جامعة محمد بوضياف . المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

ر – الرقم التسلسلي: 126 / 22

مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
– دراسة مقارنة –

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبتين:

- **بن سالم شيماء؛**
- **بن موسى هاجر.**

إشراف الأستاذة:

– حمادي سهام.

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف . المسيلة	رئيسا
حمادي سهام	محمد بوضياف . المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف . المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادي الإنسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

نتقدم بالشكر الجزيل لأستاذتنا ومشرفتنا الأستاذة **حمادي سهام** التي مدتنا من منابع علمها بالكثير ولم تبخل علينا بنصائحها وتوجيهاتها طوال فترة تحضير هذا البحث.

وحتى نعترف بالجميل نتقدم بالشكر والعرفان إلى الأستاذ **مهدي لحويشي** الذي لم يبخل علينا بتقديم التوصيات والنصائح القيمة خلال مشوارنا الدراسي.

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى كل أساتذتنا الكرام في قسم العلوم الإسلامية.

وفي النهاية يسرنا أن نتقدم بجزيل الشكر إلى كل من مد لنا يد العون في مسيرتنا العلمية.

الإهداء

ما أجمل أن يجود المرء بأجمل ما لديه و الأجمل أن يهدي الغالي للأغلى ، هي ثمرة أجنيها اليوم هي هدية أهديها إلى :

- تاج الفخر طالما حملته على رأسي إلى الذي لم يبخل علي بأي شيء إلى أعظم و أعز رجل في الكون *أبي الغالي حفظك الله و أدامك*

- إلى من بسمتها غايتي و ما تحت أقدامها جنتي إلى من حملتني في بطنها و سقتني من صدرها و أسكنتني في قلبها فغمرتني بحبها إلى *أمي الحبيبة حفظك الله و رعاكي*

- إلى الغاليين جدي و جدتي أطال الله في عمريهما و أدامهما

- إلى من هم عزوتي و سندي في الحياة إلى أختاي إيمان و مريم و إخواني أسامة و يونس

- إلى شمعة أنارت لنا حياتنا إلى فاكهة بيتنا و سبب سعادتنا إلى الجميلة الصغيرة أختي *بيان*

- إلى كل من العائلتين الكريمتين عائلة بن موسى و عائلة مانع

- إلى مصدر البسمة و من لا تحلو الحياة بدونهم إلى كل الكتاكيت الصغار و أخص بالذكر منهم رفيدة و عبد البارئ

- إلى صديقتي و أختي و رفيقة دربي أحلام

- إلى كل صديقاتي و خصوصا أميرة و شيماء أهدي هذا العمل

هاجر بن موسى

الإهداء

أولا لك الحمد ربي على كثير حمدك و جميل عطاءك الحمد لله ربي ومهما حمدنا فلن نستوفي حمدك و الصلاة و السلام على من لا نبي بعده

إلى درعي الذي به احتميت و في الحياة به اقتديت و إلى من تشققت يداه في سبيل رعايتي

إلى من احترقت شموعه ليضيء لنا درب النجاح سندي و ركيزة عمري أبي أطال الله في عمره

إلى من بحنانها ارتويت و بدفئها احتميت و لحقها ما وفيت أهدي هذا العمل إلى أمي

إلى من يذكرهم القلب قبل أن يكتب القلم إلى من قاسموني حلو الحياة و مرها أخواتي كريمة بشرى، سعاد، رحمة ،إشراق.

لم يختر الله من الأقارب لشد العضد إلا الأخ فأهدي هذا العمل إلى أخي الكبير فاتح الذي عندما تميل بي الدنيا أسند نفسي عليه عند الشدائد أنت خير مكسب لي في هذه الحياة و إلى أخي الصغير نوح أدامه الله لي

إلى من جمعتني به المودة و الرحمة إلى ضلعي القائم الذي يمنعني من الإنحاء ، زوجي الغالي حفظه الله لي

إلى كل عائلة بن سالم أهدي هذا العمل

إلى رفيقتي في المذكرة هاجر وإلى رفيقة دربي رحاب و ولدها الكتكوت عمار

بن سالم شيماء

صفحة

مختصرات

البحث

صفحة مختصرات البحث:

- د د ن: دون دار النشر.

- د س ن: دون سنة النشر.

- د ط: دون الطبعة.

- د م ن: دون مكان النشر.

- د ص: دون الصفحة.

- ج: الجزء.

- ص: الصفحة.

- ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، الحمد لله الذي خلق الإنسان وكرمه على سائر مخلوقاته وجعله زينة الحياة، ثم الصلاة والسلام الأتمان الأكملان على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد عليه وعلى آله أفضل الصلوات وأزكي التسليم.

أما بعد:

إن الإسلام هو شريعة الله الخالدة أساسها ومبناها رعاية مصلحة الإنسان، والناظر لأحكام الشريعة الإسلامية يلمس مدى اهتمامها بالإنسان صغيرا كان أم كبيرا، ذكرا كان أم أنثى، ولعل من مظاهر عناية الإسلام بالفرد أن جعل الزواج الطريق الأقوم للاقتران بين الذكر والأنثى، وبذلك تتشكل الأسرة التي تعتبر المحضن لأفراد المجتمع تمدهم بالبيئة الصالحة لتحقيق حاجاتهم، وتضمن لهم الاستقرار والأمن والحماية، فإذا ثبت للطفل هذا الحق وقع على والديه واجب رعايته والمحافظة عليه معنويا وماديا، لكن قد تطرأ المشاكل الأسرية وعادة ما يكون الانفصال هو الحل النهائي لإنهاء هذه المشاكل والحد من تفاقمها.

إن انفصال الزوجين وان كان هو الحل الأنسب عند انعدام التفاهم، إلا أنه يعود بنتائج وخيمة خاصة بالنسبة للأطفال، كما تترتب عليه آثار متعددة ومن بين هذه الآثار الحضانة، التي تعتبر البديل الوحيد والممكن الذي يعوض الطفل عن الجو الطبيعي المفقود وهو اجتماع والديه، لذلك فقد أحاط الفقه الإسلامي موضوع الحضانة بالعديد من الأحكام ما يُلحق بالطفل اخف الخسائر، وعلى نهج الفقه الإسلامي سارت التشريعات الوضعية التي حاولت تجسيد ما أتت به الشريعة الإسلامية، خاصة الدول المسلمة ومن بينها الجزائر، التي حاولت من خلال قانونها للأسرة حماية هذه الفئة بعد انحلال الرابطة الزوجية وضمان حقوقها، إلا أن الحضانة ليست بالحق المطلق للحاضن، إذ أنه يمكن أن يعترض الحاضن مانع يحول دونه ودون هذا الحق فيجعله قابلا للسقوط.

ولأجل دراسة هذا الموضوع ارتأينا أن تكون هذه الدراسة موسومة بـ: **"مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"**.

أهمية موضوع البحث:

يكتسي موضوع الحضانة أهمية كبيرة، وذلك لأنه من القضايا اللصيقة بحياة الناس وهذا راجع إلى تعلقه بالشخصية الضعيفة داخل المجتمع ألا وهو الطفل المحضون، الذي لا بد من حمايته حتى من أقرب الناس إليه، إلى أن يشتد عوده إلى سن معينة، خاصة مع تزايد حالات الطلاق في المجتمع وظهور النزاعات بين الابوين فيمن يتحمل مسؤولية هذا الطفل، الأمر الذي يستدعي البحث حول موضوع الحضانة ومسقطات هذا الحق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وتوعية أفراد المجتمع بذلك.

أسباب اخيار موضوع البحث:

يرجع اختيارنا لموضوع هذا البحث إلى جملة من الأسباب والدوافع والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

الأسباب الذاتية:

ـ تنمية الثقافة الشرعية والقانونية حول موضوع الحضانة.

ـ التدرب على التعامل مع الكتب خاصة القديمة منها.

ـ معرفة كيفية التعامل مع المعلومة القانونية.

ـ اعتناؤنا بالدراسات المتعلقة بفئة الأطفال والموضوعات التي تخدم المجتمع.

- محاولة معرفة مصير الأولاد خلال فترة الحضانة وبعد انتهائها.

الأسباب الموضوعية:

ـ إظهار شمولية الشريعة الإسلامية في معالجتها لمختلف القضايا.

- إظهار دور الفقه الإسلامي في حل مثل هذه المشاكل ومعرفة آراء الفقهاء.

ـ ارتفاع نسب الطلاق والخلع في المجتمع مما يدفعنا للبحث عن مصير الأطفال بعد تفكك أسرهم.

ـ معرفة دور القضاء الجزائري في معالجته لقضايا الأسرة ومدى حرصه على تطبيق القانون.

- كشف النزاعات المترتبة عن الحضانة ومحاولة معرفة أسباب سقوطها.

أهداف موضوع البحث:

نستهدف من خلال هذه الدراسة بلوغ المقاصد الآتية:

- المحافظة على حقوق الطفل المحضون، والقيام بها على أكمل وجه.

- توضيح الإجراءات الخاصة بالحضانة لمكتسبها، وتبيان أسباب سقوطها.

- معرفة موقف الفقه الإسلامي ومقارنته بما جاء في قانون الأسرة الجزائري حول هذا الموضوع، وبالتالي بيان نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما.

إشكالية البحث:

بما أن موضوع الحضانة يتعلق بفئة هشة في المجتمع يسعى كلا التشريعين الإسلامي وكذا الوضعي لحمايتها من خلال جملة من الأحكام والشروط والتدابير

مما يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

كيف عالج كل الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري مسالة سقوط الحضانة؟

أو بصيغة أخرى:

فيما تتمثل مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأسرة الجزائري؟

وتحت هذه الإشكالية الأساسية تنطوي تساؤلات جزئية نذكر منها:

- ما هي مسقطات الحضانة في مختلف المذاهب الفقهية؟ وما هي مسقطات الحضانة التي نص عليها المشرع الجزائري؟ وما هي الآثار المترتبة عن ذلك؟

المنهج المتبع للبحث: اعتمدنا في دراستنا هذه بشكل رئيسي على المناهج الآتية:

المنهج الوصفي التحليلي: وذلك من خلال استجماع مختلف المعلومات الفقهية وكذا ما جاء في قانون الأسرة الجزائري حول موضوع مسقطات الحضانة وتحليلها.

المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء الأدلة الشرعية ومختلف النصوص القانونية حول مسقطات الحضانة.

المنهج المقارن: وذلك بمقارنة مختلف الشروط وكذا الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة وانتهائها في الفقه الإسلامي بنظيرتها في قانون الأسرة الجزائري.

الدراسات السابقة في موضوع البحث: ومن خلال دراستنا لهذا البحث وفي حدود اطلاعنا وجدنا عدة دراسات سابقة تتعلق بموضوع الحضانة منها:

مذكرة ماجستير بعنوان: **مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية**، للطالب كمال صمامة جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي لسنة 2015/2014، حيث نجد أنها تناولت

موضوع مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية بصفة عامة ولم تخصص المشرع الجزائري بالذكر، وكذلك نجد أنها ليست دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

مذكرة ماستر بعنوان: **أحكام ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري** للطالبة: آيت سعيد حياة المقدمة بجامعة اكلي محند أولحاج ـ البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص (2015/2014)، حيث تناولت كل الأحكام المتعلقة بالحضانة ولم تخصص المسقطات بالدراسة.

مذكرة ماستر بعنوان: **الحضانة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** للطالبين: بركات مروان، شريفي عبد الغني، المقدمة بجامعة محمد بوضياف ــ المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأسرة (2020/2019) حيث ركزت الدراسة كغيرها على كل ما يتعلق بالحضانة.

وهذا وجه الاختلاف بينها وبين موضوع بحثنا حيث خصصناه لدراسة مسقطات الحضانة وهو يشكل جزئية بالنسبة للدراسات السابقة.

الصعوبات والعوائق:

وما يتوجب الإشارة إليه هو أننا وجدنا صعوبة من حيث شح المراجع المخصصة لمسقطات الحضانة بشكل خاص خاصة القانونية منها، فجلّ الدراسات لا تذكر إلا الحضانة من ناحية التعريف والحكم دون الغوص في مسقطاتها كدراسة معمقة، كما أن المشرع الجزائري لم يفصل في كثير من النقاط وترك الأمر للعمل القضائي في الفصل في مثل هذه القضايا، وهذا ما أدى إلى قلة المادة العلمية القانونية في هذا الموضوع.

الخطة العامة لموضوع البحث:

لقد اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على الخطة التالية حيث قسمنا البحث إلى مقدمة وفصلين وخاتمة حيث تناولنا في الفصل الأول طبيعة الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وهذا في مبحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثاني فخصصناه لـ: أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.أما الفصل الثاني فتناولنا فيه: سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وقسمناه إلى مبحثين كذلك تناولنا في المبحث الأول: حالات سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثاني فخصصناه للآثار المترتبة عن سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول:
طبيعة الحضانة
في الفقه الإسلامي
وقانون الأسرة
الجزائري

مقدمة الفصل:

تعددت المشاكل الأسرية وتنوعت أسبابها ودوافعها في زمننا الحالي أكثر منه في الماضي، وكان من بين الأسباب وجود الإهمال أو سوء العشرة أو العناد وغيرها، ولكن أكثر سبب يؤول لتلك المشاكل هو قلة الوعي والجهل بالحقوق والواجبات.

ومن نتائج تلك المشاكل الأسرية أنه يتكون لدينا ضحايا بريئة هم الأطفال الذين يعتبرون أحد العناصر الحساسة في الأسرة، ثم يحدث النزاع الداخلي أمام أعين الأطفال فيتأثرون، ثم يتطور الأمر لحصول الفرقة بين الزوجين فيتأثرون أكثر فأكثر، ويحصل عندها النزاع حول المطالبة بحضانتهم دون اعتبار لمن هو أحق وأولى بها من الآخر، ودون مراعاة لعواقب تلك النزاعات وتأثيرها سلبا على الأطفال، فتمتلئ المحاكم بدعاوى الحضانة التي أصبحت الآن من أكثر الدعاوى المعروضة لدى محاكم ودوائر الأحوال الشخصية والمحاكم العامة.

فالحضانة من أبرز الآثار الناجمة عن الطلاق، والغرض منها هو حماية مصير الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه.

ومن خلال هذا الفصل سنتحدث في المبحث الأول عن مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثاني فسيكون تحت عنوانأصحاب الحق في ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

بمجرد التفريق بين الزوجينو حصول الفرقة بينهما، أيا كانت الصورة التي تتم فيها سواء الطلاق أو بغيره، يرتب هذا الوضع آثارا مادية وأخرى معنوية، فمن النتائج المترتبة عن الطلاق، مسألة حضانة الأطفال، كون هذه المسألة ذات أهمية كبيرة، فهي تتعلق طفل برئ يحتاج إلى عناية كاملة، لذا فقد حظيت باهتمام كبير من قبل الشريعة الإسلامية، التي اعتبرتها من الحقوق العظيمة للطفل وحاولت الحفاظ عليها من خلال وضع أحكام شرعية لحماية الاطفال نتيجة هذا الإنفصال، لينتقل بعد ذلك هذا الإهتمام بموضوع الحضانة إلى مختلف التشريعات الوضعية.

المطلب الأول: تعريف الحضانة (لغة، شرعا، قانونا).

لإعطاء مفهوم موحد للحضانة سنحاول في هذا المطلب الإحاطة بجملة من التعريفات اللغوية والشرعية والقانونية، وسنحاول الخروج بتعريف مختار يكون جامعا لكل ما يتعلق بمفهوم الحضانة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة.

فمن خلال استعراضنا لمادة حضن وجدنا لها عدة معاني :

مصدر من الفعل حضن، والحضن بالكسر ما دون الإبط إلى الكشح، آو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته، جمعه أحضان[1].

وقد ورد في معجم الوسيط أن الحضانة: هي الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه، وحضنه حضناً وحضانةً، جعله في حضنه، يقال حضن الطائر البيض رقد عليه للتفريخ، وحضن الرجل الصبي رعاه ورباه فهو حاضن، واحتضن الشيء حضنه ويقال احتضن هذا الأمر تولى رعايته

[1] - الفيروزآبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، (د م ن)، ط6، 1419 هـ-1998م، ص1190.

والدفاع عنه، والحاضنة هي الداية التي تقوم على تربية الصغير، والتي تقوم مقام الأم في تربية الولد بعد وفاتها.[1]

الفرع الثاني: تعريف الحضانة شرعا.

اعتنى كل من فقهاء الشريعة الإسلامية و رجال القانون بتعريف الحضانة، وفيما يلي عرض لبعض التعريفات.

أولا: الحضانة عند الفقهاء القدامى:

1-تعريف الحنفية:

الحضانة عن الحنفية هي: تربية الولد لمن له حق الحضانة.[2]

حيث عرفها الكاساني: "حضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه، ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه".[3]

2-تعريف المالكية:

الحضانة عند المالكية هي حفظ الولد، أي في مبيته وذهابه ومجيئه وقوله والقيام بمصالحه، أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.[4]

حيث عرفها ابن رشد: "رضاعة الأم لابنها وكفالته، إلى أن يستغني عنها بنفسه".[5]

وجاء في مختصر خليل أن الحضانة من ناحية الشرع هي: "صيانةالعاجز، والقيام بمصالحه".[1]وهذا المعنى يدخل تحته الطفل الصغير والمعتوه والقيام بمصالحه من خدمة وغيرها.[2]

---

[1]- إبراهيم مصطفى وآخرون، معجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، (د ط)، (د س ن)، ج1، ص182.

[2]- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، شركة مكتبة ومطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده بمصر، صورتها دار الفكر، بيروت، ط2، 1386هـ-1966م، ج3، ص555.

[3]- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط2، 1406هـ-1986م، ج4، ص40.

[4]- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (د ط)، (د م ن)، (د س ن)، ج 2، ص526.

[5]- ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ)، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408 هـ-1988م ج1، ص562.

3-تعريف الشافعية:

الحضانة عند الشافعية تعني تنقية بدن الصبي من الدرن والنجاسات، وغسل الخرق، وثياب البدن، يغسل عنه ثياب الصبيان، ورفعه، ووضعه، وإضجاعه في المهد، وربطه، وتحريكه، على المعتاد في مثله.[3]

وقيل هي عبارة عن القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه وهي نوع ولاية[4].

