

أحكام الحاضن و المحضون

مقدمة

إن العلاقات الإنسانية منذ الأزل تفرض على البشر علاقات اجتماعية لم يشأ المولى تركها ليد الطبيعة لتحكمها، فتولتها أحكام شرعية سماوية ونظمتها في إطار ديني محكم، و أعلى هذه العلاقات بناء أسرة لذا فإن الشرع وكذا التشريعات الوضعية خصت تلك العلاقات بعناية بالغة منذ أول لبنة، وهكذا تشكل الأسرة اللبنة الأولى لأساس بناء مجتمع، فالعناية لتقوية الأسرة تعد من أهم ما ينبغي على واضعي القانون رعايتها ولا يكون ذلك إلا بوضع نصوص قانونية منسجمة تضمن بقائها ونموها وتقديس أصلها المتمثل في الزواج الذي يكتسي أهمية اجتماعية بالغة باعتباره قي المجتمع من الظواهر و الآفات الخطيرة ويهدف إلى صيانة المجتمع و الفرد من الوقوع في الرذائل والمنكرات.

و لا شك أن رعاية الأولاد تأخذ أثناء الزواج أو بعد حله نفس العناية التي تأخذها الأسرة إن لم تكن أقوى و أشد مما يتطلب العناية والاهتمام و لهذا ندرك أن الصبي لبنة ضعيفة تحتاج إلى الرعاية و الاهتمام إذ هو صغير عاجز عن تدبير شؤونه سواء ما تعلق بماله أو بنفسه إذ يحتاج إلى من يقف إلى جانبه حتى يشتد عوده إلى سن معينة.

وهذه الرعاية تتوفر بوجود الوالدين اللذين يؤمنان هذا ويسهران على حمايته و تقويمه إلا أن عدم إجتماعهما لسبب أو لآخر هذا يجعل تحقق ما ذكر بعيد المنال خاصة عند انحلال الرابطة الزوجية أي الطلاق فيجد الطفل نفسه بين مفترق الطرق وحماية له قام الشرع الجزائري بسن قوانين ونصوص يكفل له ذلك و هذا من خلال قانون الأسرة الذي يعالج فيه موضوع الحضانة.

أحكام الحاضن و المحضون

ولنبين من خلال دراسة و تحليل نصوص قانون الأسرة الجزائري مدى استطاعة المشرع على توفير الحماية اللازمة للأولاد منذ ولادتهم وإلى غاية بلوغهم سنا يستطيعون معها أن يعتمدوا فيها على أنفسهم على مستوى التنظيم العائلي وذلك بالتطرق إلى أحكام الحضانة في ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة خاصة و أن الطفولة رمز من مرحلة الضعف في تطور حياة الإنسان و لأنهم اليوم هو إطارات المجتمع و قاداته، فالعناية بهم ضمان المستقبل الآمن للإنسان و إهمالهم تحطيم لطموحاتهم و آمالهم.

ولمعالجة أحكام الحضانة كان منهج المتبع هو منهج الوصفي المقارب الذي يهدف إلى تحليل المواد و استنباط الأحكام منها والمقارنة بين النصوص القانونية والفقهية ومن ذلك تكمن أهمية الموضوع في حماية الطفل بالحضانة الذي تلقى صدمة من طلاق والديه إذ قد يؤدي هذا لنتائج سلبية عليه وعدم الاستقرار و الطمأنينة إذ لا يستطيع حتى أن ينمو و يتطور في جو طبيعي دون هذا وكذا كفل هذا الطفل من التمزق و الانحلال الشخصي و التعقد من جراء تمزق كيانه الأسري و توفير طريقة لإدماج الأطفال اللذين يعانون من صدمات و مشاكل داخل المجتمع لتوفير الرعاية والحنان والاستقرار و الطمأنينة و لخلق توازن داخل المجتمع و ذلك بمنع الجريمة والتصدي للانحراف سواء بوجه عام أو بوجه خاص.

ولعل الحافز الذي كان وراء اختيارنا هذا الموضوع هو إظهار أهمية الحضانة بالنسبة للطفل و تبيان ما هو أصلح له و كذلك توضيح الأحكام القانونية و الشرعية المتعلقة بموضوع الحضانة.

أحكام الحاضن و المحضون

أملنا أن تساهم هذه المذكرة و لو بجزء يسير في سد الفراغات وتبيان مواطن الضعف و بعض الثغرات التي لوحظت في قانون الأسرة الجزائري بخصوص هذا الموضوع والتي نأمل أن يتم تداركها مستقبلا حتى يصبح لبلدنا قانونا للأسرة شاملا متكاملا و مكيفا مع واقع المجتمع ومسائرا للتطورات المستجدة عبر مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والعلمية مع المحافظة على الشريعة الإسلامية في أمهات المسائل والمبادئ الأساسية التي شرع من أجلها الحضانة وذلك لمعالجة الإشكالية التالية:

ما هي الأحكام التي وضعها المشرع الجزائري لتنظيم مسائل الحضانة؟ و ما مدى توافقها مع التطورات الحاصلة في المجتمع؟

وهل كانت التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة كافية لسد الثغرات التي كانت موجودة به؟.

و للإجابة على هذه التساؤلات و غيرها كان جل الاعتماد في هذه المذكرة منصبا على دراسة وتحليل المواد المتعلقة بالحضانة بالإضافة إلى إبراز موقف المحكمة العليا من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع وفقا للخطة التالية:

بحيث قسمنا هذه المذكرة إلى مقدمة وفصلين وخاتمة تناولنا في المقدمة كل ما يتعلق بالحضانة حيث تحدثنا في الفصل الأول عن ماهية الحضانة وقسمناه إلى مبحثين فالمبحث الأول تكلمنا فيه عن مفهوم الحضانة وبدوره قسمناه إلى مطلبين فالمطلب الأول تناولنا فيه تعريف الحضانة حكمها وأدلتها والذي بدوره تفرع إلى ثلاث فروع فالفرع الأول تولينا بدراسة تعريف الحضانة اللغوي والقانوني أما الفرع الثاني فذكرنا فيه حكم وطبيعة الحضانة أما الفرع الثالث تناولنا أدلة مشروعية الحضانة ثم انتقلنا إلى المطلب الثاني الذي تعرفنا فيه إلى شروط ممارسة الحضانة فتفرع هذا المطلب كذلك إلى ثلاث فروع

أحكام الحاضن و المحضون

فالأول خصصه بدراسة الشروط العامة في الرجال والنساء والفرع الثاني ذكرنا الشروط الخاصة بالنساء أما الثالث الشروط الخاصة بالرجال.

أما المبحث الثاني في هذا الفصل ذكرنا فيه أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم فقسمناه هذا المبحث إلى مطلبين في المطلب الأول ذكرنا فيه من له الحق في الحضانة وهذا المطلب بدوره قسمناه إلى ثلاث فروع فالأول تعرفنا فيه إلى من يثبت له الحق في الحضانة أما الفرع الثاني خصصناه في دراسة حالة عدم وجود حاضن أما الأخير تناولنا فيه من يراه القاضي أصلح للحضانة وجعلنا من المطلب الثاني دراسة حول ترتيب مستحقي الحضانة فالفرع الأول تكلمنا فيه عن مستحقي الحضانة من النساء أما الثاني فكان لمستحقي الحضانة من الرجال أما الثالث والأخير فكانت من أجل إعطاء آراء الفقه الإسلامي في مستحقي الحضانة.

ثم انتقلنا إلى الفصل الثاني و الذي تناولنا فيه أهم أحكام الحضانة بحيث قسمناه إلى مبحثين فالمبحث الأول تعرضنا فيه إلى الحقوق الشخصية والمالية للمحضون فقسمناه إلى مطلبين المطلب الأول تناولنا فيه الحقوق الشخصية للمحضون منها حق الزيارة وحق عدم الانتقال بالمحضون إلى مكان آخر أما المطلب الثاني فتعرضنا فيه إلى الحقوق المالية للمحضون منها حق النفقة و الأجرة وحق السكن، أما المبحث الثاني من هذا الفصل فخصصناه لانقضاء الحضانة و جعلناه في مطلبين المطلب الأول تعرضنا إلى المدة المحددة لممارسة الحضانة و مع دراسة حكم انتهاءها وتمديدتها.

أما المطلب الثاني فتولينا بدراسة وسقوط الحضانة في الفقه الإسلامي و في قانون الأسرة الجزائري ثم الخاتمة التي استعرضنا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه المذكرة.

أحكام الحاضن و المحضون

الفصل الأول: ماهية الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم وأبرز النتائج المرتبة على انحلال عقد الزواج كما هي مظهر من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم و تكفل رعايتهم من لحظة الولادة إلى غاية البلوغ.

هذه الأحكام اتخذها الفقهاء سندا لوضع نصوص تشريعية تثبت حضانتهم والتكفل بهم وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغير من الضياع وإسناد مهمة القيام به إلى من هو أجدر وأقدر بها.

كما هي أيضا عامل مادي يتصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين كون الحضانة حقا وواجبا في نفس الوقت فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن و من جهة أخرى واجب على الحاضن الذي أسندت إليه مهمة الحضانة.

ولهذا وإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة حق للحاضن في طلب الحكم له بحضانة الصغير كما ينتج عنه حق للولد على حاضنه سواء كانت الأم أو غيرها يتعلق بحضانته.

أحكام الحاضن و المحضون

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي قررتها الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للصغار، وذلك نتيجة للوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين و الذي من شأنه أن يؤدي إلى تنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للصغار.

وقد نظمت الشريعة الإسلامية موضوع الحضانة وقررت له العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المقصود منه، فحددت من خلال النصوص والاجتهادات المقصود بالحضانة بأنها القيام بشؤون الطفل وكفالاته بغرض المحافظة على بدنه وعقله ودينه وحمايته من عوامل الانحراف والانحلال، مما يمكنه من أن يكون فردا صالحا وسط مجتمعه مما يقتضي وضعه تحت أياد أمينة مؤهلة لمثل هذه الواجبات وأن تتوفر لديهم الشروط اللازمة وذلك وفق لقواعد الشريعة والقانون.

كما أن قانون الأسرة قد نظم أحكام شريعة الحضانة في المواد من 62 إلى 72 وستقتصر الدراسة في هذا

المبحث على النقاط الآتية:

■ تعريف الحضانة حكمها وأدلتها

■ شروط الحضانة

أحكام الحاضن و المحضون

المطلب الأول: تعريف الحضانة حكمها وأدلتها

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير تبرعا أو معاوضة، بإذن الشرع أو بأمر من القاضي، أنثى أو ذكر حيث يتساوى الرجال أو النساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب وقد تساءل الفقه عن صاحب الحق في الحضانة فقليل هو الحاضن فلا يجبر عليها وله إسقاطها ولو بغير عوض وقيل هي حق الصغير يؤديه الحاضن بالتراضي أو بالتقاضي.

ومنه فالحضانة ثلاثية الأطراف فللصغير فيها حق و للأب فيها حق و للحاضن فيها حق والتوفيق

بين هذه الحقوق هو الذي يلي الوظائف الشرعية للحضانة.

وعليه سنقسم دراستنا في هذا المطلب إلى ثلاث نقاط أساسية:

- تعريف الحضانة
- حكم وطبيعة الحضانة
- أدلة مشروعية الحضانة

أحكام الحاضن و المحضون

الفرع الأول: تعريف الحضانة

1- الحضانة لغة:

الحضن بالكسر مادون الإبط إلى الكشح أو الصدر و العضدان وما بينهما وجانب الشيء وناحيته والجمع أحضان وحضن الصبي حضنا والحضانة بالكسر جعله في حضنه أو رياه، والحاضنة الداية¹.

2- الحضانة اصطلاحاً:

هي تربية الطفل والقيام بشؤونه في سن معينة ممن له الحق في تربيته من محارمه².

أوهي تربية الولد لمن له الحق في الحضانة، أو هي تربية و حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها³.

إلى جانب هذا فقد عرفها فقهاء المالكية من بينهم الدسوقي على أنها حفظ الولد والقيام بمصالحه وفسرها بأنها حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه، والقيام بمصالحه من طعامه و لباسه وتنظيف جسمه و موضعه⁴.

¹ القاموس المحيط ج1، ص.3،7،3،6، باب النون، فصل الحاء.

