

الفصل الأول: ماهية الحضانة

الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية ، وهي نوع من أنواع الرعاية التي يمكن أن تقدم للطفل ، بحيث تكفل للطفل التربية الصحيحة ، فأحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة وكذا التشريعات الوضعية .

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

الرعاية والتربية للطفل من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية ، وجاء به قانون الأسرة الجزائري ما اصطلح عليه بالحضانة ، من أبرز النتائج المتولدة عن انحلال الزواج .

المطلب الأول: تعريف الحضانة حكمها والحكمة منها

الفرع الأول: تعريف الحضانة

أولاً: تعريف الحضانة

لغة: من الحَضَن وهو الجنب أو الصدر، وتأتي بمعنى الضم، حضن الطائر بيضه أي ضمه إليه وحضنت الأم ولدها أي ضمته إليها وقامت بتربيته.

وتعريف أيضا: مأخوذ من الحضن، وهو الجنب، والجمع أحضان، والمصدر حضن، ومنه حضن الطائر بيضه، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وحضنت المرأة حاضنة: والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيان¹.

ثانياً : في الاصطلاح: تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه ، كطفل وكبير مجنون أو معتوه ، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها . ولم يختلف تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي عن تعريفها في قانون الأسرة ، حيث عرفت المادة 62 بأنها (رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا) .

حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محدداً بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف.¹

1- ابن منظور الإفرقي المصري : لسان العرب، مادة حضن، دار صادر بيروت، الجزء 13، ص 122.123.

ثالثا : تعريف الحضانة قانونا: من القوانين التي عرفت الحضانة عرفها قانون الأسرة الجزائري في المادة 62 بقولها (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك)².

التعريف القانوني: القانون العراقي: يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية: تربية الطفل، وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا، والمحافظة على من يستطيع تدبير أموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره)³. وهذا التعريف تناول المحضون بحالتين: الأولى: حالة الطفولة مع عدم القدرة على القيام بما يحتاجه فقال: (تدبير شؤونه) كالغسل واللبس والإطعام والتمشيط وغيره. والثانية: حالة التمييز والقدرة على تدبير شؤونه فأطلق عليها عبارة (المحافظة على من يستطيع تدبير أموره بنفسه) ، ذلك لما سنأتي عليه من أن الحضانة في القانون العراقي تستمر مدتها إلى عشر سنوات ويمكن للقاضي تمديدتها إلى خمس عشرة سنة ، وفي كلا العمرين يستطيع المحضون أن يقوم بتدبير أموره بنفسه مما ذكرنا آنفا ، لكنه يبقى بحاجة إلى التوجيه والتربية والإصلاح والوقاية من الضرر ، على أن عبارة (من له الحق في ذلك) تعني في الحضانة⁴.

تعريف الحضانة في قانون الأحوال الشخصية المصري: بأنها التي تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن عدم القيام بمصالح البدن وحدهم⁵.

تعريف القضاء للحضانة: جاء في حكم لمحكمة بني سويف الكلية بأن الحضانة هي " تربية الطفل ورعايته والإشراف عليه في مدة معينة حسبما جرى عليه العرف "⁶.

¹ - العربي بلحاج : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 04 ، 2004، ص 390 .

² - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية 24، الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404 هـ الموافق 12 يونيو 1984 ص 920 .

³ - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 (التعديل الثاني) المقدمة ، رابعا 2 ، ص 17. عن كتاب الحضانة بين الشريعة والقانون : محمد عليوي ناصر ، ص 31.

⁴ - محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، الطبعة الأولى 2010، ص 30.

⁵ - رشدي شحاتة أبو زيد : رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية ، الطبعة الأولى 2010، ص 20.

⁶ - المرجع نفسه ، ص 20.

عرفت محكمة مصر الحضانة بأنها : أمانة ولكنها من نوع آخر غير التي يعبر عنها بالوديعة والتي يعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا .¹

الفرع الثاني: حكم الحضانة والحكمة منها

أولا : حكم الحضانة

حكمها: الحضانة واجبة للصغار للمحافظة على أبدانهم وعقولهم وأديانهم ، تجب حضانة الصغار على الأبوين فإن فقدوا فعلى الأقرب فالأقرب من ذوي قرابتهم ، وإن انعدمت القرابة فعلى الحكومة ، أو جماعة المسلمين .²

ثانيا: أدلة إثباتها

1-الكتاب: قوله تعالى(وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون، فرددناه إلى أمه كي تقر عينها ولا تحزن ولتعلم أن وعد الله حق ولكن أكثرهم لا يعلمون)³ وقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)⁴ فالأم أحق برضاعة ابنها ورعاية شؤونه إلى أن يتم الفطام والاستغناء عنها وبما أن الأم أحسن على الولد، ومالها من قوة الصبر فقد جعلها الشارع أول الحاضنات.

2- السنة : عن عبد الله بن عمر أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثدي له سقاء ، وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، قال صلى الله عليه وسلم : (أنت أحق به ما لم تتكي) .⁵ قال ابن القيم لما كان النساء أعرف بالتربية بالتربية وأقدر عليها وأجسر وأرف لذا قدمت في ولاية الحضانة.

¹ - المرجع نفسه ، ص 21.

² - فضيل العيش : شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد ، مطبعة طالب ، طبعة جديدة 2007/2008 ، ص 57.

³ - سورة القصص : الآية 11 و 12.

⁴ - سورة البقرة : الآية 232.

⁵ - رواه أبو داود وأحمد ، نصب الراية لأحاديث الهداية: جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي ، كتاب الطلاق ، باب حضانة الولد ، الحديث الأول ، المكتب الإسلامي بيروت لبنان ، ط 2 ، ، 1393هـ ، جزء 3 ، ص 265.

3-الإجماع : فلا خلاف بين أحد من الأئمة في إيجاب كفالة الصغير ، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى ما يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغنى بذاته.¹

يروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما ، فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه ، وتنازعا بين يدي أبي بكر فأعطاه إياه ، وقال لعمر الفاروق : (ربحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك) وكان الصحابة حاضرين ولم ينكر عليه احد منهم.²

قانونا : من القوانين التي عرفت الحضانة عرف قانون الأسرة الجزائري حضانة في المادة 62 بقولها - الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا . ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.³

ثانيا :الحكمة من الحضانة

الحضانة توسعة من الله على عباده إذ أن الوالدين قد ينشغل فكرهما وتزداد وساوسهما لأنهم لا يعرفون مصير ولدهم ، ما يحيطه من أخطار أو ظروف وبالتالي تأخذهم الحيرة عليهم ، وبما أن الكريم رتب أصحاب الحضانة حسب قدرة كل شخص في حماية الطفل المحضون ، وبالتالي فالأب يطمأن على ابنه مادامت الأم حاضنته أو أحد أقرائه الذين يخافون عليه ، وبالتالي تزول المشاق وتحل الصعاب ، ويرتاح كل شخص لهذا الأمر .

كما أن الشارع أوجب الحضانة درء للمشاكل التي تقع فيمن لهم أحقية الحضانة ولمن تعود والضحية في هذا الصراع الطفل ، فحدد بذلك شروط الحضانة ولمن تعود ، فقطع بذلك الجدل القائم .

وبما أن الطفل المحضون أمانة وجب على الحاضن المحافظة على هذه الأمانة ،باليقظة والانتباه والصبر والخلق الجم ، حتى إنه يكره للإنسان أن يدعو على ولد أثناء تربيته ، كما يكره أن يدعو على نفسه وخادمه وماله .⁴

¹ - محمد مصطفى شبلي : أحكام الأسرة في الإسلام ،الدار الجامعية ، مصر الجزء الرابع ، 1403هـ، 1983 ، ص 758.

² - محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط 2 ، ص 405.

³ - المادة 62 من قانون الأسرة 11/84.

⁴ - عبد القادر بن حرز الله : الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005) ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 ، ص

المطلب الثاني : شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها وخصائصها

الفرع الأول: شروط مستحقي الحضانة

أولاً- الشروط العامة الواجب توافرها في النساء والرجال

شروط الحواضن : تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ومقدرة معينة ودفع كل ما يلحق به من ضرر ، وفي كل ذلك يشترط في استحقاقها شروط باجتماعها يمكن الوصول إلى التربية المنشودة وتحقيق المصلحة المسطرة ،¹ هناك شروط عامة في النساء والرجال ، وشروط خاصة بالرجال ، وشروط خاصة بالنساء .

1-الشروط العامة في الرجال والنساء :

أ-البلوغ : الحضانة مهمة شاقة ، لا يتحمل تبعاتها إلا الكبار بل إن وظائفها لا يقوم بها إلا الكبار ، وغايتها لا تتحقق بغير ذلك ، ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة.

ب- العقل: الحضانة ولاية على النفس، وغير العاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره.

ج- الأمانة : والأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون به أهلاً للحضانة ، وبيئة مصاحبة تضمن حداً أدنى من التربية السليمة للصغير ، ولا يعد العمل في ذاته مسقطاً للحضانة ، بل تسقط الحضانة إذا كان عمل الحاضنة ضاراً بالصغير ، أو يلقي به في بيئة مصاحبة تؤثر عليه سلباً ، وتثير الشكوك حول سلامة تربيته ، والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير ، وحمايته من الضياع وصيانته من الإهمال .

ولايهم أن يكون العيب في الحاضن أساسه الاختيار أو مصدره الإجبار ، فالكبر أي التقدم في السن قد يكون سبباً في سقوط الحضانة ولا ذنب للإنسان في تقدم عمره ، والعمل المشين وهو سلوك اختياري يرتب سقوط الحق في الحضانة ، والأصل في ذلك ليس شروعية العمل ، بل إضرار بالصغير .² حتى قال الفقهاء إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد

¹ - عبد اللطيف والي : الحماية القانونية لحقوق الطفل دراسة مقارنة الجزائر - تونس - المغرب ، (أطروحة دكتوراه) قسم القانون العام ، جامعة الجزائر 1 ، بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق ، 2014-2015 ، ص 88.

² - محمد أحمد سراج و محمد كمال إمام : أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بدون طبعة ، 1999 ، ص 173.

استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها ،¹ وسقطت عنها الحضانة ولا يرى الأحناف ،² والمالكية ضرورة إسلام الحاضنة إذا كان الصغير مسلما ، لأن الشفقة هي أساس رعاية الصغير وهو فطرة إنسانية لا تختلف بتتبع الأديان ، ويخالف في ذلك الشافعية ،³ والحنابلة ، لأن الحضانة عندهم ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم .

والأرجح رأي الأحناف والمالكية ، وهو ما عليه العمل أمام القضاء المصري ، وإن كنا نرى سقوط حضانة المرتدة حتى تعود إلى الإسلام وهذا رأي الأحناف كما في نص الكاساني .⁴

ثانيا: الشروط الخاصة بالحاضنة والحاضن

1: الشروط الخاصة بالنساء : تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية ، تستجيب مع واقع الحياة ، وتوافق تكوين المرأة ، والحاجات الطبيعية للصغار .
فالأصل أن تكون الحضانة للنساء لأنهن الأحنى قلبا ، والأكثر شفقة ، والأكثر صبرا على احتمال الصغير ومطالبه ، وأم الصغيرة تقدم عن غيرها - عند توافر الشروط - بلا خلاف عن أبي أيوب الأنصاري ، أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) .⁵ ، فإذا لم توجد الأم أو وجدت ولم تكن أهل للحضانة انتقلت إلى من يليها من النساء في الترتيب على اختلاف بين المذاهب في بعض درجاته - وعند تساوي النساء في القرابة تقوم ذات القرابتين ، وعند التساوي تقدم ذات القرابة من جهة الأم على القرابة الواحدة من جهة الأب ، لأن حق الحضانة مستفاد من قبل الأم ، فتقدم التي من جهتها على التي من جهة الأب عند اتحاد الدرجة ويشترط في المرأة الحاضنة بالإضافة إلى الشروط العامة ما يلي :

¹ - محمد يوسف موسى: أحكام الأحوال الشخصية، دار الكتاب العربي ، مصر ، الجزء 1، سنة 1958، ص 394،

² - الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط2، 1986 ، ج 4 ، ص 42 .

³ - الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1421هـ ، 2000م، جزء 5،

ص 191.

⁴ - الكاساني : المرجع نفسه ، ص 42/4.

⁵ - رواه أحمد وصححه الترمذي والحاكم : تحفة الأحوذ في شرح جامع الترمذي ، ج 4 ، ص 504 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

أ- أن تكون المرأة من محارم الصغير نسبا ، كالأم والخالة والأخت والعمة والجدة ، فلا حضانة لغير القرابة النسبية ، فالمحارم من الرضاع كالأم والأخت رضاعا لا حضانة لهن ، ولا حضانة أيضا للقريب غير المحرم كبنت العم أو بنت العمة فالمحرمة وحده لا تكفي ، والقرابة وحدها لا تكفي فلا تتوافر أهلية الحضانة في النساء إلا بتوافر المحرمة وقرابة عمود النسب .¹

ب- ألا تكون الحاضنة زوجة لغير محرم الصغير لأن الزوج الأجنبي في الأعم الأغلب لا يعطف على الصغير ، ويقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة ، وهذا واقع معاش إن وجدت حالات نادرة تخالفه ، والتشريع يقوم على المتعاد لا النادر .

ج- ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت من ييغضه لأنه يعرضه للأذى والضياع ، لأن التربية السلمية لا تقوم بغذاء البدن ، بل بسلامة الروح أيضا ، ونفس الصغير تتضرر لا شك .
د- ألا تكون الأم قد امتنعت عن حضانة مجانا عند إفسار الأب ، لأن الأب إن وجد الحاضنة المتبرعة ، سقط حق الأم في الحضانة معاوضة ، لأن إفسار الأب رعاية حاله فعدم الامتناع شرط من شروط الحضانة.²

الأم هي الحاضنة أولا ، فإذا فقدت ، أو فقدت أهليتها انتقل حق الحضانة إلى أم الأم ، ثم إلى أم الأب ، ثم لأخوات الصغير بتقديم الشقيقة ، فالأخت لأم ، ثم خالاته بتقديم الخالة الشقيقة ثم بنت الخالة لأم ، فالخالة لأب ، ثم بنات الأخوة بتقديم بنت الأخ الشقيق ، ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ، وبعد ذلك تنتقل الحضانة إلى العمات فتقدم العمة الشقيقة ثم العمة لأم ثم العمة لأب ، ولكن ليس لبنات العمات أو الخالات حق في الحضانة لأنهن لسن من محارم الصغير .

وبعد العمات ينتقل الحق في الحضانة إلى خالات الأب ، فتقدم الشقيقة ، ثم التي لأم التي لأب ، ثم بعد ذلك تنتقل إلى عمات الأب على نفس ترتيب الخالات ، فإذا لم يوجد من النساء أحد انتقلت الحضانة إلى عصة الصغير من الرجال بشروطها وترتيبها على النحو الذي سيأتي فيما بعد .³

¹ - محمد أحمد سراج و محمد كمال إمام : المرجع نفسه ، ص 175

² - عبد العزيز عامر : الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط 1 ، 1984 ، ص 274 .