حيث عرفها الشربيني على أنها: "تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره، ولو كان كبيرا مجنونا، كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله، وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام".[5]

4-تعريف الحنابلة:

حضانة الطفل: حفظه عما يضره، وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه، ودهنه، وتكحيله، وربطه في المهد، وتحريكه لينام، ونحو ذلك، وقيل هي حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته حتى يستقل بنفسه.[6]

---

[1]- الطاهر عامر، التسهيل لمعاني وأدلة مختصر خليل، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 1439هـ/2017م، ص906.

[2]–أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع نفسه، ص87.

[3]- الجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الملقب بإمام الحرمين (ت: 478هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، (د م ن)، ط1، 1428هـ-2007م، ج8، ص77-78.

[4]– الحصني: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني (ت: 829هـ)، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى،1994م، ص446.

[4] - الشربيني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، دار الفكر، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص489.

[6] - المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة جمهورية مصر العربية، ط1415،1 هـ-1995م، ج24، ص455.

حيث عرفهاالبهوتي على أنها: " حفظ صغير ومجنون، ومعتوه-و هو مختل العقل-عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم، كغسل رأس الطفل وغسل بدنه، وكدهنه وتكحيله وربطه في المهد، وتحريكه لينام ونحوه".[1]

و قال ابن قدامة في الحضانة قدامة: "هي كفالة الطفل وحضانته، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك".[2]

5-تعريف الظاهرية:

يقوم على أساس النظر بالأحوط في الدين والدنيا للصغير حتى سن التمييز والفهم، كما يتضح من المسألة التي أوردها ابن حزم بقوله: "النظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما".[3]

ثانيا: الحضانة عند الفقهاء المعاصرين:

أورد الفقهاء المعاصرون عدة تعريفات للحضانة من بينها:

1-تعريف الشيخ أبو زهرة: "الحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا".[4]

2-تعريف عبد الرحمان الجزيري: "هيحفظ الصغير، والعاجز، والمجنون والمعتوه، مما يضره بقدر المستطاع، والقيام على تربيته ومصالحه، من تنظيف وإطعام، وما لزم راحته".[5]

3- تعريف مصطفى الخن وآخرون: "هي حفظ من لا يستقل بأمر نفسه،...و تربيته بمختلف وجوه التنمية والإصلاح، وتنتهي بالنسبة للصغير إلى سن التمييز، أما رعايته بعد ذلك إلى سن البلوغ، فتسمى: كفالة، لا حضانة".[1]

---

[1]- البهوتي: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشاف القناع عن الإقناع، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ط1421،1-1429هـ/2000-2008م، ج13، ص187.

[2]- ابن قدامة: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (ت: 620هـ)، المغني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض- المملكة العربية السعودية، ط3، 1417هـ-1997م، ج11، ص412.

[3]- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1431هـ-2010م، ص 28-29.

[4]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 2، (د س ن)، ص406.

[5]- الجزيري: عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ-2003م، ج4، ص520.

من خلال التعريفات السالفة الذكر يتضح:

أن تعريفات العلماء القدامى و المعاصرون تصب في مضمون واحد وهو تربية الطفل لمن له حق الحضانة، والقيام بمصالحه .

التعريف المختار:

بعد هذا العرض لتعريف الحضانة من ناحية الشرع، نستطيع القول أن تعريف الحنفية هو الأفضل وهو" تربية الولد لمن له حق الحضانة "، كونه شامل حيث تضمن الحاضن والمحضون، وعرف الحضانة على أنها تربية، والتربية مصطلح شامل حيث يدخل ضمنها كل ما يتعلق بمصلحة المحضون.

الفرع الثالث: تعريف الحضانة قانونا

عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من(ق أ ج) كالآتي: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.[2]

يعلق عبد العزيز سعد على التعريف "بأن تعريف قانون الأسرة على الرغم من احتوائه على اهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف، ولا سيما من حيث شموليته لأفكار لميشملها غيره، ومن حيث أن التعريف جمع عمومية كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية ".[3]

---

[1]- مصطفى الخن (ت: 1429هـ) وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ، 1413هـ-1992م، ج4، ص191.

[2] - القانون رقم84-11 مؤرخ في: 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

[3]- فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الاسرة الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2017، ص 88-89.

من خلال تعريفات الحضانة سواء من الناحية الشرعية أو القانونية يتبين أن كلا من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري أعطى تعريف الحضانة مراعيا في ذلك عدة أمور منها:

-تربية الطفل.

-العناية بالجانب الروحي له.

-الإهتمام به ورعاية شؤونه.

فهما بذلك –أي الفقه والقانون- متفقين في الاساس ومختلفين في البنية التحتية (أي ما دون الأساس)خاصة في مدة الحضانة، وفي الزاوية التي يمكن أن تنفع الطفل أكثر مما تضره حتى يبلغ أشده. [1]

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة وحكمها.

لقد أقر الإسلام الحضانة باعتبارها نوع من الولاية، وفيها سلطة مقررة للحاضن يتولى بموجبها القيام بشؤون المحضون، و سنحاول من خلال هذا المطلب بيان مشروعية الحضانة ثم بيان حكمها.

الفرع الأول: مشروعية الحضانة.

الحضانة لها مستندها من القرآن الكريم و سنة نبينا –صلى الله عليه و سلم–و إجماع المسلمين و المعقول.

أولا: من الكتاب.

1– قوله تعالى﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ

[1]- صليحة بوجادي، "الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، المجلد 12، العدد 2021، 01ص261.

بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ فَإِنۡ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٖ مِّنۡهُمَا وَتَشَاوُرٖ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَاۗ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ ﴾[سورة البقرة: 233].

وفي الآية دليل على ضمان الرضاعة للحاضنة.[1]

2- وقوله تعالى: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [سورة آل عمران:37]

و في الآية دليل على مشروعية الحضانة، حيث ذكر الله الحضانة والكفالة في كتابه لحق الصبي في الرعاية والحفظ، وحق والديه في تنظيم حياة ابنهما بلا خوف، وقطعا للنزاع الذي يقع بين الزوجين أو أهلهما عند الطلاق أو الوفاة.[2]

3- قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ مِنۡ أَنۢبَآءِ ٱلۡغَيۡبِ نُوحِيهِ إِلَيۡكَۚ وَمَا كُنتَ لَدَيۡهِمۡ إِذۡ يُلۡقُونَ أَقۡلَٰمَهُمۡ أَيُّهُمۡ يَكۡفُلُ مَرۡيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيۡهِمۡ إِذۡ يَخۡتَصِمُونَ﴾ [سورة آل عمران: 44].
ووجه الدلالة هنا: أن الله كفل مريم زكريا، لأن خالتها تحته، والخالة بمنزلة الأم وإنما جعل الكفالة لزكريا لأن زكريا يكفل زوجته، وزوجته تكفل مريم فوقع الجميع تحت كفالة زكريا، لأن الرجل يقوم بالنفقة سكنى وكسوة وطعاما، وهذا إشارة إلى قوامة الرجل وولايته.[3]

حيث فسر الإمام القرطبي كلمة يكفل بالضم، كفلها أي ضمها إليه، وضمن القيام بها.[4]

ثانيا: من السنة.

[1] - عبد العزيز بن مرزوق الطريفي، التفسير والبيان لأحكام القرآن، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1438هـ، ج2، ص592.

[2]- عبد العزيز بن مرزوق الطريفي، المرجع نفسه، ج2، 592.

[3]- عبد الله بن مرزوق الطريفي، المرجع نفسه، ج2، 593.

[4]- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 2، 1384هـ -1964م، ج4، ص70.

1- روي عن عبد الله بن عمر بن العاص أن امرأة -هي مطلقة أبي الطفيل- جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت: "يا رسول الله أن ابني هذا كانت بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وأنا له غذاء، فزعم أبوه أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الرحمة: أنتي أحق به ما لم تنكحي- أي تتزوجي-" [1]

2- عندما ذهب رسول الله في ذي القعدة ليعتمر...فخرج النبي صلى الله عليه وسلم، فتبعتهم ابنت حمزة: ياعمّ يا عمّ، فتناولها علي، فأخذها بيدها، وقال لفاطمة عليها السلام: دونك ابنة عمك احملها، فاختصم فيها عليّ وزيد وجعفر، فقال عليّ: أنا أحق بها، وهي ابنة عميّ، وقال جعفر: ابنة عميّ وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي فقضى بها النبي صلى الله عليم وسلم لخالتها، وقال: الخالة بمنزلة الأم.[2]

3- ما روي أن امرأة جاءت، فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبه، وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "استهماعليه"، فقال زوجها: من يحاقني في ولدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت"، فأخذ بيد أمه فانطلقت به.[3]

[1]- أخرجه أبو داود (ت: 275هـ) في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم الحديث 2276، سنن أي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العلمية، (د م ن)، ط1، 1430هـ-2009م، ج3، ص588.

[2]- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب كيف يكتب: هذا ما صالح فلان ابن فلان بن فلان بن فلان، وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه، رقم ال حديث2552، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دار اليمامة، دمشق، ط5، 1414هـ-1993م، ج2، ص960.

[3]- أبو داود: سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (ت: 275هـ)، سنن أبي داود، دار الرسالة العلمية، (د م ن)، ط1، 1430هـ-2009م، ج3، ص589.

يدل الحديث على أن الحضانة مشروعة، وأن الإبن يخير بعد سن معينة، بين أبويه ويذهب مع أيهما يشاء.[1]

ثالثا: أدلة مشروعية الحضانة من الإجماع.

روي أن عمر بن الخطاب فارق إمرأته جميلة بعد أن أنجب منها عاصما، ثم نتج خلاف بين عمر ومطلقته بشأن حضانة عاصم إبنهما كل يود أن يضمه إليه، ومن ثم رفع هذا النزاع إلى أبو بكر رضي الله عنه فقضى بمنع عمر من ضم إبنه إليه وقال لعمر: ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك، وكان الصحابة حين قال ذلك حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك إجماعا.[2]

رابعا: أدلة مشروعية الحضانة من المعقول.

إذا كانت الأم قد شاركت في مولودها بجزء من"ترائيها" قال تعالى: ﴿يَخۡرُجُ مِنۢ بَيۡنِ ٱلصُّلۡبِ وَٱلتَّرَآئِبِ﴾ [سورة الطارق: 07] ، ثم حملت في بطنها كرها ووضعت كرها، حملا ضعيفا لا يقدر على شيء لنفسه أو لغيره - من عجز به – فلا يقبل عقلا أن يترك مولودها من غير حاضن يحضنه ويرعاه ويكفل له الحماية والتربية، ويدفع عنه التهلكة عن جسمه، فالله عز وجل قال﴿ ٱللَّهُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن ضَعۡف ثُمَّ جَعَلَ مِنۢ بَعۡدِ ضَعۡف قُوَّة ثُمَّ جَعَلَ مِنۢ بَعۡدِ قُوَّة ضَعۡف وَشَيۡبَة يَخۡلُقُ مَا يَشَآءُۚ وَهُوَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡقَدِيرُ﴾ [سورة الروم: 54] فخلق الإنسان يبدأ بالضعف، أي في مرحلة لابد لها ممن يرعاه فيها، فإذا اختار العقلاء من يرعى هذا الضعيف ويحميه ويحافظ عليه، فلا يكون امامهم إلا من

[1]- عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة، 1424 هـ-2003م، ص16.

[2]- رمضان علي الشرنباصي، الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2006، ص180-181.

عاشت معه طوال حملها فيه، إنها الأم ذات الشفقة والحنان والقدرة على تحمله كرها ووضعه كرها، وعلى تحمل مشاق خدمته، وإذا سألتها عن كل ذلك أجابت راضية بما لقيت من عناء فخورة به.[1]

الفرع الثاني: حكم الحضانة

أولا: حكم الحضانة في الفقه الإسلامي.[2]

سنتناول حكم الحضانة من زاويتين الأولى بالنسبة للحاضن و الثانية بالنسبة للمحضون.

1-حكم الحضانة بالنسبة إلى الحاضن.

أ- حكم الحضانة على الحاضن: الحضانة على الحاضن فرض كفاية إذا قام بها من يكفي سقطت عن الباقين.

- وجه وجوب الحضانة: أنها إنقاذ لمعصوم من هلكة، فتكون واجبة، كالإنقاذ من الحريق والغرق وسائر أسباب الهلاك.

- وجه سقوط الحضانة بفعل البعض: أن البعض يمكن أن يقوم بها فلا تجب على الكل.

ب- حكم الحضانة للحاضن: الحضانة من حقوق الحاضن، له أن يتمسك بها وله أن يتنازل عنها كسائر حقوقه.

2- حكم الحضانة بالنسبة للمحضون: الحضانة للمحضون حق من حقوقه الواجبة له على من تلزمه.

- وجه وجوب الحضانة للمحضون: أنه لو ترك لهلك، وهو معصوم يجب إنقاذه، كإنقاذه من الغرق والحرق وسائر أسباب الهلاك.

---

[1]- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص92.

[2]- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع"فقه الأسرة"، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1431هـ-2010م،ج5، 404-406.

ثانيا: حكم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك.[1]

المطلب الثالث: أهمية الحضانة وشروط ممارستها

هناك أهمية خاصة للحضانة في الإسلام، وذلك لخطورتها البالغة، وتزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها عندما تكون الفرقة بين الزوجان، مما تنشأ خلافات ونزاعات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة ولانحرافات إذا لم يلتزم الطرفان المتنازعان بالأحكام الشرعية والآداب المرعية، ويتقيا الله في أنفسهما وأولادهما، ويقدما مصلحة الأولاد على حظوظ النفس، وحتى نفصل في هذا الموضوع لا بد من التطرق لأهمية الحضانة ثم نتطرق للشروط التي فصلت فيها المذاهب الفقهية وراعاها المشرع الجزائري للممارسة الحضانة.

الفرع الأول: أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولا: أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي.

لقد جاءت الشريعة الإسلامية في هذا الباب بتعاليم سامية ووصايا حكيمة، تأتي في الجو الملبد بالنزاع والمليء بالخصومات بين الزوجين، فتفتح الأنفس على الخير، وتلفتها إلى المعروف لمصلحة الطفل الناشئ الذي هو ثمرة مشتركة بين الزوجين يهمهما الأمره، ومرحلة الحضانة هذه قد حافظ فيها الإسلام على مصلحة الولد أولا، وعطف فيها على الأم ثانيا: رعاية لحنانها وتقديرا لعاطفتها الفياضة التي ترى في الولد أنه جزء منها، فجعل للأم ثم لقرابتها الأقرب فالأقرب حضانة

[1]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1428هـ-2007م، ص356.

الطفل حتى يبلغ سبع سنين وبعدها يدخل في مرحلة أخرى يصدر فيها حكما يجعله لأبيه أو لأمه، أو يخير بينهما، وذلك عدل ورحمة ووضع الأمور في مواضعها.[1]

لكل ذلك نقول إن الحضانة أخذت أهميتها من الأسس و القواعد الشرعية : وذلك مما ورد من نصوص قرآنية أو أحاديث شريفة نصت على بعض أحكامها، أو أفيد مفهوم الحضانة من تأويل النص، وقد دلنا على ذلك ما عمل به الصحابة الكرام والتابعون وبموجبها صيغت مواد القوانين وأحكام القضاء الإسلامي، ومن النصوص القرآنية التي احتج بها في موضوع الحضانة والرعاية ومن يتولى أمر أهل الإيمان ندرج ما تيسر منها[2]:

قال تعالى: ﴿۞ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ﴾ [سورة البقرة:233].

وقال سبحانه: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي ٱلۡكِتَٰبِ اللهِ﴾ [سورة الأنفال:75].

كما أن هناك ارتباطا وثيقا بين تشريع الحضانة وبين المقاصد الشرعية: [3]

فالمقاصد الضرورية متحققة في كفالة المحضون بصيانة نفسه عن الهلاك، وصيانة دينه عن الضياع، وماله من التلف، وعرضه عن الفساد.

وكذلك المقاصد الحاجية، أيضا من حيث وجود المحضون مع أمه أو أقرب النساء إليها، أو من هو الأحق بعدهم، فإنما ذلك من أجل دفع المشقة عنه، وتيسير أمر نشأته ورعايته حتى يتمتع بالحنان والشفقة، وحتى لا يضار بإعانته بالبقاء عند من لا يشفق عليه.

[1]- سعيد بن علي بن وهف القحطاني، الهدي النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب والسنة، مطبعة سفير، الرياض، (د ط)، (د س ن)، ص112.

[2]- محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص14-15.

[3] - حمزة بن حسين الفعر الشريف، **أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية**، مداخلة مقدمة ضمن ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي بالتعاون مع جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436هـ، ص20-21.

أما بالنسبة للمقاصد التحسينية فهي متحققة، وذلك من خلال التربية الحسنة وتعاهد المحضون باستقامة سلوكه والتزامه حدود الأدب، ومعرفة مايجب له وعليه أمر لابد منه وهذه كلها من المقاصد التحسينية.

ثانيا: أهمية الحضانة في قانون الاسرة الجزائري.

إن أساس وجود القوانين و التشريعات الوضعية تنظيم سلوكات الأفراد و حمايتهم من طغيان بعضهم على الآخر، و ذلك من خلال تشريع الحقوق و الواجبات و تشتد هذه الحماية و تتاكد إذا كان احد الأطراف ضعيفا لا يستطيع أن يحمي نفسه فمن واجب المشرع أن يضمن له حق الحماية و الرعاية، و لا شك أن فئة الأطفال تمثل الطرف الأضعف الرعايو و الحماية.

و على غرار باقي التشريعات الوضعية فقد اهتم المشرع الجزائري بحضانة الأطفال و ذلك من خلال النصوص القانونية التي توضح الاحكام المتعلقة بها، إضافة إلى فرض إلتزامات على الحاضن، و التشديد في العقوبات عند الإخلال بهذه الإلتزامات.

أي إذا أخلت الأم أو من يتولى الحضانة بواجباته اتجاه المحضون والمتمثلة في الرعاية والتربية والحماية والحفظ، فإنه باسطاعة القاضي أن يسقط حضانتها، وفي جميع الحالات يراعي القاضي مصلحة المحضون، كما للقاضي إسقاط حضانة الأم أو غيرها من الحاضنين إذا أصبح الحاضن غير أهل لممارسة الحضانة، وكذا في حالة الحكم على الحاضن بعقوبة جزائية بناءاعلى ارتكابه لجريمة أخلاقية، فالطفل يجب أن ينشأ في بيئة سليمة.[1]

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة.

إن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن المشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى، إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب، وعليه فإن

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، الجزائر، (د ط)، (د س ن)، ص77.