² موسوعة الأحكام الشرعية، الجزء الثالث، ص.241.

³ البدائع 4/40، الشرح الصغير 2/756، مغني المحتاج 3/452، كشف القناع 5/576.

⁴ حاشية الدسوقي، محمد عرفه الدسوقي، الحاشية على شرح الدر دير، الجزء 2، ص.596.

أحكام الحاضن و المحضون

أما الرهوني فعرفها بأنها وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يريه حتى يقوم بنفسه¹.

ويلاحظ هنا أن المالكية عدو الحضانة بأنها كفالة، فطابقت بذلك أقوال بقية الفقهاء.

أما التعريف القانوني للحضانة فقد جاء في المادة 62 قانون الأسرة الجزائري بأن الحضانة هي: " رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " .

وعليه نجد أن المشرع الجزائري جعل الحضانة ولاية وسلطة على المحضون، يتوجب على الحاضن تربيته وتعليمه وحمايته .

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية نجد أن المشرع حصر شروط الحضانة في الأهلية ولا يقصد هنا بلوغ سن الرشد أي 19 سنة بل القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل².

وعرفتها المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها حماية الولد مما قد يضره قدر

المستطاع

و القيام بتربيته ومعالجته، كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ

الولد في مبيته والقيام بتربيته

¹ حاشية الرهوني، على شرح مختصر خليل، جزء 4 دار الفكر، بيروت، ص. 197.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005، ص. 380.

أحكام الحاضن و المحضون

كما عرفها قانون الأحوال الشخصية العراقية بأنها تربية الطفل وتدير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا أو المحافظة على من يستطيع تدبير أموره بنفسه و تربيته بما يصلحه و يقيه مما يضره¹.
وعلى العموم فالحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده، ممن له الحق في الحضانة في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء وأساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به و العناية بشؤونه في كل فترة من فترتي حياته².

الفرع الثاني: حكم وطبيعة الحضانة

1- حكم الحضانة:

بما أن الحضانة إحدى المسؤوليات الشرعية التي يترتب عليها نفع عام أو ضرر عام باعتبار أن صلاح المجتمع بصلاح أفراده و الأطفال هم أفراد الجيل و المجتمع مستقبلا، والأبوان بحكم عقد الزوجية مسؤولان عن سلامة ورعاية الأبناء سواء مع قيام الزوجية أو بعد الفرقة فإنه هناك من يرى أن الحضانة حق للأم لها كل الحق في التنازل عنها وإسقاطها، وهناك من يرى أنها حق للصغير وعلى هذا لا يجوز إسقاطه، لأنه حق للغير وليس للحاضن التصرف في هذا الحق، وهناك أيضا من يرى أنها حق للأم والصغير معا، فلو وجد من يقوم بها غير الأم فلها إسقاطها و التنازل عنها و الامتناع عن القيام بها، و إذا تعينت فلا حق لها في تركها و إسقاطها لأن حق الصغير أقوى من حقها³.

¹ قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم 188 لسنة 1959 (التعديل الثاني) المقدمة، رابعا 2، ص.17.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص.308.

³ محمد عليوي ناصر، رسالة الماجستير، الحضانة بين الشريعة والقانون، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة لنشر، ص.41.

أحكام الحاضن و المحضون

وعليه فالحضانة هي عبارة عن توكيل للأم من أجل تربية طفلها ورعاية متطلباته، و توكيل للأب من أجل التصرف في نفس ولده وماله إذن فهي حق واجب فالواجب يتضح لما للحضانة نفسها من أهمية والحق يتضح لما فيها من مصلحة للآخرين، فالواجب في الحضانة أقوى من الحق وأولى، لما تقتضيه مصلحة الصغير من حفظ حياته ورعايته فلا يجوز ترك الصغير بدونها ثم بعد ذلك ينظر إلى الحقوق بحسب الأولوية التي يتحقق بها أكبر فائدة ممكنة، ومما لا شك فيه أن الواجب يتحقق أولاً بعائق لا ينازعهما في ذلك مع وجودهما وقدرتهما على الحضانة أحد باعتبار الآية "وأولوا الأرحام" وليس أولى منهم أحد مهما قرب... ثم يفضل الأم للنص عليها بالحديث الشريف "أنت أحق" فإذا فقدت ما يمنحها الأفضلية فالأب وبعدهما القربى والأقدر على أداء هذا الواجب¹.

2- طبيعة الحضانة:

اختلف الفقهاء في تكييف حق الحضانة، فذهب البعض إلى أنه حق للحاضنة لها أن تنزل عنه ولا تجبر عليه وذهب آخرون إلى أنه حق للصغير تجبر عليه الحاضنة، ورأي ثالث يرى أنه حق للحاضنة والطفل معا وأن أقوى الحقين هو حق الطفل و مصلحة مقدمة على مصلحة أبويه و يترتب عن ذلك: أنه إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنه غيرها من المحارم أو وجدت من دونها و امتنعت، فحينئذ تجبر إذا لم يكن لها زوج غيرها، وأنه ليس للأم أن تتفق مع الأب على إسقاط حقها في الحضانة لأن في ذلك تفويت لحق الصغير في البقاء في يدها ولا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الحق، وأنه كذلك تجبر الأم على الحضانة إذا لم توجد حاضنة غيرها.

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، سنة 2001، ص. 170.

أحكام الحاضن و المحضون

أما عن حضانة الأم فيترتب عن حقها أنه ليس للأب أن يأخذ الصغير من الحاضنة إلا بمبرر شرعي كتخلف أحد شروط الحضانة أو وجود متبرعة أو من ترضى أجرا أقل للحضانة وكذلك ليس للأب أن ينقل الصغير من البلد الذي تقيم فيه الحاضنة لما يترتب عن ذلك من تفويت حقها في الحضانة وأنه لو كان للصغير مرضعة غير حاضنته وجب عليها أن ترضعه في مكان الحضانة حتى لا يفوت حقها في الحضانة¹.

الفرع الثالث: أدلة مشروعية الحضانة

1- في القرآن الكريم :

في قوله عز وجل: ﴿ وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا ﴾. سورة النساء الآية 9.

وفسرت الآية ﴿ ذرية ضعافا ﴾ أولادا صغاراً.

﴿....وخلق الإنسان ضعيفا﴾ سورة النساء الآية 28.

حيث فسرت هذه الآية بأن الإنسان يشاء في هذا الوجود ضعيف لا يقوى على الإنفراد بمواجهته إلا بقدر من ليس بالقصير

وأيضاً قوله عز وجل: ﴿ الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة

ضعفاً وشيبة... ﴾. سورة الروم الآية 54.

¹ محمد حسين منصور، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الجامعة الجديدة للنشر سنة 2003، ص. 254.255.

أحكام الحاضن و المحضون

ومن بين التفسيرات لهذه الآية أن الضعيف الأول الوارد في الآية بماء معين و الثاني بضعف الطفولة والثالث بضعف الكبير¹.

(2)- في السنة:

الأم أولى بحضانة ولدها من أي شخص آخر لوفرة شفقتها ودليل تقديم الأم من السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: ﴿كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو يبصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء، هل يحسون فيها من جدعاء﴾².

فتفسيرا لذلك الحديث يخلق الطفل نقيًا صافيا ولكن البيئة الفاسدة هي التي تلوث فطرته وتفسد خلقه ولا سيما أبواه إذ لهما الدور الأكبر في إصلاحه أو إفساده فهما سبب استقامته لذلك يقتضي الأمر وجوب الحاضن أن يهتم بمحضونه أحسن اهتمام³. ودليل آخر ما روى أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت له هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وأن أبوه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتزوجي⁴.

أما الإجماع: كما روي أن عمر بن الخطاب فارق امرأته جميلة بعد أن أنجب منها عاصما ثم قام بخلاف بين عمر ومطلقاته بشأن حضانة عاصم ابنتهما كل يود أن يضمه إليه و من ثم رفع هذا النزاع إلى أبي

¹ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دار الكتب الجامعية، لبنان، سنة 2008، ص. 51.

² الإمام أبو عبد الله محمد البخاري، صحيح البخاري، المجلد الأول باب "إذا أسلم الصبي"، الجزء 2، دار الفكر، ص. 97.

³ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 127.

⁴ رواه أبو داود في سننه الكتاب الطلاق باب من أحق بالولد، رقم 2267، الجزء الثاني، ص. 707.

أحكام الحاضن و المحضون

بكر رضي الله عنه فقضى بمنع عمر من ضم ابنه إليه وقال لعمر: ريجها ومسكها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك¹.

وكانوا الصحابة حين قال ذلك حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك فكان إجماعا.

الأم أقرب إلى الولد وأشفق لا يشاركهما في القرب إلا أبوه وليس به مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفع الولد إلى امرأته فأمه أولى به من امرأة أبيه.

وهذا ما جاء في قول الشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير وأعرف بتربيته وحملة و تنويمه و أصبر عليه وأرحم فهي أقدر وأصبر في هذا الموضوع فتعينت في حق الطفل تمييز المخير في الشرع ثم قال: ومم ينبغي أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا فلا يقدم المعتدي أو المفرط عن العادل البار مطلقا فكل ما قد مناه إنما تقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة و إن دفعت به مضرتها فأما مع وجود فساد من أحدهما فالآخر أولى بها بلا ريب².

¹ أبي عبد الله البخاري الجعفي صحيح البخاري، المجلد الرابع باب من أحق بالولد الجزء 7، دار الفكر، ص. 69.

² نايف بن محمد، عن موقع قانون نت Kanoun net، الموضوع الحضانة.

أحكام الحاضن و المحضون

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة

يتساوى الرجال و النساء في أهليتهم لحضانة الصغير مع اختلاف في الأولوية والتباين في الترتيب.

وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا لها، ذلك بتوافر شروطها إذ يرى الفقهاء¹، أن هناك شروط

عامة يجب توافرها في الرجال والنساء معا وبعضهما يخص النساء فقط والبعض الآخر لا بد من توافره في

الرجال.

ولتحديد هذه الشروط التي لم يبينها المشرع صراحة وحث الرجوع إليها في أحكام الشريعة

الإسلامية وذلك حسب ما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " كل ما لم يرد

النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

وعليه نتعرض في هذا المطلب إلى ثلاثة نقاط أساسية:

■ الشروط العامة في الرجال والنساء

■ الشروط الخاصة بالنساء

■ الشروط الخاصة بالرجال

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء

¹ إذ يشترط في الحقيقة :

الحقيقة في الحاضن أن لا يوجد وأن لا يكون فاسقا وأن تتزوج الحضنة غير أبيه، وأن لا تترك الصبي دون مراقبة وأن لا يكون الأب معسرا. أما الشافعية فيشترطون في الحضانة سبع شروط و هي العقل، الحرية، الإسلام، العفة، الأمانة، الإقامة في بلد المحضون وأخيرا أن لا تكون أم المحضون متزوجة بغير محرم.

ويشترط الحنابلة في الحضانة العقل، أن يكون رقيقا، أن لا يكون عوزا أن لا يكون أبرصا أو أجمدا، أن لا تكون الحضنة متزوجة بأجنبي عن الطفل. أما المالكية فيشترطون في الحضانة، العقل، القدرة على القيام بشؤون المحضون، أن يكون للحاضن مكان لممارسة الحضانة، الأمانة في الدين، أن لا يكون الحاضن مصاب بمرض معد، أن يكون الحاضن راشدا، الخلو عن زوج دخل بها.

أحكام الحاضن و المحضون

تثبت الحاضنة للرجال كما يثبت للنساء، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال وذلك لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة، ومن بين الشروط العامة لممارسة حضانة النساء والرجال ما يأتي:

1- شرط العقل:

وهذا الشرط يتمشى والمنطق فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل، لأنه هو في حد ذاته قي حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه حسب ما أوضحته المواد 82،83،84 من قانون الأسرة الجزائري و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره فالجنون يفتقد إلى الإدراك أو التمييز و يشكل خطر على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له ،ونشير هنا إلى أنه يستوي أن يكون جنونه دائما أو متقطعا وإن كان المشرع الجزائري يشير إلى هذا الفرق بين أنواع الجنون ،فكلاهما مانع من الحضانة ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ولو كان من القلة بحيث لا يحدث إلى مرة واحدة في السنة،وذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه خطر عليه ،فقد يثور جنونه في أي وقت وإن كان نادرا أو قصير¹ ، ولو مثلا يوم واحد في السنة،لأن الهدف من الحضانة كفالة مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له ،وعليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصلحته ،كما أن المعتوه يأخذ حكم الجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير وبالتالي لا يمكنه أن يرعى غيره² .