³ - محمد أحمد سراج - محمد كمال إمام : المرجع نفسه ، ص 176 .

2 : الشروط الخاصة بالرجال : إذا لم توجد حاضنة من النساء أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة ، انتقل على الفور الحق في الحضانة إلى الرجال المحارم من عصبته ، ولا حضانة لغير المحارم من الرجال على الصغيرة أبدا ، فإذا لم يوجد للصغير إلا أقارب غير محارم كأولاد العم والعمة ، وأولاد الخال والخالة ، فللذكور منهم حق حضانة الذكور ، وللإناث منهم حق حضانة الإناث ، ولا يثبت حق الحضانة للمحارم من غير النسب كالأم والأب والأخت رضاعا ، وإذا لم يوجد للصغير من يحضنه من الأقارب وضعه القاضي تحت إشرافه عند من يثق به من الرجال أو النساء ، وإذا وجد عددا ممن لهم حق الحضانة ، وكانوا متساوين في الدرجة القرابة كأخوات شقيقات أو أشقاء يقدم أصلحهم لتربية الولد ، فإن تساوا في الصلاحية يتدخل القاضي باختيار أحد منهم حسما للنزاع ورفعاً للخلاف .

ويشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى الشروط العامة مايلي :

- أ - أن يكون من العصابات على ترتيب الإرث، لأن أصل استحقاقه الحضانة يقوم على قوة القرابة، باعتبارها تضمن الشفقة بالصغير، وحسن رعايته في الأعم الأغلب.
- ب- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كانت أنثى مشتهة، ولا يضع القاضي الإناث عند الذكور ولا الذكور عند الإناث متى تعين غير المحرم للحضانة، إلا إذا وجد القاضي المسلم في ذلك مصلحة، وإذا لم لبنت العم غير ابن العم وإبقاءه عنده أمر القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه .¹
- ج- ويشترط الأحناف²، الموافقة في الدين في حضانة الرجال ، لأن الأصل فيها التوارث إذا بنى حق الحضانة في الرجال على الميراث³ ، واختلاف الدين مانع من الميراث ، فيسقط الحق في الحضانة أيضا ، ولا يشترط اتحاد الدين في حضانة النساء لأن الأصل فيها الشفقة بالصغير والحدب عليه وهي طبيعة لا يؤثر فيها اختلاف العقائد .
- وحضانة الرجال تثبت بترتيب الإرث ، فيقدم الأب ، فالجد وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم أبناء الإخوة على نفس الترتيب ، ثم الأعمام ثم أبنائهم بذات

¹ - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، سوريا ، طبعة 1404 هـ ، 1984م ، الجزء السابع ، ص 830 .

² - الكاساني : المرجع السابق ، ج4/42 .

³ - محمد أبو زهرة : المرجع السابق ، ص 408 .

الترتيب أيضا مع ملاحظة أن أبناء الأعمام لهم الحق حضانة الصغير لا الصغيرة فإذا لم يوجد من هؤلاء أحد انتقلت الحضانة إلى الورثة من ذوي الأرحام ، فيقدم الجد أبو الأم ، ثم ابنه ، ثم الأعمام من جهة الأم ، ثم الأخوال ، فيقدم الشقيق ، ثم الذي لأب ثم الذي لأم ، وعند المفاضلة يقدم الأصلح للصغير ، وعند التساوي يقدم الأكبر سنا لتجربته وهيئته ، فإذا لم يوجد من هؤلاء أحد فالأمر موكول إلى القاضي يختار بحكم ولايته العامة من يثق به رجلا كان أو امرأة ، وإذا سقطت الحضانة لعدم توافر شروطها ، فهل يعود الحق في الحضانة بعد زوال المانع ؟

اختلفت المذاهب في ذلك ومذهب الأحناف المعمول به يرى أن الحق في الحضانة يعود لصاحبه بعد زوال المانع وقد صرح بذلك صاحب الهداية¹ بقوله (من سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال) .

ثالثا: موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من هذه الشروط

موقف المذاهب الأربعة :

1- رأي الشافعية :ويشترط في الحضانة مايلي .

- أن يكون عاقلا فلا حضانة لمجنون إلا إذا كان جنونه قليلا نادرا كيوم واحد في السنة .
- الحرية فلا حضانة لرقيق .
- الإسلام فلا حضانة مسلم .على مسلم .
- الإقامة في بلد المحضون إذا كان مميزا .
- ألا تكون أم الصغير متزوجة بغير محرم .²

2 - رأي الأحناف: ويشترطون مايلي .

- ألا يرتد الحاضن فإن ارتد سقط حقه في الحضانة ، فإن تاب رجعت له الحضانة .
- ألا تكون فاسقة ، غير مأمونة عليه ، فإن ثبت فجورها بفسق أو سرقة أو كانت محترفة حرفة دنيئة ، كالرقص مثلا ، فإن حقها يسقط في الحضانة .

¹ - المرغيناني : الهداية شرح البداية ، مكتبة الملك سعود قسم المخطوطات ، 1957 ، ج3/316.

² - عبد الرحمان الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم الأحوال الشخصية ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، طبعة 02 ، 1424 هـ . 2003 م ، جزء 4 ، ص 522 .

- ألا تتزوج غير أبيه ، فإن تزوجت سقط حقها إلا إذا كان زوجها محرما للصغير كأن يكون عما له ، فإذا تزوجت بأجنبي سقط حقها حتى تتطلق منه .
- أن لا تترك الصبي بدون مراقبة خصوصا إذا كانت أنثى .
- أن لا يكون الأب معسرا.¹

3 - الحنابلة : يشترطون مايلى .

- العقل فلا حضانة لمجنون .
 - الحرية .
 - أن لا يكون عاجزا كأعمى لعدم حصول المقصود به (ضعيف البصر).
 - أن لا يكون أبرص أو جذام.
 - أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الطفل، فإذا غير أجنبي كعبدته وقربة فإن لها الحضانة.²
- ### 4 - رأي المالكي: يشترط الشروط التالية

- العقل فلا حضانة لمجنون ولو يفيق في بعض الوقت.
- القدرة على القيام بشأن المحضون ، فلا حضانة للعاجز .
- أن يكون الحاضن راشدا .
- أن لا تكون متزوجة بأجنبي ، ولا يشترط الإسلام .³

موقف المشرع الجزائري: لم يرد في قانون الأسرة الجزائري فصل يبين لنا الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن لكي يمارس حقه في الحضانة، ولكنه اكتفى بذكر شروط الأهلية في الفقرة الثانية من المادة 62 قانون الأسرة الجزائري. - "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."⁴ . أي أن يكون قادرا ماديا وقانونيا على رعاية الطفل الحفاظ عليه .

وهذا يحلنا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري في فصل الأحكام الختامية التي نصها " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية " ، ومن محتوى هذه المادة تكون الشروط كمايلي (الرشد ، العقل ، القدرة ، الأمانة والأخلاق) .

¹ - المرجع نفسه ، ص 522 .

² - المرجع نفسه ، ص 523 .

³ - المرجع نفسه ، ص 523 .

⁴ - المادة 62 من قانون الأسرة 11/84 .

الفرع الثاني : أصحاب الحق في الحضانة مراتبهم وإجبارهم عليها

أولاً : أصحاب الحق في الحضانة

- سن الحضانة وتجاوز المحضون هذه السن :** المقرر عند فقهاء الشريعة الإسلامية، أن النساء أحق بحضانة الصغير أو الصغيرة في أول مراحل حياته، إلى أن يبلغ أقصى سن الحضانة، لحاجته إلى النساء ورعايتهن له في هذه المرحلة.¹
- انتهاء الحضانة بتجاوز المحضون أقصى سن الحضانة .
 - حق الصغير في أن يضم إلى عاصبه .
 - حق العاصب في ضم الصغير إليه لكي يؤدي دوره بالنسبة له .
 - أن يصدر حكم من القاضي ببقاء المحضون في يد حاضنته ، بعد تجاوز أقصى سن الحضانة ، دون أجر حضانة .

ترتيب الحاضنات:

01 - حضانة النساء: الحاضنات حين رتب، روعي في ترتيبهن تقديم قرابة الأم استجابة للغريزة الطبيعية المحققة في الأم وقرابتها، من حيث الشفقة على الصغير والعناية به، بصحته ونظافته، ذكراً كان أم أنثى.

قبل البدء في تعداد الحاضنات من النساء على الترتيب عند الحنفية يجب ملاحظة أنه عندما صنف من درجة واحدة ، كالأخوات والعمات ، وبنات الأخوة وما إلى ذلك فتقدم من كانت شقيقة ، ثم تقدم من كانت لأم ، ثم من كانت لأب .²

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الأم مقدمة في الحضانة عن غيرها من النساء لأن حق الحضانة يستفاد من قبل الأم ، والأصل في ذلك ما روى عن عبد الله ابن عمرو بن العاص أن (امرأة قالت يارسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء وأن أباه يريد أن ينزعه مني) فقال صلى الله عليه وسلم (أنت أحق به ما لم تتزوجي) .³

¹ - أحمد نصر الجندي: الحضانة والنفقات في الشرع والقانون ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 ، ص 27 .

² - محمد سمارة : نفس المرجع ، ص 384 .

³ - رواه عبد الرزاق في مصنفه : الدار قطني في سننه : على بن عمر الدار قطني ، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي ، حديث رقم 218 ، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط 1 ، سنة 1432هـ ، 2011م ، ص 840.

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

فجعل الحق لها في الحضانة إلى أن تتزوج ، ويستوي في ذلك أن تكون الأم مسلمة أو كتابية أو مجوسية لأن حق الحضانة لها للشفعة على الولد ، ولا يختلف ذلك باختلاف الدين ، ما لم يعقل الصغير .¹

والشافعية يقول أن الأم أولى بالحضانة إلا في صور هي:

- 1- إذا امتنع كل من الأبوين من كفالة الصغير في هذه الحالة يلزم به الأب.
- 2- إذا كان الأب مسلماً أو مأموناً والأم بخلاف ذلك أو تزوجت.
- 3- أو كانت الأم مجنونة، أو لا لبن لها، أو امتنعت عن إرضاعه أو كانت عمياء أو بها برص أو جذام.

وأم الأم وإن علت بمنزلة الأم بعدها، لأن الحضانة سببها الأمومة، وأم الأم تدلي بالأم، التي تقدم على الأب. لذلك كانت أم الأم بعدها في استحقاق الحضانة ، لأن لها ولادة ، فوجب تقديمها على أم الأب ، كتقديم الأم على الأب ، فإذا كان حق الحضانة يستفاد من قبل الأم ، فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها ، ويقدم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند إتحاد المرتبة قرباً ، فإذا ماتت الأم أو تزوجت بأجنبي ، أو لم تكن أهلاً للحضانة ينتقل حقها إلى أمها .

وهناك رواية عن الإمام أحمد بن حنبل أن أم الأب أحق قياساً على من قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه ، وخالة الأم أخت أمها فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها أنها تدلي بعصبته ، مع مساواتها للآخرى في الولادة ، فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وإنما قدمت الأم على الأب لأنها التي تلي الحضانة بنفسها ، فكذا أمه فإنها أنثى تلي الحضانة بنفسها فقدمت .²

وبعد الأم - إذا لم تكن موجودة أو كانت ولكنها ليست أهلاً للحضانة - يأتي دور أم الأب وإن علت ، لأنها أم في نفسها ، فهي أم أب المحضون ، فصارت كالأم بالنسبة له .
الحنابلة يقولون (متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها، لأنها يشاركها في الولادة والشفقة على الولد، فأشبهه الأم إذا كانت زوجة الأب).³

¹ - أحمد نصر الجندي : المرجع نفسه ، ص 41 .

² - ابن قدامة : المغنى شرح مختصر الخرقي ، دار عالم الكتب، الرياض، ط 3، 1417 هـ ، 1997 م ، ج 11 ، ص 414.

³ - المرجع نفسه ، ص 414 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

وبعد الأمهات تنتقل الحضانة إلى الأخوات الشقيقات للمحضون ، لأن قرابة الأخت الشقيقة من جهتين - الأب والأم - أي قريبة للمحضون من جهة أبيه وقريبة له من جهة أمه . وبعد الأخوات الشقيقات ، يأتي دور أخوات المحضون لأم ، لأن استحقاق الحضانة يكون بقرابة الأم ، والأخت تدلي بالأم ، ثم بعدها يأتي دور أخت المحضون لأب ، لأنها تدلي بقرابة الأب .

والحنابلة يرون أن الأخت من الأب أحق من الأخت من الأم ، فإذا انعدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات ، وإن علوا انتقلت الحضانة إلى الأخوات ، وقدمن على سائر القرابات كالخالات والعمات وغيرهن ، لأنهن شاركن في النسب ، وقدمن في الميراث . وبعد الأخت لأب تنتقل الحضانة إلى بنت الأخت الشقيقة للمحضون ، ثم بنت الأخت لأم وبعد الأخوات يأتي دور الخالات في الحضانة والمقصود بهن خالات المحضون ، فتقدم خالته شقيقة الأم ، ثم خالته - أخت أمه لأم - ، ثم خالته أخت أمه لأب . وبعد خالات المحضون يأتي دور بنت أخت لأبيه ، ثم بنت أخيه الشقيق ، ثم بنت أخيه لأمه ، ثم بنت أخيه لأبيه .

وبعد بنات أخ المحضون يأتي دور عماته ، فتقدم العمة الشقيقة له ، ثم عمته أخت أبيه من الأم ، ثم عمته أخت أبيه من الأب . ويأتي بعد من تقدمن من الحاضنات دور خالات أم المحضون ، فتقدم خالة الأم الشقيقة ثم خالة الأم من الأم ، ثم خالتها من الأب . وخالات الأب بعد ذلك تتقدمهن خالته شقيقة أم الأب ، ثم خالة الأب أخت أمه لأم ، ثم خالة الأب أخت أمه لأب .

الحنابلة يقدمون خالة الأب على خالة الأم ، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم¹.

ثم عمته أخت أبيها من الأم ، ثم عمته أخت أبيه من الأب ، ويأتي بعدهن عمات الأب ، فتقدم عمة الأب الشقيقة ثم عمته لأم ، ثم عمته لأب . يبين من الترتيب المتقدم للحاضنات أن أحق النساء بالحضانة ، مقدم فيه القرابة من قبل الأم ، ثم يليها القرابة من قبل الأب لأن الأصل عند الفقهاء أن كل من كان من قبل الأم

¹-أحمد نصر الجندي : المرجع نفسه ، ص 44.