الحضانة تثبت لمن كان أهلا لها وذلك بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة في الرجال والنساء وأخرى تخص النساء فقط، وبعضها الآخر يخص الرجال فقط، أما المشرع الجزائري فقد حصر شروط الحضانة في الأهلية فقط وذلك بعد تعريفه لها في نص المادة 62 من قانون الأسرة، وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا الفرع شروط ممارسة الحضانة في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري.

أولا: شروط ممارسة الحضانة وفقا للفقه الإسلامي.

أجمع الفقه الإسلامي على أن من يمارس الحضانة يجب أن يكون مؤهلا لذلك محققا لشروطها كما ذكروا أن هناك شروطا عامة في ال جال والنساء وأخرى تخص النساء فقط، وبعضها الآخر يخص الرجال فقط وقد اتفقول على شرطين واختلفو فيما سوى ذلك.[1]

و كما أن للحاضن شروطا فإن للمحضون كذلك شروطا، غير إن إطلاق الشروط ينصرف دائما إلى الحاضن أولا إلى شروط المحضون باختصار ثم نفصل في شروط الحاضن.

1- شروط المحضون.

المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل، وكبير مجنون أو معتوه، فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه، أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه، وهو الذي يختار الإقامة عند من شاء من أبويه، فإن كان البالغ رجلاً، فله الإنفراد بنفسه لاستغنائه عن أبويه، ويستحب ألا ينفرد عنهما، ولا يقطع بره عنهما، وإن كان أنثى لم يكن لها الإنفراد، ولأبيها منعها منه، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يؤذيها ويلحق العار بها وبأهلها، وإن لم يكن لها أب، فلوليها وأهلها منعها من الإنفراد.[2]

[1]-محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص81.

[2] - وهبة الزحيلي، وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، (د س ن)، ج10، ص7304.

إذن لكي يستحق المحضون الحضانة لابد أن تتوفر فيه هذه الشروط: [1]

أ-الحياة: فلا حضانة لميت إذ لا يتصور شرعاً ولا عقلاً ثبوت الحضانة لميت، فلا بد من تحقق وجود الحياة التي ينبني عليها ما له من حقوق وواجبات.

ب- ثبوت النسب: فالطفل المحضون ينبغي أن يكون ثابت النسب معروف الأب والأم والعصبة والمحارم.

ج-الجنون: فالمجنون تستمر حضانته لعدم الإدراك والتمييز ومعرفة ما يتعلق بمصلحته.

د- العته: وهو اختلال العقل، فلا حضانة لمعتوه .

2-شروط الحاضن.

تتنوع الشروط الواجب توفرها في الحاضن بين شروط عامة و أخرى خاصة بالنساء و أخرى خاصة بالرجال و فيما يلي بيان ذلك

أ- الشروط العامة لممارسة الحضانة.

و نقصد هنا الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن بشكل عام سواء كان رجل أو امرأة و تتمثل هذه الشروط في :

- العقل: لقد ورد العقل في شروط الحضانة عند الفقهاء بالنص عليه أو بذكره مرادفاته، والجميع يعدّونه من الشروط اللازمة للحضانة بل من أقوى مقوماتها، فإن الحضانة تقديم ما فيه النفع للصغير، وفاقد العقل لا يقدر على تمييز النفع من الضرر.

[1]- محمد عليوي ناصر، المرجع نفسه، ص85-86.

- **البلوغ:** البلوغ والعقل محل اتفاق بين الفقهاء، لأن الصغير ولو كان مميزا لا يمكنه أن يعطي المحضون ما يحتاج إليه من العطف والحنان والرعاية المطلوبة له، من أجل ذلك اشترط الفقهاء البلوغ في الحاضن حتى يكون مدركا لهذا الدور الذي يتقابل فيه مع صغير هو المحضون.[1]

- **الرشد:** وهو قول المالكية والشافعية، فالمالكية قالوا: "أن يكون الحاضن رشيدا فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون إن كان له مال". [2]

- **الشافعية:** جاء شرط الرشد عندهم واضح حيث قال الشربيني: "أن يكون رشيدا فلا حضانة لسفيه، لأنه ليس أهلا للحضانة كما قاله الماوردي والقاضي وأبو الطيب".[3]
- **أما الحنابلة والحنفية:** من خلال النظر في شروطهم للحاضن، نجد أنهم لم يصرحوا بشرط الرشد في الحاضن، فهم اشترطوا العقل والبلوغ فقط.

- **القدرة:** هذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء[4]، لكن الخلاف وقع في المقصود بالقدرة، أساسه هل المراد بها اليسار والقدرة على الإنفاق أو القدرة من حيث القوة وسلامة الجسم، وقد جاء في بعض النصوص أن المراد بها، القدرة على الإنفاق، والحق أن القدرة على الإنفاق وحدها لا توفر الأجزاء من مصلحة المحضون، أما الرعاية والمتابعة فهي الجزء الآخر في الحضانة ويجب وجودها في الحاضن، إلا إذا قلنا إن من له القدرة المالية يمكنه استئجار من يقوم على رعاية المحضون تحت إشرافه.[5]

---

[1]- أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق ص104-105.

[2]- الكنشاوي: أبو بكر بن حسن بن عبد الله (ت: 1397هـ)، أسهل المدارك"شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"، دار الفكر، بيروت، ط2، (د س ن)، ج2، ص207.

[3]- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط1، 1415هـ-1994م، ج5، ص197.

[4]- أحمد نصر الجندي،النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص105.

[5]- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص94.

- **حيث قال الحنفية:** " لأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة".[1]
- **أما المالكية:** فقد اشترطوا الكفاية، ومعانيها كثيرة عندهم: منها عدم الإضرار بالمحضون والسن أو العاهة المانعة عن إتمام الرعاية حيث قال الدسوقي: " والكفاية أي القدرة على القيام بشأن المحضون فلا حضانة لعاجز عن ذلك...".[2]
- **أما الشافعية:** فظاهر ما يفاد من كلامهم أن القدرة تعني سلامة البدن، حيث قال الشربيني: "أن لا يكون به مرض دائم كالسل والفالج، إن عاق تألُّهم عن نظر المحضون بحيث يشغله عن كفالته وتدبر أمره أو عن حركة من يباشر الحضانة، فتسقط في حقه دون من يدبر الأمور بنظره ويباشرها غيره".[3]
- **أما الحنابلة:** كالمالكية اشترطوا القدرة البدنية، كعدم العجز، والخلو من عاهة مانعة والخلو من مرض معد وتوالت نصوصهم بذلك.[4]

- **الخلو من المرض الخطير المعدي:** وذلك حفاظاً على صحة المحضون وخوفاً من انتقال المرض إليه.[5]

- **الأمانة:** ويتمثل شرط الأمانة فيما يأتي:

- ألا يكون الحاضن فاسقا لأن الفاسق غير أمين على نفسه، فلا يصح أن يكون أميناً على غيره ولأنه لا حظّ للولد في حضانته، لأنه ينشأ على طريقته وقد ضرب الفقهاء أمثلة للفسق الذي يجعل الحاضن غير أمين، ومما قالوه أن يكون شريرًا أو مشتهرًا بزنا أو لهو محرم أو يكون سارقًا.

---

[1]- المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، لبنان، (د.س.ن)، ج2، ص283.

[2]- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص528.

[3]- الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المرجع السايق، ج2، ص492.

[4]- محمد عليوي ناصر، المرجع نفسه، ص 95-96.

[5]- نسرين شريفي وآخرون، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، (د ط)، (د ت ن)، ص81.

- أن لا يكون الحاضن مهملا فلا حضانة لمن يهمل الطفل، كمن ينشغل عنه بالخروج في كل وقت ويتركه ضائعا لأنه يكون غير أمين عليه، والطفل في يده في حكم الأمانة ومضيع الأمانة لا يستأمن[1].

جاء عند الأحناف في شرط الأمانة: تقيد الفسق الفسق المانع من حضانة الأم بكونه فسقًا يضيع به الولد، فيكون لها حق الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور، مالم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور الأمة، فينتزع بها، صونا لأخلاقه من الفساد، لأنها غير أمينة، أما الرجل الفاسق العصبة فلا حضانة له.[2]

و أما المالكية: فقالوا أن يكون ديّنا فلا حضانة لفاسق وأولى الكافر لأنه لا يؤمن على المحضون لا في دينه ولا في ماله ولا في بدنه.[3]

و علل الشافعية ذلك بقولهم: "لأن الفاسق لا يلي ولا يُؤتمن، ولأن المحضون لا حظَّ له في حضانته لأنه ينشأ على طريقته".[4]

أما للحنابلة فقد ذكروا أن : "الفاسق ليس له حق في الحضانة لأنه لا يأمن على المحضون وقد يعلمه ما يكره الله ورسوله، فليس له الحق في الحضانة.[5]

و خلاصة القول أن الفقهاء يعتبرون الأمانة شرطاً، على خلاف بينهم في مدى ضعفها وقوتها في الحاضن.

---

[1]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي وآخرون، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (د ط)، 2009م، ص590.

[2]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج10، ص7306.

[3]- عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط1، 1339هـ، ج2، ص178.

[4]- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،المرجع السايق، ج5، ص195.

[5]- أحمد بن محمد بن حسن بن إبراهيم الخليل، شرح زاد المستنقع، (د د ن)، (د م ن)، (د ط)، (د س ن)، ج6، ص65.

- **أمن المكان:** اشترط المالكية أمن المكان، فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق أو بجوارهم، بحيث يخاف على البنت المشتهاة منهم الفساد، أو سرقة مال المحضون أو غصبه.[1]

- **الحرية:** فلا بد أن يكون الحاضن حرًا، لأن الحضانة ولاية والرقيق ليس من أهل الولايات لأن منافعه لسيده.[2]

مع انعدام الحاجة لهذا الشرط، لاختفاء الرق والعبودية في المجتمعات، إلا أن هذا الشرط شرط فقهي مرهون بواقع الحال، وقد اعتمد الفقهاء ضمن ظرف زمني شاع فيه الرق وبيع الجواري، وليس بالإمكان الإعراض عنه وإهمال اعتباره واحدا من شروط الحضانة، لأن وقف العمل به لانعدام ما يطبق عليه، لا يبرر إهماله، لأن الحكم الفقهي مرهون بوجود حالته، فمتى ما تعرض المسلم لمثل هذه الحال فالشرط الفقهي موجود يعود إليه، واقتضاء الحرية في الحاضن مسألة نظرها الفقه الإسلامي من وجهين:

- **الأول:** تحقيق الغاية القصوى لمصلحة المحضون وانتفاعه بالحاضن وتفرغ الحاضن له.
- **الثاني:** الحاضن نفسه، إذا كان غير حر فهو مقيد، وكل طاقته ملك سيده وإشغال طاقاته في مسألة الحاضنة يقتضي موافقة سيده وهي غير مضمونة.[3]

- **الإسلام: الإسلام شرط عند الشافعية والحنابلة:** فلا حضانة لكافر على مسلم، إذ لا ولاية عليه، ولأنه ربما فتنه عن دينه، ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضنة، فيصح كون كتابية أو غير كتابية، سواء أكانت أمًّا أم غيرها، لانه صلى الله عليه وسلم خيَّر غلاماً بين أبيه المسلم وأمه

[1]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج10، ص7306.

[2]- عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، وبل الغَمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة، دار الوطن للنشر والتوزيع، الرياض- المملكة العربية السعودية، ط1، 1429هـ-1432هـ، ج 7، ص95.

[3]-محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص78-88.

المشركة، فمال إلى الأم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "اللَّهم اهده، فعدل إلى أبيه"، ولأن مناط الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين.[1]

ب- الشروط الخاصة لممارسة الحضانة.

ونعني بها الشروط التي اختصت بها النساء والشروط التي اختص بها الرجال.

- الشروط الخاصة بالنساء: أورد الفقهاء شروطا خاصة فيمن تتولى الحضانة من النساء نوجزها فيما يلي:

- **أن تكون ذات رحم محرم للمحضون:**

حيث جاءت آراء المذاهب كما يأتي:

فعند الحنفية: يقول ابن الهمام: " غير أن الصغيرة لا تدفع عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزاً من الفتنة.[2]

ويقتضي التنويه إلى أن الرحم المحرم، لا يقوم شرطا عند الحنفية، وإنما يعد قيدا للتحرز من الفتنة، فلو أمن المحضون، جاز أن يدفع لغير المحرم.[3]

أما عند المالكية: فيرون أن لا حضانة لغير الرحم المحرم.[4]

قال الدسوقي: "...وكذا إذا كان المحضون أنثى مطيقة، وكان الحاضن أنثى أو كان ذكرا وتزوج بأم المحضونة أو جدتها وتلذذ بها بحيث صارت المحضونة من محارمه، وإلا فلا حضانة له على ما رجحه المصنف في التوضيح ورجحه ابن عرفة أن له الحضانة حينئذ فكل من القولين رجح".[1]

---

[1]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج10، ص7306.

[2]- محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص109.

[3]- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر، . الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014، ص59.

[4]- محمد عليوي ناصر، المرجع نفسه، ص110.

أما الشافعية: أخذوا بالرحم المحرم وقيدوه بالمحضونة الأنثى، وبعد أن تبلغ حداً تشتهي به، فقال ابن أبي الدم: " لو كان العصبة ابن العم، وقلنا إن الحضانة تثبت للعصبة فإن كان الولد ابناً، خير بينه وبين الأم، وإن كانت بنتاً، كانت عند الام إلى أن تبلغ، ولا تخير لأن ابن العم ليس بمحرم، فلا يجوز تسليمها له".[2]

أما الحنابلة: أخذوا بهذا الشرط، حيث قال ابن قدامة: "احتمل وجهين، أحدهما، هم أولى لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم، كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم، والثاني لا حق لهم في الحضانة، وينتقل الأمر إلى الحاكم، والأول أولى".[3]

و يبدو أن أخذهم بالرحم المحرم مختص بالصبية التي تجاوزت سبع سنين، حسب ما جاء في المغني.[4]

- **ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بغير قريب محرم:**

لأن الزوج الأجنبي في الأغلب لا يعطف على الصغير، ويقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة، وهذا واقع معاش وإن وجدت حالات نادرة تخالفه، والتشريع يقوم على المعتاد لا النادر.[5]

فإذا كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه وابن عمه وابن اخيه، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له الحق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته.[6]

لم يجعل الفقهاء عامة حضانة للأم المزوجة، ولو كانت حاضنة تسقط حضانتها وهذا باستثناء الحسن البصري وابن حزم الظاهري، وكانت حجتهم في ذلك: [1]

---

[1]- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص528.

[2]- كمال صمامة، المرجع نفسه، ص59.

[3]- بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص425.

[4]- كمال صمامة، المرجع السابق، ص 60.

[5]- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (د ط)، 2007، ص150.

[6]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص359.

حديث عبد الله بن عمرو –رضي الله عنهما- لقول الرسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به

مالم تنكحي"[2]، واكثرهم على اعتبار ذلك بالعقد وهو الصحيح، واعتبره مالك بالدخول.[3]

حيث أخذ الحنفية بسقوط حضانة الأم المزوجة من رجل أجنبي عن المحضون، ولم يختلف عن هذا القول أحد منهم.

قال الكاساني: "...حتى لو تزوجت بذي رحم محرم كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي، أو الأم تزوجت بعم الصبي، أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك، وهو القرابة الباعثة على الشفقة".[4]

و قد ورد عن الإمام مالك : "و لا ينبغي للأولياء أن يحولوا بين الولد وبين أمه إلا أن تنكح، أو ينتزعوا أو يضيع عندها، ثم لا يأخذوه أيضا إلا إلى كفاية وصلاح".[5]

أما الشافعية فقالوا: حيث قالوا أن الأم إذا تزوجت من زوج أجنبي سقط حقها في الحضانة[6]و هذا ما جاء في قول الشربيني عند ذكره شروط استحقاق الحضانة: " الخلو: أيخلو الحاضنة من زوج لاحق له في الحضانة فلا حضانة لمن تزوجت به وإن لم يدخل بها، وإن رضي أن يدخل الولد

---

[1]- محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص97.

[2]- سبق تخريجه.

[3]- أبو عبد الله محمد بن علي، فتح العلام في دراسة أحاديث بلوغ المرام، دار العاصمة للنشر والتوزيع، اليمن، ط4، 1440هـ-2019م، ج9، ص148.

[4]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج 4، ص 42.

[5]- القيرواني: أبو محمد عبد الله عبد الرحمان النفزي (ت: 386)، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999م، ج 5، ص62.

[6]- مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج4، 197.

داره، لأنها مشغونة عنه بحق الزوج فإن كان له فيها حق كعم الطفل وابن عمه فلا يبطل حقها بنكاحه، لأن من نكحته له حق الحضانة وشفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على كفالته".[1]

و تبعهم في ذلك الحنابلة: قالوا أن الأم إذا تزوجت فلا حضانة لها.[2]

حيث قال ابن قدامة: "..لأنها إذا تزوجت انشغلت بحقوق الزوج عن الحضانة،...وعلى هذا متى كانت المراة متزوجة لرجل من أهل الحضانة، كالجدة تكون متزوجة للجد، لم تسقط حضانتها لأنه يشاركها في الولاية والشفقة على الولد".[3]

- **ألا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه:**

هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء، فمنهم من لم يعتبره شرطا في الحاضن، وهذا ما قال به الشافعية والحنابلة، ومنهم من اعتبره شرطا لازما، وهذا حسب ما ورد عن المذاهب الحنفية، وفي قول عن المالكية، بأن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد، والذكر لسن معينة، فإذا كان المحضون في جهة غير مأمونة، فإن حضانته تسقط، فالمالكية اعتبروا إقامة الحاضنة بالولد، في بيت يتضرر به، يعرضه للعناء والضياع، فالصغير يتأثر بمحيطه، فإذا وفروا له الجو المناسب، والظروف التي يجد فيها راحته النفسية، تنمي ملكاته ومواهبه، وأصبح عضوا صالح في المجتمع، ينفع نفسه وأسرته والمجتمع.[4]

- **ألا تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب:**

في أجرة الحضانة تفصيل المذاهب:

---

[1]- الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المرجع السابق، ج2، ص492.

[2]- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (ت: 728)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، (د م ن) ط 1، 1408 هـ-1987م، ج5، ص520.

[3]- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص421.

[4]- كمال صمامة، المرجع السابق، ص61.