كما أن غير العاقل لا ولاية له على نفسه ،فمن باب أولى أن لا تثبت له ولاية على غيره.

¹ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص.235.

² العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء الأول،الزواج والطلاق ديوان المطبوعات الجامعية،سنة 1999، ص. 380.

أحكام الحاضن و المحضون

و إلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه مالا يليق¹.

2- شرط البلوغ:

الحضانة هي تولي شؤون الصغير ورعايته، لذلك لا يعقل لمن هو ليس من أهل الولاية أن تستند له الحضانة، فالصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره لأن الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤوليتها إلا الكبار لذلك فإنه يشترط في الحاضن أن يكون بالغاً، والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام التاسع عشر (19) سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني²، أما إذا تعلق الأمر بالمراهقة فإن الرأي عند ابن عابدين في ذلك أنه إذا ادعت البلوغ وكان الظاهر يشهد على صدق ادعائها فإنها تستحق الحضانة³، والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد ما الموقف بالنسبة للصغيرة التي تزوجت قبل بلوغ السن القانونية بموجب ترخيص من رئيس المحكمة، هل تستحق الحضانة أم لا؟

إن المشرع الجزائري لم يشير إلى هذه النقطة صراحة ولكن يمكن القول أنه مادامت الفتاة راشدة للزواج فإنها بذلك تصبح أهلاً لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج، وتحمل بالتالي أيضاً نتائج فشل هذا الزواج فالأم التي تقدر على تربية الطفل وهي متزوجة رغم سنها تقدر على احتضانه وهي مطلقة إلا إذا

¹ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، لبنان سنة 2006، ص.159.

² الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في أوت 2005.

³ محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على الدار المختار الحاشية ابن عابدين، ج 05 دار عالم الكتب، المملكة العربية .

أحكام الحاضن و المحضون

ثبت عدم قدرتها وهذا ما يستشف من الفقرة الأخيرة من المادة 07 من القانون الأسرة التي جاء فيها: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و الإلتزامات".

3- شرط الأمانة على الأخلاق:

الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، إذ كانت الآراء الفقهية متقاربة بشأن حق الفاسقة في الحضانة، فقد اتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة إلا أنهم اختلفوا حول درجة الفسق، فهم يفرقون بين الفسق المطلق والفسق الأقل حدة، وهم يرون أن الفسق المطلق يمنع من الحضانة و تاركة الصلاة عندهم تدخل في هذا الإطار.

ويقصدون بالفسق الذي يضيع به الولد كخروج الأم من المنزل وانشغالها عن صغيرها بالزنا، بل وقد تشدد هؤلاء في رأيهم فاعتبروا كثرة انشغال المرأة بالصلاة والتعب على حساب تربية صغيرها هو في حد ذاته سبب من أسباب انتزاع الحضانة منها¹.

وقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة، على أن الفسق مانع من موانع الحضانة لأن الفاسق لا يمكن الاعتماد عليه في تربية الصغير ولا ثقة فيه بل يخشى منه أن ينشأ فاسقا مثله، لذلك فإن الفاسقة ليست أهلا لتحقيق مقاصد الحضانة فالمرأة غير المستأمنة على نفسها كيف يطلب منها أن تكون أمينة على المحضون²، وتقدير كثرة الخروج يعود إلى القاضي لأنه هو الذي يقدر إن كان هناك فجورا وإشهارا ولقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة في الأخلاق شرطا جوهريا في الحاضن وكرس ذلك في العديد من

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الفكر العربي، دمشق 1952، ص. 728.

² عبد العزيز عامر، المرجع السابق نص 729.

أحكام الحاضن و المحضون

أحكامه وقراراته، إذ يري أن الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة الشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير آمنة على نفس الطفل وأدبه وخلقه فينشأ على طريقته ومتخلقا لخلقها.

فأسقط القضاء الحضانة على الأم لأنها مرتكبة لجرمة الزنا ، فجاء في قرار للمحكمة العليا "من المقرر شرعا وقانون أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين في الحال ، أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة¹.

4- شرط القدرة:

ويقصد بالقدرة، الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته لأن الحضانة كما سبق بيانه مهمة شاقة، فرعاية الطفل والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية و الخلقية تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية، فلا تكون الحضانة مسنة إذا يحول سنها دون الاعتناء بالصغير، كما يجب أن لا تكون المريضة بمرض يقعدها الفراش أو مرض معد من شأنه أن يخشى على الطفل من انتقال العدوى إليه، كما يجب أن لا تكون منشغلة على الصغير بحرفة ما بحيث لا تملك الوقت الكافي لرعايته، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير و تدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة²، هذا وأن أغلب الفقهاء يشترطوا أن لا تكون الحضانة كفيفة بل لا تكون ضعيفة البصر، و يجبذا لو اشترط الفقه والقانون أن تكون الحضانة سليمة الحواس ليس البصر فقط وإنما البصر والسمع أهمها.

¹ المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، 1997/09/30، ملف رقم 171684، م ق 2001، عدد خاص، ص. 169.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 726.

أحكام الحاضن و المحضون

فالمالكية والشافعية والحنابلة يدخلون العمى في مانع العجز وينيطون حضانة العمياء وغيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون ولو كان ذلك بمساعدة غيرها أما إذا منعها شيء آخر من ذلك عن رعاية شؤون المحضون فلا تكون لها الحضانة¹.

وعن المرض الذي يحول دون استحقاق الحضانة، فإنه يشترط أن يكون ضارا ومعديا كالبرص والجذام والزهري، فهنا يخشى انتقال العدوى إلى الصغير أو يخشى تفاقم المرض لديه إن كان مصابا أيضا بذلك المرض، وحتى لا تحرم الحاضنة من حق الحضانة فإن بعض الفقهاء اشترطوا أن يكون المرض فاحشا وليس خفيفا، وهنا نتساءل عن المعيار الذي يعتمد عليه للقول أن المرض فاحش أو خفيف؟.

إن الحنابلة يؤكدون على هذا الرأي خوفا منهم على الطفل من حليبها وتجدد الإشارة من أن الأستاذ عبد العزيز عامر²، يرى أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، بغض النظر عن المرض سواء كان فاحشا أو خفيفا فإنه إذا كان معديا فإن المرأة تحرم من الحضانة لحماية الطفل.

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09: " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ الصغير ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد حرقا لقواعد الفقه الإسلامي ".

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤونها ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادوا عن

¹ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان سنة 1990، ص.522.523.

² عبد العزيز عامر، المرجع السابق 271 وما بعدها.

أحكام الحاضن و المحضون

الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ومتى كان كذلك استوجب نقد وإبطال القرار المطعون فيه تأسيس على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ¹.

5- شرط الإسلام:

لقد طرحت تساؤلات عدة حول اشتراط كون الحاضنة من نفس دين الصغير وهل تحضن الذمية ابنها المسلم؟.

بما أن الحضانة مرادها الشفقة وبالتالي فلا داعي إلى حرمان الذمية من حضانة ابنها مادامت تكن له الشفقة ولا يعقل هو دينا لأن ذلك لا يؤثر عليه، أما إذا كان يعقل الدين فإنه ينتزع منها لاحتمال الإضرار به، و يحدد السن الذي يعقل الدين 07 سنوات لأنه في هذا السن يخشى على الصغير من تعلم الكفر والاعتیاد عليه²، كما أن شرط إتحاد الدين ليس شرطا عند المالكية لممارسة الحضانة بل أن الذمية و الجوسية لا تمنع من احتضان صغيرها ولكن مع ذلك توضع تحت رقابة أناس مسلمين حتى تحمي مصلحة الصغير ودينه، وقد استشهدوا على رأيهم هذا ما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم وأبت زوجته أن تسلم فأنت النبي عليه الصلاة و السلام.

فقلت: " ابنتي و هي فطيم أو شبهة "، وقال رافع: " ابنتي " فقال النبي عليه الصلاة و السلام: " أقعد ناحية " وقال لها : " أقعدي ناحية " وقال: " أدعوها " فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي عليه الصلاة والسلام: " اللهم أهدها " فمالت إلى أبيها فأخذها ولأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، لكن هؤلاء اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة.

¹ م، ع، غ، أش، 1984/07/09، ملف رقم 3391، م ق 1989 عدد 04، ص.75.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.726.

أحكام الحاضن و المحضون

أما الأحناف رأوا جواز حضانة الكافرة لكن بشرط أن لا تكون المرتدة لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب أو تموت في الحبس أما الشافعية والحنابلة فرؤوا العكس تماما بحيث يجرمون الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين لأنها قد تخرجه من الإسلام¹.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يرى الطفل عن دين أبيه، و لا فرق بين مسلمة وغير مسلمة في مسألة الحضانة ويتضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بموقف الإمام أبو مالك رضي الله عنه حيث يساوي بين الأم المسلمة وغير مسلمة في استحقاق الحضانة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13 مارس 1989 حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إن خيف عن دينه وأن حضانة الذكر بالبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية " ¹.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء تذكرها فيما يلي:

1- شرط أن لا تتزوج الحاضنة بغير محرم للصغير:

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون بحيث: هناك رأي يرى أن الحضانة تسقط بالتزويج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى وهذا ما اتفق عليه الأئمة الأربعة المالكية،

¹ الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص. 161.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 13/03/1989، ملف رقم 52221، ذكره الدكتور نصر الدين ماروك في كتابة قانون الأسرة بين النظري و التطبيق، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية سنة 2004، ص. 122.

أحكام الحاضن و المحضون

الشافعية، الحنابلة والحنفية وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله ابن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أن ينتزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي " ² وهذا الحديث جعل حق الحضانة للأُم حتى تتزوج وعندها لا يكون لها هذا الحق .

أما الرأي الآخر فيرى أن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهو رأي أكد عليه ابن حزم الظاهري.

وبالرجوع دائما إلى مصلحة المحضون فإننا نرى أن الزواج في حد ذاته لا يسقط الحضانة ولكن الذي يسقطها كلها هو تزوجها بأجنبي يخشى أن يسيء معاملة الصغير وينبذه، لذلك يمكن القول أن زواج الحضانة بأجنبي غير محرم هو الذي يسقط حق الحضانة عن المرأة الحاضنة وذلك إنقاذا للصغير من حياة قد تكون قاسية عليه وإن تزوجت الحضانة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة وله من صلة القرابة بالطفل ما يحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه.

لكن السؤال الذي يمكن طرحه وهو إن سلمنا بأن الزواج يسقط حق الحضانة فمتى تسقط الحضانة؟ هل بمجرد إبرام عقد الزواج أم لابد من الدخول؟

² أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود، شرح سنن أبي داود، الجزء السادس، دار الفكر العربي بيروت، سنة 2003، ص. 298، سنن الدار القطنية الجزء التاسع، ص. 87 طبعة إلكترونية.

أحكام الحاضن و المحضون

هناك رأيان فقهيان فالرأي الأول يرى سقوط الحضانة بمجرد إبرام عقد الزواج لأن الزوج يملك

الاستمتاع بزوجته بمجرد العقد وهذا هو الرأي الذي اعتمده الحنفية والشافعية وجمهور الفقهاء¹.

أما الرأي الثاني فيرى أنه لا بد من الدخول بالزوجة حتى يسقط حقها في الحضانة لأن الزوجة

تصبح منشغلة بزوجها وهذا هو رأي مالك.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتنبص المادة 66 من قانون الأسرة على أنه "يسقط

حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" وعليه أن يفهم من هذه المادة

أن حق الحضانة يسقط بزواجها بالأجنبي وبقريب غير محرم، ولقد كرست المبدأ في العديد من قراراتها

حيث جاء في القرار المؤرخ في 05-05-198: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في

المرأة الحاضنة و لو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة

لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق الحكم الشرعي عن قضاء في مسائل الحضانة لذلك

يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ و أسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي

عن المحضونة².

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 522-523.

² م، ع، غ، أش 1986/05/05، ملف رقم 40438، م ق 1989، عدد 02، ص. 75.

