للمحضون، فإن لم يكن للصغيرة غير ابن العم لها، اختار القاضي لها أفضل موضع لأن للقاضي الولاية عليها، فإن رأى ابن عمها أصلح لها ضمها إليه، وإلا فيضعها عند امرأة أمينة.

ج- ترتيب الحاضنين في ذوي الأرحام: عند انعدام النساء والرجال العصبة، تنتقل الحضانة لذوي الأرحام على الترتيب التالي: الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب، ثم الخال لأم.

د- الحضانة بولاية القاضي: إذا انعدم وجود أصحاب الحضانة من الدرجات السابقة فإن أمر الحضانة يرجع إلى القاضي، لأنه ولي من لا ولي له، فينظر القاضي بمصلحة الصغير، ويضعه حيث يرى ذلك، حتى وإن كان أحد أقاربه الذين لا حضانة لهم[1] .

[1] محمد سمارة، المرجع السابق/ ص:386.

ثانيا: ترتيب الحضانة عند المالكية:

قال المالكية: أحق الناس بالحضانة الأم ثم أم الأم، ثم أخت الأم أي الخالة، ثم الخالة لأم، ثم عمة الأم ثم الجدة لأب وإن علت، ثم الأب، ثم الأخت ثم عمة المحضون، ثم عمة أبيه، ثم الوصي، ثم الجد لأب ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم ثم القاضي.

والملاحظ على هذا التقسيم أن المالكية أخروا الأب، وأم الأب بعد الخالة وعمة لأم وقد اعترض ابن القيم على هذا التقسيم وناقشه قائلا: «إن تقديم مالك الخالة والخالة لأم على الأب وأمه، تقديم في غاية البعد، فكيف تقدم قرابة الأم وإن بعدت على الأب نفسه وعلى قرابته، مع أن الأب وأقاربه أشفق على الطفل وأرعى لمصلحته من قرابة الأم لان نسبه وولاؤه إلى أقارب أبيه ، و هم أولى به يعقلون عنه، و إذا قيل بتقديم الخالة على الأب نفسه و أم الأب فهذا مما تأباه الشريعة وقواعدها».

ثالثا: الترتيب في الحضانة عند الشافعية: إن أقرب التقسيمات في الحضانة للنظر الشرعي هي ترتيب الشافعية ثم الحنبلية فالحضانة للنساء ثم للوارثين من الرجال ثم إذا اجتمع رجال ونساء فلهم ترتيب آخر وليس لذوي الأرحام محل في الحضانة عند الشافعية[1].

ترتيب الحضانات من النساء: أولى الناس بالحضانة الأم لما ورد في ذلك من الأحاديث ثم البنت(إذا كان الأب معتوها أو مجنونا، ثم الجدة لأم وإن علت، لأنها تشارك الأم في الولادة والإرث).

ثم الجدة لأب وإن علت، ثم الأخوات على الترتيب: الشقيقات ثم الأخوات لأب ، ثم الأخوات لأم لان الأخت لأب أقوى من الأخت لأم في الميراث، والتعصيب مع البنات، كما أن الأخت لأب تقوم مقام الأخت الشقيقة في الميراث، وكذلك تقوم مقامها في الحضانة ثم الخالات، ويقدمن على العمات لتساويهن في الدرجة وعدم الميراث، لكنهن يدلين للمحضون من جهة الأم، ثم بنات الأخوات:

الشقيقات، ثم لأب،ثم لام ،ثم بنات الإخوة ،و قدمت بنات الأخوات على بنات الإخوة لان قرابتهن جاءت من جهة الأم ، ثم العمات.

[1] محمد سمارة ، المرجع السابق، ص:387

فإذا انعدمت الحاضنات من النساء، انتقلت الحضانة للوارثين من الرجال على ترتيب ولاية النكاح الأبوة ثم الإخوة، ثم العمومة، أما إذا اجتمع الحاضنون رجال ونساء فيكون ترتيبهم كما يلي:

الأم، ثم أم الأم، ثم الأب لأنه أشفق على ولده من كل من يأتي بعده، ثم أم الأب، ثم الجد لأب، ثم الأخوات، ثم الإخوة، ثم الخالات ثم بنات الأخوات ثم أبناء الأخوات، ثم بنات الأخوة ثم أبناء الإخوة ثم العمات ثم الأعمام، وإذا تساوى الحاضنون من درجة واحدة أقرع بينهم، ثم تنتقل الولاية إلى القاضي ولا حضانة لذوي الأرحام.

ترتيب الحاضنين عند الحنبلية:

أثبت الحنبلية الحضانة للنساء وللعصبة من الرجال وكذلك من ذوي الأرحام على الترتيب التالي: الأم، ثم أم الأم، ثم الأب، ثم أم الأب وإن علت، ثم الجد لأب وإن علا، ثم جدة الأب، ثم الأخوات ثم الإخوة وترتيب الأخوة ، الأشقاء أولا، ثم لأب ثانيا ثم لأم ثالثا، ثم الخالات بتقديم الشقيقات ثم لأم، ثم لأب ثم خالات الأب ثم العمات، الشقيقات، ثم لأم ثم لأب ثم الأعمام يقدم الأشقاء ثم لأب، ثم أولاد الأخوات وأولاد الإخوة، بترتيب أمهاتهم وآبائهم، ثم بنات الأعمام، وبنات العمات، وبنات أعمام الأب وبنات عمات الأب، يقدم في الجميع الشقيقات، ثم لأم ثم لأب، أما أبناء العم والعصبات فلهم حق الحضانة في الذكر[1]، أما الأنثى فلا حضانة لابن عمها عليها، فإن لم يكن لها حاضن و لا حتى من ذوي الأرحام فالقاضي بولايته يتصرف بحضانتها.

فإذا انعدمت حضانة النساء والرجال ممن ذكر انتقلت الحضانة لذوي الأرحام على الترتيب التالي: الجد لأم، ثم أم الجد لأم ثم الأخ لأم ثم الخال، ثم تنتقل الحضانة بالولاية إلى القاضي ليضعها حيث يرى مصلحة المحضون[2].

[1] محمد سمارة، المرجع السابق، ص:388.
[2] محمد سمارة، المرجع السابق، ص:389.

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

لم يختلف المشرع الجزائري عن فقهاء الإسلام في أن الأم أولى بحضانة ولدها وحسب ما جاء في المادة 64 قانون الأسرة الجزائري على أنه:«الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم إسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

يتبين من هذه المادة أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلا، لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به. كما يتضح لنا أن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة لأم رتب المستحقين لها مبدئيا بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب[1].

يلاحظ بأن التعديل الوارد في نص المادة 64 قانون الأسرة والمؤرخ في 4ماي 2005 أوجب ترتيبا جديدا ولمستحقي الحضانة بأن جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة وبعدها تأتي الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، وتجدر الإشارة بأن هذا الترتيب ليس ملزما للقاضي ، وهذا ما نستشفه من خلال عبارة: «مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك» حيث يمكن للقاضي أن يعين الحاضن دون مراعاة ذلك الترتيب وهذا مراعاة لمصلحة المحضون، ذلك أن تلك المصلحة هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضن وانطلاقا من المادة 64 قانون الأسرة الجزائري فإن حق الحضانة يكون على الشكل التالي:

الأم، ثم الأب، ثم أم الأم مهما علت، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون[2] .

فيكون المشرع بذلك قد ساوى بين جهة الأمومة وجهة الأبوة وهذا عكس ما كان واردا قبل التعديل.

كما يلاحظ أن المشرع قد أشار إلى نقطة مهمة حيث أنه عند حكم القاضي بالحضانة فإنه يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر مع تحديد أيام الزيارة وساعاتها، وكذا مكان ممارستها.