قال الحنفية: "أجرة الحضانة ثابتة للحاضنة، سواء كانت أما أو غيرها، وهي غير أجرة الرضاع، وغير نفقة الولد، فيجب على الأب أو من تجب عليه النفقة ثلاثة: أجرة الرضاع، وأجرة الحضانة، ونفقة الولد، فإذا كان للولد المحضون مال أخذه من ماله، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته، كما ذكرنا، والحاضنة إذا كان لها مسكن ويسكن الولد تبعا لها فلا يقدر لها أجرة المسكن، وإن لم يكن لها مسكن قدر لها أجرة المسكن لأنها مضطرة إلى إيوائه، وهذا هو الذي ينبغي العمل به، وإذا احتاج الصغير إلى خادم فإنه يقضي له به على أبيه الموسر، وإنما تثبت أجرة الحضانة للأم إذا لم تكن الزوجية قائمة أو لم تكن معتدة، فإن كانت زوجة أو معتدة لأب الطفل فإنه لا حق لها في أجرة الرضاع، ولا في أجرة الحضانة، أما حال قيام الزوجية بينهما فالأمر ظاهر، لأن نفقتها واجبة عليه بطبيعة الحال وأما حال العدة كذلك لأن لها نفقة العدة فهي في حكم الزوجة، فإذا انقضت عدتها كان لها الحق في طلب أجرة الحضانة، ولا تجب الاجرة على أبيه إلا إذا كان الطفل فقيرا لا مال له وإلا فمن ماله، هذا كله إذا لم يوجد متبرع يتبرع بحضانته مجانا، فإن وجد متبرع وكان أجنبيا عن الصغير وكان للصغير مال، فإنه لا يعطى لأجنبي ولكن يعطى لمن هو أهل للحضانة بأجرة المثل من ماله، أما إن كان المتبرع من أقارب الصغير كالعمة مثلا، فإن الأم في هذه الحالة تخير بين إمساكه مجانا وبين اخذه منها وإعطائه لعمته لتحضنه مجانا، إلا إذا كان الأب موسرا ولا مال للصغير فإن الأم أولى بحضانته بالأجرة، أما إذا كان الأب معسرا والصغير موسر، فإنه يعطى لعمته مجانا وذلك لأن نفقة أمه في هذه الحالة تكون من مال الصغير وهو ضرر عليه".[1]

أما المالكية فقالوا: ليس للحاضن أجرة على الحضانة، سواء كانت أما أو غيرها بقطع النظر عن الحاضنة فإنها غذا كانت فقيرة ولولدها المحضون ما فإنه ينفق عليها من مال ولدها لفقرها إلا للحضانة، أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفرش، والحاضنة تقبضه منه وتنفقه عليه".[2]

[1]- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج4، ص527.

[2]-الجزيري، المرجع نفسه، ج4، ص527.

وذهب الشافعية إلى أن : "أجرة الحضانة ثابتة للحاضن حتى الأم، وهي غير أجرة الرضاع فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة في ماله وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته، ويقدر لها كفايتها بحسب حاله".[1]

وقال الحنابلة: للحاضنة طلب أجرة الحضانة والأم أحق بحضانته ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا، ولكن لا تجبر الأم على حضانة طفلها، وإذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزماها بالعقد، وإن ذكر في العقد الرضاع لزمها الحضانة تبعا، وإن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع، وإذا امتنعت الأم سقط حقها وانتقل إلى غيرها على الوجه المقدم.[2]

- الشروط الخاصة بالرجال:

يمكن إجمال الشروط الخاصة بالرجال في :

- **أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى:**

و لقد حدد **الحنفية والحنابلة** سنها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية، وإن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة والشهوة أعطيت له بالإتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة عنده.[3]

ويرى الإمام مالك: أنالأصل في الحاضن الذكر أن يكون محرما ولو في زمن الحضانة كأن يتزوج بأمها، وإلا فلا حضانة له ولو مأمونا.[4]

---

[1]- الجزيري، المرجع نفسه، ج4، ص528.

[2]- الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص528.

[3]- هنان مليكة، محاضرات في مقياس أحكام الطلاق في التشريع الجزائري، ألقيت لطلبة السنة الأولى ماستر حقوق، سنة 2020، جامعة البيض، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، (د ص).

[4]- الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك"المعروف بحاشية الصاوي"، دار المعارف، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص759.

بينما الشافعية: أنه لا يعطى أنثى تشتهى حذرا من الخلوة بها لانتفاء المحرمية بينهما، فإن رافقته بنته أو نحوها كأخته الثقة فتسلم إليها لا له إن لم تكن في رحلة كما لو كان في الحضر، أما لو كانت بنته أو نحوها في رحلة فإنها تسلم إليه وبذلك تؤمن من الخلوة.[1]

- **أن يكون الحاضن متحدًا مع المحضون في الدين:**

ذهب الأحناف إلى إشتراط إتحاد الدين ، ولأن حق الحضانة عندهم مبني على الميراث، ولا ميراث بالتعصيب للرجال مع اختلاف الدين.[2]

- **أن يكون عند الحاضن نساء يقمن بحضانة الصغير:**

وهذا الشرط مختلف فيه، بل أن جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة لم يقولوا بهذا الشرط، باستثناء المالكية. [3]

حيث قال الصاوي في حاشيته: "و يزداد للذكر الحاضن من أب أو غيره أن يكون عنده من يحضن من الإناث، كأم أو زوجة أو أمة أو خالة أو عمة، لأن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كما للنساء". [4]

ثانيا: شروط ممارسة الحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري.

جاء في المادة 62 من ق أ ج: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.[5]

---

[1]- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، المرجع السابق، ج5، ص202.

[2]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج10، ص7307.

[3]- كمال صمامة، المرجع السابق، ص 65.

[4]- الصاوي، المرجع السابق، ج2، ص759.

[5]- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 75.

نلاحظ أن الشروط قد أشير إليها في المادة 62 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك "، ولكن كان هذا بدون تفصيل، لأن الشروط المطلوبة في الحاضن عديدة.[1]

إلا أن استعمال المشرع لكلمة أهلا يفتح المجال لشروط كثيرة تشملها هذه الكلمة يمكن إجمالها فيما يلي: [2]

1- الشروط العامة:

أ **العقل:** موقف المشرع الجزائري من شرط العقل أنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه، إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه وهو ما ورد النص عليه في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"، ويستوي في المجنون أن يكون مستمرا أو متقطعا ولو مرة في كل سنة مثلا، فكلاهما مانع من الحضانة، لأنها رعاية للمحضون وحفظ لمصلحته.[3]

ب البلوغ والرشد: والمقصود بالبلوغ في التشريع الجزائري، هو أهلية الأداء والتي تجعل الشخص قادرا على تدبير شؤون نفسه، مما يستلزم تكليفه شرعا وقانونا عن رعاية مصالح غيره، وقد حددها القانون الجزائري ببلوغ سن 19 سنة كاملة للذكر والأنثى على حد سواء، وهذا ما قالت به المادة 86 من قانون الأسرة.[4]

ج القدرة على التربية والخلو من الأمراض: أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة، فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا، إذ جاء في

[1]- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، (د س ن)، ص134.

[2]- نسرين شريفى وآخرون المرجع السابق، ص81.

[3]- صليحة بوجادي، " الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص262.

[4]- كمال صمامة، المرجع السابق، ص45.

أحدها أن المريض ضعيف القوة لا حضانة له، وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والمقعد، والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها، وجاء في قرار آخر: "أن الشارع اشترط في الحاضن عدة شروط من بينها الكفاية والصحة، فلا حضانة لعاجز ذكر أو أنثى لكبر السن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون، لأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده.[1]

د **الامانة على الأخلاق:** فساد الاخلاق يسقط الحق في الحضانة: قرار المحكمة العليا الصادر على غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 01/09/ 1984 فصلا في الطعن رقم 31997 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/989، الصفحة 73) وقد جاء فيه: "المبدأ: متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا، وللحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم، بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على الطلاق".[2]

هـ**الحرية:** فلم يذكر هذا الشرط بالإجماع، وذلك لأن زمن العبودية ولى وأنتهى ولا حاجة للمشرعين لذكرها، ونظرا لعدم الحاجة إليها وانعدامها في هذا الزمن، فالقوانين جاءت لتعالج أمور وإشكالات موجودة في الواقع، وإن كان هذا الشرط مختلف فيه شرعا، فهو متفق عليه قانونا.[3]

و **الإسلام:** كما أن القضاء الجزائري أسقط عن أم مسيحية لأنها حاولت تربية ابنها وفق مبادئها، فقد أكدت المادة 62 من ق أ ج على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسالة الحضانة.[4]

2: الشروط الخاصة.

[1]- هنان مليكة، المرجع السابق، (د ص).

[2]- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة، دار هومة، طبعة 2018، ص222.

[3]- كمال صمامة، المرجع السابق، ص53.

[4]- صليحة بوجادي، المرجع السابق، ص263.

أ: الشروط الخاصة للنساء:

- أن تكون ذات رحم محرم للمحضون: ذكر هذا الشرط في قانون الأسرة الجزائري خلال نص المادة 66 بقوله: " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، مالم يضر بمصلحة المحضون ".[1]

- أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الطفل: وجاءفي قانون الأسرة الجزائري الإشارة إلى هذا الشرط في المادة 66 سابقة الذكر.[2]

- ألا يقيم الحاضن بالمحضون في بيت يغضبه: وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70من قانون الأسرة الجزائري: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم "

ذلك أنه يخشى على الطفل إن سكنت الحاضنة مع أم المحضون المقيمة مع غير قريب محرم، لأنه سوف يعامل الطفل معاملة غير لائقة به بصفته رجل البيت يأمر وينهي كما يريد، فالأولى أن يقيم الطفل مع أبيه بدلا من إقامته مع أجنبي عنه، وقد يكون العكس صحيحا إذا تبين للقاضي ذلك فلا تسقط الحضانة.[3]

-ألا تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب: لم يذكر المشرعون المغاربة هذا الشرط في قوانينهم، إلا أنه بالرجوع إلى تطبيقات القضاء وآراء الفقهاء، نجد المخرج في ذلك، فالقاضي واسع النظر في أن يأخذ بهذا الشرط أو يضعه جانبا، بحكم أن جميع الآراء الفقهية الإسلامية يستأنس بها القاضي، في حالة عدم إيجاد نص صريح.[4]

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 76.

[2]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص359.

[3]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، 79.

[4]- كمال صمامة، المرجع السابق، 62.

ب: الشروط الخاصة للرجال:

- أن يكون الحاضن محرم إذا كانت المحضونة أنثى: لم نجد نصا صريحا في التشريع الجزائري بقول هذا الشرط، إلا أننا بالرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة السالفة الذكر، تجد لنا المخرج، وذلك بإيجاد الحل من الشريعة الإسلامية دون تحديد أي مذهب بحد ذاته، وعلى القاضي أن يجتهد الرأي ويأخذ برأي الفقه الذي يراه أنسب حسب القضية المطروحة عليه.[1]

- أن يكون الحاضن متحدا مع المحضون في الدين: المشرع الجزائري قال في مادته 62 من قانون الأسرة: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه..." ويفهم من النص أن المشرع قصد بالتربية على دين الأب باتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.[2]

- أن يكون عند الحاضن نساء يقمن بحضانة الصغير: المشرع الجزائري لم يورد نص في ذلك، وبالتالي يمكن للقاضي إيجاد الحل في مختلف المذاهب الفقهية كما قالت بها المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

[1]- كمال صمامة، المرجع السابق، ص64.

[2]- كمال صمامة، المرجع نفسه، ص 54-55.

[3]- كمال صمامة، المرجع نفسه، ص65.

المبحث الثاني: أصحاب الحق في ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي وق أ ج.

الأصل أن كل طفل ينعم بحضانة والديه في ظل الجو الأسري والدفء العائلي، وتلك هي الحضانة الحقيقية والتامة، فإذا تعرضت الحياة الزوجية للاهتزاز ووقع الطلاق، فإن حق الطفل في الحضانة والرعاية يستمر ولا يسقط لشدة حاجته إلى الخدمة والرعاية بحكم أنه عاجز عن القيام بشؤونه ومصالحه، فيتولى أمره من هو أولى بها وأقدر في حدود ما أقرته الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية.

وهذا يطرح السؤال: من له الحق في ممارسة الحضانة؟ وهل هناك أولوية في ذلك؟

المطلب الأول: أولوية ممارسة الحضانةفي الفقه الإسلامي و ق أ ج.

الحضانة حق للحاضنة، وقيل أنها حق للمحضون، وقيل أنها لهما معا، ومنه فإن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية هم أشخاص عديدون تحكمهم ضوابط محددة و سنتعرف على من له الحق في ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ومن له الحق في ممارستها في ق أ ج (الفرع الثاني).

الفرع الأول :أولوية ممارسة الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية.

قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون [1]، فالحاضن هو من يتولى شؤون الصغير، ويقدم النساء على الرجال في الحضانة لأن- أي الحضانة - مبنية على الشفقة والرفق بالصغار، وذلك من جانب النساء أوفر، وهن بالتربية أعلم، وعلى إقامة مصالح الصغار أقدر، [2] وأحق النساء بالحضانة الأم وهي مقدمة على الأب في ذلك، [1] وبالتالي فالشريعة الإسلامية تقدم المرأة على الرجل في حضانة الصغير إذا توفرت فيها شروط الحضانة.[2]

---

[1]- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 39.

[2]- أحمد بن صالح البراك، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي، (د د ن)، (د م ن)، (د ط)، (د س ن)، ص 298.

وقد دل على ذلك القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والمعقول.

أولا: القرآن الكريم.

قال الله تعالى: ﴿۞ ٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ﴾ [سورة البقرة: 233].

و وجه الدلالة من هذهالآية الكريمة هي أن الأم أحق الناس بالحضانة، وربط ذلك بالرضاع، لأن الرضاع يكون على الأم، فمن ولدت أرضعت.[3]

وقوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُود لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [سورة البقرة: 233].

دلت هذه الآية على حق الولد في الرضاع، فلا تدع الوالدة رضاع ابنها شقاقا لأبيه، ولا يأخذ الوالد الولد من أمه شقاقا لها، ولا تدع الوالدة رضاع ولدها وهي مطلقة لتتزوج وولدها يريدها من دون النساء.[4]

ثانيا: السنة النبوية.

عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: (جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال: انت أحق به ما لم تنكحي).[5]

ثالثا: الإجماع.

---

[1] - بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دار الفجر، (د م ن)، (د ط)، (د س ن)، ص 339.

[2]- العربي بحتي، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي وق أ ج، ديوان المطبوعات الجامعية، (د م ن)، (د ط)، (د س ن)، ص 134.

[3]- عبد العزيز بن مرزوق الطريفي، التفسير والبيان لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص 459.

[4]- عبد العزيز بن مرزوق الطريفي، المرجع نفسه، ص 459.

[5]- سبق تخريجه، ص 283.

لا اختلاف بين أحد من أهل العلم والسلف من العلماء أن الأم أحق بالحضانة من الأب، ومن سائر الأولياء من الرجال والنساء، والخلف في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من ابيه، مادام طفلا صغيرا لا يميز شيئا، إذا كان عندها في حرز ولم يثبت منها فسق ولم تتزوج.

رابعا: المعقول.

الأم أقرب إلى الطفل وأشفق عليه، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه، وليس له مثل شفقتها، ولا يتولى الحضانة بنفسه، إنما يدفعه إلى امرأته، أو من يقوم به، وأمه اولى به.[1]

واما صاحب الحق في الحضانة فمختلف فيه بين الفقهاء، فقيل أن الحضانة حق للحاضنة، وهو رأي الحنفية والمالكية على المشهور، لأن له أن يسقط حقه ولو كانت الحضانة حقا لغيره لما سقطت بإسقاطه، وقيل انها حق للمحضون فلو أسقطها - أي المحضون - سقطت.

والظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا، وهي:

حق الحاضنة، حق المحضون وحق الأب.[2]

1: حق الحاضنة: [3]القاعدة في الشريعة الإسلامية أن لا تضار والدة بولدها، فهو جزء منها شاركها حياتها مدة حمله، وتغذى من غذائها، فكان حملها له وهنا على وهن، وكان وضعها له كرها، ولذلك فهي أحق أن تحضن هذا الولد وتتعهده، فالحضانة حق الأم وإن امتنعت عن إرضاعه، والقائلون بأن الحضانة حق الأم يستدلون بأن لها أن تسقط حقها فيها بعوض وبغير عوض، ولو كانت الحضانة حقا لغيرها لما سقطت بإسقاطها.

2: حق المحضون: وهو الصغير، أي حقه أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها، ونموه البطيء وتدرجه في معرفة ما يدور حوله، وكذلك عجزه عن القيام بشؤونه، وتعهده حتى

[1]- المهدي محمد الحريزي، مستحقو الحضانة وترتيبهم حسب متغيرات العصر، (د د ن)، (د م ن)، (د ط)، (د س ن)، ص 43.

[2]- وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 7297.

[3]- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2004، ص12 - 13.

يتدبر أمر نفسه دون حاجة إلى مساعدة غيره، ولذلك إذا تعين من يقوم بهذه المهمة بالنسبة للصغير امتنع عليه أن يترك الحضانة، ولذلك فإن الأم أحق بالولد لحق الولد.

3: حق الأب: وهو حقه في تعهد صغيره، فهو جزءه ولا يشاركه فيه أحد، وهو ينسب إليه ويحمل اسمه، ولذلك يرعى الأب ابنه وهو في يد حاضنته، والأب أيضا يقوم بالإنفاق على صغيره ويلزمه الشرع ويجبره عليه إذا امتنع.[1]

فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره، وتفرع في ذلك الأحكام الآتية: [2]

- تجبر الحاضنة على الحضانة إذا تعينت عليها بأن لم يوجد غيرها.
- لا تجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تتعين عليها، لأن الحضانة حقها ولا ضرر على الصغير لوجود غيرها من المحارم.
- إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع عند الحنفية صحيح والشرط باطل، لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه مادام محتاجا لها.
- لا يصح للأب أن يأحذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة ويعطيه لغيرها إلا لمسوغ شرعي.

الفرع الثاني: أولوية ممارسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري .

لقد أعطى ق أ ج (11/84)، الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 بقولها: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الحالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".[3]

[1]- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 13.

[2]- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 7227.