أحكام الحاضن و المحضون

2- شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير:

أي أن تكون الحاضنة رحماً محرماً للمحضون كأمه أو أخته أو جدته فلاحق لبنات العم و بنات العمة و بنات الخال و بنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية و لكن الحق في حضانة الإناث و ليس لهم الحق في حضانة الذكور¹.

3- شرط عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه:

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير أو يعرضه للأذى والضياع سبباً مسقطاً لممارسة الحق في الحضانة، فلا حضانة للجددة إذا سكنت مع ابنتها إذا تزوجت إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"².

4- شرط ألا تكون قد امتنعت عن حضانة الصغير مجاناً والأب معسراً:

الأب إن وجد الحاضنة المتبرعة سقط حق الأم في الحضانة معاوضة لأن إعسار الأب يقتضي رعاية حاله فإذا توافرت هذه الشروط أصبحت المرأة أهلاً للحضانة و ثبوت الحق لها رهن بترتيبها في سلم الحاضنات، أما إذا اختلت هذه الشروط أو تخلف بعضها فيسقط حق المرأة في الحضانة³.

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة 1957، ص.408.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.730.

³ محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ص 175.

أحكام الحاضن و المحضون

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

إن 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. ويشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل و الأمانة و الاستقامة شروط خاصة بالرجال فقط و هي:

1- شرط أن لا يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى:

أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كانت مشتتة فلا يضع القاضي الإناث عند الذكور و لا الذكور عن الإناث متى تعين غير المحرم للحضانة إلا إذا وجد القاضي المسلم مصلحة في ذلك¹. ولقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين تفاديا للخلوة بها لعدم المحرمية، وإن لم تبلغ البنت حد الفتنة أعطيت له بالاتفاق لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها و لا يخشى عليها الفتنة منه².

2- شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون:

لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير مسلم وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذوا لرحم المحرم مسلما فليس له حق الحضانة بل حضانة إلى ذوي رحمه المحارم من

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص، 179.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 730.

أحكام الحاضن و المحضون

أهل دينه ،وإذا كان الولد مسلماً وذو رحمه غير مسلم ،فلا تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ

قد بيني حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث¹.

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة و ترتيبهم

تماشياً مع أحكام الطبيعة، يشهد البعض أن الحضانة مؤسسة سوية بالأساس، فالنساء تحتفظ بالأولوية وتحظى بالأسبقية في موضوع الحضانة إن لم نقل تحتكرنه، ولعل أن السبب في ذلك راجع بالدرجة الأولى إلى أن الشفقة والحنان اللذين تتطلبهما الحضانة تتوفر عندهن لاشك ويرجع ذلك أيضاً إلى عدم توفر الوقت الكافي للأب للعناية بالطفل وفي هذا الإطار قد أكد علماء النفس والإجماع على دور الأم خاصة في حياة الطفل.

ومنه فإذا كانت النساء أولى بالحضانة فإن أم المحضون تتصدرهن و تسبقهن وهذا اعترف به المشرع

الجزائري في نص المادة 64 من قانون الأسرة.

وعليه ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى:

من له الحق في الحضانة .

ترتيب مستحقي الحضانة.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص 408.

أحكام الحاضن و المحضون

المطلب الأول: من له الحق في الحضانة

المقصود هنا بمن له الحق في الحضانة معرفة من له هذا الحق هل هو الصغير أو الحاضن فإذا كان حق للصغير وجب على الحاضن القيام بالحضانة قضاءً أو يجبر عليها إذا امتنع، وإذا كان حقاً للحاضن فإنه يكون غير واجب عليه القيام بالحضانة قضاءً ومن ثم فلا يجبر عليها إذا امتنع، وقد اتفق فقهاء الحنفية على أن الأب يجب عليه إمساكه وحفظه ويجبر على ذلك إذا استغنى عن النساء لأن ذلك حق للصغير عليه، وإذا اختلفوا في وجوب حضانته على الأم ونحوها من النساء في المرحلة التي فيها يحتاج لخدمة النساء وفي جبرها إذا امتنعت.

وبناء على ذلك إذا تعينت الأم أو غيرها لحضانة الصغير بأنه إذا كان لا يوجد سواها من ذوي الرحم المحرم أو كان يوجد من يليها في الاستحقاق ولكنه يرغب عنها أو أن مصلحة الصغير لا تقتضيه أو لم يكن للولد مال ولا أب له ولم توجد من تتبرع بحضانته من ذوات الرحم المحرم أجبرت على الحضانة، أما إذا لم يتعين على هذا النحو فإن وجد غيرها ممن تتوفر فيه شروط الحضانة فإنه يكون عندها لأن فيه رعاية لمصلحة المحضون إذ سوف يكون في حضانته من هو أهل لها¹.

الفرع الأول: من يثبت له الحق في الحضانة

يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات فالولاية الأولى التربية والولاية الثانية هي الولاية على النفس والثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال، فالولاية الأولى الدور الأول منها يكون للنساء وهو

¹ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة سنة 2004 ص 225-226.

أحكام الحاضن و المحضون

ما يسمى بالحضانة التي لا يستغني فيها النساء ممن لها الحق في تربية الطفل شرعا وهي الأم ثم لمحارمه من النساء، وثبت وجوبها عليهن أولا لأن الطفل في ذلك الدور من حياته إلى رعايتهن.

وكذلك لا تثبت لإمرأة من النساء إلا إذا كانت محرمه لأن القرابة المحرمة هي التي تناط بها الحقوق و الواجبات في أكثر الأمور الشرعية و لأنها أوثق وأعطف، ولذلك كانت سببا في التحريم في الزواج على حد قول الكاساني: أن مبني الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة¹.

الفرع الثاني: حالة عدم وجود حاضن

في بعض الأحيان قد يتخلى ذوي الحق في حضانة المحضون فالأم تتخلى عن رعاية طفلها لأنها ترى في ذلك قيد لها ومانع لها من الزواج للمرة الثانية أو عدم قدرة الأب عن توفير شروط الإمكانات الضرورية لحضانة الولد أو حيث لا يوجد من يتولى حضانته من الرجال أو النساء. و من هنا هل يجوز إجبار هؤلاء الأشخاص الذين تثبت لهم الحضانة بحضانة الولد؟

إن قانون الأسرة الجزائري لم يجب عن هذا السؤال ولم يساعدنا قضاة الأحوال الشخصية لإيجاد حل لهذا المشكل الذي أصبح كثير الوقوع في حياتنا، أما فيما يخص رأي الفقهاء من المالكية و الحنفية والشافعية فيرون أن الحضانة حق للأم لها أن تتنازل عنها في حالة ما إذا وجد من يحضن الطفل بدلا عنها² وفي حالة تعذر وجود من يحضن الصغير فللقاضي أن يضعه إلى من يثق في صلاحياتهم و

قدرتهم على هذا العمل مع مراعاة مصلحة المحضون³.

¹ الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص404-405.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص405.

³ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص605.

أحكام الحاضن و المحضون

أما ما يراه الأستاذ عبد العزيز سعد فإنه يرى أنه على المحكمة أن تخبر الأم على الحضانة في حالة الامتناع عنها حتى ولو نقصتها بعض الشروط الخاصة بالحاضنة دون أن يؤثر على ضمان مصلحة المحضون¹.

الفرع الثالث: ما يراه القاضي أصلح للمحضون

في حالة ما إذا كان القاضي مسؤولاً عن تعيين من يصلح للحضانة فإنه يجب عليه أن يتحقق من نزاهة الشخص المؤهل للحضانة ومن أنه سيقوم بمصالح الصغير لو كان من الأجانب وذلك اتقاء لإبقاء الطفل بدون حاضن.

وعلى كل حال فالذي نراه تفسيراً لروح النصوص القانونية أن حق الحضانة ينتقل إلى القاضي حيث يختار من يراه أهلاً للحضانة مما يضمن فيه مصلحة المحضون، فإن كانت أنثى لا قريب لها يسلمها لامرأة ثقة أمينة تسهر على رعايتها وإلا لرجل إذا كانت الطفلة صغيرة جداً بحيث لا يخشى عليها من الفتنة، وإذا كان ذكراً فليس للأنثى في حضنته لما يخشى عليه من الفتنة ومن هنا ندرك بوضوح الأهمية العظمى لمصلحة المحضون وكيف أنها تدخل في سائر نواحي الحضانة لتنظيمها و تضبطها، كما نرى أنه في حالة انعدام الحواضن الأقارب يبقى للقاضي مؤشراً واحداً هو مصلحة المحضون وتبقى المسألة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة².

و عليه يظهر من ذلك أن الدور الذي يلعبه القاضي في الحضانة يختلف عن دوره في المواد المدنية الأخرى التي يقتصر فيها على تطبيق النص القانوني بل أن دوره في مادة الحضانة يقتضي منه البحث من

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر 1996، ص 294.

² تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 419-420.

أحكام الحاضن و المحضون

تلقاء نفسه عن مصلحة المحضون وعدم الاكتفاء في ذلك بما يقوله الشقان المتنازعان و يقتضي منه معاملة المحضون كشخص هو صاحب الحق في النزاع عن الحضانة لا كموضوع لهذا النزاع.

وقد عبر عن ذلك صراحة مشروع تقنين الشريعة الإسلامية لسنة 1907 في المادة 111 التي نصت على أنه: " في حالة انعدام القريب الرحمي يختار القاضي الشخص الذي يثق فيه ويكون أهلا لحضانة الطفل" وكما عبر عنه مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية عندما قال في مادته 139 على أنه: "إذا لم يوجد الأبوان ولم يقبل الحضانة مستحق لها، يختار القاضي من يراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم أو إحدى المؤسسات المؤهلة لهذا الغرض" ¹.

المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة

لقد أخذ ترتيب الحاضن اهتماما بالغا من قبل الفقه الإسلامي حيث قد اعتمد في سبيل ذلك ليس فقط تحري الأشخاص الأقرب للطفل و الأكثر وجودا للعطف والشفقة بل والأكثر حرصا على تربية الصغير و تأديبه، وذلك مما جعل الترتيب الذي جاء به يتماشى وجدارة الحواضن حسب نظرة كل فقيه لمصلحة المحضون ².

فمسألة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة من المسائل المختلف فيها بين المذاهب، إلا أنه من المتفق شرعا و قضاء أن الأم أولى بحضانة ولدها هذا ما جاءت به نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

¹ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 421.

² تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 367.

أحكام الحاضن و المحضون

"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع

مراعاة مصلحة المحضون في ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وجاء في عرض أسباب هذا التعديل عن طريق تقديم الأب عن الجدة لأم والخالة في إسناد الحضانة

على اعتبار أن الأب أولى منهم وأكثر حرصا على رعاية أبنائه¹.

ولعل تقديم المشرع لمرتبة الأب عن الجدة لأم وعن الخالة جاء متأثرا برأي ابن قيم الجوزية بحيث

يرى أن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في الميراث والولاية، كما جاء ابن قيم الجوزية ببعض الضوابط

التي حددها الفقهاء في ترتيب استحقاق الحضانة وهي أن الاعتبار في الحضانة بالولادة الحقيقية وهي

الأمومة أي الولادة الظاهرة أو الأبوة ثم الميراث ثم الإدلاء، وأن الحضانة ولاية تعتمد على الشفقة والتربية

والملاطفة فأحق الناس بها أقواهم بهذه الصفات وهذا الضابط جاء به ابن تيمية² لكن ما يؤخذ على

المشرع الجزائري في نص المادة 64 أنه جاء بعبارة غامضة ومبهمه بعدما حدد الدرجات الستة الأولى في

ترتيب أصحاب الحق في الحضانة حيث وردت عبارة- ثم الأقربون درجة ولم يبين ما المقصود بها في

نصوص قانون الأسرة.

فسكوت قانون الأسرة على تحديد هؤلاء الأقربون درجة يؤدي بالقضاة إلى رجوع إلى أحكام

الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 في كل مرة تفوق درجة الحضانة الرتبة السادسة.

¹ أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، المرجع السابق، 298 وما بعدها.

² ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد- المجلد الثاني، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان الطبعة الأولى سنة ص 1107.