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص:380، 381

[2] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص:382

المطلب الثالث: شروط أصحاب الحق في الحضانة:

استقر الفقه والقضاء على أن الحضانة يتعلق بها حقوق ثلاثة، حق المحضون وحق الحاضنة وحق الأب أو من يقوم مقامه. وإذا اجتمعت هذه الحقوق الثلاثة وأمكن التوفيق بينها تثبت كلها، وإن تعارضت كان حق المحضون مقدما على حق غيره لأن مدار الحضانة على أن نفع المحضون وحفظه ولهذا يتعين توافر شروط معينة في من يحضن الصغير. ومن هذه الشروط ما يجب توافره في الحاضن مطلقا سواءا من النساء أو من الرجال، ومنها ما يجب توافره في الحاضنات من النساء ومنها ما يجب توافره إذا كان الحاضن رجلا من النحو التالي:

أولا: الشروط الواجب توافرها في كل من يحضن الصغير:

1)- البلوغ: فيتعين أن يكون الحاضن أو الحاضنة قد وصل إلى سن البلوغ

2)- العقل: فلا حضانة لمجنون أو معتوه إذ لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه وتكون له ولاية على غيره [1].

3)- القدرة على الحضانة: أي القدرة على القيام بشؤون الصغير فإن كانت عاجزة عن ذلك لمرضها أو لتقدمها في السن أو لانشغالها بغيره، فلا تكون أهلا للحضانة لأن هذا الحق إنما هو برعاية وتربية الطفل.

4)- الأمانة: أن يكون أمينا عليه أي صيانة الصغير على نفسه وأدبه وخلقه، فلا يصلح الفاسد أو المستهتر [2].

5)- أمن المكان: فلا حضانة لمن في بيته مأوى للفساق أو بجواره بحيث يخاف على البنت منهم من الفساد أو سرقة مال المحضون، أو غصبه.

6)- الرشد: فلا حضانة لسفيه مبذر.

7)- السلامة من الأمراض المعدية والخطيرة كالجدام والإيدز وغيرها [3].

---

[1] عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (فقها وقانونا) مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، 1998، ص:136

[2] محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر-1999 ص:33

[3] على أبو البصل، المرجع السابق، ص:196

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الحضانات من النساء:

1) أن تكون الحاضنة قريبة للمحضون ذكرا كان أو أنثى ، ذات رحم منه بما لا يحل لأحدهما التزوج بالآخر.
2) أن لا تسكن به مع أجنبي عن الصغير ولو لم تكن زوجة له.
3) أن لا تكون مرتدة عن دين الإسلام للخشية منها على الصغير بأن تغير دينه فهي غير مأمونة عليه.
4) أن لا تنتقل بالصغير من مكان الحضانة من غير إذن الأب لأن في ذلك إبطال لحق الأخير في رؤية ولده، والإشراف عليه باعتباره ولي النفس[1].
5) أن لا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم للصغير ، بأن تكون خالية من الأزواج، او تكون متزوجة بذي رحم محرم للصغير، فان كانت الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم له كابن عمه، أو بمحرم غير قريب كعمه من الرضاعة، فليس لها حق حضانة الطفل ، لأن الزوج الذي ليس ذا رحم محرم للصغير لا يعطف عليه في الأعم الأغلب، ولا يمكن زوجته من القيام بشؤون الصغير وأما إذا كان زوجها ذا رحم محرم من الصغير ، كعمه بأن طلقت أمه من أبيه، فتزوجها عمه فلا يسقط حق الحضانة ، وكما إذا كانت الخالة هي الحاضنة وزوجها عم للصغير ، أو كانت الحاضنة عمته، وزوجها خاله، ففي كل هذه الحالات لا يسقط حق الحاضنة في الحضانة، لأن القريب المحرم يعطف على الصغير، ولا يمنع زوجته الحاضنة من العناية والقيام بشؤون المحضون .
6) أن لا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغضونه ويكرهونه لما في ذلك من تعريضه للخطر، ولو كان من يبغضه قريبا للصغير ، وربما كان الضرر الذي يلحق الصغير في بيت واحد مع قريبه الذي يكرهه أشد من الضرر الذي يصيبه من إقامته مع الأجنبي عنه لا سيما إذا كان ثمة نزاع في مسائل مالية كالميراث، فإن هذا القريب يتمنى موته حتى يستأثر بكل الميراث، أو النصيب الأوفر منه.وإذا كانت

[1] عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، المرجع السابق، ص:136

الحاضنة تستقل بطعامها و معيشتها ولا سبيل لهذا الشخص عليها جاز لها السكن في هذه الحالة[1] .

ثالثا: الشروط الواجب توفرها في الحاضن من الرجال:

بالإضافة إلى الشروط العامة لاستحقاق الحضانة يتعين أن يتوفر في الحاضنين من الرجال الشرطين التاليين:

1- أن يكون ذي رحم محرم من المحضون إذا كان أنثى، إذ لا يجوز له التزوج منها، وهذا دفعا من الفتنة.

2- أن يكون على دين الصغير[2].

هذه الشروط متفق عليها لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، وبهذا أخذ المشرع الجزائري حيث اشترط في الحاضن أهلية الحضانة سواء في النساء أو الرجال.وهو ما أشار إليه في المادة 2/62 من قانون الأسرة ، بقوله: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

ومن هنا، يشترط في الحاضنة من النساء على حسب الترتيب الذي ذكرناه، أن تتوافر فيها صفات معينة، حتى تكون في حضانتها منفعة للصغير، فيشترط أن تتحقق فيها الأوصاف التالية:

1-العقل: وذلك لأن الحضانة ولاية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى شؤون غيره (المادة 81 من قانون الأسرة). فلا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما.

2-البلوغ: لأن الصغيرة لا تستطيع أن تقوم برعاية نفسها فلا تصلح لرعاية غيرها فلا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه.

3- القدرة : وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته. أي بمعنى أن تكون الحاضنة صحيحة الجسم ، قادرة على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أوعاهة أو شيخوخة أو انشغال بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير،لم

[1] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص: 337-338.
[2] عبد الفتاح إبراهيم بهنسي ، المرجع نفسه، ص:137.

تكن أهلا للحضانة. كما لو كانت مريضة مرضا معديا كان في وجود الطفل معها خطر على حياته[1].

4- الأمانة والاستقامة: فلا حضانة للمرأة الفاسدة التي لا تقيم للأخلاق الفاضلة وزنا، ولا للمرأة المهملة، لأن الطفل تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه، فينشأ على أخلاقها السيئة.

5- أن تكون قريبة للطفل: أي ذات رحم محرم منه، فلا حضانة لغير القريبة، وبالتالي يشترط في المرأة ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، وألا تسكن في بيت من يكرهه، وهذا ضمانا لحسن رعايته وكمال العناية به.

أما بالنسبة للرجل فيشترط لاستحقاقه الحضانة، أن يكون عصبة للصغير، على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما، فلا حضانة لابن العم مثلا بالنسبة للأنثى، وله ذلك بالنسبة للصبي[2].

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص:383
[2] بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص:384

الفصل الثاني:أحكام الحضانة

تنشـأ عـن الحضـانة عـدة آثـار مرتبطـة بهـذا الحـق، تنشـأ بنشـأته منهـا مـا يتعلـق بحـق المحضون، والبعض الآخر يتعلق بحق الحاضن[1].