في باب الحضانة فهو أولى ممن هو من قبل الأب ، وهذا الترتيب وفق الفقه الحنفي .¹

02- حضانة العصابات : ولا يقوم للعصابة في الحضانة إلا بعد فقدان الحواضن من النساء المحرميات ، وترتيب حضانة العصابة مثل ترتيب الولاية بعد إكمال سن الحضانة فيمكن استحقاقهم للحضانة كاستحقاقهم للإرث ، فالأقرب شرط اتحاد الدين ، ولو تساوى من لهم حق الحضانة من العصابات في مرتبة واحدة ، فمدار الاختيار على الأصلح والأروع والآسن .²

وأن يكون من العصابات على ترتيب الإرث ، لأن أصل استحقاقه الحضانة يقوم على قوة القرابة ، باعتبارها تضمن الشفقة بالصغير ، وحسن رعايته في الأعم الأغلب .³

لنعد بعد ذلك إلى ترتيب الحواضن ، بعد حضانة النساء ، الذين سبق ذكر ترتيبهن ، أو لم يكن منهن من هي أهل للحضانة ، أو انقضت مدة حضانة النساء ، هذه الفروض كلها إذا تحقق واحد منها ، تنتقل الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة .⁴

والأحناف عندهم أن الغلام إذا استغنى عن خدمة النساء ، أو حاضت الجارية عند الأم والجديتين ، أو استغنت عند غيرهن ، فالأب أحق بالولد ، ثم بعده الجد لأب ثم الأخ من الأب والأم - الشقيق - ثم الأخ من الأب ، فإذا اجتمع أحد الإخوة لأب وأم ، فأفضلهم صلاحا وورعا أحق بالضم إليه ، فإن كانوا الأخوة سواء في الصلاح والورع قدم أكبرهم لقوله صلى الله عليه وسلم (الكبر الكبر) ولأن حق الأكبر من الأخوة أسرع ثبوتا ، فعند التعارض يترجح الكبر ، وهذه القاعدة تجري على الأعمام بعد الأخوة .⁵

والأحناف أيضا على أن الغلام إذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد بالسكنى ، وليس للأب أن يضمه إلى نفسه ، إلا أن يكون الولد مفسدا ومخوفا عليه ، وكذلك إذا بلغ الولد مبذرا فللأب ولاية حفظ ماله ، فكذلك له أن يضمه إلى نفسه ، أما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه ، فإنه يعير بفساد ولده ، أما الجارية فإذا كانت بكرا فللأب أن يضمها إلى نفسه بعد

¹ - المرجع نفسه ، ص 45.

² - محمد عليوي ناصر - المرجع نفسه - ص 54.

³ - محمد أحمد سراج - محمد كمال إمام : المرجع نفسه ، ص 176.

⁴ - أحمد نصر الجندي : المرجع نفسه ، ص 46 .

⁵ - المرجع نفسه ، ص 50

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

البلوغ ، لأنها لم تختبر الرجال بعد ، فتكون سريعة الانخداع ، أما إذا كانت ثيبا فلها أن تنفرد بالسكنى لأنها قد اختبرت الرجال ، فليس للأب أن يضمها إلى نفسه بعد البلوغ لأن ولايته قد زالت بالبلوغ ، ولم يبق للأب حق الضم في البكر البالغة ، إلا لأنها عرضة للفتنة والانخداع ، وذلك غير موجود في حق الثيب ، عن ابن عباس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ليس للولي مع الثيب أمر)¹ وقال : (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها)²، يعني في التفرد في السكنى ، ويشترط في ذلك أن تكون مأمونة على نفسها ، لأن الثيب إذا كانت مخوفة على نفسها لا يوثق بها ، وللأب أن يضمها إلى نفسه لبقاء خوف .³

والحنابلة يرون أن للرجال من العصابات مدخل في الحضانة ، وأولاهم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين ثم الأخ من الأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا على ترتيب الميراث ، ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ، ثم عمومة الأب ثم بنوهم ، لأن العصابات لهم قرابة يمتازون بها ، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الإباء والأجداد ، ويقومون مقام الأب في التخيير للصبي بينه وبين الأم ، أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ، ويكون أحق بالجارية إذا بلغت سبعا ، ثم ابن العم إن كان المحضون غلاما ، فإن كانت المحضونة أنثى فلا يكون له حق الحضانة ، وإذا تساوى الحاضنون من نفس الدرجة يقدم من هو أنفع للمحضون ، فإن لم يكن للصغيرة غير ابن عم لها ، اختار القاضي لها أفضل موضع ، لأن للقاضي الولاية عليها ، فإن رأى ابن عمها أصلح لها ضمها إليه ، وإلا فيضعها عند امرأة أمينة .⁴

03 - حضانة المحارم : عدم وجود عصابات للمحضون ، فنقل الحضانة إلى محارمه من الرجال غير العصابات ، ورتبهم كآلتي : جد المحضون لأمه ، ثم أخ المحضون لأمه ، ثم ابن أخ المحضون لأمه ، ثم عم أم المحضون ، ثم الخال الشقيق لأم المحضون - أي أخ أمها من الأب والأم ، ثم الخال لأب ثم الخال لأم .⁵

¹ - رواه أبو داود النسائي .

² - عن ابن عباس : الدار قطني في سننه ، على بن عمر الدار قطني ، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، حديث رقم 70 ، دار ابن حزم ، بيروت لبنان ، ط 1 ، سنة 1432 هـ ، 2011 م ، ص 789 .

³ - السرخسي : المبسوط أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ، دارالكتب العلمية ، بيروت لبنان ، 5/ 212 .

⁴ - حاشية ابن عابدين 564/3 .

⁵ - أحمد نصر الجندي ، المرجع نفسه ، ص 52 .

ثانيا: حالات الإيجار على الحضانة

هل تجبر الحاضنة على الحضانة : إن الأئمة المسلمون من مالكية وحنفية وشافعية بعد أن تناقشوا سبب الحضانة من حيث كونه حقا للأم أو حقا للوالد وواجب عليها ، توصلوا إلى اتفاق على أن الحضانة من جانب هي حق للأم كمثل أي حق من الحقوق الأخرى ، ولها أن تتنازل عنه متى تشاء في كل حالة يوجد فيها من يحضن الطفل بدلا منها ، وتوصلوا إلى اتفاق أيضا على أن الحضانة من جانب آخر هي حق للطفل يجب على الأم أن تتكفل به ويمكن أن تجبر على حضنته .¹

الصغار وما بهم من عجز عن النظر لأنفسهم والقيام بمصالحهم ، جعل الفقهاء يسندون الولاية عليهم - في ذلك - إلى من هو مشفق عليهم ، فأسندوا حق التصرف في المال إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة ، والتصرف يستدعي قوة الرأي ، وأسندوا حق الحضانة إلى لأمهات لرفقهن ، وذلك مع الشفقة أيضا ، وتميزمهن بالقدرة على ذلك بلزوم البيوت .

والظاهر أن الأم أحق وأشفق من الأب على وليدها فهي حملته وهنا على وهن ، ولذلك تتحمل في تعهده في أول حياته ما لا يتحمله الأب ، وفي تفويض الحضانة إليها نفع محضونها .²

غير أن الفقهاء قرروا أن الحاضنة لا تجبر على حضانة ولدها ، بمعنى أنه ، وإن كان لها حق الحضانة ، ولها أن تطالب به ، إلا أنها لا تجبر على القيام بالحضانة - على الرغم منها - فلا يجوز للأب ، ولا للقاضي أن يلزمها بحضانة صغيرها ، ولذلك قرر فقهاء الأحناف ليس على أمه إرضاعه قضاء بل ديانة إذا تعينت فتجبر³ ، تجبر الأم على الحضانة في الحالات الآتية :

- 1 - إذا كان الصغير في فترة الرضاع ، ولا يأخذ ثديا غير ثدي أمه .
- 2- إذا لم يكن للأب أو الصغير مال يستأجر به الأب حاضنة غير الأم ولم توجد حاضنة متبرعة ، والسبب في ذلك فقر الأب .

¹ - فضيل العيش - المرجع نفسه - ص 62.

² - أحمد نصر الجندي : المرجع نفسه ، ص 52

³ - الشيخ ابن عابدين :رد المحتار على الدر المختار ، المطبعة الأميرية بولاق ، 1423 هـ ، جزء 2 .

3- إذا لم توجد حاضنة - أخرى - تلي الأم في ترتيب الحاضنات أو وجدت ولكنها رفضت حضانة الصغير، في هذه الحالة تتعين الأم للحضانة رضيت أم لم ترضى، ولهذا تجبر على حضانة صغيرها رعاية له، لأن مدار الحضانة نفعه.¹

ثالثاً: مراتب المستحقين للحضانة

01: ترتيب الحاضنين : إن الإسلام جاء لرعاية شؤون الناس ، حيث رعى الإنسان جنينا ووليدا وصغيرا وشابا وكهلا وشيخا ، ولما كان الصغار يعجزون عن القيام بشؤون أنفسهم وقضاء حاجاتهم ، جعل الشرع ولاية حفظهم للوالدين لأنهم أشفق عليهم ، ووزع المهام بين الوالدين فأعطى كل واحد ما يناسبه ، فجعل حق التصرف في شؤونهم من حيث التعليم والرعاية والتأديب للأب ، لقوة رأيه ووفور شفقته ، وجعل حق رعاية الولد وحفظه في مبيته وطعامه ولباسه ، وتنظيف جسده وكل ما يلزمه في ذلك للأم لوفرة شفقته وقدرتها على ذلك ، نظرا للزومها البيت ، فهي تتحمل ما لا يتحمله الأب من المشقة في حفظ ورعاية شؤون الصغار .²

فإذا افترق الزوجان وبينهما صغير فإن رعايته على أبويه ، يقدم في هذه الرعاية الأب على الأم ومن في جهتها في ولاية المال والنكاح وتقدم الأم في الحضانة والرضاع ، وقدم كل واحد من الأبوين فيما يصلح له لتمام مصلحة الصغير فإذا لم يكن للصغير أبوان ، انتقلت الحضانة إلى غيرهما بدرجات معينة ، والحاضنون يختلفون باختلاف سن المحضون ، ففي خالة حاجة الصغير لخدمة النساء يكون صاحب الحق بالحضانة المحارم من النساء ، ثم تقدم قرابة الأم على قرابة الأب والجد ، فإذا انعدمت المحارم من النساء انتقلت الحضانة إلى المحارم العسبة من الرجال ، فإذا انعدمت العسبة انتقلت الحضانة لذوي الأرحام ، فإن انعدمت انتقل حق تعيين الحاضن للقاضي .³

وقد اختلف الفقهاء في ترتيب الحاضنين فمنهم من أجاز ذوي الأرحام ومنهم من لم يجزها ، ومنهم من قدم الخالة والعمة وعمة الأم وخالتها على جدة الصغير لأبيه وعلى أبيه نفسه وسنعرض باختصار لترتيب الحاضنين في المذاهب الأربعة .

¹ - أحمد نصر الجندي : المرجع نفسه ، ص 53 .

² - السرخسي : المرجع السابق 207/5 .

³ - محمد سمارة : أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الثالثة ، 2010م - 1431 هـ ، ص 384 .

رابعاً : موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من هذا الترتيب

المطلب الأول : ترتيب الحاضنين عند الحنفية : قدم الحنفية في الحضانة النساء على الرجال، والعصبة على ذوي الأرحام فكان الترتيب على الوجه التالي: 1- النساء المحارم، 2- الرجال المحارم، 3- الرجال المحارم من ذوي الأرحام، 4- من يعينه القاضي.

أولاً : الحاضنات من النساء

قبل البدء في تعداد الحاضنات من النساء على الترتيب عند الحنفية يجب ملاحظة أنه عندما صنف من درجة واحدة ، كالأخوات والعمات ، وبنات الأخوة وما إلى ذلك فتقدم من كانت شقيقة ، ثم تقدم من كانت لأم ، ثم من كانت لأب .¹

1- وأول النساء استحقاقاً للحضانة هي الأم لما ورد فيها من السنة والإجماع .

2- أم الأم وإن علت، لأنها تدلي بقرابتها من جهة الأم.

3- أم الأب وإن علت، لأنها أم.

4- أخوات المحضون ، 5- بنات الأخوات الشقيقات ثم لأم .

6- الأخوات . 7- بنات الأخوات لأب .

8- بنات الأخوة . 9- العمات .

10- خالة الأم . 11- خالة الأب .

12- عمه الأم . 13- عمه الأب .

ثانياً : 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 لأب ، ثم ابن العم إن كان المحضون غلاماً ، فإن كانت المحضونة أنثى فلا يكون له حق الحضانة ، وإذا تساوى الحاضنون من نفس الدرجة يقدم من هو أنفع للمحضون ، فإن لم يكن للصغيرة غير ابن عمها اختار القاضي لها أفضل موضع ، لأن للقاضي الولاية عليها ، فإن رأى ابن عمها أصلح لها ضمها إليه ، وإلا فيضعها عند امرأة أمينة .²

¹ - المرجع نفسه ، ص 384

² - ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 1992 ، 564/3 .

ثالثا : ترتيب الحاضنين في ذوي الأرحام

عند انعدام النساء والرجال العصبية، تنتقل الحضانة لذوي الأرحام على الترتيب التالي:
الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق ثم الخال الأب، ثم الخال لأم.¹

رابعا : الحضانة بولاية القاضي

إذا انعدم وجود أصحاب الحضانة من الدرجات السابقة ، فإن أمر الحضانة يرجع إلى القاضي ، لأن السلطان ولي من لا ولي له ، فينظر القاضي بمصلحة الصغير ، ويضعه حيث يرى مصلحته ، حتى وإن كان أحد أقاربه الذين لا حضانة لهم ، ذلك لأن للقاضي الولاية فيراعي مصلحة الصغير ويضعه عند الأصلح ، وكذلك عند تعداد الحاضنين من نفس الدرجة ، وهذه التقسيمات تكون إذا كان المحضون صغيرا ، يحتاج إلى خدمة النساء ، أما إذا استغنى المحضون عن خدمة النساء ، فإن الحضانة في هذه المرحلة تكون للعصابات فقط .²

المطلب الثاني : ترتيب الحضانة عند المالكية : اختلفت تقسيمات المالكية عن الحنفية

بيننا ، ونقول ما قلنا في عند كلامنا على ترتيب الحنفية ، أنه إذا اجتمع النوع الواحد ، كأخوات أو أخوة فيكون الترتيب للأشقاء أولا ثم لأم ، ثم لأب .

قال المالكية : أحق الناس بالحضانة الأم ، ثم أم الأم ، ثم أخت الأم أي الخالة ، ثم

خالة الأم ثم عممة الأم ، ثم الجدة لأب وإن علت ، ثم الأب ، ثم الأخت ، ثم عممة المحضون ، ثم عممة أبيه ، ثم الوصي ثم الجد لأب ، ثم ابن الأخ ، ثم العم ، ثم ابن العم ثم القاضي .³

ويلاحظ أن هذا التقسيم لا يقوم على دليل فهو يقدم خالة الأم وعمتها على الأب والجدة لأب وقد اعترض ابن القيم على هذا التقسيم وناقشه قائلا :إن تقديم مالك الخالة وخالة الأم على الأب وأمه ، تقديم في غاية البعد ، فيكف تقدم قرابة الأم وإن بعدت على الأب نفسه ، وعلى قرابته ، مع أن الأب وأقاربه أشفق على الطفل ، وأرعى لمصلحته من قرابة الأم ، فإنه ليس إليهم بحال ، ولا ينسب إليهم ، بل هو أجنبي منهم ، وإنما نسبه وولاه إلى أقارب أبيه ، وهم أولى به يعقلون عنه ، وينفقون عليه عند الجمهور ، ويتوارثون

¹ - محمد سمارة : المرجع نفسه ، ص 385 .