أحكام الحاضن و المحضون

وبالرجوع إلى الآراء الفقهية نلاحظ أنها تختلف في تحديد مراتب الأشخاص على حساب كل مذهب من المذاهب الأربعة¹.

الفرع الأول: مستحقو الحضانة من النساء

الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بالطلاق أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها إذا كانت صالحة للحضانة وتوفرت فيها شروطها وتدعيما للدور الفعال الذي تلعبه الأم في حياة الطفل من تقديم طعام ورعاية وشفقة وصيانة. عن أبي هريرة أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال "يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحبتي" قال "أمك" قال ثم من "قال "أمك" قال ثم من؟ قال "أمك" قال ثم من؟ قال "أبوك" **².

وكذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم "من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"³.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 405.

² أبي عبد الله البخاري الجعفري، صحيح البخاري، المجلد الرابع، الجزء 7 و8 دار الفكر ص 69.

³ رواه أحمد والترمذي والحاكم عن أبي أيوب، الجزء 07.

أحكام الحاضن و المحضون

وعليه اختلف الفقهاء في تحديد مراتب أهل الحضانة:

1- المذهب الحنفي: يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بداية بأخوات المحضون ثم بنات الأخوات ثم الخالات على خلاف المذهب المالكي الذي يرتب الخالة بعد الأم مباشرة ثم بنات الأخوات ثم عمات المحضون، فخالات الأم ثم خالات الأب ثم عمات الأم فعمات الأب وتقدم دوما الأخوات التي لأم على الأخت لأب¹.

2- المذهب الشافعي: القريبات من المحارم، الأخت ثم الخالة، ثم بنت الأخ ثم العمّة، ثم بنت العم ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب تقدم على التي لأم على خلاف المذهبين المالكي والحنفي².

3- المذهب الحنبلي:

يرتب أصحاب هذا المذهب: القريبات الحاضنات بدءاً بالأخت الشقيقة ثم أخت لأم ثم الأخت لأب فالخالة فالعمة ثم خالات الأم ثم خالات الأب ثم عمات أبيه، بنات أخواته ثم بنات إخوته ثم بنات أعمامه ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أبيه³.

4- المذهب المالكي:

يرتب القريبات من المحارم ابتداءً من الأخت الشقيقة على التي لأم وهذه الأخيرة على الأب ثم عمته أخت أبيه ثم عمّة أبيه أخت جده ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق ثم التي للأم وبعدها التي لأب

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص405.

² عبد الرحمن الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني الطلاق وآثاره، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق سنة 1978-1979- ص 218-219.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص722.

أحكام الحاضن و المحضون

ثم بنت الأخت الشقيقة ثم التي للأُم و تليها التي لأب و إذا اجتمعن يقدم الأصلح منهن للحضانة و بعضهن رجع بنات الأخ على بنات الأخت¹.

وإن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سنا فإن تساوين من كل وجه تقدم الشقيقة على التي لأُم وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب².

الفرع الثاني: مستحقو الحضانة من الرجال

إذا لم يكن للطفل ذات رحم محرم تحضنه أو كانت و لكنها ليست مستوفية الشروط التي تسوغ لها حضانته، فإن الحضانة تنتقل إلى الرجال .

1- العصابات من المحارم الرجال:

لقد حددت المادة 150 من قانون الأسرة مفهوم العاصب بأنه: "العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم و إن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له"

والعاصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه حسب ما حددته المادة 152 من قانون الأسرة بنصها "العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر" وقياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة استغراق الأشخاص السالف ذكرهم، وقد حددت المادة 153 من

¹ عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 215.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 724.

أحكام الحاضن و المحضون

قانون الأسرة هذا الصنف حسب أربع جهات:

- جهة البنوة.
- ثم جهة الأبوة.
- ثم جهة الأخوة.
- ثم جهة العمومة¹.

وعلى ما تقدم ذكره فإن ترتيب هذه الفئة يكون بناء على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح.

وعليه فالأخ هو أخ المحضون الشقيق ثم الذي يليه لأن عند فقهاء المذهب الحنفي خلاف المذهب المالكي الذي يجعل الجد أسبق من الأخ وهو الجد للأب وإن علا، ثم ابن أخ المحضون ثم عم المحضون ثم عم المحضون الشقيق أو لأم ثم يليه الذي للأب، وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون و بالتالي يحق له حضانة الطفل.

ثم أبناء العم ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكر إذ أنهم من العصبات غير المحارم وبالتالي فلا حضانة لهم لأنثى و العصبات تقدم كما في الميراث الأقرب فلاقرب

2- المحارم من الرجال من ذوي الأرحام:

لا تتوقف القرابة عند القربيات من المحارم أو العصبات من المحارم من الرجال، حيث أنه إذا لم يوجد من هذه الفئة من تحضن الولد أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى محارم المحضون من

¹ الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 164.

أحكام الحاضن و المحضون

غير العصابة وهم على الترتيب كالتالي: الجد لأم ثم أخ لأم ثم ابن أخ لأم ، ثم الخال الشقيق فالخال لأم¹.

الفرع الثالث: آراء الفقه الإسلامي من مستحقي الحضانة

في الحقيقة أن الأبناء أمانة وضعها الله بين أيدي الآباء حيث يخلقون مزودين بقوى تصلح لأن توجه للخير كما يصلح لأن توجه للبشر وفي حالة الطلاق، حيث ينشأ الطفل نشأة خيرة ينفع نفسه وينفع أسرته ينبغي أن يكون أهلا لحضانته.

ونعني بذلك أن الشخص المستحق للحضانة هو من يسلك ما يتطلب منه مصلحة المحضون ومن ثم، فالمعيار الأساسي في اختيار أصحاب الحق في الحضانة هو مصلحة المحضون بمعنى أن الشخص السوي هنا لا يمكن أن يكون كذلك إلا بالعلاقة التي تربطه بالطفل، وما يجب الإشارة إليه في بداية الأمر أن تحديد أصحاب الحق وترتيبهم فيما عدا الأم لم يرد النص عليه إلا في الكتاب الكريم والسنة النبوية و إنما هو خلاصة اجتهاد فقهي وعلى هذا الأساس، اتفق الفقه الإسلامي على إعطاء الأولوية للنساء في الحضانة².

قبل الرجال وحتتهم في ذلك أنه إذا كانت الحضانة حق الأم دون الأب و يقتضي القياس أن تكون النساء أولا دون الرجال ،فالنساء أليق بالحضانة لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة وهن أهدى إلى التربية وأصر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال وإتباعا لذلك رتبوا الحواضن النساء وجعلوا بعضا مقدما على بعض حسب قوتهن ثم الرجال حسب ترتيبهم في الإرث وإذا قدموا في الجنس الواحد

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص732.

² تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص368.

أحكام الحاضن و المحضون

من كان أشفق وأقرب ، فأجمعوا أن يكون الأم في صدر القائمة وهي أولى من غيرها في تربية أطفالها استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم ** أنت أحق به ** تم تليها أم الأم لأنها أشفق و أقدر على القيام بها في المرحلة الأولى من الطفولة بصفة خاصة، وإذا اتفقت كلمة الفقه حول هذا الترتيب الأولى إلا أن ما اختلفت فيه هو الترتيب الذي يلي الأم وأم الأم إعمالا بالحديث الذي قال صلى الله عليه وسلم.

"الخالة أم" بينما تقدم الشافعية بأن الأخت من الأب أولى بحضانة من الأخت عن الأم في حيت اتفق الحنابلة والشافعية على أن يكون الأب بعد الأم وأم الأم ثم أمه ، أما الحنفية ذهبوا إلى التي تلي الأم وأم الأم هي أم الأب ثم الأب¹.

¹ تشوار حميد وزكية ، المرجع السابق، ص 370، 369.

أحكام الحاضن و المحضون

الفصل الثاني: أهم أحكام الحضانة

بعد انحلال الرابطة الزوجية تنشأ عدة آثار تتعلق بحق الحضانة والتي هي في نفس الوقت تعد أحكاماً لها، نص عليها كل من الشرع والقانون بكثير من التفصيل والتحليل، وعليه سنتناول في هذا الفصل الآثار المترتبة عن الحضانة والحالات التي تسقط فيها.

أحكام الحاضن و المحضون

المبحث الأول: الحقوق الشخصية والمالية للمحضون

إن انحلال الرابطة الزوجية من شأنه أن يترتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانوناً وشرعاً، ولعلها تكون الأم مبدئياً لكونها الأنسب والأجدر بها وينتج عن ذلك أثر تتطلبها ممارسة الحضانة ومراعاة مصلحة المحضون لينشأ ليما ويتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون وإضافة إلى ذلك كون الحاضنة تبذل مجهودات مادية ومعنوية في سبيل تربية المحضون والسهر على مصالحه.

فهل يتطلب ذلك مقابلاً لها بما يعبر عنه بـ "أجرة الحضانة" ؟

كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت ينمو في دفته المحضون تحت رعاية الحاضنة له.

وزيادة على ذلك فإن حضانة الطفل بعد طلاق والديه يفترض ابتعاده عن أحدهما ولجابهة ذلك اقتضى القانون والشرع من أن يحكم القاضي بحق الزيارة عند إسناد الحضانة، بحيث تلك هي الآثار المترتبة عن الحضانة التي سنتناولها كما يلي:

■ الحقوق الشخصية للمحضون

■ الحقوق المالية للمحضون

أحكام الحاضن و المحضون

المطلب الأول: الحقوق الشخصية للمحضون

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية وكسوة وعلاج وتربية وسكن وكل ما يتطلبه المحضون من إحتياجات لمعيشته وتنشئته القويمية، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال وتتجلى في نفقة المحضون ومجهودات معنوية وتبرز في زيارة ورؤية المحضون.

الفرع الأول: حق الزيارة

إن إسناد الحضانة إلى مستحقيها والذي يكون في الغالب الأعم للأم، بإعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، مما يؤدي به حتما إلى الإبتعاد عن الوالد، مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى وذلك بتمكّنه من الزيارة. وعليه نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أنه: " على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "

فيتضح من نص المادة أن للقاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة في أوقات معينة وأماكن محددة عند الحكم بإسناد الحضانة.

وحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة في الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون¹ بل ورتب عقوبة جزائية لمن يخل بهذا الحق وبعيثة به، إذ تنص المادة 328 من قانون العقوبات تنص على أنه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة مالية من 500دج إلى 5000دج، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأنه حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.386.

أحكام الحاضن و المحضون

بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني " ¹.

وتكرس حق الزيارة في عدة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في قرارها المؤرخ في 16/04/1990 أنه متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن للقاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه ².

وعليه ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ابنه سواء كانت الحاضنة هي الأم أو غيرها، لكنها لا تجبر على إرساله في منزله ، أو مكان إقامته إنما تؤمر بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن للأب أن يراه فيه.

¹ الأمر 66. 156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائية، عدد 49 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06. 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج، ر، عدد 84.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 03/04/1990، ملف رقم 19891، م. ق. 1992، عدد 01، ص. 55.

أحكام الحاضن و المحضون

وأيضاً ليس للأب إذا ضم الولد إليه ، أن يمنع أمه التي سقط حقها في حضانة الولد أو إنتهت مدة حضائته عندها من رؤية ولدها ، لكن لا يجبر على أن يرسله إليها في مكان إقامتها لتراه، بل يؤمر بأن يخرج الصغير إليها في مكان بحيث يمكنها رؤيته¹.

أما في حالة مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع عن زيارته وحضوره عند موته لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده فمشي ولده إليه أولى.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى ميعاد الزيارة بحيث تتم الزيارة عادة نهاراً لا ليلاً مرة في كل أسبوع بالنسبة للأم ومرة في كل شهر بالنسبة لغيرها وعند التنازع يقوم القاضي بتحديد ميعاد الرؤية أو مكانها ، يعين موعداً أو مكاناً مناسباً ويكلف من عنده الوالد إحضاره ليراه الآخر فيه وإذا إمتنع عن إحضاره أجبره عليه².

لكن المشرع الجزائري فيما يخص هذه المسألة لما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو غيرهما عليه أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه أحدهما ذلك فالمشرع الجزائري في هذا الحكم أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مقالها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم وكان على القانون عند من ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة والحالات التي تمكن القاضي أن يقتضي فيها بسقوط حق الزيارة على طلب الحاضن³.