هذا ضمانا لمصلحة الطفل ويجدر بنا التطرق لأحكام هذا الحق من حيث بدايته إلى نهايته والتعريج على انقضائه لذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الحقوق المتعلقة بالحضانة

المبحث الثاني: انقضاء الحضانة

[1] ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص:37

المبحث الأول: الحقوق المتعلقة بالحضانة

رغم أن الحضانة حق ذو ثلاثة أطراف هم: المحضون والحاضنة والأب، ولكل طرف من هؤلاء الأطراف حق يتصل بحق الحضانة، إلا أن التركيز جاء على حق المحضون أكثر منه على حق الحاضنة والأب، وذلك أن حق الحضانة ما شرع إلا من أجل الحفاظ على المحضون ورعايته وصيانته، وضمان مصلحته.

وسنقوم بدراسة الحقوق المتعلقة بالحضانة في هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: نفقة المحضون وسكنه

المطلب الثاني: أجرة الحضانة

المطلب الثالث: حق زيارة المحضون

المطلب الأول: نفقة المحضون وسكنه

أولا: النفقة:

والنفقة في اللغة: هي الإخراج والذهاب، يقال: نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع أو الهلاك كما يقال: نفقت السلعة، إذا راجت بالبيع، وبابه دخل، فمصدر النفوق كالدخول، والنفقة اسم المصدر وجمعها نفقات.

أما في الإصلاح فعرفها الفقهاء على أنها: إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقتها من خبز، وكسوة، ومسكن، وما يتبع ذلك....[1]

لقد قرر فقهاء الشريعة الإسلامية أن ولاية الإنفاق على الصغير تعتمد على اليد الممسكة له شرعا، والحاضنة لها يد على المحضون وهذه اليد قائمة بحكم الشرع، لذلك قرر الفقهاء للحاضنة الحق في أن تخاصم والد المحضون في نفقته وتطالب بأداء النفقة لها مادام المحضون بيدها وللحاضنة أيضا أن تخاصم كل من تجب عليه نفقة الصغير غير والده وتطالبه بالنفقة ولازم ذلك أن تتولى الحاضنة إنفاق ما يقرر بالمحضون من نفقة عليه، وعلى شؤونه الخاصة به حتى تعود عليه بالنفقة فإذا ثبت أن الحاضنة لا تنفق على الصغير النفقة التي أداها والده فإنها تكون غير أمينة يمكن إسقاط حضانتها[2].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة72 قانون الأسرة قبل التعديل على أن«نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيء له مسكنا وإذا تعذر فعليه أجرته». يتبين من نص هذه المادة أن نفقة الحضانة(من ملبس ومأكل وعلاج ومسكن وفقا لما ورد في المادة78قانون أسرة)، تجب في مال المحضون إذا كان له مال، وإلا في مال أبيه، أو المكلف بنفقته عند عدم الأب أو إعساره فإن لم يكن للمحضون مال، أمر القاضي والده بالنفقة عليه، بأن يصرفها إلى الحاضنة بشكل مبالغ مالية يقدمها إليها. وفي هذه الحالة تكون نفقته ومسكنه واجبة قانونا على أبيه، فإن لم يستطع أن يوفر له مسكن فإنه يتحمل مسؤولية دفع أجرة السكن من المبلغ المقرر للنفقة[3].

---

[1] السيد عمر عبد الله، محمد حامد قمحاوي. أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين- دار المطبوعات الجامعية.2003 ص:293

[2] أحمد نصر الجندي. المرجع السابق- ص73

[3] بلحاج العربي: المرجع السابق، ص:387

غير أن النص الجديد المتمثل في المادة72 قانون أسرة المعدلة والمتممة بالأمر05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005 قالت: «في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن». ولعل المشرع لم ينص على النفقة كونه لا ينفصل عن حق السكن وبالتالي أصبح حقا ثابتا للمحضون يلزم الأب به.

ثانيا: السكن

المنصوص عليه شرعا أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب توفير سكن لها. ومنه يتبين أن السكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة وما دامت الحاجة قائمة فالوجوب مستمر.[1] وبالتالي فعلى الذي تجب عليه نفقة الصغير إعداد المسكن أو إعطائها بدل الإيجار[2].

وقال المالكية: أنه ليس للأم أن تنفق على نفسها والمسكن، فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها وتسكن عند غيرها فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه. وأضافوا أيضا أن أجرة المسكن الذي يعد لحضانة الصغير توزع على الرؤوس، أي على عدد ساكني البيت المستأجر لذلك فيلزم الأب من هذه الأجرة قدر الصغير فقط فإن كان البيت لا يسكن سوى الحاضنة والصغير أو أن تكون الحصة من ماله فقد يلزم الأب أو مال الصغير، نصف الأجرة أو ثلثها أو ما إلى ذلك[3].

أما المشرع الجزائري وحسب ما جاء في المادة72 من قانون الأسرة السالفة الذكر فهناك حالتين:

الحالة الأولى: تتمثل في أن يعرض الأب سكنا للحضانة وهنا لا يحكم القاضي به إلا إذا تبين له بأن ذلك السكن الملائم أي أن تتوفر فيه كل وسائل العيش من ماء، كهرباء وأن لا يكون منعزلا عن السكان.

---

[1] السيد عمر عبد الله، محمد حامد قمعاوي، المرجع السابق، ص:445
[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق،ص:309
[3] محمد سمارة، المرجع السابق،ص:396

الحالة الثانية: أن لا يعرض الأب سكنا لممارسة الحضانة أو أنه يعرض سكنا غير ملائما لممارسة الحضانة. فهنا يحكم القاضي عليه أن يدفع للحاضنة بدل الإيجار الشهري ويحدد مقداره طبقا لحال الطرفين على أن يكون كافيا بغية استئجار سكن ملائم، كما أشارت الفقرة الثانية من المادة72 قانون الأسرة:«وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن». وبالتالي فلا تخرج الحاضنة من بيت الزوجية إلى بعد تنفيذ الأب للحكم القضائي للسكن ولم ينص المشرع على طرد الأب من مسكن الزوجية[1].

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة الجزائري. والمتمم بموجب الأمر 05-02 ،27فبراير2005. دار الخلدونية.الجزائر- الطبعة الأولى 2008، ص:72.

المطلب الثاني: أجرة الحضانة

لان الحاضنة تبذل مجهودا في رعاية الصغير، و المحافظة عليه فلابد لها من مقابل لهذا الجهد و منه فلابد على والد الصغير دفع الأجرة لها. و الحاضنة إما أن تكون أما و غير أم فإذا كانت هي أم المحضون فلا تستحق أجرة على حضانتها إذا كانت زوجيتها قائمة لأب الولد أو كانت معتدة من طلاق رجعي، أو طلاق بائن على إحدى الروايتين عند الحنفية، وذلك لأنها تستحق نفقة زوجية، أو نفقة العدة فلا تستحق نفقة أخرى في نظير الحضانة، و لان ما تأخذه الحاضنة نظير حضانتها ليس أجرا خالصا بل له شبهان: شبه بالنفقة و شبه بالأجر فمن جهة أن الحاضنة تقوم بخدمة الصغير وتربيته، فان ما تأخذه في نظير ذلك يعتبر أجرة على عملها.[1]

ومن جهة أخرى أن أجرة حضانة الصغير من نفقة واجبة في ماله إن كان له مال، وعلى من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال، يعتبر ما تأخذه الحاضنة في نظير حضانة الصغير من نفقته، فلوحظ هذا المعنى في استحقاق الحاضنة في أجرة الحضانة أما إذا كانت الأم المعتدة الحاضنة غير مستحقة لنفقة كالمعتدة عن وفاة أو طلاق عن إبراء، أو زوجة بمقتضى زواج عرفي ، أو كانت حاضنة بعد انتهاء العدة ، فإنها تستحق الأجرة على حضانة ولدها الصغير لأنها في تلك الحالات لا تستحق نفقة على الأب وقد حبست نفسها بمصلحة الصغير وحضانته . أما غير الأم لكون الحضانة عمل من الأعمال، فيستحق من يقوم بها أجرا في مقابلها ما لم يكن متبرعا[2].