[3]- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم ق أ ج، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ومن خلال هذه المادة يتضح أن الأم أولى الحاضنات لأنها أشفق وأحن من غيرها على صغيرها، ثم يليها الأب في الحضانة، وبعده يأتي دور الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة فالعمة، ثم الأقربون درجة، وتبقى مصلحة المحضون فوق كل إعتبار، فمصلحة المحضون قد تغير ترتيب الحاضنين، حيث تشترط المادة مراعاة مصلحة المحضون.

فقد أعطت حق الحضانة للأم لأن في ذلك مصلحة الطفل، وقدمتها على غيرها من الأقارب، ومنح الحضانة في القانون للأم، ما دامت أهلا لها، ثم بقية قريبات الولد جاء منسجما مع طبيعة النساء لأنهن أقدر من الرجال على تربية الطفل والعناية به.[1]

المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة.

تكتسي مسألة الحضانة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة اهتماما بالغا من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري على حد سواء، ذلك أن ترتيب الحواضن يقدم على ركيزة أساسية وهي مراعاة مصلحة المحضون، وبهذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي في (الفرع الأول)، وترتيبهم في ق أ ج في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي.

أولا: ترتيب مستحقي الحضانة من النساء.

اتفق الفقهاء على تقديم النساء على الرجال في الحضانة، وعلى تقديم الأم على سواها من النساء، متى استجمعت شروط الحضانة، [2] فالأم أحق بحضانة ولدها بعد الفرقة بطلاق أو وفاة بالإجماع، لوفور شفقتها إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة فجورا يضيع الولد به، أو غير مأمونة بأن تخرج في كل وقت وتترك الولد ضائعا.[3]

---

[1]- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 139.

[2]- أحمد محمد المومني وآخرون، الأحوال الشخصية، دار المسيرة، عمان، ط1، 2009م، ص 171.

[3]- وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 7298.

و دليل تقديم الأم من السنة ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: (جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له حواء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال: أنت أحق به ما لم تنكحي.[1]

و قدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم، ثم الجد لأنه في معنى إبنه الذي هو أبو المحضون، فيقدم فيه الأقرب فالأقرب من الآباء، ثم أمهاته - أي أمهات الجد- القربى فالقربى.[2]

والحاصل أن ترتيب الحواضن من النساء في المذاهب كما يلي:

1 – الحنفية: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصبات بترتيب الإرث.

2 – المالكية: الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم للوصي، ثم للأفضل من العصبة.

3 – الشافعية: الأم، ثم أم الأم، ثمأم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الاخ وبنات الاخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث (فهم قد وافقوا الحنفية).

4 – الحنابلة: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم أخت لأبوين ثم لأم ثم لأب، ثم خالة لأم ثم لأب، ثم عمة، ثم خالة أم، ثم خالة أب، ثم عمته، ثم بنت أخ، ثم بنت عم أب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب.[3]

ثانيا: ترتيب مستحقي الحضانة من الرجال.[4]

---

[1]- سبق تخريجه، ص 283.

[2]- الشيباني: عبد القادر بن عمر بن عبد القادر (ت: 1135 ه)، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1، 1983، الجزء 06، ص 308.

[3]- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، (د ط)، 2003م، الجزء4، ص 416.

[4]- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 151.

لا حضانة لغير المحارم من الرجال على الصغيرة أبدا، فإذا لم يوجد للصغير إلا أقارب غير محارم كأولاد العم والعمة، وأولاد الخال والخالة، فالذكور منهم أحق بحضانة الذكور، والإناث منهم أحق بحضانة الإناث، ولم 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.

فإذا لم توجد حاضنة من النساء أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة، انتقل على الفور الحق في الحضانة إلى الرجال المحارم من العصبات، أو من غير العصبات أي لذوي الأرحام.

1- المحارم من العصبات: [1]

أ –الحنفية: الآباء والأجداد وإن علو، ثم الإخوة وأبناؤهم وإن نزلو، فالأعمام وإن علو، ثم الإخوة وأبناؤهم وإن نزلو، فالاعمام ثم بنوهم، عند الحنفية وغيرهم على الصحيح عند الشافعية، ولكن لا تسلم مشتهاة لذكر وارث غير العم، فلا حق له في حضانة البنت المشتهاة اتفاقا، تحرزا من الفتنة وله حضانة الطفل -أي الولد-.

كما رأى الحنفية أنه إذا اجتمع اثنان في درجة واحدة من القرابة كعمين قدم الأورع، ثم الأسن غير الفاسق والمعتوه، وابن عم الفتاة مشتهاة وهو غير مأمون.

ب – المالكية: حيث أنهم قالو إن لم يكن واحد من الإناث السابقات تنتقل الحضانة للوصي، ثم لأخ الشقيق أو لأم أو لأب، ثم للجد لأب الأقرب قالأقرب ثم ابن أخ المحضون، ثم العم فابنه، ولا حضانة لجد الأم ولا خال، ثم المولى الأعلى (وهو من أعتق المحضون)، فعصبته نسبا، فمواليه فالأسفل (وهو من أعتقه والد المحضون)، ويقدم في المتساوين درجة كأختين وخالتين وعمتين بالصيانة والشفقة، فإذا تساويا فالأنسب.

ج – الشافعية: فقالو إن استوى اثنان في القرابة وإلا دلاء كالأخوين أو الأختين أو الخالتين أو العمتين، أقرع بينهما، لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة، ولا مزية لإحداهما على

[1]- وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 7302.

الأخرى، فوجب التقديم بالقرعة، فإذا لم يوجد من عصبته من الرجال المحارم أحد، أو وجد ولم يكن أهلا للحضانة، انتقل حق الحضانة إلى محارمه من الرجال غير العصبة.[1]

د – الحنابلة: ورأى الحنابلة كالحنفية، أن الحضانة عند فقد العصبات تثبت لذوي الأرحام الذكور والإناث، وأولادهم أبو أم، فأمهاته، فأخ لأم، فخال لأم، ثم الحاكم يسلم المحضون لثقة يختاره.[2]

2- المحارم من غير العصبات.[3]

يرى الشافعية أنه إن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء وللمحضون أقارب من رجال ذوي الأرحام ومن يدلي بهم، كالخال وأبي أم، فلا حضانة لهم لفقد الإرث والمحرمية، أو لضعف القرابة، فلا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوي الأرحام وهم: ابن البنت وابن الأخت وابن الأخ من الأم وأبو الأم، والخال والعم من الأم، لأن الحضانة لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال، وهذا لا يوجد في ذوي الأرحام من الرجال عند الشافعية، أما الحنفية فقالو إذا لم يكن للصغير عصبة من الرجال انتقلت الحضانة لذوي الأرحام، فتكون للأخ لأم، ثم لإبنه ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق ثم لأم، لأن هؤلاء ولاية في النكاح، فيكون لهم الحق في الحضانة.

ومنه فإن الحق في حضانة الطفل لأقربائه المحارم من النساء والرجال بتقديم محارمه النساء، فمحارمه الرجال العصبة، فمحارمه الرجال غير العصبة، على أن يراعي في الترتيب بين أفراد كل فريق مما ذكرناه سابقا.

الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في ق أ ج.

[1]- سيد سابق (ت: 1420هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1397، 3هـ-1977م، ج2، ص 341.

[2]- وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 7303.

[3]- وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع نفسه، ص 7303.

إن تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار، هي قاعدة شرعية تقتضيها الحياة في المراحل الأولى من عمر الأطفال، وفيما يتعلق بمراتب الحاضنين فإن ق أ ج في المادة 64 قبل التعديل، أعطى الأولوية للأم ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم الأقربون درجة، موافقا بذلك فقهاء الشريعة، حيث نصت المادة 64 قبل التعديل على أن "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمه، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

وأما ما تعلق بمراتب الحاضنين في ق أ ج بعد التعديل، فإن المشرع أعطى الأولوية للأم لأنها أكثر عطفا ورحمة للطفل، وذلك بمقضى المادة 64 - السالفة الذكر-.

ومن خلال هذه المادة يتبين أن الأم أولى الحاضنات لأنها أشفق وأحن من غيرها على صغيرها، ثم بعدها الأب في الحضانة، ويليه دور الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون دائما، قبل مراعاة ترتيب الحواضن، وكما ينبغي على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.[1]

[1]- جمال غريسي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة الجزائري، ألقيت على طلبة السنة الثانية حقوق، سنة 2018، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص 112.

خاتمة الفصل:

الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه، وتربيته ورعايته صحة وخلقا، فهي حق للحاضن والمحضون، غير أن حق المحضون فيها غالب، وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع المعقول على مشروعيتها، و تظهر أهميتها في ارتباطها بالمقاصد الشرعية خاصة الضرورية منها، كصيانة المحضون من الهلاك وصيانة دينه عن الضياع وماله من التلف وعرضه من الفساد، ولتحقق ذلك لابد من توافر شروط للحصول على الحضانة، حيث أن هناك شروط عامة وتتمثل في العقل والبلوغ والقدرة وكذا الخلو من المرض الخطير، والأمانة وأمن المكان والحرية وأخيرا الإسلام، كما أن هناك شروط خاصة بالنساء والمتمثلة في: الخلو من زوج أجنبي عن المحضون، وأن تكون ذات رحم محرم للمحضون، وأن لا تقيم الحاضنة بالمحضون في مكان يبغضه، وأن لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا، وأما الشروط الخاصة بالرجال فتتمثل في: أن يكون ذا رحم محرم للصغير وأن يكون له من يقوم من النساء بخدمة المحضون، حيث أن للحضانة أصحاب متفق عليهم في الشريعة الإسلامية وق أ ج، فالأم أولى بحضانة ولدها وهي مقدمة على غيرها من الأقارب باعتبارها الأشفق والأحن على صغيرها، ولأن في ذلك مصلحة للمحضون، أما بالنسبة لترتيب مستحقي الحضانة فالنساء أولى بالحضانة، وتقدم الأم على من سواها من الحاضنات لأنها الأحق بحضانة ولدها، ومن الرجال إذا لم توجد حاضنة من النساء، أو وجدت ولم تكن أهلا لذلك، انتقل الحق في الحضانة إلى محارمه الرجال العصبة، فمحارمه الرجال غير العصبة، على أن يراعى في ذلك مصلحة المحضون.

الفصل الثاني:
مسقطات الحضانة
في الفقه الإسلامي
وقانون الأسرة
الجزائري

مقدمة الفصل:

إن كان الهدف من الحضانة هو رعاية الولد على الوجه المطلوب إلا أنها ليست مقررة على سبيل الدوام، فقد تسقط لأسباب محددة، أي هي ليست بالحق المطلق الذي يناله الشخص دون أي تقييد بظوابط تحدد أسباب نيله وأسباب فقدانه، لذلك فإن هناك حالات يسقط فيها هذا الحق.

وموضوع دراستنا ينصب أساساً على معرفة مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لذلك سنقوم في هذا الفصل بالتفصيل في الأسباب التي تؤدي إلى سقوط حق الحضانة، وذكر الآثار المترتبة عن هذا السقوط، وذلك من خلال مبحثين: الأول سيكون بعنوان حالات سقوط الحضانة (في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، أما الثاني: فسيكون خاص بالآثار المترتبة عن سقوط الحضانة (في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري).

المبحث الأول: حالات سقوط الحضانة.

إن الحضانة حق منصوص عليه في الفقه الإسلامي وكذا في ق.أ.ج، لكنه ليس بالحق الدائم، حيث أن هناك مجموعة من الحالات إذا وقع فيها الحاضن فقد حقه في الحضانة، وهذه الحالات هي ما تسمى بحالات سقوط الحضانة، وهذا ما سنقوم بتناوله في هذا المبحث حيث سنذكر مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي، كما سنبينها أيضا في ق.أ.ج.

المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي.

لقد فصل الفقه الإسلامي في موضوع الحضانة واعتبره من أهم القضايا الواجب مراعاتها، كونها تتعلق بمستقبل الأسرة عامة وبالطفل خاصة، حيث بين مشروعيتها وحكمها وبين مدى أهميتها للحاضن والمحضون من جهة، وركز على التفصيل فيما يسقطها من جهة أخرى، حيث تتنوع حالات السقوط تبعا لإرادة الحاضن، فإن انعدمت هذه الأخيرة – أي الإرادة – كان السقوط إجباريا، وإن توفرت كان السقوط اختياريا و فيما يأتي تفصيل ذلك.

الفرع الأول: السقوط الإجباري للحضانة.

ونعني بالسقوط الإجباري أن يسقط حق الحاضن في حضانة الولد دون أن يكون لإرادته دخلا في ذلك، و تتلخص حالات السقوط الإجباري في:

أولا: تخلف الشروط المطلوبة في الحضانة.

لقد اهتم الفقه الإسلامي بالحضانة ايما اهتمام كونها تفي مراحله العمرية الأولى، حيث يغلب عليه الضعف فيكون بحاجة لمن يتولى رعايته، ويظهر ذلك من خلال منظومة الاحكام التي وضعها لذلك، وكذا الشروط التي احاط بها هذا الحق (الشروط تم ذكرها بالتفصيل في الفصل الأول من الصفحة 21إ لى الصفحة 38.)

ثانيا: سقوط حضانة الأم إذا تزوجت بغير قريب محرم.

فإذا تزوجت الأم سقط حقها في الحضانة، وإن لم يدخل بها الزوج، أو رضي زوجها أن يدخل الولد داره، فالأم إذا تزوجت شغلت عن ولدها بحق الزوج، فلا توجد ضمانة لرعاية شأن الطفل والنظر في أمره.[1]

عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، أن امرأة قالت يا رسول الله: إن ابني كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق بهم الم تنكحي ".رواه أحمد وأبو داوود.[2]

وجه الدلالة من الحديث على أن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها، لأنها أصبحت مشغولة عن الولد بمعاشرة الزوج الجديد، وقد يلحق الصغير شيء من الغلظة والجفاء من قبل الزوج، لأن بعض أزواج الأمهات قد يبغضوا الصغير ولد زوجته ولا يشفق عليه، وفي ذلك خطر يهدد أمن الطفل واستقراره النفسي، فينشأ وتنشا معه عقد تحيل حياته المستقبلية إلى شر ونفور وسوء طباع، وقد تؤثر حضانتها له على العلاقة الزوجية ن واحتمال ان يكون زوج الأم على خلاف ذلك احتمال نادر، والنادر لا يقام له وزن ولا يكون له حكم.[3]

وقد ذكر ابن القيم اختلاف الناس في سقوط الحضانة بالنكاح على أربعة أقوال: [4]

أحدها: سقوطها به مطلقا سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، وهذا مذهب الشافعي ومالك وأبي حنيفة وأحمد في المشهور عنه.

---

[1]- مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج4 ص، ص197.

[2]- سبق تخريجه.

[3]- عبد الله بن صالح الفوزان، منحة العلام في شرح بلوغ المرام، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، (د م ن)، ط1، 1427-1435هـ، ج8، ص 190-192.

[4]- ابن القيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت: 751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط27، 1415هـ-1994م، ج5 ص 406-407.

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

القول الثالث: أن الطفل إن كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح أمها، وإن كان ذكراً سقطت، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله.

القول الرابع: أنها إذا تزوجت بنسيب من الطفل لم تسقط حضانتها، ثم اختلف أصحاب هذا القول على ثلاثة اقوال، أحدها: أن المشترط أن يكون الزوج نسيبا للطفل فقط، وهذا ظاهر قول أصحاب أحمد، والثاني: أنه يشترط أن يكون مع ذلك رحم محرم، وهو قول أصحاب أبي حنيفة، أما الثالث: أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد، بأن يكون جداً للطفل، وهذا قول مالك، وبعض أصحاب أحمد.

ثالثا: مساكنة الحاضنة بالمحضون عند أمه المتزوجة.

و يقصد بالمساكنة هنا، المساكنة التي تسقط بها حق الحضانة، أي مساكنة الحاضنة بالمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة.[1]

وذلك لأن زوجها إذا كان أجنبيا منه لا يعطف عليه، ولا يمكنها من العناية بتربيته، غير مقيمة في بيت فيه من يبغضه، لأن في مقام الطفل مع من يبغضه للخطر والضرر.[2]

فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكنى عنها، وهذا الشرط عند المالكية.[3]

[1]- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتورا، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2004-2005 م، ص 540.

[2]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1357هـ-1938م، ص209.

[3]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 10، ص 7308.

حيث قال الشيخ الدردير: "...بعد الأم أمها ثم بعد أم الأم جدة الأم، أي الجدة من قبل الأم الصادق بها من قبل أمها وأبيها، وجهة الإناث مقدمة إن انفردت الأم أو الجدة بالسكنى عن أم سقطت حضانتها بتزويج أو غيره، وكذا كل أنثى ثبتت حضانتها لابد أن تنفرد بالسكنى عمن سقطت حضانتها ".[1]

الفرع الثاني: السقوط الإختياري للحضانة.

يكون السقوط اختياريا عندما تكون لإرادة الحاضن دخلا في ذلك، أي يكون مخيرا في ترك هذا الحق لأسباب تتعلق به، وتتمثل حالات السقوط الإختياري للحضانة في:

أولا: عدم المطالبة بالحضانة.

و يقصد بذلك أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية وكفالة خالته بعد وفاة أمه، وأن الأب أو الجدة لم يطلب أحدهما حقه في حضانة الطفل ومضى على ذلك سنة فأكثر، يسقط عنه حق الحضانة حتما لسريان التقادم عليه، بشرط أن يكون له عذر مقبول، كأن يكون جاهلا باستحقاقه الحضانة، وبأن سكوته عنها مدة سنة يسقط عنه الحق فيها.[2]

يقول المالكية: إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها، يسقط بالشروط الآتية: [3]

- أن يعلم بحقه في الحضانة: فإن كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة لا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.
- أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة: فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس جهله.

[1]- الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص527.

[2]- مروة بن شويخ، «مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، البليدة، العدد 3، 2017، ص161.

[3]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 10، ص 7313.

- أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة: فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت، ثم طلبها قبل مضي عام قضي له باستحقاقها.

فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي ودخل بها، ولم يعلم بالزواج من انتقلت الحضانة له حتى فارقها زوجها بطلاق أو وفاة استمرت الحضانة لها، وكذا إن علم بزواجها وسكت عن أخذ الولد عاما حتى فارقها زوجها، لم ينزعه منها وبقي معها، لأن سكوته حتى مضت سنة يسقط حقه بطلب الحضانة.