¹ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.85.

² أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.250.

³ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.392.

أحكام الحاضن و المحضون

الفرع الثاني: حق الإنتقال به إلى مكان آخر

1- إنتقال الأم:

إذا كانت الحاضنة للصغير أمه وكانت الزوجية بينهما وبين أبو المحضون قائمة لا يجوز لها أن تنتقل بالمحضون من المكان الذي تقيم فيه مع الزوج إلى غيره من الأمكنة وإذا أرادت الخروج بالمحضون كان للزوج منعها إلا إذا أذن لها بالإنتقال.

وإذا كانت الأم معلقة وقد إنقضت عدتها فأرادت أن تخرج من البلد الذي كانت تقيم فيه مع الأب إلى بلد آخر ، فإن كان البلد بلدها وقد عقد عليها زوجها فيه كان لها أن تخرج به لأن الزوج من امرأة في بلدها¹.

دليل في الظاهر على أنه مقيم بها لقوله: " إذا تزوج رجل ببلد فهو من أهله "

غير أنه إذا خرج بعد ذلك وقد أعطها مهرها وجب عليها متابعتها، فإذا إرتفع النكاح كان لها أن تعود إلى بلدها ولو كان بعيد الوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد².

ومنه فإن المشرع الجزائري لم يفصل ولم يوضع فيما أن يجوز للأب أو من يقوم مقامه أن يسافر بالمحضون ؟ بينما قد إختلفت آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة.

فالمالكية: لقد سوى فقهاء المالكية بين الحضانة والولي في إسقاط حضانتها إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر بمسافة تقدر بما يزيد عن ست برد، و هو ما يعادل تقريبا 133 كلم بقصد الإقامة فإذا سافر

¹ عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.610.

² أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.257.

أحكام الحاضن و المحضون

الولي سواء كان الأب أو من يقوم مقامه بقصد الإقامة، مسافة تبعد عن بلد الحاضنة بست برد فأكثر، له أخذ الولد من الحاضنة بشرط أمن الطريق وأمن المكان المقصود، ويسقط حق الحاضنة في الحضانة إذا سافرت معه، وبالتالي لا يسقط حقه في الحضانة بإنتقاله¹.

الحنفية:

يرى الحنفية أنه: " إذا كان المحضون في حضانة أمه أو غيرها فلا يجوز للأب الإنتقال إلا برضاه لأن فترة الحضانة هذه من حقها، إلا إذا سقطت حضانتها ولا يوجد من يليها بالترتيب وإنتقلت للأب ، فإذا أراد السفر به جاز له ذلك على أن يكون سفر الأب بالمحضون إلى بلد غريب من بلد الأم لتمكينها من رؤيته وإلا يجوز ذلك"².

وما نستخلصه من إختلاف الآراء أن السفر لا يسقط حق الحضانة، وهذا عند الحنفية بينما يسقطها في رأي الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة).

إذ أنه يجب أن تتوفر في السفر راحة الصغير ومصالحته وصحته فإذا كان فيه مخاطر على المحضون فلا يجوز لأي من الأبوين أو غيرهما السفر به.

وتجدر الإشارة أن المسألة ترجع للقاضي في تقدير ذلك إذا كان الإنتقال بقصد الاستيطان دائما مراعيًا مصلحة المحضون وهذا من خلال نص المادة 69 من قانون الأسرة، إذ تنص على أنه: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون "

¹ عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.610.

² عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.611.

أحكام الحاضن و المحضون

بمفهوم المخالفة والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه وزيارته ورعايته
أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة
له أو إسقاطها عنه مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون¹.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59013، م.ق لسنة 1991، العدد 04، ص.116.

أحكام الحاضن و المحضون

المطلب الثاني: الحقوق المالية للمحضون

إن معيشة الإنسان أن يكون له سكن يأويه ويحتمي تحت سقفه من حر الصيف وبرد الشتاء، ويجد فيه الدفء والحنان والألفة، فالطفل يتلقى ما يلزمه من إحتياجات مادية ومعنوية من مأكّل ومشرب وملبس وغذاء لجسده ولروحه.

الفرع الأول: حق النفقة و الأجرة

أولاً: حق النفقة: نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على: " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " و هذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته ممن طعام وكسوة وعلاج وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة وهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده و أقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس و حسب وسع الزوج و النفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة و الاحتياج

و الأصل أن النفقة تعود إلى سببين إثنين هما: الزواج و القرابة¹.

و بخصوص المحضون نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال و إلا فعلى والده أن يهيء له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته ".

إن الأصل هو أن نفقة الولد و سكناه تكون على أبيه و في هذا نصت المادة 75 من قانون

الأسرة الجزائري المعدل على أنه: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فالبنسبة للذكور إلى

¹ عن رسالة الماجستير، حسيني عزيزة، ص. 89.

أحكام الحاضن و المحضون

سن الرشد و الإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب¹.

وتهدف هذه المادة إلى قيام واجب الأب بالنفقة على ابنه الذي لا مال له، وتستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد، أما الإناث فيألى زواجهن بالدخول بهن.

كما تستمر نفقة الأب على أولاده العاجزين عن الكسب لعاهة عقلية أو بدنية أو بسبب مزاولتهم الدراسة، ويسقط واجب الأب في النفقة عند استغناء من قدرت لمصلحته عنها بالكسب فلا تجب النفقة على الأب لفائدة ابنه المزاول للدراسة بعد أن ينهي دراسته و يستغني عن نفقة أبيه بأن يصبح له دخل من عمل أو حرفة².

أما تقدير قيمة النفقة تكون في حالة إمتناع الأب عن الإنفاق فيقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لإرتباط هذه النفقة بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه، وقد نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على ما يلي:

" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم "

¹ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.431.

² عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.432.

أحكام الحاضن و المحضون

و يظهر من هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين، لكن لا مانع من إعتقاد هذه

المادة لتحديد نفقة المحضون¹.

و قد أكدت المحكمة العليا عن وجوب إنفاق الأب على ابنه المحضون شرط أن يكون الابن من

علاقة شرعية وهذا ما جاء في قرارها الصادر في 07-02-1987 بأنه: " من المقرر قانونا و شرعا أن

نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من القران صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا و من تم فإن

القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية " ² كما يجب أن يراعي القاضي

ظروف المعيشة و المستوى الإجتماعي.

ثانيا: حق الأجرة

أجرة الحضانة تكون واجبة وعلى من تجب عليه نفقته، وتكون على الأب إذا كان موجودا

وكان قادرا فإن لم يكن له أب أو كان عاجزا فإنها تجب على غيره من سائر الأقارب و إذا أبت الأم أن

تحضنه إلا بأجرة و وجدت متبرعة فإن الأم أولى إذا كانت هناك متبرعة.

ويلاحظ أنه إذا كان الأب معسرا و الولد لا مال له و لم توجد متبرعة فإن الأم تحضنه و تقدر لها

أجرة و تكون تلك الأجرة و الأداء على من يليه الأب من نفقة الولد و لكنه تؤديها على أنها دين على

الأب يؤخذ منه إذا أيسر³.

ونستخلص من مذهب الإمام أبي حنيفة أن أجرة الحضانة هي جزء من النفقة على المحضون.

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.387.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 47915، م.ق لسنة 1990، نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.136.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.384.

أحكام الحاضن و المحضون

وذلك ما ذهب إليه اتفاق الفقهاء كون أن أجره الحضانة ليست عوضا خالصا و إنما فيها شبه بالنفقة و تكون الأجرة في نظير أو بمقابل عمل تقوم به الحاضنة و هو خدمة الصغير و تربيته، فإن الحاضنة تستحقها من وقت قيامها بها ومن غير توقف¹.

الفرع الثاني: حق السكن

قبل التفصيل في دراسة مكان ممارسة الحضانة يجب الإشارة إلى تعارض الكبير الذي كان موجودا بين نص المادتين 52 و 72 من القانون رقم 11/84 قبل التعديل الجديد حيث أن السكن لممارسة الحضانة معلق على شرطان واقفان:

- 1- عدم وجود ولي للزوجة يقبل إيواها فرغم أن إلتزام الولي إلتزاما طبيعيا في الأساس بعد زواج إبنته وليس إلتزاما قانونيا، لأن نفقة البنت تجب عليه تجب عليه إلى حين دخول زوجها بها.
- 2- تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت إنحرافها بينما السكن ليس حقا للمطلقة بل هو حق للمحضون².

في حين نجد أن المادة 72 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري قد وضع نصا خاصا على أنه: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.384.

² بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 127.

أحكام الحاضن و المحضون

ونكشف من هذه المادة أن توفير السكن لممارسة الحضانة لازم ولصيق بها، إذ هو المجال والإطار الذي ينشأ فيه الطفل و يرمى و يرى و هو المكان الذي يتطلب لتحقيق مضمون الحضانة. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بما يفيد أنه: " يجب على القضاة ألا يرفضوا طلب الأم الحاضنة التي يقوم إحتمال عدم وجود ولي يقبل إيوائها مع محضونها بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه ضد الزوج الذي له مسكنان وهو معترف بذلك"¹. ولكي تستحق المرأة الحاضنة سكنا وجب أن تتوفر فيها شروط و هي شروط الحضانة وأن يكون لها أولاد.

ونظرا لأن مسألة مكان ممارسة الحضانة مهمة جدا لكون أن الحضانة يقابلها حق آخر وهو حق الأجرة وحق الزيادة بالنسبة لأحد الوالدين الذي لم يستفد من حق الحضانة، نفرق بين مرحلتين مرحلة فترة العدة و فترة ما بعد العدة.

أولا: مرحلة العدة: الزوجة إذا طلقت ولم تستوفي في عدتها آجالها تبقى في بيت الزوجية وإلا يمكن إعتبارها ناشزا فقد حث الله سبحانه و تعالى على عدم إخراجها من بيت الزوجية إلا في حالة إرتكابها الفاحشة وما دامت الأم تبقى في بيت الزوجية فإنها تمارس الحضانة في ذلك البيت.

ثانيا: مرحلة ما بعد العدة: عند إنقضاء عدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يلزمها أحد على البقاء بالمحضون في بيت الزوجية فلها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة.

¹ المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 175646، قرار مؤرخ في 1992/ 02/25 نشرة القضاء العدد 56 ص 30.

أحكام الحاضن و المحضون

المبحث الثاني: إنقضاء الحضانة

ذكر المشرع الجزائري الأسباب المسقطه للحضانة عن أصحاب الحق فيها وهذا لكون الحضانة لم تشرع إلا لصالح الولد المحضون من أجل حمايته ورعايته وحفظه صحة و خلقا، فإذا لم تحقق الحضانة هذه الأهداف فلا مانع من إسقاطها لمن أسندت إليه و أعطتها بغيره ممن له الحق فيها ويليه في المرتبة ويكون أهلا لها.

فما هي أسباب إنقضاء الحضانة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال دراسة المطالب الآتية:

- مدة الحضانة وحكم انتهائها.

- سقوط الحضانة.

أحكام الحاضن و المحضون

المطلب الأول: المدة المحددة لممارسة الحضانة

إن مدة الحضانة تقدر بحاجة المحضون إليها تنتهي بإنتهاء حاجته إليها وذلك عند استغناءه عن الحضانة ببلوغه سنا معينة مع الإختلاف في السن بين الذكر و الأنثى وقد اتفق الفقهاء على أن الحضانة تبدأ منذ الولادة إلى سن التمييز.

وعليه فإن حق الحضانة لا يثبت لصفة مؤبدة وإنما أداء أوجبه القانون فإن قام به الحاضن كما أمر الشرع والقانون بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة وإن أخل بالإلتزامات المتعلقة بها أو فقد شرطا من شروطها وجب إسقاطها عليه ومنحها لمن هو أجدر بها ممن يليه رتبة.

الفرع الأول: مدة الحضانة وحكم إنتهائها

بالرجوع إلى المذاهب الفقهية يمكن القول أن هناك ثلاث مراحل في الحضانة، مرحلة تسليم المحضون حسب مصلحته إلى من يستحق حضانته ثم مرحلة يختار فيها المحضون بنفسه حاضنه ومرحلة ثالثة وهي مرحلة البلوغ.