كما أتفق فقهاء المالكية على أنه ليس لحاضن أجرة على الحضانة سواء كانت أما أو غيرها، بغض النظر عن الحاضنة فإنها إذا كانت فقيرة ولولدها المحضون مال فإنه ينفق عليها من مال و لدها لفقرها لا للحضانة. إما الولد المحضون فله على أبيه النفقة و الكسوة و الغطاء و الفراش، و الحاضنة تقبضهم و تنفقهم عليه و ليس له أن يقول لها ارسليه ليأكل عندي و يعود، و تقدر النفقة على والده باجتهاد الحاكم حسب ما يراه مناسبا لحاله، أن يقدر له شهريا أو كل جمعة.

---

[1] -بدران أبو الينين بدران. حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون. مؤسسة شباب الجامعة للطباعة و النشر 1987.ص:73

[2] بدران أبو العينين بدران ، نفس المرجع السابق، ص:74

أما الشافعية: فاتفقوا على أن أجرة الحضانة للحاضن حتى الأم و هي غير أجرة الرضاعة، فإذا كانت الأم هي المرضعة و طلبت الأجرة على الرضاع و الحضانة أجيبت، ثم إذا كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله، و إلا فعل الأب أو من تلزمه نفقتها، و يقدر لها كفايتها بحسب حالها.

أما الحنابلة : فقالوا إن :للحاضنة أجرة، و الأم أحق بحضانته و لو وجدت متبرعة تحضنه مجانا و لكن لا تجبر الأم على حضانة طفلها، و إذا استأجرت امرأة للرضاع و الحضانة لازمها بالعقد و إن ذكر عقد الرضاع لزمتها الحضانة تبعا، و إن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع و إذا امتنعت الأم سقط حقها و انتقل إلى غيرها[1] .

وتجدر الإشارة إلى أجرة الحضانة عند وجود متبرعة بها فحين تطلب مستحقة الحضانة أجرا وتمتنع على حضانته إلا بأجر وتوجد امرأة تتبرع بحضانته مجانا وتتوفر فيها شروط الحضانة، فهناك حالات هي:

1)- إذا أبت أم المحضون ذكر أكان أم أنثى حضانته مجانا ولم يكن له مال وكان أبوه معسرا، ولم توجد له متبرعة للحضانة من محارمه تجبر الأم على حضانته وتكون أجرتها دينا على أبيه.

2)- إذا وجدت متبرعة للحضانة من محارمه، فإن كان الأب موسرا ولا مال للصغير فحق الأم بحضانة صغيرها وإن طلبت أجرة أولى من طلب المتبرعة بالحضانة.

3)- إذا كان الأب معسرا وللمحضون مال خيرت الأم بين إمساكه مجانا أو دفعه للمتبرعة فإن لم تمسكه مجانا أعطي للمتبرعة، إلا أنه لا تمتنع عن رأيته.

والفرق بين الأجرة للرضاع والأجرة للحضانة هو في الأمور التالية[2]:

أ- المتبرعة بالرضاعة أولى من الأم بالرضاعة فسواء كانت المرضعة قريبة للطفل أم أجنبية عليه لأن المرضعة الأجنبية المتبرعة تفضل على الأم المطالبة بأجرة الرضاع وكذلك إذا قبلت الأجنبية الأجرة أقل مما تطلبه أمه .أما المتبرعة بالحضانة فيشترط أن تكون من محارم الصغير وأن تكون أهلا لحضانته فإنها في هذه الحالة

[1] ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص:39-40

[2] أحمد المصطفى في «الأحول الشخصية» المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان،2008 ص:228

تفضل على الأم إذا كان للصغير مال، أما المتبرعة بالحضانة إذا كانت أجنبية فالأم تفضل عنها باعتبار الحضانة تتطلب رعاية و شفقة أكثر من الرضاع.

المتبرعة بالرضاعة تفضل عن الأم سواءا كان للطفل مال أم لا ، سواءا كان أبوها موسرا أو معسرا، بخلاف الحال للحضانة حيث يفرق بين غنى الطفل و فقره، ففي حالة الفقر ينتزع الطفل من أمه و يعطي لقريبته الحاضنة فيما إذا أسرت الأم على تناول الأجر رغم إعسار الوالد، أما إذا كانت حالة الأب ميسورة و للولد مال فان الأم تفضل بالحضانة على المتبرعة لان نفقة الحضانة على الأب[1] .

[1] أحمد المصطفى « المرجع السابق » ص 229

المطلب الثالث: حق زيارة المحضون:

لكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين وذلك لمراقبتهم وحفظهم والاطمئنان على سلامتهم والأصل أن يتم تنظيم مكان وزمان الزيارة باتفاق الأطراف، وإذا تعذر تنظيم الزيارة اتفاقا نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالمحضون نفسيا فيمكن أن تتم الرؤية بمكان الحضانة أو يمكن أن يراه القاضي مناسبا[1].

وحق الزيارة لأحد الأبوين غير الحاضن مقرر شرعا باتفاق الفقهاء، لصلة الرحم، ولكنهم ذكروا آراء مختلفة نسبيا بحسب تقدير المصلحة لكل من الولد والوالد.

1)- فقال الحنفية: إذا كان الولد عند الحاضنة، فلأبيه حق رؤيته بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن الأب أن يراه فيه كل يوم، وإذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة، أو لانتهاء مدتها، فلأمه رؤيته والحد الأقصى كل أسبوع مرة كحق المرأة في زيارة أبويها.

2)-وقال المالكية: للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة وأولادها الكبار كل أسبوع مرة والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم، وأما بعد بلوغ سن التربية والتعليم، فله زيارة ولده من آن لآخر.

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

ولا يمنع الأب أم المحضون من زيارته، ذكرا أو أنثى، لأن في المنع قطعا للرحم، لكن لا تطيل المكث ويمكنها الدخول فإن رفض دخولها أخرجه إليها.

والزيارة مرة في أيام، أي في يومين فأكثر فإن مرض المحضون فالأم أولى بتمريضه لأنها أهدى إليه، وأصبر إليه من الأب ونحوه والتمريض يكون في بيت الأب إذا رضي به، وإن لم يرضى يكون التمريض في بيتها، ويجب الاحتراز في الحالتين من الخلوة بها.

---

[1] محمد حسين منصور« النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير إسلامية» دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2003، ص:367

4)- والحنابلة كالشافعية قالوا: إن اختار المميز أباه، كان عنده ليلا ونهارا، ولا يمنع من زيارة أمه، ولا تمنع هي من تمريضه. وإن اختارها كان عندها ليلا، وعند أبيه نهارا ليؤدبه ويعلمه. أما البنت فتكون عند أبيها بعد تمام سن السابعة إلى الزفاف، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلوا الزوج بالأم وإن مرضت البنت، فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب لحاجتها إليه. والأم تزور ابنتها والغلام يزور أمه كما جرت العادة كاليوم في الأسبوع[1].