² - السرخسي : المرجع السابق 210/5-212 .

³ - المرجع نفسه ، 210/5-212 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

بالتعصيب وإن بعدت القرابة بينهم ، بخلاف قرابة الأم ، فإنه لا يثبت فيها ذلك ، ولا توارث فيها إلا في أمهاتها وأول درجة من فروعها وهو ولدها ، فيكف تقدم هذه القرابة على الأب ومن جهته ولا سيما إذا قيل بتقديم خالة الخالة على الأب نفسه وعلى أمه فهذا القول مما تأباه أصول الشريعة وقواعدها ،¹ ولا شك أن المتأمل المنصف سيرجح ما قاله ابن القيم لوضوح حجته .

المطلب الثالث : 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 . وترتيب الحاضنات من النساء : أولى الناس بالحضانة الأم لما ورد في ذلك من الأحاديث ثم البنت (إذا كان الأب معتوها أو مجنوناً ، ثم الجدة لأُم وإن علت ، لأنها تشارك الأم في الولادة والإرث) .

ثم الجدة لأب وإن علت ، ثم الأخوات على ترتيب الشقيقات ثم الأخوات لأب ، ثم الأخوات لأُم.² ، لأن الأخت لأب أقوى من الأخت لأُم 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 يدلن للمحضون من جهة الأم ، ثم بنات الأخوات : الشقيقة ، ثم لأب ، ثم لأُم ، ثم بنات الأخوة ، وقدمت بنات الأخوات على بنات الأخوة لأن قرابتهن جاءت من جهة الأم ، ثم العمات .

فإذا انعدمت الحاضنات من النساء ، انتقلت الحضانة للوارثين من الرجال على ترتيب ولاية النكاح ، الأبوة ، ثم الأخوة ، ثم العمومة .

أما إذا اجتمع الحاضنون رجالاً ونساء فيكون ترتيبهم كمايلي : الأم ، ثم أم الأم ، ثم الأب لأنه أشفق على ولده من كل من يأتي بعده ، ثم أم الأب ، ثم الجد لأب ثم الأخوات ، ثم الأخوة ، ثم الخالات ثم بنات الأخوات ثم أبناء الأخوات ، ثم بنات الأخوة ثم أبناء الأخوة ، ثم

¹ - الدردير: الشرح الصغير معه حاشية الصاوي ، مطبعة الحلبي ، مصر 1952 ، ص 755/2 .

² - هذا أوجه من تقديم الحنفية الأخت لأُم على الأخت لأب .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

العمات ثم الأعمام ، وإذا تساوى الحاضنون من درجة واحدة أقرع بينهم ، ثم تنتقل الولاية إلى القاضي ، ولا حضانة لذوي الأرحام .¹

المطلب الرابع : 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 عالت ، ثم الجد لأب وإن علا ، ثم جدة الأب ، ثم الأخوات ثم الأخوة ، 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 الأخوة ، 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 والعصبان فلهم حق الحضانة في الذكر ، أما في الأنثى فلا حضانة لابن عمها عليها ، فإن لم يكن لها حاضن ولا حتى من ذوي الأرحام فالقاضي بولايته يتصرف بحضانتها .²

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 .³

المطلب الخامس: موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري على ترتيب على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في المادة 64 (معدلة) قانون الأسرة الجزائري وجاء الترتيب كالتالي⁴ : "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 بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " وقد سائر فقه القضاء في الجزائر القاعدة المتمثلة في أولوية الأم في مسألة

¹ - محمد سكمال المجاجي : المهذب في فقه المالكي ، دار الوعي الجزائر، دار القلم دمشق ، ، ط1،

1431هـ.2010م، ج2، ص 145.

² -محمد سمارة : المرجع نفسه ، ص 387.

³ - ابن قدامة : المرجع السابق ، 621/7-623 .

⁴ - الأمر رقم 02-05 مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في

9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية 15، الصادرة بتاريخ 18 محرم

1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005 .

الحضانة،¹ حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/02/24 " من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحضانة تسند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها ".²

أما في حالة تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كإخوة أو أعمام، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة، وخلقاً فإن تساوا كان أولاهما أكبرهم سناً.³

الفرع الثالث: خصائص الحضانة

أولاً: الحضانة من النظام العام

سبب الحضانة وهو العجز عن وقوف الشخص وحده في الحياة واحتياجه إلى من يحميه ويقوم على شئونه لأنه لا يستطيع القيام بها وحده ولا يستطيع حماية نفسه من اضطرابات المجتمع وخاصة أنه في حاجة أيضاً إلى التأديب والتهديب والتعود على العادات الإسلامية الصحيحة.⁴

ثانياً : الحضانة حق مشترك

الحق في الحضانة: الحضانة ولاية من جعل الشارع ، واختصاص الأم بها من جعل الشارع أيضاً ، قال صلى الله عليه وسلم (أنت أحق به ما لم تتزوجي).⁵

وحق النساء من بعدها، من فقه الشريعة الذي جعل المرحلة الأولى من حياة الصغير إلى الأمهات ومن يقوم مقامهن في ذلك ، ولهذا لا يستطيع الأب أن يختار من تحضن صغيره أو صغيرته وإنما جعلت الحضانة منوطة بمصلحة الصغير ، في الحدود التي رسمها الفقه الإسلامي ، ولا اعتبار لإرادة الأب فيها ، فإذا اشترط الأب أن تكون حضانة صغيره لشخص معين كان شرطه باطلاً ولا يعمل به . للحضانة ثلاث حقوق .

¹ - عبد اللطيف والي : المرجع السابق ، ص 91

² - قرار المحكمة العليا : م، أ ، غ ، أ ، ش ، الصادر بتاريخ 1986/02/24 ، الملف 39941، غير منشور .

³ - بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء لأول ، ص 382.

⁴ - رشدي شحاتة أبو زيد ، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء

القانونية الإسكندرية ، الطبعة الأولى 2010، ص24 -

⁵ - .رواه عبد الرزاق في مصنفه : الدار قطني في سننه : على بن عمر الدار قطني ، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق

العظيم أبادي ، حديث رقم 218 ، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط 1 ، سنة 1432هـ ، 2011م ، ص 840.

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

1-حق الصغير : أي حقه أن يتولاه من يقوم على تربيته ، بسبب البراءة التي ولد عليها ، ونموه البطئ ، وتدرجه في معرفة ما يدور حوله ، وكذلك عجزه عن القيام بشئونه ، وتعهده حتى يتدبر هو وحده أمر نفسه ، الأحناف على أن المرأة إذا اختلعت من زوجها على أن تترك ولدها عند الزواج فالخلع جائز والشرط باطل ، لأن الأم إنما تكون أحق بالولد ، لحق الولد، فإن كون الولد عندها أنفع له ¹، فإذا ثبت أن هذا أنفع للولد فليس لها أن تبطله بالشرط .

2- حق الحاضنة: القاعدة في الشريعة الإسلامية أن لا تضار والدة بولدها، فهو جزء منها، شاركها حياتها مدة حملها، وتغذى من غذائها، فكان حملها له وهنا على وهن، وكان وضعها له كرها، ولذلك فهي أحق أن تحضن هذا الولد.²

3- حق الأب : وهو حقه في تعهد صغيره ، فهو جزؤه لا يشاركه فيه أحد ، وهو ينسب إليه ويحمل اسمه ، ولذلك يراعي الأب ابنه وهو في يد حاضنته ، والأب أيضا يقوم بالإنفاق على صغيره - عند فقره - ويلزمه الشرع بالإنفاق ويجبره عليه إذا امتنع .³

يتبين مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة 66 من ق.أ.ج فاعتبرها من هذا الوجه حقا له ومن جانب آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير.⁴

ويترتب على كون الحضانة حق للصغير ما يلي:

- لا يجوز لأمه التي تستحق حضانتها أن تصالح أباه على إسقاط حقها في حضانتها له في مقابل بدل تأخذه منه، لأنها بفعل ذلك تفوت حق الصغير، وهي لا تملك إسقاط حقه، فلو فعلت ذلك لا يصح الصلح، ولا تستحق البذل الذي اصطلحت عليه.
- لو خالعت أمه أباه على أن تترك حقها في حضانة الصغير مدة الحضانة فإن الخلع يصح، ولكن يبطل البذل، لأنها بذلك فوتت حق الصغير وهي لا تملك ذلك.

¹ - السرخسي: المرجع السابق ، 169/6 .

² - أحمد نصر الجندي : المرجع السابق، ص 13 .

³ - المرجع نفسه ، ص 13

³ - بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة، في قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي المقارن ، دراسة تاصيلية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول ، 1994 ، ص144 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

- إذا امتنعت الحاضنة عن حضانة الصغير ولم تستكمل شروط الحضانة في غيرها فإنه لا يجوز لها أن تمتنع عن حضائته، وإن امتنعت أجبرت على ذلك، محافظة على مصلحة الصغير.

ويترتب على أن الحضانة حق للحاضنة ما يلي.

- لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه، فإنه يجب على المرضعة أن تقوم بإرضاعه في منزل الحضانة حتى لا يفوت عليها حقها في حضائته.
- ليس للأب حق في أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هي دونها في الدرجة، لأن في ذلك تقويت لحق الحاضنة.
- لا يجوز لأب الصغير أن ينقله من البلد الذي تقيم فيه حاضنته، لأنه إن فعل ذلك فقد ضيع عليها حقها.¹

- وعليه فإن للصغير حق في الحضانة، وذلك حتى لا يضيع ويهلك، كما أنها حق للحاضنة إذا كانت أما، وهذا حتى لا تحرم من صغيرها الذي حملته وهنا ووضعتة كرها، فهي أحق بحضائته وتعهده كما أنه حق للمحضون له سواء كان أبا أو غيره، وهذا حتى يطمئن على صغيره ويضمن له تربية سليمة.

الفرع الثالث: الحضانة بمقابل مالي

بما أن الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارسته سواء بأجر أو تبرعا، وفي هذا اختلاف في الآراء بين قائل بوجوب الأجر، وبين معارض لذلك.

أولا : أجر الحضانة : أما إذا كان للولد مال فالأجرة تكون من ماله ، لأن نفقة الإنسان في الأصل تكون من ماله سواء كان صغيرا أو كبيرا² ، أجر الحضانة وتوابعها من السكنى والخدمة ، للفقهاء رأيان في مدى وجوب الأجرة على الحضانة .

1- رأي الجمهور غير الحنفية أنه ليس للحاضن أجر على الحضانة سواء أكانت الحاضن أم أم غيرها ، لأن الأم تستحق النفقة إن كانت زوجة ، وغير الأم نفقتها على غيرها وهو الأب ، لكن إن احتاج المحضون إلى خدمة كطبخ طعامه وغسل ثيابه فللحاضن أجر .

¹ - بدران أبو العنين بد ران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967 ، الجزء الأول، ص 544- 545 .

² - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم : الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، الزواج والفرقة وحقوق الأقارب ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1999 ، ص 450.

2- قال الحنفية لا تستحق الحاضنة أجره على الحضانة إذا كانت زوجة أو معتدة لأبي المحضون في أثناء العدة ، سواء عدة الطلاق الرجعي أو البائن في الوجه ، كما لا تستحق أجرا على الإرضاع ، لوجوبها عليها ديانة ، ولأنها تستحق النفقة في أثناء الزوجية والعدة ، وتلك النفقة كافية للحضانة .

أما بعد انقضاء العدة فتستحق أجره الحضانة ، لأنها أجره على عمل ، وتستحق الحاضنة غير الزوجة أجره الحضانة ، مقابل قيامها بعمل من الأعمال وتلك الأجرة غير أجره الإرضاع ،¹ ونفقة الولد ، فهي ثلاثة واجبات .

أما المشرع الجزائري فإنه لم يقل بأجره الحضانة فهو لم يشر إليها في المواد 75، 76، 77، 78 ليظل هناك إشكال فيما يخص أجره الحضانة، غير أنه بالرجوع إلى المادة 222ق.أ.ج.²

والتي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني، وعليه فلا بد من الرجوع إلى آراء فقهاء المالكية لأن المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي.

ثانيا : المدين بأجرة الحضانة : أجره الحضانة غير أجره الرضاع ، فهي تجب في مال الصغير إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال فليزيم به أبيه أو من تلزمه نفقة الصغير من بعده ، فإذا كان الأب معسرا عن الكسب اعتبر في حكم الوجود وفوض أجر الحضانة إلى من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ، ويؤديها إلى الحاضنة ، وإذا كان الأب قادرا على الكسب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته وأمر بالأداء ، ويجب إذا أداها من تجب عليه نفقة الصغير أن يؤديها للحاضنة ويرجع بها على الأب إذا أيسر .³

في شأن استحقاق أجر الحضانة يتعين التفريق بين حالتين:

الأولى: الأم الحاضنة: إذا كانت أم الصغير هي الحاضنة له، فإن استحقاقها لأجر حضانتها فيه صورتان:

¹ - عبد القادر بن حرز الله : المرجع السابق ، ص 361

² - تنص المادة 222 ق.أ.ج على ما يلي :كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية

³ - عمرو عيسى الفقي : الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ط1، 2005 ، الجزء الثاني ، ص 194.

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

1 - أن تكون الأم حاضنة والزوجية قائمة بينها وبين والد المحضون سواء كانت قائمة حقيقة أو حكما في هذه الحالة لا تستحق أجر حضانة ، لأن نفقتها قائمة على الزوج ، ولذلك يقول الفقهاء إذا كانت الحاضنة منكوحة أو معتدة لأبيه لم تستحق أجر حضانة لوجوب الحضانة عليها ديانة .

إذا انقضت الزوجية بانقضاء عدة المطلقة استحققت أجر الحضانة، لأنها بذلك أصبحت أجنبية عن والد الصغير، وتقوم بأداء عمل لصغيره، فتستحق الأجر على هذا العمل من وقت اعتبارها أجنبية عن والد الصغير وهذا الوقت هو تاريخ بينونتها منه.

2 - إذا كانت الحاضنة غير الأم استحققت أجر الحضانة من تاريخ قيامها بالعمل ، لأنها تقوم به لصالح أب الصغير إذ ترعى صغيره وتحفظه ، ومن ثم تستحق الأجر على عملها .

يلاحظ أن تقدير أجر الحضانة متروك لقاضي الدعوى، فيتعين عليه أن يراعى أن أجر الحضانة فيه معنى المئونة، وقصد به دفع الحاجة.¹

مدة الحضانة : تبدأ حضانة النساء للصغير أو الصغيرة من وقت الولادة ، وتستمر حتى يبلغ الصغير عندها تنتهي حضانة النساء ، ويسلم الصغير أو الصغيرة إلى الأب ، أو العاصب - عند فقد الأب - ولا يجوز بقاء الصغير بعد السن القانونية عند النساء لأن الرجال أقدر على الحفظ والصيانة ،² وقد قال محمد بن الحسن " إن حضانة الأنثى تستمر إلى سن المراهقة وهي السن التي تنتهي فيها ، ولا فرق أن تكون الحاضنة الأم أو الجدة .³

أجر الحضانة عن مدة ماضية : في شأن طلب أجر حضانة الصغير عن مدة ماضية ، اختلف الفقهاء على النحو التالي :

- قال بعض الفقهاء يشترط للمطالبة بأجر الحضانة وجود عقد بين والد المحضون والحاضنة على الحضانة ، ولذلك لا يجوز استحقاق أجر الحضانة عن مدة بلا قضاء أو رضاء ، وقد قضى بأن المدعية بنت دعواها بأجر الحضانة في المدة الماضية على أنها تستحق بالحضانة مطلقا ، وأنها لا تقبل أن تحضن بلا أجر ، وهذا ليس من الأسباب

¹ - أحمد نصر الجندي : المرجع السابق ، ص 218 .