أولا: مرحلة تسليم الصبي إلى حاضنته

هذه المرحلة تخص الطفل في المرحلة الأولى من عمره و لقد كان للفقهاء آراء مختلفة نذكر منها:

عند المالكية: تستمر الحضانة بالنسبة للغلام إلى البلوغ ولو كان مجنوناً أو مريضا و الأنثى إلى الزواج والدخول بها ولو كانت الأم كافرة.

أحكام الحاضن و المحضون

عند الشافعية: فإنهم يرون أحقية المرأة الحاضنة سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى وذلك إلى غاية بلوغ

سن التمييز و هو سبع سنوات، وبعد ذلك يخير المحضون بين أمه و أبيه أو من يحل محلها¹.

أما الحنابلة: فقد اتفقوا أنه إلى غاية بلوغ سن السبع سنوات تكون الحضانة للنساء أما بعد سبع

سنوات فقد ظهر

خلاف بينهم فهناك من قال أن النساء أحق بها ومنهم من قال أن الرجال أحق ومنهم من قال أن

المحضون مخير².

ثانيا: مرحلة الاختيار

وهي مرحلة التي ينتهي فيها حق للنساء فقد اختلفوا حول حق المحضون في اختيار حاضنه أم لا.

فالحنفية و المالكية يعطونه الحق في الاختيار، أما الشافعية فيمنحون له الحق في الخيار بعد بلوغه

سبع سنوات، أما الحنابلة فإنهم يعطون حق الاختيار للغلام.

أما عن البنت فإن الإمام أحمد يرى أن حضانتها تنتقل جبرا إلى والدها بعد بلوغها و لا خيار لها في

ذلك³.

ثالثا: مرحلة البلوغ

و هي المرحلة التي يصبح فيها المحضون بالغاً، فالحنفية يرون التفريق بين الغلام الراشد و الغلام

الذي يبلغ غير رشيد، فإذا بلغ رشيدا ينفرد بنفسه في سكن مستقل عن أبيه بشرط أن تكون أخلاقه

¹ أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، المرجع السابق، ص 299.

² أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، المرجع السابق، ص 300.

³ وهيبة زحيلي، المرجع السابق، ص 744.

أحكام الحاضن و المحضون

سوية ويكون مأمونا على نفسه، وإذا كان فاسد الأخلاق فإن والده يضمه إليه جبرا حماية له فإن لم يوجد الأب فالجد أو العصابة حسب ترتيبهم، أما الغلام الذي يبلغ غير رشيد كالمعتوه مثلا فإن الحنفية يرون بقاءه عند أمه لأنه مثل الصغير وبالخصوص البنت فقد فرق الحنفية بين البكر و الثيب، فإن تعلق الأمر بالبكر فإن أبوها يضمها إليه و مع ذلك فإن تقدمت في السن و كانت لها حنكة وتجربة في الحياة فيمكنها أن تسكن وحدها، أما الثيب فإن كانت أخلاقها حسنة فإنها لا تضم إلى والدها لأن الولاية سقطت عنها و لأن لها تجارب في الحياة، ولكن إذا كانت أخلاقها فاسدة فالأجدر ضمها جبرا إلى والدها لتأديبها وإن إنعدم الأب فالجد و جدتها دون غيره له الحق في ضمها إليه، فإن لم يتمكن من ضمها إليهما حق لهما اللجوء إلى القاضي ليضمها هو إلى قوم صالحين لأنه ذو ولاية عامة.

أما المملكية فإنهم يرون أن الغلام يتربى عند أمه إلى أن يحتلم فمتى بلغ حق له الذهاب إلى أيهما شاء في حين أن البنت تكون إما عند أمها أو جدتها أو خالتها وذلك حتى تبلغ سن النكاح، فإن كانت أمها أمينة تبقى عندها وإن كانت غير ذلك فإنها تضم إلى والدها¹.

أما الشافعية فإنهم يرون الغلام إذا بلغ و لم يكن هناك ربية عليه فإنه يعيش أين يشاء، أما إذا كانت هناك ربية منه فإنه يضم إلى والده، أما البنت فإن لها ببلوغها الحق في أن تنفرد عن أبويها شرط أن لا يخشى عليها والدها، فإن خشي عليها حق له منعها من الإنفراد بنفسها.

أما الحنابلة فإنهم يرون أنه إذا كان أمر الغلام يخشى عليه من الفتنة فإنه يمنع مفارقة والديه ولقد إشتراط ابن قدامة في الغلام أن يكون بالغا عاقلا فإن كان معتوها يبقى عند أمه.

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 523.

أحكام الحاضن و المحضون

أما بخصوص البنت فإنهم يرفضون فكرة تركها منفردة لأن في ذلك خطرا عليها وخوفا عليها من

الفساد¹.

هذا عن موقف الفقه الإسلامي حول مدة الحضانة فما هو موقف المشرع الجزائري منها؟

لقد نصت المادة 65 من قانون الأسرة على أنه: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغ 10 سنوات

و الأنثى ببلوغها سن الزواج و القاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة

أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون ".

حدد المشرع الجزائري مدة الحضانة الذكر بعشر سنوات.

الفرع الثاني: تمديد مدة الحضانة

" جاءت بها المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري بقولها و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر

إلى 16 سنة إذا كانت الأم لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون".

من خلال هذه المادة نرى أن المشرع الجزائري مكن تمديد مدة حضانة الذكر إلى ستة عشر 16

سنة من طرف القاضي و لكن بتوافر الشروط الآتية:

- 1- أن تكون الحضانة هي الأم.
- 2- ألا تكون الأم الحضانة قد تزوجت.
- 3- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون.

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 524.

أحكام الحاضن و المحضون

وعليه فالأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية 16 سنة من عمره وهذا من شأنه استبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضنة شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.

وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1999/12/10 أنه: " من المقرر قانون أنه يمكن للقاضي تمديد فترة حضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة، إذا كانت الحاضنة أمه و لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون ومن تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غيره محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة " ¹.

المطلب الثاني: سقوط الحضانة

كلما إختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى إسقاط الحضانة دعوى أصلية بخلاف دعوى إسنادها التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون. وعليه فإن الحضانة لا تثبت للأبد و إنما هي مجرد أداء أوجبه القانون و المشرع و لقد أورد كل من الشريعة و القانون أسباب مسقطه لها.

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي

أولا: زواج وتنازل و سكوت الحاضنة

¹ المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية 1999/12/10 ملف رقم 25666.

أحكام الحاضن و المحضون

1- تزوج الحاضنة بغير قريب محرم: وهذا ما أخذ به المذهب المالكي و جمهور الحنفية وقد استدلوا على حديث رواه عبد الرزاق عن أبي سليمان بن عبد الرحمن قال كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقيل زوجها وله منها ولد فخطبها عم ولدها و رجل آخر إلى أبيها فأنكح الآخر فجاءت إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: " أنكحني أبي رجل لا أريده وترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي، فدعى الرسول صلى الله عليه و سلم أباهما فقال: أنكحت فلانا فلانة فقال: نعم، قال: أنت التي لا نكاح لك فأنكحي عم ولدك " ¹.

2- تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة: إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة فإنها تسقط بإسقاطها لأنها خالص حقها كالطلاق و لا تجبر عليها إذا امتنعت أو تنازلت عنه بعوض أو بغير عوض، إلا إذا تعين لها بأن لم توجد غيرها لإمتناع الغير من المستحقين أو المحضون أو إعسار الأب ولا وجود لمال المحضون فإن حقها لا يسقط بإسقاطها وتجبر على الحضانة لأن حق المحضون أقوى من حقها ².

3- سكوت الحاضن في المطالبة في حقه في الحضانة: وذلك في حالتين:

1- الحالة الأولى: عدم مطالبة صاحب الحق في الحضانة بالمطالبة بها مع علمه بها، أما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عنها فلا يسقط حقه مهما طال مدة السكوت.

¹ بلغة السالك لأقرب المسالك إلى المذهب الإمام مالك الصاوي على شرح الصغير، المجلد 10، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص.530.

² وهيبه زحيلي، المرجع السابق، ص.734.

أحكام الحاضن و المحضون

2- أما الحالة الثانية: إن كان يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة ، وإن كان يجهل ذلك لا يبطل

حقه فيها بالسكوت لأن الأمر يعذر لجهله¹.

ثانيا: السفر و إختلال أحد الشروط وسكن الحاضن

1- السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي: إذا كانت الحضانة أم وانتقلت به إلى مكان آخر أجنبي يسقط

حقتها في الحضانة أما إذا كان الأب فلا يسقط حقتها فيها².

2- اختلال أحد الشروط: والتي بدونها يسقط حق الحضانة ونذكر منها:

- تربية المحضون على دين أبيه: إذا كان الحاضن كافر تسقط الحضانة والردة أيضا تسقط الحضانة على

رأي المذهب الشافعي والحنبلي.

- القدرة على حماية المحضون وحفظ صحته ورعايته: فالعجز والعاهة وكبر السن تسقط الحضانة لأنها

تمنع من رعاية المحضون رعاية سليمة³.

3- سكن الحاضنة: إذا كانت الحاضنة متزوجة بغير قريب محرم ووجد المحضون ببيته يسقط الحضانة

عنها وهذا ما جاء به الفقه المالكي، والسقوط يمس الجدة والخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير محرم⁴.

الفرع الثاني: أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري قد نص على الحالات التي يسقط فيها حق

الحضانة عن صاحبه وهي كالاتي:

¹ وهيبه زحيلي، المرجع السابق، ص.735.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 529.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 596-597.

⁴ سراج السالك في أسهل المسالك، المرجع السابق، ص 529.

أحكام الحاضن و المحضون

أولاً: أسباب السقوط الواردة في المادة 66 من قانون الأسرة

نصت المادة 66 من قانون الأسرة على ما يأتي: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ".

أ- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: ففي حالة الزواج الأم الحاضنة بأجنبي يسقط حقها في الحضانة، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلاً اختيارياً عن الحضانة أم غير اختياري؟

وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير اختياري ".

وكما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/02/05 أنه من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد مخالفة للقانون وكما كان من الثابت أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفاً للقانون¹.

ب- التنازل عن الحضانة: يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه اختيارياً ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/03/27 حيث جاء فيه: " من

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1986/05/05 ملف رقم 40438، م ت 1989 عدد 02 ص 75.

أحكام الحاضن و المحضون

المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختبارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، زمن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية.

ولما كان من الثابت أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغب على ذلك، فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديه ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة و بإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون¹.

إلا أن المشرع إشتراط في التنازل عن حق الحضانة أن لا يكون مقيدا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهذا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها و بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يضر مصلحة المحضون أو يهددها لا يعتدي به.

ثانيا: أسباب السقوط الواردة ضمن المادتين 68 و 70 من قانون الأسرة

نصت المادة 68 من قانون الأسرة على أنه: " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ".

كما نصت المادة 70 من قانون الأسرة على أنه: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ".

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1989/03/27 ملف رقم 53340، م ت 1990 عدد 03 ص 85.

أحكام الحاضن و المحضون

أ- سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

ومن هنا يتضح لنا أن دعوة سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

بمعنى أنه قد تكون هناك حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا وعلى سبيل المثال أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون.

كما إعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقيها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 1990/02/05 " من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون فإن القضاء بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة وعدم إستعانتهم بمرشدة إجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب مما يتعين نقض القرار المطعون فيه ¹.

ب- سقوط الحضانة عن الجدة و الخالة:

و يكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم وعلة ذلك أن المحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون متوافرة مت

¹ المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية 1988/11/07 ملف رقم 50270، م ت 1991 عدد 03 ص 48.

أحكام الحاضن و المحضون

سكنت و هي متزوجة ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضنة، وهنا تعود الحضانة إلى الذي يليهم في الترتيب حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة إذا توافرت فيه الشروط وكان ذلك متفقا مع مصلحة المحضون.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة للأم دون غيرها.