هذا باختصار ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص زيارة المحضون ورؤيته أما المشرع الجزائري فقد أورد هذا الحق في الشطر الثاني من المادة64 قانون أسرة بقولها:«وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

وهذا يعني بكل صراحة أنه عندما يفشل في إجراء الصلح بين الزوجين ثم يحكم بالطلاق، فإنه يستوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها، أن يحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة- وإذا حكم بإسناد الحضانة إلى الأب أوغيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة وفي أماكن وأوقات محددة وفي نفس الحكم. وأما ما يمكن أن نلاحظه على القانون في هذه المسألة أنه أوجب على القاضي عندما يقضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو غيرهما، أن يقضي حتما لأحدهما أو لهما معا بحق الزيارة دون طلب أو دون رقابة مسبقة من القاضي، يمكن أن تنتج عنها عواقب سيئة ومضرة بالمحضون، وذلك عندما يتجاوز الوالد حدود اللياقة ويسر على أخذ المحضون إلى أماكن غير أخلاقية[2].

ولهذا كان على قانون الأسرة عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة ويبين الحالات التي يمكن أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناءا على طلب الحاضن ولأن حق الزيارة كما نفهمه من نص القانون لا يمنع بالضرورة أي حق للمحكوم له بنقل المحضون من مسكن حاضنته والتجول عليها في المادة328 من قانون العقوبات المتعلقة بتحويل المحضون وإبعاده عن مكان حضانته.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته- الجزء 07-الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى1984،ص:740-ص742

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر،ص:296

والملاحظ أيضا لأن المحكوم له بالحضانة سيكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض عن كل ضرر سيلحقه هذا المحضون بالغير مدة وجوده إليه. وإذا جاء أحد الوالدين المحكوم له بحق الزيارة وأخذ المحضون معه إلى أماكن أخرى، وألحق المحضون ضررا بالغير فإن المسؤول هنا هو الشخص الذي استعمل الحق في الزيارة[1].

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق- ص:298

المبحث الثاني: انقضاء الحضانة:

كنا ذكرنا سابقا أن استحقاق الحضانة لا يكون إلا إذا توافرت شروط في الحاضن كي يكون أهلا لممارسة حقه في الحضانة ذلك أن نظام الحضانة جعل إلا مراعاة وضمانا لمصلحة المحضون لكن هناك حالات قد تقضي بسقوط هذا الحق حتى مع توافر هذه الشروط، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا زال شرط من شروط الحضانة وهذا ما يسمى بموانع الحضانة لكن حالة السقوط هذه ليست مؤبدة وقد تعود الحضانة لمستحقها بعد زوال المانع وقد تطرق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون إلى هذه المسألة لذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مدة الحضانة وحكم انتهائها.

المطلب الثاني: أسباب سقوط الحضانة.

المطلب الثالث: عودة الحضانة لمستحقيها.

المطلب الأول: مدة الحضانة و انقضائها:

إن مصلحة المحضون في كل من الأحوال هي الواجب مراعاتها من طرف القاضي سواء عند إسناد الحضانة أو الحكم بانتهائها أو بتمديدها لذلك فقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون في وضع مدة الحضانة، رغم اختلاف أرائهم في تحديد زمن بدايتها و نهايتها.

أولا: مدة الحضانة

تبدأ الحضانة من حيث يولد الطفل، لا فرق في ذلك بين الغلام و الأنثى أما انتهائها بالنسبة للغلام ببلوغه حدا يستقل بخدمة نفسه، بعض الاستقلال[1]

و تمر مدة الحضانة بمرحلتين:

ا- مرحلة يحتاج فيها الطفل إلى حضانة النساء فقط.

ب- مرحلة يحتاج فيها الطفل إلى حضانة الرجال.

فبالنسبة للمرحلة الأولى خاصة بالنساء تمتد حتى يستغني الطفل عن الخدمة و يعتمد على نفسه و قدروها بسبع سنوات للذكر و تسع سنوات للأنثى، و استدلوا بقول أبي بكر الصديق «**هي أحق حتى يشب**» و سبب التفريق أن الأنثى بحاجة إلى التدريب على أعمال المنزل و هذا عند الحنفية، و يرى، الشافعية أن الحضانة تستمر حتى سن التمييز و هي سبع(07) سنوات .

و يرى المالكية بان يستمر الذكر في حضانة أمه، أما الأنثى فحتى تتزوج و تنتقل إلى بيت الزوجية.

أما المرحلة الثانية: فيرى الحنفية أنها تنتقل إلى الأب بعد سن السابعة ذكرا و بعد التاسعة للأنثى، و يرى الشافعية أنهما يخيران بعد سن التمييز بين الأب و الأم.

و يرى الحنابلة أن يخير الصبي بعد سن السابعة، فأما البنت فأبوها أحق بها بعد هذا السن، و استدلوا بأنه عليه الصلاة و السلام خير غلاما بين أبيه و أمه[2]

أما المشرع الجزائري فقد نص على مدة الحضانة في المادة 65 قانون الأسرة الجزائري:«تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و

---

[1] -بدران أبو اليتين بدران. المرجع السابق. ص 86

[2] محمود محمد حمودة محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان الأردن 2000 ص 201

للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية. غير انه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم القاضي بانتهائها.»

يتضح من خلال النص إن المدة التي يمكن أن يتخاصم خلالها الحاضنون على حق حضانة الطفل هي المدة التي لم يكن فيها الولد الذكر قد بلغ (10) سنوات، و المدة التي لم تكن فيها الفتاة قد بلغت سن الزواج و هي السن المحددة في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:«تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، حتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.»

و معنى ذلك كقاعدة عامة انه عندما يبلغ الفتى سن العاشرة، و تبلغ الفتاة سن 19 من عمرها لم يعد للأب و لا للأم حق التنازع على حضانة أي واحد منهما، بل و لم يعد لأي واحد منهما أن يلجا إلى المحكمة و يطلب منها القضاء له بحق حضانة من هو في عمر هذا الفتى أو هذه الفتاة و ذلك اعتمادا على أن كل من الفتى و الفتاة في مثل هذه السن لم يعد يحتاج إلى من يحضنه كطفل صغير و إنما يحتاج إلى من يرعاه و يهتم بمستقبله كالإنفاق عليه و تربيته و تعليمه و توجيهه نحو الطريق المستقيم .[1]

ثانيا: حكم انتهاء مدة الحضانة:

إذا انتهت حضانة النساء، أصبح إمساك الولد من حق الأب و لا يكون للولد الخيار في آن يختار الأب أو الأم، و قال الشافعي «يخير في أن يبقى عند أمه أو ينتقل إلى أبيه».

و السؤال المطروح: إذا امسكه الأب فما هي الفترة التي يبقى تحت مسؤوليته؟

و الجواب فان الأمر يختلف بين الذكر والأنثى:

فالصبي يكون لأبيه الحق في إمساكه حتى يبلغ، و عندئذ يخير بين أن ينفرد بالسكن، أو يسكن مع أيهما يشاء، إلا إذا كان قد بلغ سفيها فيضمه الأب إليه في دفع فتنة أو عار و لتأديبه إذا وقع منه شيء، ولا نفقة له على الأب إلا أن يتبرع الأب بالإنفاق.

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 298.