و ذكر الحنابلة في كتاب الإنصاف: "...قدم الشارع خالة ابنة حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه، على عمتها صفية رضي الله عنه، لأن صفية لم تطلب، وجعفر رضي الله عنه طلب نائبا عن خالتها، فقضى الشارع لها في غيبتها."[1]

وخلاصة هذه الحالة أن سكوت صاحب الحق في الحضانة وعدم المطالبة بها بعد مضي سنة يسقط حقه في الحضانة، إلا إذا كان له عذر من الأعذار المذكورة، فحينها لا يسقط حقه في المطالبة بالحضانة.

ثانيا: الإستيطان بالمحضون في بلد أجنبي.

و المراد بالسفر هنا سفر نقله أي انتقال وهجرة، لا سفر تجارة، فالسفر الذي يسقط الحضانة هو ذلك السفر الذي يقام فيه بالمحضون خارج التراب الوطني، والذي يتضرر منه الصغير.[2]

الحنفية: لهذه المسألة ثلاثة صور.

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

[1]- المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرجع السابق ج24، ص462.

[2]- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، المرجع السابق، ص 132.

- أن تكون مطلقة طلاقا بائنا أو طلاقا رجعيا، وقد انقضت عدتها، أما إذا لم تنقض عدتها فإنها لا يجوز لها الانتقال ولا الخروج حتى تنقضي العدة.
- ألا 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 بلدو بعيدة بشرطين، أحدهما: أن يكون قد عقد عليها في هذا البلد، ثانيهما: أن تكون هذه البلد وطنا لها.

الصورة الثانية: أن يكون الأب موجودا وتكون الحاضنة غير الأم، فالجدة والخالة ونحوهما من الحاضنات، وهؤلاء لا يجوز لهن الانتقال بالولد المحضون عن البلدة التي بها أبوه بدون إذنه مطلقا، لأنها قد عرفت أن الذي برر انتقال الأم إلى وطنها عقد الزوج عليها فيه، لأن رضاه بالعقد فيه رضا بالإقامة، وكذلك يمنع الأب من إخراج الولد من بلد الأم مادامت حضانتها قائمة، فإذا تزوجت غيره فللأب أن يسافر بابنه مادانت متزوجة، فإذا عاد لها حقها رجع، وبعضهم يقول: لا يجوز الخروج بولده إلا إذا انتهت مدة حضانتها.

الصورة الثالثة: أن يكون أبوه متوفي أو هي في عدة الوفاة، وفي هذه الحالة لا يجوز لها الخروج به إلا بإذن وليه الذي حل محل أبيه، أما بعد انقضاء عدتها فقد توقف المفتون في المسألة، وبعضهم قال: للأولياء منعها والظاهر أنه ينبغي أن يترك الأمر مصلحة للصغير، فإن كان من مصلحته عدم الإنتقال منعها وإلا فلا.[1]

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

- أن تكون المسافة أقل من ستتة برد، فإن كانت أقل فإنه يصح لها أن تستوطن فيه، ولا يسقط حقها في الحضانة، فللحاضنة أن تنتقل به إلى بلد دون 72 ميلا وليس له نزعه منها.

[1]- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج 4، ص525.

- أن يكون السفر للإقامة والإستيطان، أما إذا كان للتجارة أو لقضاء حاجة فإن لها أن تسافر به ولا يسقط حقها في الحضانة بل تأخذه معها، وللولي أن يحلفها بأنها ما أرادت بالسفر الإنتقال والإستيطان، وإنما أرادت بالسفر التجارة مثلا، وإنما يصح أن تسافر به مسافة قليلة بشرط أن تكون الطريق مأمونة، وأن يكون المكان الذي تريد السفر إليه مأمونا، أما الولي فإنه إذا أراد السفر من بلدة إلى بلد اخرى ليقيم بها وينتقل إليها مستوطنا إياها، فإن له أن يأخذ المحضون من حاضنته ولو كان طفلا متى قبل ثدي مرضعة غير حاضنته، ويسقط حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا رضيت أن تسافر معه، فإن حضانتها لا تسقط بانتقاله، وإنما يكون له حق أخذ المحضون منها، ويسقط حقها في الحضانة بشرطين:

أحدهما أن يكون الولي قاصدا السفر إلى بلد الحاضنة مسافة ستة برد فأكثر، أما إذا كانت دون ذلك فليس له أخذه منها، والثاني أن يكون قاصدا الإستيطان أما إذا كان قاصدا التجارة ونحوها فإنه لا يأخذه منها.[1]

أما الشافعية: أن يكون صاحب الحق في الحضانة مقيما في بلد الطفل، فلو سافرت الأم وهي صاحبة الحق في حضانة طفلها سفر حاجة، كحج وتجارة ونزهة ونحوها / لم تمكن من أخذ الطفل معها، وكان المقيم عنده أولى منها إلى إن تعود من السفر، فيسلم الولد إلى جدته إلى إن تعود الأم، أما السفر الذي يكون انتقالا إلى بلدة أخرى بدون قصد العودة، فإنه لا يستوجب سقوط حق الحضانة، إذا كان الطريق آمنا وكانت البلدة التي تقصد الحاضن الإستيطان فيها آمنة أيضا، فإذا اضظر كل من الأبوين إلى السفر لحاجة بقي حق الأم ولم يعد السفر عندئذ مانعا من الحضانة.[2]

الحنابلة: قالوا: إذا أراد أحد الأبوين السفر إلى بلدة أخرى، فإن الولد يبقى مع الأب، سواء كان هو المسافر أو المقيم، بشروط أحدهما: أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر، ثانيهما: أن تكون الطريق مأمونة وتكون البلدة المنقول إليها كذلك، ثالثهما: أن يكون السفر سفر نقلة واستيطان،

[1]- الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص526.

[2]- مصطفى الخن وآخرون، المرجع السابق، ج4، ص197.

فإن كان لتجارة أو حج كان الولد من حق المقيم، رابعها: أن لا يريد السفر مضارة الآخر وانتزاع الولد من يده، فإن أراد ذلك فلا يجاب إلى طلبه، وإذا انتقلا جميعا إلى بلدة واحدة فالأم باقية على حضانتها، وإذا أخذه الأب لافتراق بلدتين ثم عادت الأم عادت لها الحضانة.[1]

ثالثا: التنازل عن الحضانة وانتهائها.

إن حق الحضانة ليس بالحق المطلق بل أنه نسبي قد لا يتمسك به صاحبه، بل يستغني عنه لسبب من الأسباب وهذا ما يسمى بالتنازل، كما أن له مدة محددة وهذا ما سنبينه بالتفصيل.

1- التنازل عن الحضانة.

اختلف الفقهاء فيطبيعة الحق في الحضانة، هل هو حق للصغير أم حق للحاضن أم هي حق مشترك؟ وهذا ما سيتم توضيحه.1

عند الحنفية: اختلف في الحضانة هل هي حق للحاضنة أو حق للولد، فقيل بالأول: فلا تجبر إذا امتنعت ورجحه غير واحد، وبطل الشرط لأنه حق الولد، فليس لها أن تطلبه بالشرط، ولو لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف فتح، وقيل بالثاني: فتجبر واختاره الفقهاء الثلاثة أبو الليث والهنداوي وخواهر زاده،...فالترجيح قد اختلف، والأولى الإفتاء بقول الفقهاء الثلاثة، لكن قيده في الظهيرة بأن لا يكون للصغير ذو رحم محرم، حينئذ تجبر الأم كي لا يضيع الولد، أما لو امتنعت الأم وكان له جدة رضيت بإمساكه، دفع إليها لأن الحضانة كانت حقا للأم فصح إسقاطها حقها...و يؤخذ من هذا التوفيق بين القولين، وذلك أن ما في المحيط يدل على أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة.[2]

[1]- الجزيري، المرجع نفسه، ج4، ص526.

[2]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص560.

أما المالكية: الحضانة حق للمرأة في ولدها وليست بحق الولد عليها، فإن شاءت أخذته وإن شاءت تركته، وإذا استحقت المرأة حضانة ولدها فتركته ولم ترد أخذه، فإن كان تركها إياه لعذر كان لها أخذه، وإن تركته رفضا له ومقتا لم يكن لها بعد ذلك أخذه.[1]

أما عند الشافعية: لهم في هذا الأمر وجهان إذا كان للطفل أبوان فتثبت الحضانة للأم فإذا امتنعت منها فهناك وجهان، أحدهما: أن الحضانة تنتقل إلى أم الأم كما تنتقل إليها بموت الأم أو جنونها أو فسقها أو كفرها، والثاني: أنها تكون للأب لأن الأم لم يبطل حقها من الحضانة لأنها لو طالبت بها كانت أحق، فلم تنتقل إلى من يدلي بها.[2]

و جاء في حاشية البجيرمي: ولو غابت الأم أو امتنعت من الحضانة، فللجدة مثلا أم الأم كما لو ماتت أو جنت، وضابط ذلك أن القريب إذا امتنع كانت الحضانة لمن يليه، وظاهر كلامهم عدم إجبار الأم...ومثله لو امتنعت من الحضانة ثم رضيت فإنه يعود أخذا مما هنا ولا تجبر إلا إذا لزمها نفقة المحضون، ومثل الأم في ذلك كل من له حق الحضانة ولو قام بكل الأقارب مانع من الحضانة، رجع في أمرها للقاضي الأمين، فيضعه عند الأصح منهن، أو من غيرهن.[3]

أما الحنابلة فقالو : إذا تنازل صاحب الحق في الحضانة ووجد من يقوم مقامه، جاز له ذلك وانتقلت إلى من بعده، وأن المتنازل يتنازل عن حقه ولا ضرر على المحضون فيه لوجود من يقوم مقامه، وامتناع من له حق، قيل: بجواز ذلك وذلك بأن الحضانة حق للحاضن فيجوز لا الإمتناع عنه كسائر حقوقه، وقيل بعدم جواز ذلك: بأنه قد يؤدي إلى ضياع المحضون كما لو امتنع الجميع أو لم يوجد غير الممتنع فلا يجوز والراجح عدم الجواز، وذلك لأن الحضانة حق للحاضن وحق للمحضون

[1]- ابن الجلاب المالكي: عبيد الله بن الحسين بن الحسن (ت: 378هـ)، التفريغ في فقه الإمام مالك ابن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1428هـ-2007م، ج1، ص436.

[2]- الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي (ت: 476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، (د م ن)، (د ط)، (د س ن)، ج3، ص168.

[3]- البيجرمي الشافعي: سليمان بن محمد بن عمر (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الفكر، (د م ن)، (د ط)، 1415هـ-1995م، ج4، ص114.

فإذا أسقط الحاضن حقه بالإمتناع لم يسقط حق المحضون، لأن الحاضن لا يملك إسقاطه، ولأن الواجب لا يسقط بإسقاط من هو عليه، وأن حق المحضون في الحضانة كحقه في النفقة وحقه في النفقة لا يسقط بامتناع من هو عليه فكذا الحضانة.[1]

حيث جاء في المغني لابن قدامة: "أن الأم إذا عدمت أو تزوجت، أو لم تكن من أهل الحضانة، واجتمعت أم أب وخالة، فأم الأب أحق، وحكى ذلك عن مالك، وأبي ثور وروى عن أحمد، أن الأخت والخالة أحق من الأب فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب وهو قول الشافعي القديم، لأنها تدلى بأم وأم الأب تدلى به، فقدم من يدلى بالأم.[2]

نرى أن الرأي الراجح هو رأي الحنفية، كونه راعى كل من مصلحة الحاضن والمحضون، حيث أن الأم لا تجبر إذا امتنعت عن حضانة الولد، وإذا لم يكن للطفل رحم محرم تجبر لكيلا يضيع الولد، وهذا ما يخدم كلا الطرفين.

2- انتهاء الحضانة.

إذا استغنى الطفل عن الخدمة وبلغ سن التمييز، وقدر على القيام وحده بحاجاته الأولية كالأكل والشرب واللبس ونحو ذلك، فإنه تنتهي مدة حضانته، وليس لهذا الاستغناء سن معينة، فلذا فإنه يترك للقاضي تحديد هذا السن بحسب تقديره لحال الطفل ومصلحته.[3]

و انتهاء الحضانة فيه اختلاف بين المذاهب الإسلامية، وهي في كل الأحوال مرهونة بمصلحة المحضون.[4]

[1]- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع، المرجع السابق، ج5، ص413-414.

[2]- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص422.

[3]- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المرجع السابق، ج3، ص421.

[4]- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 236.

الحنفية: قالوا: " مدة الحضانة للغلام قدرها بعضهم بسبع سنين، وبعضهم بستع سنين، قالوا: والأول هو المفتى به، ومدتها في الجارية فيها رأيان: أحدهما: حتى تحيض، وثانيهما: حتى تبلغ حد الشهوة، وقدر بتسع سنين، قالوا: وهذا هو المفتى به، فإن كان الولد في حضانة أمه فلأبيه أن يأخذه بعد هذا السن، فغذا بلغ الولد عاقلا رشيداً كان له أن ينفرد ولا يبقى في حضانة أبيه إلا أن يكون فاسد الأخلاق، فلأبيه ضمه وتأديبه، وإذا لم يكن له أب، فلأحد أقاربه أن يضمه إليه ويؤدبه متى كان مؤتمنا، أما الأنثى فإن كانت بكرا ضمها الأب إلى نفسه، ومثل الأب الجد، فإن لم يكن لها أب ولا جد، فإن كان لها أخ ضمه إليه بشرط أن لا يكون مفسدا...".[1]

أما بالنسبة للغلام بعد انتهاء الحضانة فالأب أحق به، لأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال واكتساب العلوم والأب على ذلك أقدر، ولا يخير ولا يعرف حظه، وربما اختار من يلهو عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدي إلى فساده.[2]

المالكية: اختلفوا في حد الحضانة فقيل إلى البلوغ، وقيل إلى الإثغار×، وهي رواية ابن وهب عن مالك.[3]

حيث قالوا أن مدة حضانة الغلام من حين ولادته إلى ان يبلغ، فإن كان له أم حضنته حتى يبلغ، ثم تسقط حضانتها ولو بلغ مجنونا، ومدة حضانة الانثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج بالفعل.[4]

الشافعية: يرون أن الحضانة عند مستحقها حتى سن التمييز ثم يخير الصبي المميز بين أحد أبويه الصالحين للحضانة، والذكر والأنثى في التخير سواء.[1]

---

[1]- الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 523-524.

[2]- كمال ابن السيد سالم، المرجع السابق، ج3، ص421.

[3]- بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ج1، ص571.

*الإثغار: جمع أثغر، وأثغر الغلام أي نبت ثغره، والثغر: كل جوبة أو عورة منفتحة، والفم أو الأسنان.

[4]- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج4، ص524.

فبالنسبة للغلام فإنه يخير بينهما لحديث أبي هريرة: أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله: إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة، فقال رسول الله: "استهما عليه " فقال زوجها: " من يحاقني في ولدي"، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت " فأخذ بيد أمه، فانطلقت به وظاهر تقديم القرعة على التخيير، لكن قدم التخيير عليها لعمل الخلفاء الراشدين به، فقد صح عن عمر رضي الله عنه أنه اختصم إليه في صبي، فقال: "هو مع أمه حتى يعرب عن لسانه فيختار "، ذكر ابن القيم رحمه الله ان التخيير والقرعة لا يكونان إلا إذا حصلت به مصلحة الولد، فلو كانت الام أصون من الأب وأغير منه قدمت عليه، ولا التفات إلى القرعة ولا اختيار الصبي، في هذه الحالة فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك فلا التفات إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له، ولا تحتمل الشريعة غير هذا، وأما بالنسبة للصغيرة: تخير كالغلام عند من تختار منهما.[2]

الحنابلة: قالوا مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنه يصح، وإن تنازعا خيّر الصبي فكان مع من اختار منهما، بشرط أن لا يعلم أنه اختار أحدهما لسهولته وعدم التشدد عليه في التربية وإطلاق العنان له فيشب فاسداً، فإذا علم أن رغبة الولد هكذا فغنه يجبر على البقاء عند الأصلح، فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهاراً، ولا يمنع من زيارة أمه، وإن مرض الغلام كانت أمه أحق بتمريضه في بيتها، أما إذا اختار أمه فإنه يكون عندها ليلاً، ويكون عند أبيه نهارا ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه، فإذا عاد واختار الآخر نقل إليه وهكذا أبدا، فإن لم يختر أحدهما أو اختارهما معا أقرع بينهما، ثم إن اختار غير من أصابته القرعة رد إليه ولا يخير إلا إذا كان أبواه من أهل الحضانة، فإن كان احدهما غير أهل وجب أن يحضنه الكفء، وقيل سبع سنين يكون عند صاحب الحق في الحضانة، أما الأنثى فإنها متى بلغت سبع

[1]- محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، المرجع السابق، ص 184.

[2]- كمال ابن السيد سالم، المرجع السابق، ج 3، ص421-422.

سنين فأكثر كانت من حق أبيها إلى البلوغ، ثم إلى الزفاف ولو تبرعت الأم بحضانتها، لأن الغرض من الحضانة الحفظ والأب أحفظ.[1]

نرى أن الرأي الأنسب هو رأي المالكية، حيث نلاحظ أن الفقهاء متقاربين في سن الغلام أما بالنسبة للأنثى فالأنسب هو أن تدوم مدة حضانتها إلا أن تتزوج، وهو رأي المالكية بخلاف الحنفية الذين قالوا ببلوغها حد الشهوة.

المطلب الثاني: حالات سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

بعد أن ذكر المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري من هم أولى بحضانة الطفل من النساء والرجال، ذكر الاسباب المسقطة لها عنهم، وهذا طبيعي منه لكون الحضانة لم تشرع إلا لصالح الولد من أجل حمايته ورعايته وحفظه صحة وخلقا، وقانون الأسرة الجزائري باعتباره قد استمد احكامه من الفقه الإسلامي، يكون بالتالي قد أخذ ما نص عليه من مسقطات للحق بالحضانة منه وهذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

الفرع الأول: السقوط الإجباري للحضانة في ق.أ.ج.

أولا: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن.

جاء في المادة 62: السافلة الذكر، "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

و في المادة 67: تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه. – ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط هذا الحق عنها في ممارسة الحضانة (مضافة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005).

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون.[1]

[1]- الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 524.