ثالثا: أسباب السقوط الواردة ضمن المادتين 62 و 69 من قانون الأسرة

تسقط الحضانة عن الحاضن الذي فقد أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 من قانون الأسرة، كما يمكن للقاضي أن يسقط الحق فيها في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن في بلد أجنبي. كما نصت على ذلك المادة 69 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: " إذا أراد شخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له وإسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

أ- سقوط الحضانة عند إختلاف شروطها:

إذا إختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم التلبية بالإلتزامات المتعلقة بالحضانة، ونصت على هذه الحالة 67 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة أي التربية والرعاية الصحية و الخلقية، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحة المحضون بعين الإعتبار وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 1988/11/07 أنه: " من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا

أحكام الحاضن و المحضون

يكون إلا لأسباب جدية واضحة ومقيدة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه لمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله¹.

كما أن تخلف القدرة إلى يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة فاقدة للبصر، فجاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09 : من المقرر شرعا في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن تم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت أن الحضانة فاقدة للبصر تعد عاجزة عن قيام لشؤون أبنائها ومن ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية².

وجاء في قرار لغرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية أن إستناد الطاعن في دعوى إسقاط الحضانة على عمل الحضانة غير مؤسس لا به يعمل ولا عليه يعول³.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 2000/07/18 حيث جاء فيه: " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة بإعتبارها عاملة، أخطئوا في

¹ المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية 1988/11/07 ملف رقم 50270، م ت 1991 عدد 03 ص 48.

² المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية 1988/11/07 ملف رقم 50270، م ت 1991 عدد 03 ص 48.

³ مجلس قضاء المدية غ أ ش 2002/04/06 رقم الجدول 1268 / 2001 فهرس 2002/50.

أحكام الحاضن و المحضون

تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التشبيب وإنعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

و هذا ما أكده أيضا التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 17 فبراير 2005 حيث نص صراحة في المادة 2 /67 على أنه: " لا يمكن عمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون "

فجاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع الذي صادقت عليه الحكومة أن التعديل المقترح لهذه المادة يهدف إلى التأكيد أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة و ذلك تماشيا مع تطور المجتمع و حماية حق المرأة في حضانة أبنائها وحقها في العمل².

ب- سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

المسألة في هذه الحالة تقديرية، والأمر يرجع إلى سلطة القاضي التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الحاضن ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي إنطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية³ حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/06/23 أنه: " من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بعد

¹ المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية 2001/07/18 ملف رقم 245156، م ت 2001 عدد خاص 03 ص 188.

² بن داود بن عبد القادر ، مرجع سابق، ص.177.

³ العربي بلحاج،المرجع السابق، ص.389.

أحكام الحاضن و المحضون

أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع الشرط " ¹.

إلا أن المحكمة العليا المثبوت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد بعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المعفلب مع الحضانة بالخارج وكذلك حق الزيارة وذلك لبعده المسافة ².

وأكدت على ذلك قرار آخر مؤرخ في 1986/09/22 حيث جاء فيه أنه من المثبت عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحضانة وصاحب الحق في الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين، كما استرق الإجتهد القضائي الجزائري على أن الحضانة لا يجوز لا يبالي بدون مبرر شرعي وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 1984/04/02 حيث جاء فيه: " متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، أما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي " .

يستوجب نقض القرار الذي قضى بخلاف هذا المبدأ بتجزئة الحضانة بين الأم والجددة لأب، متى أسس حكمه على إسناد الحضانة للجددة كان بناء على رغبة الأبناء في البقاء معها ورفضهم الإلتحاق بأمهم ³.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1993/06/23 ملف رقم 91671، م ت 1994 عدد 01 ص 72.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1995/11/21 ملف رقم 111048، ن ق عدد 52 ص 102.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1984/04/02 ملف رقم 32594، م ت 1989 عدد 01 ص 77.

أحكام الحاضن و المحضون

خاتمة

إن مسائل الحضانة المختلفة هي مسائل ذات اتصال وثيق بالحقائق الاجتماعية وأن تنظيم هذه المسائل على خير الوجوه هو أمر يتفق تماما مع حسن صياغة النصوص القانونية ومدى حسن تطبيقها قضائيا كما يستنتج منها أن القواعد المؤكدة الموجودة في الفقه الإسلامي هي قواعد ضئيلة العدد، أما ما عداها فهي مجال للاجتهاد مما يبرز الدور الفعال الذي ينبغي أن يلعبه المشرع في هذا المجال لذلك فالاهتمام بتربية الأطفال وحماية حقوقهم دفع بالمشرع أن يجعل من مصلحة المحضون العمود الفقري في مسألة الحضانة سواء تعلق الأمر بأحكام إسنادها أو إسقاطها أو التنازل عنها.

وعليه فإن أصل هذه المذكرة تمثل في دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، منوها بأن الشريعة الإسلامية قد اعتنت بتربية الأولاد والقيام بواجبهم والمحافظة عليهم لأنهم زهرة الحياة الدنيا، كما وصفهم الله في كتابه العزيز حيث يقول سبحانه: " المال و البنون زينة الحياة الدنيا " ، فهم أمل الغد ورجال المستقبل وفيهم يكون الأمل، وبهم تقوم الدول بعزيمتهم تنشأ الحضارات وبهمهم تعلق الرايات.

بعد استعراضنا الحقيقة الحضانة و أحكامها يمكن أن نخرج بالنتائج التالية:

أن الحضانة تتمثل في تربية المحضون وتعليمه والقيام برعايته والمحافظة عليه.

أن مشروعية الحضانة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، حيث أن البلوغ والعقل و الأمانة شروط لا بد من توافرها في شخصية الحاضن.

أن الحضانة قائمة على معيار أساسي و هو مصلحة المحضون.

أحكام الحاضن و المحضون

فرغم أهمية التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على أحكام الحضانة إلا أنها لم تسد باب النقص التشريعي فيما يتعلق بها وهذا ما تبين من خلال دراستنا لهذا الموضوع إذ ما يمكن قوله أن الحضانة مرتبطة بمراعاة مصلحة المحضون وهذا المعيار لم يوضحه أو يحدده المشرع بدقة إذ أن قاعدة مصلحة المحضون عامة تقبل التوسيع التضييق حسب ظروف كل قضية معروضة على القضاء وترك للمشرع مسألة البحث وتقدير هذه المصلحة يحدده القاضي.

وبالإضافة إلى هذا فلقد أحسن صنعا المشرع عندما حول للقاضي حق الاختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون التي ركز عليها كثيرا وعليه فإنه يمكن للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون. وعليه كان من المستحسن أن يتدخل المشرع الجزائري بتعديل جديد لمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها بدقة وتفصيلها أكثر وتدارك النقائص الموجودة ومنحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس مصلحة الطفل.

أحكام الحاضن و المحضون

قائمة المراجع

1- القرآن الكريم

1-الكتب:

1- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، المجلد الثاني، الجزء 4، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، الطبعة 1 سنة. 2005

2- أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، كون المعبود شرع سنن أبي داود، دار الفكر العربي، الجزء 6، بيروت 2003.

3- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة. 2004

4- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، لبنان. 2006

5- بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الشباب الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية سنة. 1987

6- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2005.

7- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة. 1999

8- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دار الكتب الجامعية، لبنان 2008.

9- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة، الإسكندرية. 2001

10- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، دار الفكر العربي، القاهرة. 1976

11- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 3، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر. 1996

أحكام الحاضن و المحضون

12- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. 1996

13- عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري، الجزء 2، الطلاق و آثاره، الطبعة 5، مطبعة جديدة دمشق

سنة 1978./1979

14- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية

2000.

15- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة. 1957

16- محمد أمين بن عمر عابدي، رد المختار على الدار المختار حاشية ابن عابدي، دار عالم الكتب، الجزء 5، المملكة

العربية.

17- محمد أحمد سراج/ محمد كمال الدين، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

18- محمد حسين منصور، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الجامعة الجديدة للنشر. 2003.

19- وهيبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الفكر العربي، دمشق. 1952.

2- الرسائل و الأطروحات:

1- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، الحقوق

1990-2000

2- محمد عليوي الناصر، رسالة ماجستير، الحضانة بين الشريعة والقانون، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر.

3- الاجتهادات القضائية:

المجلة القضائية:

1- المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 03.

2- المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 02.

3- المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 04.

أحكام الحاضن و المحضون

- 4- المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص.
- 5- المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 01.
- 6- المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 04.
- 7- المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 02.
- 8- المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 02.
- 9- المجلة القضائية لسنة 1997 عدد خاص.
- 10- المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 03.
- 11- المجلة القضائية لسنة 2001 عدد 03.
- 12- المجلة القضائية لسنة 1994 عدد 01.

نشرة القضاة:

- 1- نشرة قضاة لسنة 1992 العدد 56.
- 2- مجلس قضاة المدينة سنة 2001، رقم الجدول 1268.

4- النصوص القانونية:

- 1- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 4/5 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
 - 2- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/5 المؤرخ في 20 يونيو 2005.
- مواقع الانترنت:

1- <http://www.7Nona.Com/osra/267.html>

2- الكاتب نايف بن محمد، عن موقع kannoun.net، موضوع الحضانة.

أحكام الحاضن و المحضون

الفهرس

01مقدمة
05الفصل الأول: ماهية الحضانة
06المبحث الأول: مفهوم الحضانة
07المطلب الأول: تعريف الحضانة حكمها و أدلتها
08الفرع الأول: : تعريف الحضانة
08أولاً: الحضانة لغة
08ثانياً: الحضانة اصطلاحاً
09ثالثاً: التعريف القانوني للحضانة
10الفرع الثاني: حكم وطبيعة الحضانة
10أولاً: حكم الحضانة
11ثانياً: طبيعة الحضانة
12الفرع الثالث: أدلة مشروعية الحضانة
12أولاً: في القرآن الكريم
13ثانياً: في السنة
13ثالثاً: الإجماع
15المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة
16الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال و النساء
16أولاً: شرط العقل

أحكام الحاضن و المحضون

- 17 ثانيًا: شرط البلوغ.
- 18 ثالثًا: شرط الأمانة على الأخلاق.
- 19 رابعًا: شرط القدرة.
- 21 خامسًا: شرط الإسلام.
- 23 الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء.
- 23 أولاً: شرط أن لا تتزوج الحاضنة بغير محرم للصغير.
- 25 ثانيًا: شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير.
- 25 ثالثًا: شرط عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من بيغضه.
- 26 رابعًا: شرط ألا تكون قد امتنعت عن حضانة الصغير مجانًا و الأب معسرا.
- 26 الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال.
- 26 أولاً: شرط ألا يكون الحاضن محرماً للمحضون إن كانت أنثى.
- 27 ثانيًا: شرط اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون.
- 28 المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة و ترتيبهم.
- 29 المطلب الأول: من له الحق في الحضانة.
- 29 الفرع الأول: من يثبت له الحق في الحضانة.
- 30 الفرع الثاني: حالة عدم وجود حاضن.
- 31 الفرع الثالث: من يراه القاضي أصلح للمحضون.
- 32 المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة.
- 34 الفرع الأول: مستحقو الحضانة من النساء.

أحكام الحاضن و المحضون

35أولاً: المذهب الحنفي
35ثانياً: المذهب الشافعي
35ثالثاً: المذهب الحنبلي
35رابعاً: المذهب المالكي
36الفرع الثاني: مستحقو الحضانة من الرجال
38الفرع الثالث: آراء الفقه الإسلامي من مستحقي الحضانة
40الفصل الثاني: أهم أحكام الحضانة
41المبحث الأول: الحقوق الشخصية و المالية للمحضون
42المطلب الأول: الحقوق الشخصية
42الفرع الأول: حق زيارة المحضون
45الفرع الثاني: حق عدم الانتقال به إلى مكان آخر
48المطلب الثاني: الحقوق المالية للمحضون
48الفرع الأول: حق النفقة و الأجرة
48أولاً: حق النفقة
50ثانياً: حق الأجرة
51الفرع الثاني: حق السكن
53المبحث الثاني: انقضاء الحضانة
54المطلب الأول: المدة المحددة لممارسة الحضانة

أحكام الحاضن و المحضون

54 الفرع الأول: مدة الحضانة و حكم انتهائها
54 أولاً: مدة الحضانة
55 ثانياً: حكم انتهائها
57 الفرع الثاني: تمديد مدة الحضانة
59 المطلب الثاني: سقوط الحضانة
59 الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي
61 الفرع الثاني : أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري
69 خاتمة
71 قائمة المصادر والمراجع