² - المرجع نفسه، ص 219.

³ - محمد مصطفى شبلي : المرجع السابق ، ص 762.

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

التي تستحق بها أجر الحضانة عن مدة ماضية ، ولا يصح سببا لاستحقاقها الأجرة في المدة الماضية .

وقال آخرون يجوز المطالبة بأجر الحضانة عن مدة ماضية بلا عقد إجاره ، قياسا على الرضاع ، فقد جاء في الدر في باب النفقة (ولألم أجره الرضاع بلا عقد إجاره) بل تستحق بالإنفاق في المدة مطلقا ، وقياسا على الرضاع تستحق الحاضنة أجره الحضانة عن المدة مطلقا .

ولاية الإنفاق على الصغير : المقرر شرعا أن نفقة الصغير الفقير على أبيه لا يشاركه فيها أحد للجزئية والقرب ، فالصغير جزء أبيه ، ولذلك فهو يقوم بالإنفاق عليه ما دام الصغير في يده أو بين عياله.¹

إذا كان الصغير في يد أمه -أو حاضنته أو مرضعته - بعيدا عن الأب - فإن عليه الإنفاق على ابنه تمويها أو تمليكا - بأن يسلم من بيده الصغير مقدار نفقة لينفق منها عليه ، لأن الإنفاق على الصغير يعتمد اليد الممسكة - أي يد من يكون الصغير في يده ، وقد قضى بأن ولاية الإنفاق على الصغير تعتمد اليد الممسكة شرعا ، فإذا زالت اليد فعلا ، زالت تلك الولاية ، وانتقل الإنفاق إلى ذي الولاية .

الإبراء من أجر الحضانة : أجر الحضانة سببه عقد موجود - حقية أو حكما - على القيام بعمل الحضانة ، والأجر معاوضة التزامه العاقدان باختيارهما ، ولذلك فإن هذا الأجر حق لصاحبه ، يجوز له الإبراء منه قبل استيفائه وقد قضى بأن الإبراء من بعض الأجرة - بعد العقد - قبل استيفاء النفقة جائز لأن سبب الوجوب هنا هو العقد ، موجود ، فيقام ذلك مقام حقيقة الوجوب في صحة الإسقاط - أي الإبراء .

سقوط أجر الحضانة: يسقط أجر الحضانة عن الأب في الأحوال الآتية:

1- إذا كانت الحاضنة أم المحضون وزوجة أبيه أو معتدته ، لأن أم الصغير لا تستحق أجر حضنته إذا كانت الزوجية بينها وبين الأب قائمة حقيقة أو حكما.

2- إذا تحولت الحضانة من حاضنة إلى أخرى ، بمعنى أن الحاضنة فقدت شرطا من شروط الحضانة فألت الحضانة إلى حاضنة تالية لها ، في هذه الحالة يسقط أجر الحضانة بالنسبة لهذه الحاضنة ولا يتحول الأجر إلى الحاضنة الثانية إلا بقضاء جديد .

¹ - أحمد نصر الجندي : المرجع نفسه ، ص 220.

3- إذا بلغ المحضون أقصى سن الحضانة .

يلاحظ أن المقصود بسقوط أجر الحضانة هو الأجر المتجدد، وليس ما تجمد من أجر حضانة.

4- إذا أبرأت الحاضنة أب الصغير من أجر الحضانة.¹

5- موت المحضون، يسقط أجر الحضانة المتجدد، ولكنه لا يسقط المتجمد من هذا

الأجر لأن الأجر على العمل لا يسقط بالموت مطلقاً، فهو دين قوي في الذمة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.²

تحول الحضانة: المقصود بتحول الحضانة هو انتقالها من حاضنة إلى أخرى تليها في الترتيب لأن الشريعة الإسلامية رتبت حق الحضانة بالنسبة للنساء، ومن أسباب تحويل الحضانة ما يأتي:

أ- عدم توافر شروط الحضانة، أو خروج الحاضنة عن أهلية الحضانة، ولذلك قضى بأن مقترفة البغاء ليست أهلاً للحضانة مما يقتضي تحول الحضانة إلى من يليها في ترتيب الحاضنات.

ب- زواج الحاضنة بأجنبي عن الصغير، لأن حق الحضانة يسقط بنكاح غير محرم للصغير لأن زواج الأم بغير القريب يفوت مصلحة الصغير، وقد قضى بأن زواج الحاضنة بأجنبي عن الصغير يسقط حقها في الحضانة ولذلك تتحول إلى من يلي الحاضنة.

ج- إمساك الصغير في بيت المبغضين له، وفي ذلك يقول ابن عابدين: إذا أمسكت الحاضنة المحضون في بيت أجنبي عن الزوج سقط حقها في الحضانة وتحولت إلى من يليها.

د- أن تمتنع الحاضنة عن إمساك المحضون مجاناً عند إعسار أبيه.

هـ- ردة الحاضنة سبب لتحول الحضانة إلى من يليها لأن من شروط الحضانة إتحاد

الدين .³

ثالثاً: التبرع بالحضانة

المجلس الأعلى في 18 مارس 1975.⁴ إلا أن حالة التبرع هذه، تطرح سؤالاً

¹ - أحمد نصر الجندي : المرجع السابق ، ص 222.

² - المرجع نفسه ، ص 222.

³ - المرجع نفسه ، ص 222 .

⁴ -المجلس الأعلى ، غرفة اجتماعية ، 13-03-1975 ، ملف عدد 47895 ، (غير منشور) ، .

يفرض نفسه ألا وهو :إذا وجدت متبرعة للحضانة، فهل تقدم هذه الأخيرة على الأم ؟
ف نقول أنه إذا وجدت متبرعة والأم لم تطلب أجرة الحضانة، فالأم أولى بها، وتفضل لأن مصلحته معها .أما إذا طالبت الأم بأجرة، ووجدت متبرعة، فهنا نكون أمام أمرين : الأول هو الحفاظ على مال المحضون إن كان له مال وبالتالي نعطي الأولوية للمتبرعة، والثاني : تغليب الجانب المعنوي، فنفضل الأم.¹ وهنا يجب أن يخضع الأمر للقاضي وإن كنا نغلب الحل الثاني.²

رابعاً: تجزئة الحضانة

القضاء الجزائري قد سبق له أن تعرض في الكثير من أحكامه وقراراته عموماً ، فيمكن القول أن القضاء الجزائري من خلال ممارسته واحتكاكه بالعديد من المنازعات الأسرية في مجال الحضانة قد تبنا موقفين متناقضين الأول رفض فيه الموافقة على تجزئة الحضانة والثاني اعترف فيه بتلك التجزئة.³

وقد أفصح المجلس الأعلى عن الوجهة الأولى في قراره الصادر في 08 مارس 1976 حيث نقض بمقتضاه قرار مجلس قضاء وهران الصادر في 08 ماي 1975 القاضي بإسناد حضانة الإبن إلى أمه مع إبقاء حضانة البنت عند أبيها، وقال فيه" إن المجلس أسند الحضانة إلى كل من الأب والأم بينما الحضانة تسند إلى الأم بقوة القانون طبقاً لما جرى عليه قضاء المجلس الأعلى، وكان ذلك من دون أن يعطي تسبباً كافياً، ويؤخذ على القرار أنه بنى حكمه على أساس مصلحة الولدين و وزع حضانتهم بين الأبوين بينما المصلحة تدعو أن يعيشا مجتمعين عند أحد الأبوين ومادام أن المجلس اعتبر أن الأم صالحة لحضانة أحد الولدين، فلماذا لا تكون صالحة للولد الآخر.⁴

و في قرار آخر رفض نفس المجلس تقسيم حضانة الأولاد السبعة بين أبويهم بحجة أن

¹ - والفقه يفرق في حالة إذا ما طلبت الأم أجرة مع وجود متبرعة بالحضانة بين حالتين:

- إذا كانت المتبرعة غير قريبة، فتظل الحضانة للأم وتمنح الأم أجرة المثل

-إذا كانت المتبرعة قريبة ومحرم للمحضون فتفضل على الأم بشرطين : إذا كان الطفل غير ذي مال وكان الملتمز بالنفقة معسراً .

² حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة -دراسة مقارنة- ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه ، في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق ، 2004/2005 ، ص125.

³ - المرجع نفسه ، ص 495.

⁴ -المجلس الأعلى: غ، ق، خ، 1976/03/08 ، ملف رقم 13112، (غير منشور)، ملحق رقم 68.

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

الحضانة من نصيب الأم وتقسيم الحضانة وإعطاء خمسة أولاد للأب وولدين للأم مخالف لقواعد الشرع لكون أن الأم أكثر عطا وحنانا وهي أولى بحضانة أبنائها من غيرها؛ هذا فضلا عن أنه لا يوجد ما يبنى عليه نزع حضانة الأم لملئها كل الشروط المطلوبة، ولذلك اعتبر المجلس هذه التجزئة مما تتعارض مع مصلحة القسمين.¹

وكذلك تمسك المجلس الأعلى بموقفه هذا، فقرر في 22 فبراير 1982 أنه "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز تجزئة الحضانة بدون أي مبرر، كما في القضية الحالية، فإن الأولاد الخمسة هم صغارا لسن، فوضعهم لأهمهم أولى وأحقّ وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب، وبحسبه، فإن الوجه غير صحيح.²

ومن هنا يتبين أن المجلس الأعلى الجزائري، قبل إصدار قانون الأسرة كان يطبق أحكام الشريعة الإسلامية وعلى وجه الدقة مذهب الإمام مالك الذي اشترط في طالب الحضانة أن يتحمل حضانة جميع الأطفال في حالة تعددهم ، فاعتبر أن الحضانة ترجع بالدرجة الأولى إلى الأم، ثم عاب تقسيم الأولاد بين أبويهم لعدم وجود أي سبب لإسقاط الحضانة عن الأم، وعدم وجود أي مصلحة للقضاء بخلاف ذلك.

وزيادة عن ذلك أن هذا الموقف قد تبناه المجلس الأعلى الجزائري حتى بعد صدور قانون الأسرة، إذ قضى بتاريخ 05 ماي 1986 إن الحضانة إذا وجبت لشخص ما شملت جميع الأولاد وإذا سقطت عنه سقطت بالنسبة لجميعهم .ومن ثم، فتقسيم حضانة الأولاد بين أبويهم ليس في باب الحضانة في أحكام الشريعة الإسلامية التي تبين شروطها وتنظم الأولويات فيها وأسباب سقوطها وعليه، فإن القرار المطعون فيه بإتباعه هذا المسلك أي إمكانية التقسيم المذكور وإسناد حضانة بعض الأولاد لأبيهم والي بعض الآخر لأُمهم، فإنه يكون قد خالف الأحكام المذكورة وسار على نهج غير متبع في القضاء بالبلد وخاصة أحكام المجلس الأعلى مما يعرضه للنقض.³

وهو ذات الموقف تبنته محكمة تلمسان في حكمها الصادر سنة 2001 ، حيث قضت بمقتضاه بأنه، وإن كانت خالة الطفلة أولى بحضانتها من غيرها لكن ومن جهة ثانية

¹ -مجلس الأعلى: غ، أ، ش، 1982/01/25 ، ملف رقم 26546 ، (غير منشور)، ملحق 69.

² -مجلس الأعلى، غ، أ، ش، 1982/02/22، ملف رقم 26997، نشرة القضاء، 1982، ص 277.

³ - المجلس الأعلى: غ، أ، ش، 1986/05/05 ، ملف رقم 40604، (غير منشور) .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

لا يسوغ للمحكمة تجزئة حضانة الإخوة وتقسيمهم وبالتالي يراعى في إسنادها أن تشمل جميع الأطفال معا.¹

ولكن، على النقيض من ذلك، فقد حاد المجلس الأعلى الجزائري عن تلك القرارات ولم يستقبح تقسيم حضانة الأولاد بين الأبوين، وكان ذلك في قراره المؤرخ في 30 ديسمبر 1985 السالف الذكر، وقد علل موقفه بأن الولد قد تركته أمه، وعاش مع أبيه لمدة تعود فيها عليه، وأصبح في سن يحتاج إلى رعايته ومراقبته.²

وهذا ما تمسكت به محكمة الرمشي في حكم لها صادر بتاريخ 01 أكتوبر 1996، حيث جاء في إحدى حيثيات الحكم ما يلي " حيث أن حضانة الأطفال قررت قانونا للمدعى عليها باعتبارها أحق بها أصلا ودرجة طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة وما دام أن الحضانة حق ممكن التنازل عنه، فيتعين بالتالي الاستجابة لها والرامي إلى التنازل عن حضانة الطفلين لأبيهما هذا ما دام من جهة أخرى أبدى استعداداه في حضانة أطفاله وتقرير لها فقد حضانة الطفلة ما دام النازلة تمسكت بحقها في ممارسة حضانة البنت وتولي رعايتها".³

بل أن المجلس الأعلى الجزائري قد أفصح عن تلك المصلحة، صراحة بقوله " وحيث كذلك أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في القضية الحالية فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم لأهمهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب".⁴

¹ - محكمة تلمسان: 2001/09/11، غير منشور، ملحق رقم 70.

² -المجلس الأعلى: غ، أ، ش، 1985/12/30، ملف رقم 37789، (غير منشور).

³ - محكمة الرمشي: ق، أ، ش، 1996/10/01، قضية رقم 96/178، غير منشور، ملحق رقم 71.

⁴ - المجلس الأعلى: 1984/04/02، ملف رقم 32594، المجلة القضائية، 1989، عدد 01، ص 77.

المبحث الثاني: مكان الحضانة مدتها وسقوطها

المطلب الأول: مكان الحضانة ومدتها

الفرع الأول: مكان الحضانة

أولا : المكلف بتوفير مسكن الحضانة أو أجرته

إذا كانت الحاضنة هي الأم حال قيام الزوجية مع والد صغيرها فلا تستحق الأجرة الحضانة ، وكذلك لو كانت في العدة من طلاق بائن أو رجعي لأنها تأخذ نفقة عدتها عليها فلا يصح أن تجمع بين نفقتها عليه وأجرة حضانتها لولدها منه ، وإذا كانت الحاضنة معتدة من وفاة زوجها فإنها تستحق أجرة حضانة ولدها الصغير لأنها ليست لها نفقة عدة في هذه الحالة ، أما إذا كانت انتهت عدة الأم في جميع الحالات السابقة فإنها تستحق أجرة الحضانة. أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلها أجرة الحضانة ما لم تكن متبرعة بالحضانة ، ولما كانت أجرة الحضانة مقابل خدمتها لمصلحة المحضون فهي دين صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

أما فيما يتعلق بأجرة مسكن الحضانة فإذا كانت للحاضنة سكن قبل الحضانة أو كانت متزوجة بذوي رحم محرّم للصغير ، فلا يحق لها المطالبة بأجرة مسكن الحضانة ، وإن لم يكن لها مسكن مملوك تسكن فيه أو لم تكن متزوجة بذوي رحم محرّم وطلبت أجرة مسكن الحضانة تحضن فيه الصغير فيجب لها فيمن تجب عليه الأجر وكذا أجرة خادم ، وإن كانت محتاجة لذلك¹ ، وأخيرا فإن أجرة الحضانة والسكن تجب على من تجب عليه نفقة الصغير .