أما الفتاة فيضمها الأب و كذلك الولي المحرم إليه إذا كانت بكرا، و كذا إذا كانت ثيبا يخشى عليها من الفتنة و هذا ما ذهب إليه الشافعية[1]

أما المالكية فرأوا انه بانتهاء مدة الحضانة فيولى إلى الولي سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى و لا تخيير بين الأبوين. أما الحنابلة فقد اتفقوا انه إذا بلغ الصبي سبع سنوات فإذا اتفق أبواه ان يكون عند احدهما فانه يصح، و إن تنازعا خير الصبي بشرط أن لا يعلم انه اختار احدهما لتساهله و عدم التشدد عليه في التربية فإذا اختار أباه كان عنده ليلا و نهارا، و لا يمنع من زيارة أمه، أما إذا اختار أمه فانه يكون عندها ليلا و عند أبيه نهارا، و إن اختارهما معا اقرع بينهما إما أنثى فإنها متى بلغت سبع سنوات كانت من حق أبيها بلا كلام[2] أما الحنفية فاتفقوا على أن حضانة النساء تنتهي ببلوغ الولد عاقلا مستغنيا عن النساء، ولا خيار للولد عند الحنفية غلاما كان أو أنثى فينزع من أمه ويأخذه الأب لأن الصغير قاصر العقل وربما يختار من عنده يتمكن من اللعب وقد صح أن الصحابة لم يخيروا[3].

وقال الحنابلة: إذا بلغ الغلام غير المعتوه سبع سنوات خير بين أبويه إذا تنازعا فيه فكان مع من اختار منهما، ويخير الغلام بين أمه وعصبته لأن عليا رضي الله عنه خير «عمارة الجرمي» بين أمه وعمه ولأنه عصبته فهو كالأب، أما الفتاة إذا بلغت سبع سنوات، فالأب أحق بها، ولا تخير عندهم لأن الغرض بالحضانة الحفظ والمصلحة، ويكون كذلك عند أبيها، لكن إذا كانت البنت عند الأم أو عند الأب، فإنها تكون عنده ليلا ونهارا لأن تأديبها وتربيتها تحتاج إلى عناية خاصة كتعليمها الغزل والطبخ[4].

أما المشرع الجزائري فنفهم من الفقرة الثانية من المادة 65قانون الأسرة الجزائري بقولها:«غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم القاضي بانتهائها». أنه أورد استثناءا على القاعدة القاضية بمدة الحضانة حيث يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد الحضانة للولد الذكر من 10سنوات إلى 16 سنة إذا انتهت المدة القانونية للحضانة وطلب الحاضن من المحكمة تمديدها. وذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها وبشرط

---

[1] مصطفى السباعي. شرح قانون الأحوال الشخصية. المجلد الأول. الزواج و انحلاله. المكتب الإسلامي-الطبعة 7- 1997-ص275.
[2] -محمود عزمي. المرجع السابق، ص:11 ص:12.
[3] بدران أبو العينين بدران. المرجع السابق –ص: 90.
[4] وهبة الزحيلي- المرجع السابق- ص:744-745.

أن لا تكون متزوجة ثانية من رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون وبخصوص الحاضنين من غير الأم فلا يجوز لهم طلب تمديد أجل انتهاء الحضانة، كما لا يجوز للأم ولا لغيرها طلب تمديدها أجل انتهاء حضانة الفتاة مطلقا هذا وإذا كان قانون الأسرة قد أغفل أن يتحدث عن وضعية المحضون قبل انقضاء مدة الحضانة فإن اجتهادات الفقهاء المسلمين التي يمكن أن نرجع إليها في مثل هذه الحال قد جاءت مختلفة بين من يقول بعودة المحضون إلى الأب بحكم الشرع[1].

[1] عبد العزيز سعد- المرجع السابق- ص:299.

المطلب الثاني: أسباب سقوط الحضانة

ذكرنا في الفصل السابق أنه إذا توافرت شروط الحضانة في شخص ما تثبت له الحضانة ولكن هذه الحضانة قد تسقط لعذر أو غير عذر وعند ذلك تنتقل الحضانة إلى من يليه في الدرجة.

وسنعرض إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص، وبعدها نعرج على موقف القانون الجزائري[1].

أولا: فقهاء الشريعة الإسلامية:

لقد اتفق الفقهاء الحنفية- الشافعية-المالكية والحنابلة.... على أنه إذا تزوجت الأم بغير محرم للصغير سقط حقها في حضانته، واستدلوا على رأيهم بما يلي:

قوله صلى الله عليه وسلم :«أَنْتِ أَحَقُ بِهِ مَا لَمْ تُنْكَحِي». أخرجه أبو داود

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم :«الأم أحق بحضانة ابنها ما لم تتزوج» سنن الدار قطني.

فالزوج لا يريد أن يشاركه أحد في زوجته حتى ولو كان ابنها ومن المتوقع أن يلحق الزوج بالمحضون ضررا، والضرر يدفع بقدر الإمكان لذا يسقط حق الحاضنة بحضانة طفلها إذا تزوجت بأجنبي عنه.

وقال الحسن البصري: لا يسقط حقها لقوله تعالى:"وَرَبَائِبُكُمْ اللاّتِي فِي حُجُوْرِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ»[2].

كما أن النبي عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب وكانت عندها. وأجاب الجمهور بقولهم الآية تشير إلى حضانة الأم إذا لم يكن هناك من يستحق الحضانة وأما زينب فلأنه لم يكن هناك من النساء من يستحق الحضانة خالية من الأزواج[3].

كما اشترط الشافعية والجعفرية إسلام الحاضنة، فقالوا لا حضانة لكافرة على مسلم وقال الحنفية إن ارتداد الحاضن أو الحاضنة عن الإسلام هو الذي يسقط الحاضنة[4].

---

[1] محمد سمارة ، المرجع السابق ص:393
[2] سورة النساء، الآية23
[3] علي أبو البصل، المرجع السابق، ص:197-198
[4] بدران أبو العينين بدران- المرجع السابق،ص:72

وقد اختلف الفقهاء في المسافة التي يستطيع الحاضن أن يتنقل بالمحضون إليها، فقد قدرها الحنبلية بالمسافة القصيرة التي يستطيع الأب رؤية أولاده، وقدرها الحنفية بأن يكون باستطاعته زيارة ولده والعودة قبل الليل، ويرى المالكية أنهما دون ستة برد وهي مسافة بريدين[1]. فإذا سافر كل من الولي أو الحاضنة دون ذلك فلا تسقط الحضانة وإن كان أكثر سقطت الحضانة فيقال للأم عند ذلك: إما أن تلحقي بولدك أو تسلميه فإن لحقت فلا سقط حضانتها، وإلا أخذ الولد منها وإن كان رضيعا وحددها الشافعية دون مسافة القصر[2].

كما أضاف المالكية سببا آخر لسقوط الحضانة وهو ضرر في بدن الحاضن كالجنون، الجذام، البرص ووافقهم الحنابلة[3].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري:

إن أسباب سقوط الحضانة في القانون الجزائري هي كالآتي:

السبب الأول: جاء في المادة66 قانون الأسرة الجزائري: «يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون». فبتنازل الحاضنة القانونية عن حقها القانوني والشرعي في حضانة الطفل تسقط حضانتها، ويشترط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة وأن لا يضر بمصلحة المحضون.

السبب الثاني: هو سقوط الحاضنة بزواج الحاضنة بأجنبي، أي بغير قريب محرم، ولا تسقط بزواج القريب وعندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها تقرر منح المحضون إلى غيرها كالأب أو من أسند إليه القانون حق حضانة الأولاد.

السبب الثالث: وتسقط أيضا بإخلال واجبات الحضانة [4] المنصوص عليها في المادة 62 قانون الأسرة الجزائري، سواءا تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة ولكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ بعين الاعتبار بمصلحة المحضون وهذا عملا بالمادة 67 قانون الأسرة الجزائري: "تسقط باختلال احد الشروط المنصوص عليها في

---

[1] البريد: هو مسافة تساوي فرسخين وقيل4 فراسخ، والفرسخ هو:3 أميال وقيل سنة.
[2] محمد سمارة ، المرجع السابق، ص:404.
[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص:731
[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص:388.