تشير هذه المادة بأن حق الحضانة يسقط عن صاحبه باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 وهي على ما يبدو عجز الحاضن أو المحكوم له بحق الحضانة عن توفير الرعاية والتربية للمحضون، وافتقاره للقدرة على تربيته على دين أبيه، وحفظ صحته وخلقه، مع الملاحظة أن واضعي تعديل 2005 أصروا على ذكرأن عمل الحاضنة لا يمكن أن يكون سبب من أسباب إسقاط الحضانة عنها، واحتياطا ربطوا هذا الشرط بمصلحة المحضون، وفي سقوط الحضانة بسبب اختلال شرط الأمانة والاستقامة قضت المحكمة العليا أنه: "من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "، ومن مسقطات الحضانة أيضا إرتكاب الحاضن فاحشة أو جريمة زنا، وذلك خوفا على المحضون، وهي من المسائل التي لها أهمية كبيرة.[2]

ثانيا: زواج الأم إذا تزوجت بغير قريب محرم.

المادة 66: يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.[3]

مقتضى هذا النص أن الزواج بغير قريب محرم يعد أحد الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة وهو يعد من الظروف المتغيرة، ومعنى ذلك أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي وأسندت لها حضانة أولادها منه، يسقط حقها في هذه الحضانةبمجرد زواجها مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون، وفي ذلك قضت المحكمة العليا بأنه" من المقررفي أحكام الشريعة

[1]- القانون رقم84-11 مؤرخ في: 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

[2]- مروة بن شويخ، "مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق"، المرجع السابق، ص 167-169.

[3]- القانون رقم84-11 مؤرخ في: 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

الإسلامية، أنه يشترطفيالمرأةالحاضنة ولو كانت أما فأحرى بغيرها، أن تكون خالية من الزواج بأجنبي، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لهالانشغالها عن المحضون، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة "[1]، وقد نصت المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غيرالإختياري).[2]

ثالثا: السكن بالمحضون عن أمه المتزوجة.

المادة 70: تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

ويظهر لنا بأن إسقاط الحضانة عن الخالة أو الجدة لسكنها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم منطقي جدا، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة تحت سمعها وبصرها يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة لأنها هي سيدة البيت، وعليه القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أسقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا، ولذلك ينبغي أن يشملها نفس الحكم.[3]

ذلك أنه يخشى على الطفل إن سكنت الحاضنة مع أم المحضون المقيمة مع غير قريب محرم، لأنه سوف يعامل الطفل معاملة غير لائقة به بصفته رجل البيت يأمر وينهي كما يريد، فالأولى أن يقيم

[1]- مرة بن شويخ، المرجع نفسه، ص173-174.

[2]- القانون رقم84-11 مؤرخ في: 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

[3]- أعراب بلقاسم، "مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن"، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية لجامعة باتنة، معهد العلوم القانونية، جامعة باتنة، الجزائر، ال عدد1، 1994.

الطفل مع أبيه بدلا من إقامته مع أجنبي عنه وقد يكون العكس صحيحا إذا تبين للقاضي ذلك فلا يسقط الحضانة.[1]

و حسب الاستاذ عبد العزيز سعد فإن المشرع الجزائري لم يبين قصده من حصر سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة أو الجدة لأم دون غيرهما، ثم أنه سكت عن جعل هذا السبب نفسه كسبب من أسباب السقوط في الحالة العكسية وهي الحالة التي تكون فيها أم المحضون من زوج ثاني أو متوفي عن زوجها، وتنتقل لسبب من الأسباب الاقتصادية أو الاجتماعية فتسكن مع أختها أو أمها التي تقوم بحضانتها ابنها هي، كما أن المشرع سكت عن الحالة التي يقضي فيها بالحضانة إلى أم الأب وتكون تسكن في مسكن الأب نفسه سكنا دائما قبل الحكم بالحضانة وبعده.[2]

الفرع الثاني: السقوط الإختياري للحضانة.

عالج المشرع الجزائري السقوط الاختياري للحضانة في كثير من مواده، وهو السقوط الذي تدخل فيه إرادة الحاضن، كما ذكرت مختلف القرارات والأحكام الخاصة بهذا الشأن، وهذا ما سنوضحه فيما ما يلي:

أولا: عدم المطالبة بالحضانة.

المادة 68: إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.[3]

يتعلق الأمر هنا بالحالة التي تتزوج فيها الأم الحاضنة بغير قريب محرم، ويكون آنذاك لمن له الحق في الحضانة أن يطلب من القاضي إسنادها له، بشرط أن يرفع دعواه في مدة سنة وإلا سقط حقه في

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص79.

[2]- هنان مليكة، محاضرات في مقياس أحكام الطلاق في التشريع الجزائري، المرجع السابق، (د ص).

[3]- نجيمي جمال، المرجع السابق، ص245.

ذلك، ما لم يثبت وجود عذر حال دون دفعه لدعواه في تلك المدة ن وكان من المستساغ أن ترتب هذه المادة مباشرة بعد المادة 66 [1]دفعا للتناقض.

وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية وكفالة خالته بعد وفاة أمه، وأن الأب أو الجدة لم يطلب أحدهما حقه في حضانة الطفل ومضى على ذلك سنة فأكثر، يسقط عنه حق الحضانة حتما لسريان التقادم عليه، بشرط أن يكون له عذر مقبول كأن يكون جاهلا باستحقاقه للحضانة، وبأن سكوته عنها مدة سنة يسقط عنه الحق فيها، ويرجع تقدير توافر هذا العذر إلى القاضي المختص، مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون.[2]

ثانيا: الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي.[3]

عالج المشرع الجزائري موضوع انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي وجعله من أسباب التنازل الضمني عن الحضانة، نظرا للضرر الذي قد يلحق بالمحضون بسبب هذا السفر الطويل، الذي يقصد منه النقلة والإنقطاع، وقد عالج المشرع الجزائري مسألة السفر والإنتقال من الوطن إلى بلد أجنبي، من خلال المادة 69 من قانون الأسرة والتي نص على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة، أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له، او إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".[4]

ومن خلال التمعن في نص المادة، نجدها قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي، وهذا من أجل تحقيق مصلحة المحضون وبقائه تحت رقابة الحاضن، والسفر المحضون هاهنا، ذلك السفر خارج الوطن، من أجل الإقامة بشكل مستمر

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص78.

[2]- مروة بن شويخ، المرجع السابق، ص 161-162.

[3]- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، المرجع السابق، ص133-135.

[4]- القانون رقم84-11 مؤرخ في: 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

ودائم وبمفهوم المخالفة أن السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي من أجل السياحة أو العلاج أو قضاء عطلة بصفة مؤقتة ن لا يخضع لحكم المادة 69من قانون الأسرة، فنص المادة يوحي بأن البلد الأجنبي هو ماكان خارج التراب الوطني، ولكن القضاء قد وضح ذلك وجعل البلد الأجنبي هو البلد الذي لا يدين بدين الإسلام، حتى لا يضيع الولد ويبقى على دين أبيه، وبالتالي في حالة الإقامة بالمحضون والسفر به من أجل الإقامة ببلد أجنبي لا يدين بدين الإسلام، يسقط القاضي عنه الحضانة بسبب هذا السفر الذي يتضرر منه الصغير.

ثالثا: التنازل عن الحضانة وانتهائها.

يشكل كل من التنازع عن الحضانة أو انتهاء مدتها أحد الأسباب الداعية إلى سقوط الحضانة و سنفصل كل سبب على حدة .

1- التنازل عن الحضانة.

نصت على هذا السبب المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، وقد قيدت الأخذ به بعدم الإضرار بمصلحة المحضون.

حيث أن المشرع يعتبر أن الحضانة حق للحاضن من وجه، وللمحضون من وجه آخر، فإن للحاضن التنازل عن الحضانة، فاعتبرها من هذا الوجه حقا له، ومن جانب آخر قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير.[1]

لذلك فإن الحضانة وغن كانت حقا للحاضنة، فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها، بل يشترط في هذا التنازل ان يكون هناك حاضن بخر تسند له الحضانة، وتتوفر فيه الشروط المطلوبة قانونا، فيسقط حق الحضانة ن إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا، ولا يقبل طلب استرجاعها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/03/27

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص52.

حيث جاء فيه: "من المقرر فقها وقانونا، أن المتنازل لها عن الحضانة باختيارها، لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية، ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها، دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد، عن تنازلها عن حقها في حضانة، وباسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون.

ومن خلال ما تقدم، تبين أن المشرع الجزائري، من خلال تطبيقات القضاء، يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها، يمكن الرجوع فيه من جديد، إذا ما استجدت ظروف تدعوا إلى القول أن مصلحة المحضون لا تحقق، إلا بأن تتولى أمه حضانته.[1]

2-إنتهاء الحضانة.

وقد نصت المادة 65 على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهاءها مصلحة المحضون ".[2]

إذا كان الهدف من الحضانة كما هو مبين بالمادة 62 سالفة الذكر هو رعاية الولد رعاية على الوجه المطلوب فليست مقررة على سبيل الدوام، ولذلك قد تنتهي بانتهاء مدة معينة وقد تسقط لأسباب محددة في القانون، وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها.

[1]- كمال صمامة، المرجع السابق، ص106، 108.

[2]- القانون رقم84-11 مؤرخ في: 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

وبعد انتهاء الحضانة في حالة الذكر يعود الطفل المحضون لحضانة والده، وهي مسألة بالغة الأهمية لتعلقها بمصلحة المحضون، ونعتقد في حالة رفض الطفل العودة إلى حضانة أبيه رفضا قاطعا فيمكن تمديد مدة الحضانة مدة أخرى ولو إلى سن الرشد المدني، إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك.[1]

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن سقوط الحضانة.

عند انتهاء فترة الحضانة تنشأ حقوق والتزامات، أي تنتج آثار مترتبة عن سقوط الحضانة.

ولدارسة هذا الآثار لابد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في (المطلب الأول) إلى الآثار المترتبة عن هذا السقوط في الفقه الإسلامي ، أما في (المطلب الثاني) فسوف نبين هذه الآثار في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: الآثار المترتبة غن سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي.

سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في (الفرع الأول) تخيير المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة، أما في (الفرع الثاني) فنبين حق النفقة، والسكن، والرؤية بعد انتهاء الحضانة.

الفرع الأول: تخيير المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة.

الحاصل بين فقهاء العلم أن حضانة الصغير تبدأ منذ ولادته، ولكنهم اختلفو في الوقت التي تنتهي فيه هذه الحضانة حال افتراق الزوجين.

فكان اختلافهم في حكم تخيير الصغير – المحضون – بعد انتهاء فترة الحضانة المحددة له شرعا إلى ثلاثة أقوال:

[1]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 1429هـ-2008م، ص 260-261.

- لا تخيير مطلقا.

- يخير المحضون إذا بلغ سن التمييز.

- المحضون أحق بنفسه إذا بلغ.

أولا: لا تخيير مطلقا.

لا يخير المحضون مطلقا ، بل ينتقل مباشرة إلى من يحضنه من الذكور ، و هو قول المالكية و الحنفية ، لأن العلة من عدم تخيير المحضون عندهم هي قصور عقله ، فقد يختار من عنده التَّخْلية بينه و بين اللعب ، و هنا لا يتحقق المقصود من الحضانة و هو النظر في مصالح المحضون .[1]

و قد استدلو على ذلك بأن :

ظاهر الحديث ووجه الإستدلال أنه قال صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به "، [2] ولو خير الطفل لم تكن هي أحق به إلا إذا اختارها، كما أن الأب لا يكون أحق به إلا إذا اختاره، فإن قدر " أنت لأحق به إذا اختارك " قدر ذلك من جانب الأب، والنبي صلى الله عليه وسلم جعلها أحق به مطلقا عند المنازعة .[3]

ثانيا: يخير المحضون إذا بلغ سن التمييز.

فإذا بلغ الغلام سبع سنين عاقلا خير بين أبويه ، فكان مع من اختار منهما ، و لا يفر بيد من لا يصونه و يصلحه .

[1]- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، دار السلاسل، الكويت، ط 02 ،1431هـ /2010 م ، ص 75 .

[2]- سبق تخريجه، ص 95.

- عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، أطروحة ماجستير، شريعة و قانون،الجامعة [3] الإفريقية، أدرار، كلية العلوم الإجتماعية و العلوم الإنسانية، 2011، ص 95 .

فقد ذهب الشافعية و الحنابلة إلى تخيير المحضون بين أبيه و أمه ، فيلحق بأيهما يختار ، فإن اتفقا على أن يكون المحضون عند أحدهما جاز ، و عند الشافعية يبقى التخيير و إن أسقط أحدهما حقه قبل التخيير و لا فرق في التخيير بين الذكر و الأنثى .[1]

الأنثى تكون عند أمها حتى يتسلمها زوجها، فتعتبر الأم أشفق وأحن من غيرها حتى من الأب، لأن الأب سيخرج لمصالحه وتبقى البنت في البيت محرومة من أمها، أما بالنسبة للذكر فيكون بعد رشده حيث شاء.

فإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما، لأن السبع سنين هي أول سن التمييز ولهذا جعلها النبي صلى الله عليه وسلم حدا للوقت الذي يؤمر فيه الصبي بالصلاة. .[2]

و قد استدلوا لتخيير المحضون إذا بلغ سن التمييز بأن:

لما جاء في حديث رافع ابن سنان أنه أسلم ، وأبت امرأته أن تسلم ، فقالت : ابنتي ، وهي فطيم ، و فإذا بلغ الغلام سبع سنين عاقلا خير بين أبويه ، فكان مع من اختار منهما ، و لا يفر بيد من لا يصونه و يصلحه .

فقد ذهب الشافعية و الحنابلة إلى تخيير المحضون بين أبيه و أمه ، فيلحق بأيهما يختار ، فإن اتفقا على أن يكون المحضون عند أحدهما جاز ، و عند الشافعية يبقى التخيير و إن أسقط أحدهما حقه قبل التخيير و لا فرق في التخيير بين الذكر و الأنثى .[3]قال رافع : ابنتي ، فأقعد البني صلى

[1]- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 875 .

[2]- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستنقع،(د د ن)، (د ط)، (د س ن)، الجزء 344، ص 09 .

[3]- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، المرجع نفسه ، ص 875 .

الله عليه و سلم الأم ناحية و الأب ناحية و الصبية ناحية و قال لهما : ادعواها ، فمالت الصبية إلى أمها ، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : اللهم اهدها ، فمالت إلى أبيها .[1]

ثالثا : المحضون أحق بنفسه إذا بلغ: [2]

و هذا بدون تفريق بين الذكر و الأنثى ، و هو مذهب ابن حزم، قال : و إذا بلغ الولد أو الإبنة عاقلين ، فهما أملك بأنفسهما ، و يسكنان أين أحبا ، فإن لو يؤمنا على معصية من شرب خمر أو تبرج فللأب أو غيره من العصبة أو الحاكم أو الجيران أن يمنعهما من ذلك و يسكنهما حيث يشرفان على أمورهما .

أما السن التي يبقى فيها مع أمه فقد نص ابن حزم على أن الأم أحق بحضانة الولد الصغير و الإبنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الإحتلام أو الإنبات مع التمييز ، و صحة الجسم سواءا كانت أمة أو حرة ، تزوجت أو لم تتزوج ، رحل الأب عن ذلك البلد أم لم يرحل .

و من الأدلة على ذلك :

أنه إذا ظهر في سلوك الذكر أو الأنثى تخليط أو معصية فالمنع من ذلك واجب .

لقوله تعالى (كونو قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسهم) [سورة النساء: 135] .

و قوله (و تعاونو على البر و التقوى و لا تعاونو على الإثم و العدوان و اتقوا الله إن الله شديد العقاب) [سورة المائدة: 02].

و قال أيضا (و لتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و اولئك هم المفلحون) [سورة آل عمران: 104].

- أخرجه أبو داوود (ت257هـ) في شرح سننه، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد، رقم الحديث 2244، [1]سنن أبي داوود، دار الفلاح، مصر، ط 01 ، 1437هـ/ 2016م ،ج 10، ص 40 .

[2]- عادل شباب، المرجع السابق، ص 101 .

الفرع الثاني: النفقة والسكن والرؤية بعد انتهاء فترة الحضانة.

أولا: النفقة.[1]

إذا حفظت الحاضنة المحضون ورعته، وتعهدته وهو في سن الحضانة ودامت قائمة بهذا العمل استحقت الأجر عليه، وهو أجر الحضانة، أما إذا انفصل المحضون عنها إلى ابيه، فينعدم قيامها بحفظ المحضون وتعهده، ولذلك لا أجر لها على أمر منعدم.

فحضانة الأم على الصغير تسقط إذا أبت أن تحضنه مجانا في حال عسر أبيه، فالأب هنا هو الذي يطلب إسناد حضانة ولده إلى المتبرعة، فتعتبر هذه الحاضنة المتبرعة أولى بحضانة الصغير، كما يتعين أن تكون أهلا للحضانة بمعنى أن تتوافر فيها شروط الحضانة العامة وشروطها الخاصة بالحاضنة على نحو ما بينا سابقا.

اضافة إلى ذلك أن الأم إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة، وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي " [2]، والنفقة التي لها إنما استحقتها بموجب حضانتها فإذا سقطت الحضانة سقطت النفقة.

ثانيا: السكن.

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها، يقتضي أن الحاضنة (غير الأم المطلقة) كالجدة أو الخالة، لا يسقط حقها في السكن إلا إذا تزوجت أو صارت منحرفة، لأن الفسق إذا أثر في الحضانة نزع الصبي ولم يكن للشخص حق في الحضانة، [3] مع العلم أن الأصل أن

[1]- أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 162-163.

[2]- سبق تخريجه، ص 1565.

[3]- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص 09.

يكون هذا الحكم خاصا بالمرأة المطلقة والحاضنة على سواء، ذلك أن المقصود من هذا الشرط هو مراعاة مصلحة المحضون قبل كل شيء.[1]

فإذا تزوجت أم المحضون بزوج أجنبي عن محضونها، وآلت حضانته إلى الحاضنة التالية لها كجدته التي اختارت مسكنا للحضانة، لا يوافق عليه ولي المحضون بأن تسكن بمحضونها مع زوج غير أب المحضون وهو أجنبي عن المحضونة، أو أن تسكن بالمحضونة مع زوج لها له أولاد في سن المراهقة وهم أجانب عن المحضونة.[2]

ثالثا: الرؤية.