موقف المشرع الجزائري

نصت المادة 72 من قانون الأسرة 11/84 بقولها (نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهئى له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته).

يلاحظ من هذه المادة أن نفقة المحضون من ملبس ومأكل وعلاج ومسكن...وفقا للمادة 78 من قانون الأسرة الجزائري تجب على المحضون أصلا إذا كان له مال.²، في الحقيقة أن نص المادة 72 قانون الأسرة الجزائري لم تتكلم عن النفقة في حالة عدم وجود مال خاص به وهنا فالنفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسؤول عنه ، وإنما تكلم عن توفير السكن أو

¹ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي : أحكام الأسرة ، الزواج ، الفرقة بين الزوجين ، حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون ، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية ، مطابع السعدني ، 2008.

² - ذلك كأن يكون وارثا أو يكون موهوبا له أو موصي له بأموال من قبل الأقارب .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

أجرته في حال التعذر ولم يتكلم عما إذا كانت أجرة السكن تعني السكن المستقل الذي يأوي الأطفال مع أمهم أم يتضمن النص أيضا ما لو كانت تسكن عند والديها ؟ فهل يجب عليه أن يدفع الأجرة أم لا؟

وبالنظر إلى النص نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لممارسة الحضانة، أو يدفع بدل الإيجار في حال سكن الأم الحاضنة عند أهلها، ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه لأن توفير السكن المستقل ، وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها ،¹ غير أنه في مسألة السكن نجد تعارضا كبيرا بين الإطلاق والتقييد في المادتين 52 و 72 من قانون الأسرة 11/84 ،² إذ نجد المادة 52 تنص على أن (وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج)، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها.

ومن ثم فإن استحقاق حق السكن لممارسة الحضانة كان معلقا على شروط واقفة هي :
-عدم وجود ولي للزوجة يقبل إيوائها

-أن يكون للحاضنة محضونان بصفة الجمع تبعا لنص القانون، وكان النص أن تفقد المطلقة حقها في السكن بزواجها أو ثبوت انحرافها بينما السكن ليس حقا للمطلقة، بل هو حق للمحضون وأن الشرط المسقط للحق في السكن ما كان ينبغي ربطه في النص القديم بالمطلقة دون غيرها من الحواضن وكان الانحراف ممنوعا في حقها جائز لغيرها من الحاضنات ، فكان الأولى أن تكون الصيغة في النص الأول لنص المادة 52 من قانون 11/84 (تفقد الحاضنة حقها في السكن وليست تفقد المطلقة)، ويكون السقوط حال الانحراف شاملا للمطلقة أو غيرها من الحواضن.³

¹ - أحمد الشامي : قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة ، دار الجامعة الإسكندرية ، 2010 ، ص 326.

² - بن داود عبد القادر : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، موسوعة الفكر القانوني ، ص 128.

³ - المرجع نفسه ، ص 128

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

في حين نجد المادة 72 من قانون 11/84 تقرر خلافا لنص المادة 52 من نفس القانون ، مما أدى إلى تضارب الاجتهادات القضائية لأن المادة 52 تقيد المادة 72 التي هي عمومية في لفظها ومعناها وللإجتهاد القضائي عذره في التناقض الذي كان سائدا لأن النصوص القانونية نفسها متعارضة على ما سبق بيانه.

ولذلك كان لابد من إعادة صياغة النص للمادة 72 بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير المسكن المستقل فإن تعذر يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة إذا قامت هي بتوفير المسكن عند عجز الزوج حتى ولو كان المسكن هو مع أبوها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون .

هذا من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 02/05 فحسم المسألة تناقض الاجتهادات بتعديل المادة 72 فأصبح نصها كالآتي (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار). (وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن).

ما يتضح لنا من خلال المادة 72 المعدلة أنه تم استدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي حيث جاء في المادة المعدلة جمع شتات المادتين 52 و72 في صيغة واحدة ترفع اللبس.¹

كما يتضح لنا أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقييم فيه هي ومحضونها يجب توافر الشروط الآتية :

- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون ، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون مسكن الجدة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.²

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر .

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار ، وهذا ما قضت به

¹ - تنص المادة 52 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 بقولها " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق

حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. "

² - أحمد الشامي - المرجع نفسه ، ص328.

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2002/07/31 بقولها (لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن)¹. أما فيما يخص الفقرة الثانية من المادة 72 المعدلة والتي نصت على أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ، حيث إنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوج وزوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق أو الحكم المتعلق بمسكن الحضانة ، وحسب رأينا أن هذا يكاد يكون في حكم المستحيل ،² وذلك لأن الزوجة إما أن تكون خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية ، وذلك لأن كلا الزوجين أو أحدهما لم يطق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة النزاع هذا من جهة ، ومن جهة ثانية يمكن للمرء أن يلاحظ أنه إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 52 من قانون رقم 11/84 تنص على أنه تفقد المطلقة حقها في السكن متى ثبت زواجها بزواج آخر وثبت انحرافها فإن المادة 72 المعدلة أغفلت عمدا على ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر ، ومن هنا يمكن القول بأن تفقد الحاضنة حقها في السكن مع محضونها إذا ثبت أمها تزوجت من جديد وانتقلت مع زوجها إلى مسكن الزوجية الجديد أو ثبت أنها حولت مكان الحضانة إلى مكان (للقمار أو الدعارة)³.

وبهذا فإن التعديل الأخير رفع تماما التعارض الذي كان قائما بين المادتين 52 و72 من قانون 11/84 فلم تعد المادة المعدلة تشترط عدد للمحضونين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة لأن نفقة المحضون وسكنه تقع شرعا على عاتق أبيه وليست على عاتق جده لأمه ، وهو موقف كل المذاهب الفقهية ، وما يتوافق أيضا مع المادة 72 المعدلة من قانون المعدل بالأمر 02/05.

وتجدر الإشارة إلى أن الأب في قانون الأسرة هو الولي الشرعي والقانوني على أولاده القصر حسب المادة 87 من قانون الأسرة رقم 11/84 ، وفي حالة وفاته أو حصول مانع تحل الأم محله قانونا في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ، غير أن التعديل الأخير أعطى

¹ - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2002/07/31 ، ملف رقم 288072 ، المجلة القضائية 2004 ،

عدد 1 ، ص 285

² - أحمد الشامي - المرجع نفسه - ص 330 -

³ - عبد العزيز سعد : قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، دار هومة ، الجزائر ، 2005 ، ص 146 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

الولاية على القصر في حالة الطلاق لمن أسندت له الحضانة حيث نصت المادة 64 من القانون المعدل بالأمر رقم 02/05 على أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب بينما صرحت المادة 87 من نفس القانون بقولها (يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا ، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد).

ويلحظ أن هناك تناقضا بين النصوص المنظمة لحقوق وواجبات الزوجين في علاقتهما ببعضهما أو بأطفالهما فهو واضح وجلي لأن المشرع الجزائري اعتبر الزوجين من جهة شريكين متساويين في تسير شئون البيت ، في حين مازال يكرس أحقية الأب في الولاية على أبنائه القصر أثناء قيام الزوجية في حين تنتقل الولاية إلى الحاضن سواء أكان أما أو أبا أو غيرهما بعد الطلاق وغالبا ما تكون الأم هي الحاضنة .¹

ونلاحظ أيضا انه بإضافة إلى نفقة المحضون فقد نظم المشرع الجزائري أحكام النفقة في المواد من 74-80 من القانون نفسه ، وقد قسم النفقة من حيث أسبابها إلى النفقة الزوجية ، والنفقة بسبب القرابة ، وقد أخذ المشرع الجزائري هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية التي توجب الإنفاق على النساء مهما كان مركزهن القانوني .²

ثانيا : الانتقال بالمحضون إلى بلد آخر

إن الحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه وهذا بقصد حماية مصلحة المحضون الذي يجب أن يربى على دين أبيه وإذا رغبت الحاضنة الاستيطان في بلد أجنبي فلا بد لها من الحصول على رخصة من القاضي الذي يحكم بتثبيت الحضانة إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون أو إسقاطها وحرمان المرأة من هذا الحق إذا كانت هذه الإقامة تضر بالمحضون وهذا ما جسده المادة 69 من قانون الأسرة وتبناه القضاء الجزائري في اجتهاد المحكمة العليا إذ اعتبرت المحكمة العليا إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة .³

¹ - أحمد الشامي : المرجع نفسه ، ص 332.

² - المرجع نفسه ، ص 332.

³ - قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 111048 ، مؤرخ في 1995/11/21 نشرة القضاة ، عدد 52 لسنة 1997 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

ونتساءل ألا يعد هذا الشرط المتعلق بطلب الإذن من القضاء مساس بحرية التنقل المضمونة دستوريا ؟ ففي هذه الحالة أصبح حق الحضانة الممنوح للمرأة عائقا لحرية التنقل وهو الشرط الذي لم يستوجبه المشرع عندما تكون الحضانة عند الأب.¹

ثالثا : حق زيارة المحضون

إن الحكمة من إقرار الحق في الزيارة تتجلى في إنشاء علاقات عاطفية وتوطيد الروابط الأسرية اللتان تعدان ضروريتان وملحتان للنمو العاطفي للمحضون ، وكذا وسيلة لرقابة الطفل من حيث صحته وتربيته وسلوكه الخلقي²، وتم تقرير حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري³ فنجد،الإشكالات العملية التي يثيرها حق الزيارة جاء في الشطر الثاني من المادة 64 أنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ، وهذا يغني بكل صراحة أن القاضي عند حكمه بحل الرابطة الزوجية يحكم أولا بإسناد الحضانة إلى صاحبها سواء كانت الأم أم غيرها وبعدها يحكم تلقائيا بحق الزيارة للطرف الآخر ، فإذا حكم مثلا بإسناد حق الحضانة إلى الأم يحكم تلقائيا بحق الزيارة للأب ، أما في حالة ما حكم بإسناد الحضانة للأب أن يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة وفي أوقات محددة ، وأماكن محددة أيضا وفي نفس الحكم .

غير أنه ما يمكن أن يأخذ على ما جاءت به المادة 64 من قانون الأسرة على أنها أوجبت على القاضي عندما يقضي بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين أو لهما معا بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب منه أحدهما ذلك ،⁴ والقانون بموقفه هذا يكون قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم ، كما أن المشرع لم يحدد مفهوم الزيارة و لا شروطها ولا حتى الحالات التي تسقط فيها ، كما أنه لم يحدد الأشخاص الذين يحق لهم طلب زيارة المحضون فهل هو حق ممنوح للوالدين دون غيرهما كالجد مثلا ، غير أنه جاء في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري على أن يعاقب

¹ - لوعيل محمد لمين : المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2006 ص 117 .

² - حميدو زكية : مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة ، ص 187.

³ - عبد اللطيف والي ، المرجع السابق ، ص 93.

⁴ - فضيل العيش : المرجع السابق، ص 62.

بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب والأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو بعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك تحايلا وعنفا ، وتزداد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني ، كما أن المشرع لم يحدد الأشخاص الذين يحق لهم طلب زيارة المحضون فهل هو حق ممنوح للوالدين دون غيرهما كالجد والأعمام مثلا ، فقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 189181 الصادر في 21-04-1998 على أنه (من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا ، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة ، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ، ومتى ذلك أستوجب رفض الطعن)¹ . وهو موقف مستغرب من المحكمة العليا حين ربطت حق الزيارة بواجب النفقة .

كما أن قانون الأسرة لم يحدد أماكن ممارسة الزيارة، إلا أن القضاء أستقر على أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.²

وتجدر الإشارة إلا أن المحكوم له بالحضانة مسؤول مدنيا عن تعويض كل ضرر يلحقه المحضون للغير وفقا لأحكام العامة للمسؤولية المنظمة في القانون المدني .

بالنسبة إلى مكان ممارسة حق الزيارة فإنه إذا كانت الحاضنة هي الزوجة المطلقة لا يجوز أن يمارس الأب حق الزيارة في منزل الحاضنة التي هي زوجته السابقة ، وبالطلاق تصبح أجنبية عنه ، ولا يجوز له أن يدخل عليها في منزلها ، وجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15-12-1998 في القضية رقم 214290 جاء فيه أن من المقرر شرعا أنه لا يصلح تحديد مكان ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة .³

¹ - م،ع،غ،أ،ش، 21/04/1998، ملف رقم 189181، إ،ق،غ،أ،ش ، عدد خاص ، 2001 ، الصفحة 192-

² - فضيل العيش : المرجع نفسه ، ص 63.

³ - عبد العزيز سعد : إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص 182.

رابعاً : موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من الانتقال بالمحضون

أ- موقف المذاهب الأربعة

1 -الحنفية : قالوا لهذه المسألة ثلاث صور

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

الشرط الأول : أن تكون مطلقة طلاقا بائنا أو طلاق رجعي ، وقد انقضت عدتها أما إذا لم تنقض عدتها فإنه لا يجوز لها الانتقال ولا الخروج حتى تنتضي العدة .

الشرط الثاني : أن تكون البلدة التي تريد الانتقال إليها بعيدة ليس بينها وبين البلدة القائم بها أبوه تفاوت ، بحيث يمكنه أن يزور ولده ويرجع في يومه، بصرف النظر عن سرعة المواصلات ويجوز لها أن تنتقل إلى بلدة بعيدة بشرطين :

1 - أن يكون قد تم عقد العقد عليها في هذا البلد .

2 - أن تكون هذه البلدة وطن لها

الصورة الثانية : أن يكون الأب موجودا وتكون الحاضنة غير الأم ، فالجدة ونحوها من الحاضنات لا يجوز لها الانتقال عن البلدة التي بها أبوه دون إذن مطلقا ، فالمبرر في انتقال الأم إلى وطنها هو عقد الزواج عليها فيه ، كذلك يمنع الأب من إخراج الولد من بلدة الأم ما دامت حضانتها قائمة ، فإذا تزوجت غيره فلأب أن يسافر بابنه مادامت متزوجة ، فإذا عاد لها حقها رجع ، وبعضهم يقول لا يجوز له الخروج بولده إلا إذا انتهت مدة حضانتها .

الصورة الثالثة : أن تكون الأم في عدة وفاة ، فلا يجوز لها الخروج إلا بإذن وليه الذي حل محل أبيه ، أما بعد انقضاء العدة فاختلفت الآراء منهم من قال للأولياء منعها من ترك الأمر للقاضي مراعاة في ذلك لاجتهاد القاضي لما يخدم مصلحة الصغير .