المادة 62 أعلاه ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط هذا الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون».

فإذا أخلت الأم بواجباتها اتجاه المحضون والمتمثلة في الرعاية والتربية والحماية والحفظ، فإن باستطاعة القاضي أن يسقط حضانتها، غير أن عمل المرأة خارج البيت لا يعد من مسقطات الحضانة وفي جميع الحالات يراعي القاضي مصلحة المحضون[1].

السبب الرابع: ورد النص على السبب الرابع من أسباب سقوط الحضانة قانونا في المادة 68 قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها:«إذا تأخر صاحب الحق في الحضانة عن طلبها لمدة تزيد عن السنة دون عذر صالح، سقط حقه فيها». هذا النص وإن كان غامضا نوعا ما إلا أننا رغم ذلك نستطيع أن نحلله ونقول بأنه يعني إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلى عنها ضمنيا ولم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق الستة كاملة فإن حقه فيما سيسقط بقوة القانون لذلك، فإن وقع الطلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند أبيهم دون أن تطلب أمهم حضانتهم حتى مضى على هذه الحال أكثر من سنة، فإنه لم يعد من حق الأم ولا من حق أمها أو غيرهما أن يطلبوا أمام المحكمة بالحضانة، فسيبقى الأب هو الحاضن الفعلي والقانوني إلا إذا توفي وسقط حقه بالوفاة[2].

السبب الخامس: جاء النص عليه في المادة 69 قانون الأسرة الجزائري بقولها: «إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في استباق الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.» من هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة هو للسلطة التقديرية للقاضي، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية.

السبب السادس: وجاء في المادة 70من قانون الأسرة الجزائري :«تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم». بإمكاننا أن نستنتج أن هناك عدة عناصر لابد من توافرها لتطبيق هذه المادة وللتقرير في سقوط حق الحضانة ويتمثل العنصر الأول في السكن مع أم المحضون في أن تكون الحاضنة قانونا إما جدة المحضون أي أم أمه أو خالة المحضون، ويتمثل العنصر الثاني أن تأتي هذه الحالة أو

[1] لحسين بن الشيخ آث ملواه، المرجع السابق، ص:69
[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص:389.

هذه الجدة إلى منزل الأم ومعها المحضون فتقيم معها في نفس المسكن إقامة مستمرة وأخيرا يتمثل العنصر الثالث في أن تكون الأم متزوجة ومع زوج لا تربطه بالمحضون أية قرابة محرمة فإذا توافرت هذه العناصر الثلاث فإن حق الجدة لأم والخالة في الحضانة سيسقط بقوة القانون.

ويجوز لمن ينتقل إليه حق الحضانة من غيرهما أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما، إذا كان هو من تتوفر فيه الشروط القانونية.

أما إذا تخلف عنصر واحد منها فلا تطبيق لهذه المادة ولا سقوط للحضانة.

أما ما نلاحظه على القانون هنا هو أن المشرع الجزائري لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع الأم 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 ثان أو متوفى عنها زوجها وتنتقل لسبب من الأسباب الاقتصادية أو الاجتماعية، فتسكن مع أمها أو أختها التي تقوم بكفالة كما سكت عن الحالة التي يقضي فيها بالحضانة إلى أم الأب وتكون تسكن مع الأب في المسكن نفسه سكنا دائما قبل الحكم بالحضانة وبعده[1].

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص:302.

المطلب الثالث: عودة الحضانة لمستحقيها:

إذا وجد مانع من موانع أهلية الحضانة تسقط وتنتقل إلى ما يلي:

كما رأينا في المطلب السابق، أما إذا زال المانع فإن الحضانة تعود إلى من سقطت عنه الأسباب المانعة.

وسوف نتطرق إلى هذا حسب ما جاء في الشريعة والقانون:

أولا : في الشريعة الإسلامية: للفقهاء رأيان : فالذي عليه الجمهور (الحنفية، الشافعية، الحنابلة) إذا سقطت الحضانة لمانع، ثم زال المانع عادت الحضانة إلى صاحبها، سواء أكان المانع اضطراريا كالمرض أو اختياريا كالزواج والسفر، والفسق لزوال المانع.

لكن ذلك عند الحنفية في الحال بالنسبة للبائن ولو قبل انقضاء العدة، أما الرجعية فلا بد من انقضاء المدة فيها، وذكر الشافعية أن المطلقة تستحق الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب، بشرط رضا الزوج بدخول المحضون بيته إن كان له، فان لم يرضى لم تستحق.

وقرر الحنابلة استحقاق المطلقة الحضانة، ولو كان الطلاق رجعيا ولو لم تنقض العدة[1].

غير أن المالكية أضافوا إلى ذلك: أن من سقطت حضانته لعذر ثم زال العذر ولكنه لم يطالب بإعادة الحضانة إليه مباشرة، ومضت سنة زوال العذر دون المطالبة بعودة الحضانة إليه[2]. بعد هذه المدة، وكذلك إذا ألف المحضون من هو عنده ويشق إرجاعه إلى الحاضن أو الحاضنة الأولى، أما سقوط الحضانة لغير عذر كسقوطها بالكفر والفسق أو زواج الحاضنة بأجنبي فإن الحضانة لا تعود[3].

ثانيا: قانونا:

تقضي المادة 71 قانون الأسرة الجزائري: «يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.» يتضح من هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص:732.
[2] محمد سمارة، المرجع السابق، ص:393
[3]

وخلقيا، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة.

أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناءا على رغبته واختياره فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة71 قانون الأسرة، سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه ونلاحظ بأنه تسند الحضانة للأم مادامت شروطها متوفرة فيها، فإنها لا تسقط عليها مادامت لم يجردها من هذا الحق أي مانع شرعي، كما أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي[1].

وعليه فإذا كان حق الأم في حضانة ولدها قد سقط عنها بسبب زواجها من شخص أجنبي عن المحضون فإذا هذا الحق سيعود إليها حتما إذا هي طلقت أو توفي عنها زوجها ولم تتزوج بعده، وإذا كانت الحاضنة الخالة أو الجدة للأم وسقط حقها في الحضانة بسبب سكناها بالمحضون مع أمه المتزوجة بأجنبي عنه ثم سقط عنها هذا الحق فإن حقها في الحضانة سيعود إليها إذا طلقت أم المحضون أو توفي عنها زوجها أو تمكنت من السكن في بيت مستقل عن سكن أم المحضون وبعيدا عنها، هذا إذا كان سبب سقوط الحضانة عن مستحقها ناتجا عن تطبيق قاعدة قانونية وليس لطالب الحضانة أي دور في سقوطها (الاختياري).

أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف من مستحقي الحضانة واختياره فإن هذا الحق لا يعود إليه أبدا بعد سقوطه إذا كان مثل هذا السقوط مترتبا على تنازله الصريح أو إهماله الطوعي لحقه في الحضانة لمدة تزيد عن سنة. وإن مصلحة المحضون متوفرة لدى غيره. وبالتالي لا يمكنه لمن سقطت عنه الحضانة بسبب التنازل أو عدم طلبه خلال المهلة القانونية المحددة في المادة68 السالفة الذكر، دون أي مبرر أن يستفيد من أحكام المادة71 قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فلا يجوز له أن يطلب من المحكمة إعادة الحق في الحضانة[2].