كما أنه لا مانع عند الحنفية ، بمسألة زيارة الصغير المحضون سواء كان في حضانة الأم أو في حضانة الأب ، ويجبر إخراج الصغير إلى مكان يمكن رؤيته فيه.¹

2 -**المالكية :** قالوا ليس أن تسافر بالمحضون إلى بلدة أخرى ليس فيها أب المحضون أو وليه إلا بشرطين هما.

¹ - عبد الرحمان الجزيري : المرجع السابق ، ص 525 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

أ- أن تكون المسافة أقل من ستة برد،¹ فإذا كانت أقل يصبح لها أن تستوطن فيها ولا يسقط حقها في الحضانة.

ب- أن يكون سفر للإقامة والاستيطان أما إذا كان لتجارة أو لقضاء حاجة فإن لها أن تسافر به بشرط أن تكون الطريق آمنة والمسافة قليلة ، ولا يسقط حقها في الحضانة ، وللولي أن يحلفها بأنها أرادت السفر لتجارة مثلا أو قضاء حاجة وليس الاستيطان .
أما الولي فإنه إذا أراد السفر إلى بلد آخر بقصد الإقامة والاستيطان فله أن يأخذ المحضون من حاضنته ولو كان طفلا متى قبل ثدي مرضعة أخرى غير أمه ، ويسقط حق الأم في حضانة أبنها .

أما بالنسبة لحق زيارة المحضون فيرى المالكية أن للأب الحق في رؤية المحضون طيلة فترة حضانة النساء له لأن لهم حق رعايته إن كان لا يستطيع الذهاب لأبيه وذلك لصغره ، وإلا أرسل إليه في النهار من أجل التعليم والتأديب ويعود إلى أمه في الليل ، ويحق للأم رؤية ولدها كل يوم أو أسبوع إذا كانت الحضانة لغيرها.²

3-الشافعية : قالوا إذا أراد الحاضن أو الولي سفر لحاجة أو تجارة بقي الولد بيد المقيم حتى يرجع من سفره ، وإن كان مميزا يخير في البقاء مع أحدهما .

أما إذا أراد سفر للانتقال والاستيطان فإن الولد يتبع الحاضن من أب أو غيره سواء كان مسافرا أو مقيما شرط ألا يكون ببلدة الحاضن عاصب آخر مقيم وإلا خير الولد المميز في الإقامة مع أيهما شاء ، ولا حق للحاضن المسافر في أخذه مثلا ، وإذا أنتقل الأب من بلدة الأم الحاضنة إلى بلدة أخرى ليقيم بها لكن لا يزال مقيما مع الحاضنة فليس للأب أخذه معه ، وكذلك إذا كان جد أو أخ وسافر الجد وأقام الأخ ، أو سافر الأخ وبقي العم فإنه يبقى مع المقيم ويشترط للسفر بالصغير أن تكون الطريق مأمونة وإلا فأمه أحق به.³

4 -الحنابلة : يرى هؤلاء أنه إذا أراد أحد الأبوين الانتقال إلى بلد آخر فإن الولد يبقى مع أبيه سواء كان هو المسافر أو المقيم بشرط :

¹ - ستة برد فأكثر حوالي : 132 كلم

² - عبد الرحمن الجزيري : نفس المرجع ، ص 525 .

³ - المرجع نفسه ، ص 526 .

أ- أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر.

ب- أن يكون الطريق مأمونة وأن تكون البلدة المنقول إليها كذلك.

ج- أن يكون السفر سفر لانتقال والاستيطان فإذا كان تجارة أو حج كان الولد من حق المقيم .

د- أن لا يريد بالسفر الضرر بالآخرين وانتزاع الولد من يده فإذا أراد ذلك فلا يجاب إلى طلبه ، وإذا أنتقل جميعا إلى بلدة واحدة ، فالأم باقية على حضانتها ، وإذا أخذ الأب للافتراق البلدين ثم عادت الأم إلى ذلك البلد فتعود لها حضانتها .

أما فيما يتعلق بحق زيارة المحضون فيرى الحنابلة أن للأب حق زيارة ولده عند أمه قيل سن التخيير ، ولا يطلب إحضاره عنده فإذا بلغ سن التمييز حرم على من أختره منع الآخر من زيارته لأن ذلك يشجعه عن العقوق وقطيعة الرحم ، فإذا أخترت الأم كان عندها ليلا لأنها مستحقة الحضانة وعند الأب نهارا لكي يؤديه وهو القصد من حضانتها ، وتكون الرؤية على ما جرت عليه العادة كيوم في الأسبوع ومن آداب الزيارة عدم حدوث خلوة بين الأبوين المفترقين بعد العدة ، وعدم الإطالة في المكث واختيار المكان المناسب لمنع الشبهة ¹.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري

نصت المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري (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) ².

ترك المشرع الجزائري أمر الانتقال بالمحضون إلى القاضي واجتهاداته في ذلك مراعاة لمصلحة الصغير المحضون ، أما فيما يتعلق بزيارة المحضون فقد نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري (الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة

¹ - المرجع نفسه ، ص 526 .

² - المادة 69 من قانون الأسرة 11/84 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

لأب ، ثم الخالة ، ثم العمّة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة في ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)¹.

وعليه فإنّ المشرع الجزائري يرى بأن زيارة المحضون حق يراعي فيه مصلحة المحضون فيكون للوالدين الحق في زيارة المحضون ، واستصحابه على أن يكون في مكان يستطيع فيه كلاهما رؤية المحضون فيه .

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أوجب على القاضي عندما يحكم بالطلاق بإسناد حق الحضانة لأحد الوالدين أن يقضي بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه أحدهما ذلك فيكون بذلك قد خرج من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم أضف إلى ذلك أن المشرع حينما ألزم القاضي أن يقضي بحق الزيارة من تلقاء نفسه وبدون أي طلب من أي أحد يكون قد فاتته أن يمنح حق الزيارة دون طلب ودون رقابة القاضي يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة وذلك عندما يتجاوز أمور غير أخلاقية ، ولهذا كان على قانون الأسرة عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن لأن المقصود بالزيارة هو رؤية المحضون ، والإطلاع على أحواله المعيشية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس الوقت والمكان الذي يوجد به المحضون .

أما حق الزيارة كما نفهمه من نص القانون لا يمنح بالضرورة لغير الحاضن حق بنقل المحضون من مسكن حضانته والتجول به من حين إلى حين أو من مدينة لأخرى طيلة اليوم أو طيلة أيام العطل المدرسية إلا برضا الحاضن وإلا فإنه سيعرض نفسه للعقوبة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات .

وما يلاحظ من خلال استقراءنا لنص المادة 69 ق أ أن المشرع الجزائري تناول السفر إلى خارج الوطن فقط ولم يتناول السفر داخل الوطن مع ما يثيره من إشكالات وخاصة أن الجزائر بلد لمساحة قارة ، وكان على المشرع أن يتناول هذه النقطة لأهميتها إذ كيف يعقل أن تسافر مثلا الأم الحاضنة من العاصمة لتستقر في تمنراست والأب موجود في العاصمة فكيف

¹ - المادة 64 من الأمر رقم 02-05 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

يمارس هذا الأخير حق الزيارة والسلطة الأبوية ، وكان على المشرع الجزائري أن يتدارك هذا الفراغ ويعيد صياغة المادة 69 ويضيف مسألة الانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني مع تحديد المسافات المسموح بها بما يمكن الأب من حق الزيارة ¹.

هذا ونلاحظ أن المحكوم له بالحضانة سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرها فيكون مسؤولاً عنه مسؤولية مدنية وإذا جاء أحد الوالدين المحكوم له بحق الزيارة وأخذه معه إلى أماكن أخرى ونتج أن تصرف المحضون تصرف غير شرعي فإن المسؤول عن التعويض هو الشخص الذي أستعمل حق الزيارة له بها ، لأن الضرر وقع وقت أن كان المحضون تحت سلطته ورقابته ².

الفرع الثاني: مدة الحضانة وانتهائها

أولاً : مدة الحضانة : نصت المادة 65 على أنه (تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون).

وعلى ذلك فإن حضانة الصغار تبدأ منذ الولادة، والمقرر أن النساء أحق بالحضانة من الرجال. ³ ، وانتهاء حضانة النساء للصغار حال افتراق الزوجين مختلف فيه بين المذاهب على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى الحنفية أن حضانة الولد تمتد إلى سن التمييز وهو سبع سنين ، وبه يفتى ، وقيل تسع سنين ، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين ، وبه يفتى ، وقيل : إحدى عشرة سنة ، وسبب التفرقة بين الذكر والأنثى هو أن الغلام يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال ، والأب على ذلك أقدر وأقوم ، والبنت أحوج إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ، والأم أقدر على ذلك بعد البلوغ أو الحيض ⁴.

¹ -عبد اللطيف والي : المرجع السابق ، ص 101.

1- عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 257-258 .

2- البهوتي : شرح منتهى الإبرادات ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، ناشرون ، بيروت ، لبنان ، ط 1، 2000 م، ص 693/5

⁴ -الكاساني : المرجع السابق ، ص 42/4 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

الرأي الثاني : ذهب المالكية إلى أن حضانة الغلام تستمر إلى بلوغه وتتقطع حضانتها بالبلوغ ولو مريضا أو مجنونا على المشهور ، وأما حضانة الأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها .¹

الرأي الثالث: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن سن الحضانة يمتد إلى التمييز ، وهو سبع أو ثمان سنوات ، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أمه وأبيه في سن التمييز ، ولأن المميز أعرف بحظه ومصلحته ، فيرجع إليه ، ولا تخير الفتاة عند الحنابلة ، لأن الحظ والحفظ في كيانها عند الأب ، واشترط الحنابلة لتخيير الغلام شرطين : أن يكون الأبوان وغيرهما أهلا للحضانة ، وألا يكون الغلام معنوها ، فإن كان معنوها ، كان عند الأم ، ولم يخير ، لأنها أحق بكفالة ولدها المعنوه .²

وإذا انتهت مدة الحضانة ضم الولد إلى ولي النفس من أب أو جد لا لغيرهما ، ويظل للأب أو الجد الحق في إمساك الصبي حتى يبلغ ، فيخير بين أن ينفرد بالسكن أو يسكن مع أي أبويه شاء ، إلا إذا بلغ سفيها غير مأمون على نفسه، فيضمه الأب إليه لدفع الفتنة أو العار ، ولتأديبه إذا وقع منه شيء ، ولا يلزم الأب بالنفقة على الإبن بعد البلوغ إلا أن يتبرع ، فإن بلغ معنوها كان عند الأم سواء كان ابنا أو بنتا، وأما الفتاة فيضمها الأب أو الجد إذا كانت بكرا ، وكذا إذا كانت ثيبا عليها الفتنة ، فإن كان لا يخشى عليها الفتنة ، وكانت ذات خلق مستقيم وعقل سليم وسارت مسنة (بلغت سن الأربعين) فلها أن تنفرد بالسكن حيث شاءت ، ولا يلزم الأب بالإنفاق على الفتاة إذا رفضت السكن معه ، أو متابعتها بغير حق . وما ذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد مدة الحضانة لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، مع ملاحظة أن اشتراط النص - أما لم تتزوج ثانية - يفهم منه أن مجرد زواج الأم ثانية - ولو لم يكن هذا الزواج قائما- كاف لتمديد حضانتها لولدها إلى سن السادسة عشرة . غير أنه أغفل الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة أو سقوطها بقوة القانون ، والحكم الفقهي في هذا الخصوص أنه يعود إلى الأب ، وليس للمحضون حق الخيار

¹ - الغرياني : مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريات ، د ط ، د ت ، 156/3.

² - البهوتي : المرجع السابق ، ص 698/5.

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

في أن يختار الأب أو الأم على الحنفية والمالكية لأنه لا قول له ولا يعرف حظه ، وقد يختار من يلعب عنده ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى تخييره إذا كان مميزاً.¹

موقف القضاء: جاء في القرار المؤرخ 1995/10/24 : - إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة.²

وجاء في القرار المؤرخ في 1989/03/13 : - من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة ، إلا إذا خيف على دينه ، أن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية ، ولما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ، ومن جديد إسنادها إلى الأب ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين ، باعتبار أنهما أصبحا يافعين ، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة البنت دون إحالة.³

ثانياً : انتهاء الحضانة : إن مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري هي بلوغ عشر سنوات من العمر بالنسبة للذكر وبلوغ سن الزواج التي هي 19 سنة بالنسبة إلى الأنثى ، وفي هذا المعنى نصت المادة 65 من قانون الأسرة على أن تنتضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة إلى الذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما ولم تتزوج ، على أن يراعي في انتهائها مصلحة المحضون .

ومن محاولة تحليل هذه النصوص بشيء من التبسيط والاختصار يمكننا أن نقول :

1- مدة الحضانة هي 10 سنوات بالنسبة إلى المحضون الذكر ، ثم تنتضي بحكم

القانون إذا لم يقع تمديدها.

2- مدة الحضانة هي 19 سنة بالنسبة إلى المحضون الأنثى باعتبار أن هذه السن

هي سن الزواج حسب نص المادة 7 من قانون الأسرة المعدلة ، وعليه فإذا كانت مصلحة

¹ - الشريبي : المرجع السابق ، ص 191.

² - ملف رقم 123889: نشرة القضاء ، العدد 52، 1997، ص 111.

³ - ملف رقم 52221: المجلة القضائية، العدد الأول، 1993، ص 48. عن محفوظ بن صغير - المرجع نفسه - ص-

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

المحضون الذكر تتطلب تمديد مدة الحضانة فإنه يجوز طلب تمديدها ، ويجوز للقاضي المكلف بدعوى شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة أن يحكم بتمديد مدة حضانة الولد الذكر إلى غاية السادسة عشر سنة من عمره ، وذلك إذا توفر شرط كون الحاضنة طالبة التمديد هي نفسها أم المحضون ، وشرط أن لا تكون متزوجة ثانية ، وشرط أن يراعي في التمديد مصلحة المحضون .

ولكن إذا أقام أي شخص دعوى يطلب فيها إسقاط الحضانة على الحاضن وإسنادها ثانية إليه بعد انقضاء مدة الحضانة فإن على القاضي أن يحكم برفض الدعوى لانقضاء حق الطلب بالحضانة وانتهاء مدتها القانونية باعتبار أن الدعوى في مثل هذه الحال تصبح غير مؤسسة ، وترفض لعدم التأسيس.¹

3- بعد انتهاء وانقضاء المدة القانونية للحضانة فإنه لم يعد لأي أحد من أصحاب الحق في الحضانة أن يتمسك بها أو يرفع دعوى ليطلب إسناد الحضانة إليه أو ليطلب إسقاطها عن غيره ممن كان لهم الحق في ممارستها شرعا وقانونا ، ذلك لأن المحضون عند بلوغه هذه السن يصبح من حقه هو أن يختار الحياة مع أي واحد من أصحاب الحق في الحضانة ويبقى من حق الأب وواجبه الولي الشرعي والقانوني له أن يشرف وأن يمارس حق الإشراف على ابنه أو ابنته، ويتكفل بتوجيههما والعناية بشؤونهما ماديا واجتماعيا وأخلاقيا بصفته وليا ، وليس بصفته حاضنا.²

ثالثا: موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من مدة الحضانة وانتهائها

1 - رأي الحنفية : قدر فقهاء الحنفية مدة الحضانة الغلام بسبع سنين أي السن الذي يستغني فيه عن خدمة النساء ، لأنه يستقل بخدمة نفسه بعض الشيء ، في حين قدرها بعضهم بتسع سنوات ، والرأي الأول هو المفتي به .