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص:390.
[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص:303-30

الخاتمـــــــــة

بعد استعراضنا لحقيقة الحضانة وأحكامها بأهم التفاصيل التي أوردناها، وما عرضنا له في أقوال الفقهاء، وما وسعنا منا قشته، وما عرضنا له في قانون الأسرة الجزائري يمكن أن نخرج إلى أن الحضانة ومع ما فيها من حق أورده الفقهاء ورجال القانون، إلا أنه واجب أكثر منه حق ولأن الغاية من إيجاد نظام الحضانة يكمل في مصلحة المحضون بالدرجة الأولى فنرى أن المشرع الجزائري لم يقصر في الحديث عن هذا الحق وخصه بمواد عديدة حيث جاء النص عليه من المادة 62 إلى غاية المادة 72 كما أجرى تعديلات على هذه المواد لتحصيل الهدف المنشود من وراء هذا الحق كما قد بين في كثير من الحالات ما قد ينجر عن إهمال هذا الحق من عقوبات ومثال ذلك ما جاء في المادة 328 ق. ع.

وقد أحسن المشرع صنعا عندما عرف لنا الحضانة لأن تعريفها جاء شاملا وكاملا خصوصا في عبارة: "والقيام بتربيته على دين أبيه" بحيث فرض أن تربية الطفل تكون على دين أبيه ذلك أن اتخاذ الدين عامل أساسي للتربية السليمة.

كما تطرق إلى نقطة مهمة وهي توافر جملة من الشروط في الشخص الحاضن ليكون أهلا لممارسة الحضانة، وحفظ الولد والقيام على مصالحه وحمايته وضمان مستقبله.

ونلحظ أيضا أن بعد تعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أوجد تغييرا على المادة 64 من قانون الأسرة بأن جاء بترتيب جديد لمستحقي الحضانة حيث جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة بعد أن كان قبل التعديل في المرتبة الرابعة بعد الجدة لأم والخالة. وقد أحسن المشرع بأن جعل هذا الترتيب غير ملزما للقاضي حيث بإمكان هذا الأخير أن يعين الحاضن دون مراعاة هذا الترتيب وهذا مراعاة لمصلحة المحضون لأنه المعيار المعتمد في اختيار الحاضن. وبخصوص الحديث عن معيار" مصلحة المحضون" فقد أجاز المشرع أيضا للقاضي تمديد الأم لابنها الذكر لغاية بلوغه سن الستة عشر سنة في المادة 65 قانون الأسرة. والمهم من ذلك هو إدراجه نقطة مهمة ضمن المادة67 قانون الأسرة الجزائري وهي عمل الأم بحيث لا يمكن لعمل المرأة

خارج بيتها أن يشكل مانعا من موانع الحضانة، وبهذا يكون المشرع قد أعطى نوعا من الحماية للأم العاملة خصوصا إذا كانت بحاجة إلى هذا العمل من أجل المحضون.

وأوجد حلا آخر في المادة72 وهي إلزام الأب بإيجاد مسكن للمحضون رفقة حاضنته لأنه طالما كان عدم توفر المسكن لدى الحاضنة يشكل عائقا كبيرا لبقاء المحضون إلى جانب أمه، ولم يقف المشرع عند هذا الحد حيث فرض عليه دفع بدل الإيجار إذا لم يكن له مسكن من خلال استقراء هذه النصوص والرجوع إلى النصوص السابقة للتعديل فإن المشرع قد حاول إعطاء حماية كافية للمحضون، تتناسب مع المستجدات الحاصلة في المجتمع الآن رغم تشدده في بعض المواد إلا أن هذا التشدد لا يمكن أن يكون محل انتقاد بل على العكس من ذلك فإنه جاء ضمانا لحماية وتحصين المحضون ، وكي يكون ربما حلا أمام التفكك الأسري بأن يفكر الزوجان بالأطفال وما قد يحل بهم بعد اتخاذ القرار بالانفصال، ولأن الأطفال هم الضحية الوحيدة من كل هذا فلم يجد المشرع أن تكون مواد الحضانة كلها مرتبطة بمبدأ "مصلحة المحضون".

قـــــــــــائمة المراجـــــــــع:

أولا: المصـــــــــادر:
1-القران الكريم

2-قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05 في 27 فبراير 2005.

ثانيا:

1- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، « الوسيط في شرح الأحوال الشخصية » ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الإصدار الأول 1999.

2- أحمد المصطفى في «الأحول الشخصية» المؤسسة الحديثة للكتاب. طرابلس. لبنان. 2008

3- أحمد نصر الجندي،« الحضانة بين الشرع والقانون » ، دار الكتب القانونية. 1997.

4- السيد عمر عبد الله، محمد حامد قمحاوي. « أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين » - دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2003.

5- بدران أبو الينين بدران. « حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون » .الناشر مؤسسة شباب الجامعة. 1987.

6- بلحاج العربي،« الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية » . الجزء الأول. الطبعة 4 دار المطبوعات الجامعية . بن عكنون . الجزائر2005.

7- رمضان علي السيد الشرنباصي- جابر عبد الله الهادي سالم،« أحكام الأسرة » منشورات الحلبي الحقوقية. 2006.

عبد العزيز سعد،« الزواج والطلاق في قانون الأسرة » -الطبعة الثالثة- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر.1996

8-عبد الفتاح إبراهيم بهنسي،« أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا » مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية. مصر. 1998.

9- عثمان التكروري،« شرح قانون الأحوال الشخصية » ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-الطبعة الأولى- 2004.

10- علي أبو البصل،« دراسات في فقه الأسرة » دار القلم للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى-2004.

11- لحسين بن شيخ آث ملويا. « قانون الأسرة » دار الخلدونية للنشر و التوزيع-الطبعة الأولى- الجزائر- 2008.

12- محمد أبو زهرة،« الأحوال الشخصية » ، دار الفكر العربي، القاهرة.

13- محمد حسين منصور« النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير إسلامية» دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2003.

14- محمد سمارة. « أحكام وآثار الزوجية » ، الإصدار الأول - الطبعة الأولى-، عمان الأردن 2001.

15- محمد صبحي نجم، « محاضرات في قانون الأسرة » ، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر-1999 .

16- محمود محمد حمودة محمد مطلق عساف،« فقه الأحوال الشخصية » ، مؤسسة الوراق، عمان الأردن 2000 ص 201

17- مصطفى السباعي. « شرح قانون الأحوال الشخصية » . المجلد الأول.، الجزء الاول. المكتب الإسلامي –الطبعة السابعة- 1997..

18- ممدوح عزمي. « احكام الحضانة في الفقه و القضاء » -الناشر دار الفكر الجامعي.الاسكندرية. 1997.

19- وهبة الزحيلي،« الفقه الإسلامي وأدلته » - الجزء السابع. دار الفكر- الطبعة الأولى- دمشق. 1984

الفهـــــــــرس:

المقدمـــــــة.....1

الفصل الأول: ماهية الحضانة.....3

المبحث الأول: مفهوم الحضانة.....4

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة وفقه.....5

المطلب الثاني: تعريف الحضانة قانون.....6

المطلب الثالث: حكم الحضانة.....7

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة وشروطهم.....9

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة حسب المذاهب الأربعة.....10

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري.....15

المطلب الثالث: شروط أصحاب الحق في الحضانة.....16

الفصل الثاني:أحكام الحضانة.....20

المبحث الأول: الحقوق المتعلقة بالحضانة.....21

المطلب الأول: نفقة المحضون وسكنه.....22

المطلب الثاني: أجرة الحضانة.....25

المطلب الثالث: حق زيارة المحضون.....28

المبحث الثاني: انقضاء الحضانة.....31

المطلب الأول: مدة الحضانة و انقضائه.....32

المطلب الثاني: أسباب سقوط الحضانة.....36

المطلب الثالث: عودة الحضانة لمستحقيه.....40

الخاتمـــــــة.....42