أما بالنسبة للأنثى فتنتهي حضانة أمها ، أو من يليها ببلوغها تسع سنوات أو إحدى عشر سنة من عمرها ، وقد فرق الحنفية في سن الحضانة فيما إذا كانت الأم أو الجدة هي الحاضنة ، فإذا كانت الحاضنة هي الأم أو الجدة ، فإنها أحق بالفتاة الصغيرة حتى تبلغ بالحيض أو الإنزال أو السن ، لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء ، وامرأة على

¹ - عبد العزيز سعد : إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة المرجع السابق، ص 179-

² - عبد العزيز سعد : المرجع نفسه ، ص 180-

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

قدر ذلك أقدر ، أما بعد البلوغ فتحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى ، وبلوغ الصغيرة بتسع سنين أو بإحدى عشرة سنة ¹.

2 - رأي المالكية : تستمر الحضانة في الغلام إلى البلوغ ، وفي الأنثى إلى الزواج ودخول الزوج بها ، ولو كانت الأم كافرة ، وهذا في الأم المطلقة أو التي ملت زوجها ، أو من عصمته زوجها فهي حق الزوجين معا .

ولا يخير الولد في رأي الحنفية والمالكية لأنه قول له، ولا يعرف حظه، وقد يختار من يلعب عنده. ²

3- رأي الشافعية : قال الشافعية إن افترق الزوجان ولهما ولد مميز ، ذكر أو أنثى وله سبع أو ثمان سنين ، وصلح الزوجان للحضانة ولو فضل أحدهما الآخر ديناً أو مالا أو محبة وتنازعا في الحضانة ، خير بينهما ، وكان عند من أختار منهما ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه أو أمه ، والبنت كالابن في الانتساب ، وتخير يكون حتى لو أسقط أحد الزوجين حقه في الحضانة قبل التخيير ، وإذا أختار الولد أحد الأبوين ، فأمتنع هذا الأخير عن كفالته ، انتقلت الكفالة إلى الآخر ، فإن رجع الممتنع أعيد التخيير ، وأن أمتنع الأبوين وبعدهما مستحقان للحضانة كالجد والجدة خير بينهما ، وإلا أجبر بالحضانة من تلزمه نفقته ، كما أن التخيير لا يجر إذا كان الطرف الثاني مجنون أو كافر أو فاسق أو زوج الأنثى أجنبياً ، فالحق للآخر فقط. ³

4 - رأي الحنابلة : إذا بلغ الغلام الغير المعنوه سبع سنوات ، خير بين أبويه إذا تنازعا فيه ، كما قال الشافعية ، فكان مع من أختار منهما ، ومتى أختار أحدهما فسلم إليه ثم أختار الآخر ، رد إليه ، ويخير الغلام بين أمه وعصبته لأن علياً رضي الله عنه خير عمارة الجرمي بين أمه وعمه ، لأنه عصبه وأشبهه بالأب ، ويخير الغلام بشرطين هما :

1 - أن يكون الأبوين وغيرهما من أهل الحضانة .

2- ألا يكون الغلام معنوه .

ولم يفرق الحنابلة بين الذكر والأنثى في تحديد مدة الحضانة، فالفتاة إذا بلغت سبع سنين أصبح الأب أحق بها، لأنها تحتاج إلى الحفظ والأب أولى به.

¹ - وهبة الزحيلي : المرجع السابق ، ص 742.

² - المرجع نفسه ، ص 743.

³ - المرجع نفسه ، ص 743.

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

لكن إذا كانت البنت عند الأم أو عند الأب ، فإنها تكون عنده ليلا ونهارا ، لأن تأديبها وتخرجها في جوف البيت يعلمها الغزل والطبخ وغيرها من الأمور التي تحتاجها في حياتها ، ولا تمنع الأم من زيارتها إذا كانت عند أبيها والعكس ، وإن مرضت فالأم تقوم بتمريضها في بيت الأب بشرط أن لا يخلو الأب بها .¹

ثانيا : موقف المشرع الجزائري : تنص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري (تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه "10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى " 16 " سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.² بتحليل نص المادة نجدها تتضمن قاعدتين أساسيتين:

أوله تتعلق بانقضاء الحضانة وانتهائها بحكم والمحددة ب 10 سنوات للذكر ، وبلوغ سن الزواج بالنسبة للفتاة ، ومعنى ذلك كقاعدة عامة أنه عندما يبلغ الفتى سن العاشرة ، وتبلغ الفتاة سن الزواج لم يعد للأب ولا للأم حق التنازع على الحضانة أي واحد منهما ، بل ولم يحق لأحدهما اللجوء إلى المحكمة.

أما القاعدة الثانية المتعلقة بتمديد مدة الحضانة بقرار من المحكمة بناء على طلب الحاضن ، فإننا نلاحظ وجود استثناء من هذه القاعدة بحيث يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة حضانة الذكر من 10 سنوات إلى 16 سنة ، وإذا انتهت المدة القانونية للحضانة وطلب الحاضن من المحكمة تمديد لها ، وذلك بشرط أن تكون الحاضنة طالبة التمديد هي الأم نفسها وبشرط ألا تكون متزوجة ثانية برجل غير محرم للصغير .

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم ، فلا يجوز لها طلب التمديد ، ولا يجوز للحاضنة سواء كانت أما أو غيرها طلب تمديد أجل انتهاء حضانة الفتاة مطلقا .

وقد أخذ المشرع الجزائري أنه قد أغفل التحدث عن وضعية المحضون ومصيره بعد انقضاء مدة الحضانة ، إلا أن الحكم الفقهي بالنسبة للمذهب المالكي أخذ به المشرع الجزائري في هذا الخصوص يعود إلى الأب الذي يبقى له دائما حق الإشراف على حياة البنت ويراقب تصرفاتها ، أما إذا كان فتى فمدة حضانته تسقط بمجرد بلوغه.³

¹ - المرجع نفسه ، ص 744 .

² - المادة 65 من القانون رقم 11/84.

³ - عبد القادر بن حرز الله : المرجع السابق ، ص 360.

المطلب الثاني : سقوط الحضانة وعودتها

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة: نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: "

يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ".
فتسقط الحضانة بوجود مانع منها، أو زوال شرط من شروط استحقاقها.¹ ، وملخص ذلك الحاضن:

- سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد
- ضرر في بدن الحاضن ، كالجنون والجذام والبرص ، وهو محل اتفاق بين المالكية والحنابلة وغيرهم.
- الفسق أو قلة الدين والصون، بأن كان غير مأمون على الولد لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة، وهذا متفق عليه.
- تزوج الحاضنة دخول زوجها بها ، إلا أن تكون جدة الطفل زوجة لجدّه ، أو تزوج عما له ، فلا تسقط الحضانة لوجود المحرمية ، وهذا متفق عليه.
- اختلاف الدين ، وذلك عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية .²، إذ لا ولاية للكافر على المسلم، وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه، ومثله مذهب الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر.³ ، والمشهور عند المالكية والحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى، فلا يشترط الإسلام فيها إلا أن تكون مرتدة، لأنها تحبي وتضرب فلا تتفرغ للحضانة كما يقول الحنفية.
- أما غير المسلمة - كتابية كانت أو مجوسية - فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة ، ما لم يعقل المحضون الدين أو يخشى أن يألف الكفر ، فإنه حينئذ ينزع منها ، ويضم إلى أناس من المسلمين ، لكن عند المالكية إن خيف عليه فلا ينزع منها ، وإنما تضم الحاضنة لجيران المسلمين ليكونوا رقباء عليها.⁴

¹- جاء في الفقرة الثانية من المادة 62 : " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك " ، حيث أغفل المشرع ذكر الأوصاف المتعلقة بشرط أهلية الحاضن ، مما يستدعي الرجوع إلى الشروط المقررة في الفقه الإسلامي ، وهي البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا ، والأمانة والاستقامة والإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير ، وعدم زواج الحاضنة بأجنبي أو بغير قريب محرم . انظر ، العربي بلحاج : المرجع السابق ، ص 391.

²- الشربيني : المرجع السابق ، جزء 5 ، ص 191

³- الكاساني : المرجع السابق ، ص 42/4.

⁴- الدر دير : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ، طبعة مصطفى البابي الحلبي ، 529/2 .

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

أولا : سقوط الحضانة بزواج الحاضنة: قال ابن القيم : واختلف الناس في سقوط الحضانة بالنكاح على أربعة أقوال:¹

القول الأول: سقوطها به مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهذا مذهب الشافعي ومالك وأبي حنيفة وأحمد في المشهور عنه . قال ابن المنذر ، أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم وقضى به شريح.²

القول الثاني : أنها لا تسقط بالتزويج بحال ولا فرق في الحضانة بين الأيم وذوات البعل وحكي هذا المذهب عن الحسن البصري وهو قول أبي محمد ابن حزم .

القول الثالث : أن الولد إن كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح أمها وإن كان ذكرا سقطت وهذه إحدى الروايتين عن أحمد - رحمه الله - نص عليه في رواية منها بن يحيى الشامي فقال : إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها . قال له والجارية مثل الصبي ؟ قال : لا ، الجارية تكون مع أمها إلى سبع سنين . وعلى هذه الرواية فهل تكون عندها إلى سبع سنين أو إلى أن تبلغ ؟ على روايتين . وعن أحمد أن الأم أحق بحضانة البنت وإن تزوجت إلى أن تبلغ.

القول الرابع: أنها إذا تزوجت بنسيب من الطفل لم تسقط حضانتها، ثم اختلف أصحاب هذا القول على ثلاثة أقوال.

أولا: أن المشترك أن يكون الزوج نسيبا للطفل فقط وهذا ظاهر قول أصحاب أحمد.

الثاني: أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم وهو قول أصحاب أبي حنيفة.

الثالث : أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد بأن يكون جدا للطفل وهذا قول مالك وبعض أحمد ، فهذا تحرير المذاهب في هذه المسألة.

جاء في " روضة الطالبين " للنووي في فقه الشافعية : في شروط الحاضنة : " فلو نكحت أجنبيا سقطت حضانتها ، لاشتغالها بحقوق الزوج ، فلو رضي الزوج لم يؤثر ، كما لا يؤثر رضا السيد بحضانة الأمة ، فقد يرجعان ، فيتضرر الولد ".¹

¹ -ابن القيم الجوزية : زاد الميعاد في هدي خير العباد ، مؤسسة الرسالة ، مكتبة المنار الإسلامية ، بيروت ، ط7، 1405 هـ ، 1985 م، ج5 ، ص 454-455.

² -محفوظ بن صغير :قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 ، دار الوعي ، الجزائر 1434 هـ . 2012 م، ص296 .

غير أن المالكية قد وضعوا لسقوط حضانة المرأة عند زواجها بأجنبي القيود الآتية.²:

1-عدم سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة سنة فأكثر، فإن سكت هذه المدة الطويلة بعد علمه بالزواج عد سكوته رضي بإسقاط حقه. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 68 التي نصت على أنه: " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

2 -وجود مرضعة للطفل غير حاضنته إذا كان الطفل رضيعا وقبل ثديها.

3 - وجود حاضن للطفل تتوفر فيه الشروط المطلوبة في الحضانة .

4 - أن تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على الطفل المحضون من قبل أبيه أو من قبل القاضي.

5- إذا لم تفارق الحاضنة زوجها بطلاق أو موت الزوج قبل أن يطالب من يليها بحقه في الحضانة ، فإن ملت الزوج أو طلق قبل مطالبة صاحب الحق في الحضانة ، فإن الحضانة تستمر للحاضنة التي كانت متزوجة ، لأن العذر الذي يسقط حضانتها وهو الزواج قد زال بطلاقها، والولد لا يزال معها فتستمر على حقا.³

الفرع الثاني : عودة الحضانة : رجوع الحضانة للمرأة بعد سقوطها :نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سقوطها غير الاختياري فيعود حق الحاضنة في الحضانة إذا سقطت عنها لعذر وأخذ الحضانة من يليها في المرتبة ، إذا زال ذلك العذر.⁴ ، وذلك في الحالات الآتية وفق مذهب المالكية الذين يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري:⁵

1- الإمام النووي : روضة الطالبين وعمدة المفتين ، إشراف زهير الشاوش ، المكتب الإسلامي بيروت ، دمشق ، عمان ،

1416هـ ، 1991 م ، ج 9 ، ص 100

²- الدر دير : الشرح الكبير المرجع السابق . ص 530/2 .

³- محفوط بن صغير - المرجع السابق - ص 298-

⁴- لم يفرق الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة في عود الحضانة إذا كان سبب سقوطها اضطرارا أو اختياريًا طبقا لقاعدة

" إذا زال المانع عاد الممنوع ". ابن قدامه: المغني، ص 427/11.

⁵- الدر دير : الشرح الكبير المرجع السابق ، ، ص 532/2-533.

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

- 1- العذر الذي لايقدر معه القيام بحق المحضون كالمرض أو عدم وجود اللبن ، فإذا زال عنها ذلك استحققت الولد مرة أخرى ، إلا أن تتركه بعد زوال العذر سنة فأكثر .
- 2- سفر الولي بالمحضون وانتقاله به إلى بلد آخر ، فإنه إذا ترتب عليه سقوط الحضانة لعدم رغبة الحاضنة في الانتقال معه ، ثم رجع الولي بالمحضون إلى بلده الأول رجع الحق للحاضنة من جديد .

- 3 - سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج ، فإذا رجعت كان لها الحق في الولد .
- وعلى هذا فإن المشرع الجزائري قد اعتمد المذهب المالكي في هذه المسألة حين فرق بين العذر الاضطراري والعذر الاختياري في سقوط الحضانة.¹

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

لقد برر موقف المشرع الجزائري من سقوط الحضانة وأسبابها بتطرقه لكل الأسباب والدواعي بنصوص قانونية خاصة بكل سبب، وعدد هذه الأسباب كالتالي:

- 1- تنازل عن حقها القانوني والشرعي في حضانة الطفل المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري (يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون).

- 2- تسقط بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.(الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك .

- 3 - تسقط بقوة القانون ببلوغ المحضونة 19 سنة والمحضون 10 سنوات .

- 4 - تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري (تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم) .

- 5 - إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه دائما مع مراعاة مصلحة المحضون المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري (إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة

¹ - محفوظ بن صغير - المرجع السابق - ص299-

الفصل الأول-----ماهية الحضانة

أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون).
وقد فوض المشرع الجزائري تقدير أسباب سقوط الحضانة للقاضي ، انطلاق من قناعته ومصلحة المحضون ¹.

¹ - بلحاج العربي: مرجع سابق، ص 388.