لقيت حضانة الصغير اهتمام الفقهاء، فوضعوا شروطا للحضانة وشروطا لاستحقاقها، فإذا توافرت شروط الحضانة الخاصة والعامة كان لصاحب الحق ان يطالب بحضانة الصغير، أما حق الرؤية فلم يشترط الفقهاء شروطا في طالبه، فالأم تطالب بحق الرؤية بصفتها ام، أما الأب فهو صاحب الولاية على النفس والمال، وهو يتعهد ولده ليعلمه العلم أو الصنعة، وغيره من الأولياء – أصحاب حق الرؤية – هم العصبات، ولهم الولاية عند عدم الأب، وعلى هذا الأساس إذا سقط حق الحاضن في حضانة محضونه لأي سبب من الأسباب، فإن حقه لا يسقط بالنسبة لرؤية الصغير عند من هو بيده، ولا يجوز لحاضن الصغير أن يمنعه من رؤية المحضون.[3]

وقد قضى بأن الولد إذا كان عند أبيه لسقوط حق الأم في حضانته، أو لانتهاء مدة الحضانة وضم إلى أبيه، فإنه لا يكون لأبيه أن يمنع الأم من رؤيته، لأن هذا حق لها.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

[1]- سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزائر، (د س ن)، ص 149.

[2]- أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون ، المرجع السابق، ص 185.

[3]- أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون ، المرجع السابق، ص 198.

بعد سقوط الحضانة وانقضاءها تنتج آثار عن هذا السقوط تخص المحضون بالأولى.

إن المحضون – على مستوى التشريع الجزائري – إذا كان عاقلا مأمونا على نفسه، لم يكن لأبيه ولا لغيره ممن له حق الضم سبيل عليه، بل يكون مخيرا في الإقامة مع أبيه أو أمه، أو الإقامة بعيدا عنهما، فإن لم يكن مأمونا على نفسه فإنه يبقى في حالة ضم كما كان جبرا عليه، فالمادة 65 من ق أ ج ،[1] حينها تكلمت عن السن القانونية التي فيها الحضانة بالنسبة للمحضونسواءا كان ذكرا أو انثى.[2]

غير أن المشرع الجزائري لم يشير إلى مسألة مهمة كثيرا ما تثار بالنسبة للطفل المحضون، والمتمثلة في احترام رغبته في الإنتقال، فكثيرا ما يرفض المحضون بعد الحكم الإنتقال إلى الجهة التي اسندت إليها الحضانة، وهنا لا يكون أمام القاضي سوى الموازنة بين أمرين هما: [3]

- إما تطبيق النص القانوني للحكم بانتهاء حضانة الأم، وفي الأخير يعود الطفل الصغير إلى العيش مع والده.
- وإما الأخذ برغبة الصغير في الإنتقال من عدمه، وفق مصلحة المحضون.

كما أن حضانة الإبن بعد وفاة والدته تنتقل مباشرة إلى والده دون الحاجة إلى الحكم، لأنه له الحق في الحضانة وواجب الرعاية كما هو مفطور اتجاهه من الشفقة، وهذا الحق لا يخرج عنه إلا إذا ثبت أنه غير أهل للقيام بواجب الرعاية، إذ لا يمكن أن يجتمع الصغير بين يتمين يُتم الوفاة ويُتم الحياة.[4]

---

[1]- القانون رقم84-11 مؤرخ في : 9 رمضان عام 1404 الموافق ل09 يونيو 1984 ، المعدل و المتمم الأمر رقم 05- المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

[2]- عادل شباب، المرجع السابق، ص 10 – 11.

[3]- منصوري المبروك، شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي، الجزائر، العدد 08، 2015، ص 103.

[4]- صديق التواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، (د د ن)، (د م ن)، (د ط)، (د س ن)، الجزء 01، ص 479.

فمن الآثار المترتبة عن سقوط حق الحضانة أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون ورغبته في الإنتقال والعيش مع من أراد من والديه، إذا لم يبلغ سن التمييز، أما إذا بلغ سن التمييز فهو مخيرا وليس مجبرا في الإقامة سواءا مع الأم أو الأب أو بعيدا عنهما.

خاتمة الفصل:

الحضانة ليست بالحق الدائم، إذ توجد حالات تسقط فيها الحضانة سواء في الفقه الإسلامي أو في ق أ ج، حيث يوجد سقوط إجباري للحضانة ويتضمن: تخلف الشروط المطلوبة في الحضانة، سقوط حضانة الأم إذا تزوجت بغير قريب محرم، ومساكنة الحاضنة بالمحضون عند أمه المتزوجة كما يوجد سقوط إختياي للحضانة ويندرج تحته: عدم المطالبة بالحضانة، الإستيطان بالمحضون في بلد أجنبي، وأخيرا التنازل عن الحضانة وانتهاءها، أما المشرع الجزائري فقد عالج كل هذه الحالات من المادة 62 إلى المادة 70، ويترتب عن سقوط الحضانة عدة آثار ذكرها الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، فبالنسبة للشريعة الإسلامية فبينها الفقهاء من خلال أن المحضون لا يخير مطلقا، وأنه يخير إذا بلغ سن التمييز، كما ذهبوا إلى أن المحضون أحق بنفسه إذا بلغ، إضافة إلى ذلك نفقة المحضون حيث أنها تسقط بمجرد إنفصال المحضون عن حاضنه، وسكنه فإذا تزوجت الأم بزوج أجنبي عن حاضنها آلت حضانته إلى الحاضنة الموالية، أما بالنسبة لرؤية الصغير فهي حق الوالدين حتى وإن سقطت حضانة الحاضن، وهو نفسه ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 65 من ق أ ج.

الخاتمة

خاتمة:

بعد دراستنا لموضوع مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وجدنا أنها من المواضيع الحساسة، وذلك لتعلقها بفئة ضعيفة في المجتمع ألا وهي الأطفال، وقد توصلنا في ختام هذه الدراسة إلى عدة نتائج، وختمناها ببعض التوصيات التي نراها ضرورية.

1 – النتائج:

أ الحضانة هي صيانة الطفل ورعايته وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ب مشروعية الحضانة، وقد ثبتت مشروعيتها من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع وأيضا من المعقول.

ج أجازت الشريعة الإسلامية الحضانة، ووافقها في ذلك المشرع الجزائري وذلك من أجل مصلحة المحضون وحفظه من الهلاك

د الحضانة في الفقه الإسلامي مشروعة بالكتاب والسنة وكذا بالإجماع والمعقول أيضا.

هـ إن للحضانة أهمية بالغة سواءا في الشريعة الإسلامية أو في قانون الأسرة الجزائري، وتزداد أهميتها ويعظم قدرها عندما تنحل الرابطة الزوجية، فالشريعة الإسلامية باعتبارها أقدم الشرائع السماوية وأشملها لأنها عالجت جميع شؤون الأسرة بما فيها مسألة الحضانة، أما المشرع الجزائري فقد حرص على الطفل المحضون باعتباره المتضرر الأول بعد الطلاق، ففرض التزامات على الحاضن كما وضع عقوبات على من يتجاوزها.

و لابد من توافر الشروط في الحاضن حتى يستحق الحضانة، منها شروط عامة في النساء والرجال منها العقل والبلوغ والرشد والقدرة والأمانة، ومنها ما هي خاصة في النساء وتتمثل في أن تكون المرأة ذات حرم محرم للمحضون، وألا تكون متزوجة بغير قريب، وألا تقيم بالمحضون في بيت يبغضه، وأخرى خاصة بالرجال وتتمثل في أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى، وأن يكون متحدا مع المحضون في الدين، وأن يكون عنده نساء يقمن بحضانة

الصغير، تهدف بمجموعها إلى حماية الطفل من كل سوء وضرر، وذلك حسب المادة 62 من ق أ ج حيث أشارت إلى الشروط وهي العقل، البلوغ والرشد، القدرة على التربية والخلو من الأمراض، والأمانة على الأخلاق وأيضا الحرية.

ز أما فيما يخص أصحاب الحق في ممارسة الحضانة، فقد قدم فقهاء الشريعة الإسلامية الحواضن بعضهم على بعض بحسب مراعاة مصلحة المحضون، وهو نفسه ما جاء في المادة 64 من ق أ ج.

ح وأيضا بالنسبة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة، فالمتفق بين فقهاء الشريعة والمشرع الجزائري أن الأم أولى بحضانة ولدها وهي أولى الحاضنات باعتبارها الأشفق على صغيرها، وهذا ما أشارت إليه المادة 64 من ق أ ج.

ط إن أسباب سقوط الحق في الحضانة يتمثل في الأمراض العقلية والجسدية، وكذا السلوك المشين للحاضن وأيضا بالتنازل عن الحضانة سواءا كان التنازل اختياريا أم إجباريا، كما تسقط أيضا بسبب زواج الحاضنة بغريب عن المحضون، وبالمساكنة، وأيضا بالسفر بالمحضون إلى بلد أجنبي.

ي وافق المشرع الجزائري الشريعة الإسلامي في الحالات والأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة، كما ذكر أيضا التنازل عن الحضانة بمرور سنة كاملة، وقد فصل في ذلك من خلال المادة 62، والمواد من 66 إلى 71 من ق أ ج.

ك إن سقوط الحضانة تترتب عليه بعض الآثار ذكرها الفقه الإسلامي وكذا المشرع الجزائري، فبالنسبة للشريعة الإسلامية فقد بينها الفقهاء من خلال تخيير المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة إلى عدم تخييره مطلقا، وتخييره إذا بلغ سن الرشد، وكذا إلى أن المحضون أحق بنفسه إذا بلغ، وأيضا من بين هذه الآثار نفقة المحضون حيث أنها تسقط بمجرد انفصال المحضون عن حاضنه، وسكنه فإذا تزوجت الأم بزوج أجنبي عن حاضنها آلت حضانته إلى

الحاضنة التالية، أما بالنسبة للرؤية فلكلا الأبوين الحق في رؤية صغيرهما حتى وإن سقطت حضانة أحدهما.

ل كما أن المشرع الجزائري أشار إلى هذه الآثار من خلال المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري التي تكلمت عن السن القانونية التي تكون فيها حضانة الذكر والأنثى حيث أنه ذهب إلى أن المحضون إذا كان بالغا عاقلا له حرية الإختيار في الإقامة مع أبيه أو أمه أو لوحده، أما إذا كان غير مأمونا على نفسه فإنه يبقى تحت ضم أبيه أمه مجبرا.

2 – التوصيات:

أ ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن، واكتفائه فقط بعبارة " أهلا لذلك "، لذا نقترح على غرار ما جاءت به النصوص القانونية استدراك ذلك في التعديلات المقبلة وأخذها بعين الإعتبار.

ب ضرورة التفكير جديا في تقنين أحكام المذهب المالكي من أجل توحيد الإجتهاد القضائي في قضايا الأسرة في الجزائر خصوصا وأنه المذهب المعتمد في الدولة.

ج لم يتطرق كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري إلى الآثار المترتبة عن سقوط الحضانة، وإنما تكلموا عن آثار الحضانة بصفة عامة، فدائما ما يشيرون إلى آثار المسقطات إشارة صغيرة فقط، لذلك نرجو أن تكون هناك دراسات تركز على هذا الجانب، وتفصيل كل جزئية فيه.

فهرس الآيات والأحاديث

فهرس سور و آيات القرآن الكريم		
السورة و الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة البقرة		
1-قوله تعالى ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ﴾	233	15، 20،40
سورة آل عمران		
﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَن وَأَنۢبَتَهَا نَبَاتًا حَسَن وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّاۖ ﴾	37	15
﴿ذَٰ لِكَ مِنۡ أَنۢبَآءِ ٱلۡغَيۡبِ نُوحِيهِ إِلَيۡكَۚ وَمَا كُنتَ لَدَيۡهِمۡ إِذۡ يُلۡقُونَ أَقۡلَٰمَهُمۡ أَيُّهُمۡ يَكۡفُلُ مَرۡيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيۡهِمۡ إِذۡ يَخۡتَصِمُونَ﴾	44	15
سورة الأنفال		
﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡض فِى ٱلۡكِتَٰبِ الله﴾	75	20
سورة الروم		
﴿ ٱللَّهُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن ضَعۡف ثُمَّ جَعَلَ مِنۢ بَعۡدِ ضَعۡف قُوَّة ثُمَّ جَعَلَ مِنۢ بَعۡدِ قُوَّة ضَعۡف وَشَيۡبَة يَخۡلُقُ مَا يَشَآءُۚ وَهُوَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡقَدِيرُ﴾	54	17،18
سورة الطارق		
﴿يَخۡرُجُ مِنۢ بَيۡنِ ٱلصُّلۡبِ وَٱلتَّرَآئِبِ﴾	07	17

فهرس الأحاديث	
أنتِ أحَقُّ به ما لم تَنْكِحي.	16،40،44،53،72
الخالة بمنزلة الأم	16

فقالَ النَّبيُّ ﷺ هذا أبوكَ وهذهِ أمُّكَ فخذ بيدِ أيِّهما شئتَ. فأخذَ بيدِ أمِّهِ فانطلقَتْ بهِ	17
فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "اللَّهم اهده، فعدل إلى أبيه"	74

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا : الكتب

1- إبراهيم مصطفى و آخرون ، معجم الوسيط ، دار الدعوة ، القاهرة ،(د ط)، (د س ن) .

2- ابن القيم الجوزية :محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت:751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط27 ، 1415هـ-1994م .

3- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم(ت:728) ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، دار الكتب العلمية، (د م ن) ط 1، 1408 هـ-1987م .

4- ابن الجلاب المالكي : عبيد الله بن الحسين بن الحسن(ت:378هـ) ، التفريغ في فقه الإمام مالك ابن أنس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1428هـ-2007م .

5- ابن رشد :أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت:520هـ)،المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ط1، ،1408 هـ-1988م .

6- ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز(ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار ، شركة مكتبة و مطبعة مصطفي البابي الحلبي و أولاده بمصر ، صورتها دار الفكر ، بيروت ، ط2 ، 1386هـ-1966م .

7- ابن قدامة: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد(ت:620هـ)،المغني، دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع ، الرياض- المملكة العربية السعودية،ط3 ،1417هـ-1997م .

8- أبو عبد الله محمد بن علي ، فتح العلام في دراسة أحاديث بلوغ المرام ، دار العاصمة للنشر و التوزيع ، اليمن، ط4، 1440هـ-2019م .

9- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة و أدلته و توضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، (د ط)، 2003م.

10- أحمد بن صالح البراك، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي، (د د ن)، (د م ن)، (د ط)، (د س ن).

11- أحمد بن محمد بن حسن بن إبراهيم الخليل، شرح زاد المستنقع ، (د د ن) ،(د م ن) ، (د ط) ،(د س ن) .

12- أحمد محمد المومني و آخرون، الأحوال الشخصية، دار المسيرة، عمان، ط1، 2009م .

13- أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2004 .

14- أحمد نصر الجندي، النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية ، مصر، (د ط)،2006 م .

15- بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي ، دار الفجر، (د م ن)، (د ط)، (د س ن) .

16- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط1 ، 1429هـ-2008م.

17- بهوتي: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي(ت: 1051هـ)، كشاف القناع عن الإقناع ، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ط1421،1-1429هـ/2000-2008م .

18- بيجرمي الشافعي : سليمان بن محمد بن عمر(ت:1221هـ) ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، دار الفكر ، (د م ن)، (د ط) ، 1415هـ-1995م .

19- جابر عبد الهادي سالم الشافعي و آخرون، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،(د ط)،2009م .

20- جزيري:عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري(ت:1360هـ)،الفقه على المذاهب الأربعة،دار الكتب العلمية، لبنان ، ط2 ،1424هـ-2003م .

21- جويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الملقب بإمام الحرمين (ت:478هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، (د م ن)، ط1428،1هـ-2007م .

22- حصني: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني(ت:829هـ)، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، دار الخير، دمشق، ط1994،1م.

23- الدسوقي:محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي(ت:1230هـ) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (د ط)، (د م ن)، (د س ن) .

24- رمضان علي الشرنباصي، الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، ط1، 2006.

25- سعيد بن علي بن وهف القحطاني ، الهدي النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب و السنة ، مطبعة سفير ، الرياض ،(د ط) ، (د س ن) .

26- سيد سابق(ت:1420هـ)، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت، ط3، 1397هـ-1977م .

27- شربيني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب(ت:977هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، دار الفكر، بيروت ، (د ط)، (د ت ن) .

28- شيباني: عبد القادر بن عمر بن عبد القادر(ت: 1135 ه)، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1، 1983ه .

29- شيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي (ت:476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، (د م ن)، (د ط)، (د س ن) .

30- صاوي : أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت:1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك"المعروف بحاشية الصاوي"، دار المعارف، (د ط) ، (د ت ن) .

31- صديق التواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه و قرارات المحكمة العليا، (د د ن)، (د م ن)، (د ط)، (د س ن) .

32- طاهر عامر، التسهيل لمعاني و أدلة مختصر خليل ، دار الإمام مالك ، الجزائر، ط1 ،1439 ه/2017م .

33- عبد العزيز بن مرزوق الطريفي ، التفسير و البيان لأحكام القرآن ، مكتبة دار المنهاج للنشر و التوزيع ، الرياض ، ط1 ، 1438ه .

34- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1، 1428ه-2007م .

35- عبد الكريم بن محمد اللاحم ، المطلع على دقائق زاد المستنقع"فقه الأسرة"، دار كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع ، الرياض، ط1 ، 1431ه-2010م .

36- عبد الله بن صالح الفوزان ، منحة العلام في شرح بلوغ المرام ، دار ابن الجوزي للنشر و التوزيع ،(د م ن) ، ط1 ، 1427-1435ه .

37- عبد الله بن محمد الطيّار و آخرون، الفقه الميسّر، مدار الوطن للنشر، الرياض ، ط 2 ، 1433ه-2012م .

38- عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، وبل الغَمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة ، دار الوطن للنشر و التوزيع ، الرياض- المملكة العربية السعودية ، ط1 ،1429ه-1432ه .

39- عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ط2 ، 1357ه-1938م .

40- عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط1339،1ه .

41- عربي بحتي، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي و ق أ ج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، (د م ن)، (د ط)، (د س ن) .

42- عمراني : أبو الحسين يحيى بن أبي الخير (ت:558ه)، البيان في مذهب الإمام الشافعي ، دار المنهاج ، جدة ، ط1، 1421ه-2000م .

43- غوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط1 ، (د س ن) .

44- فاطمة حداد،حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الاسرة الجزائري ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ط1 ،2017 .

45- فيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت: 817هـ) ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، (د م ن) ، ط6 ،1419 هـ-1998م .

46- قرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتب المصرية، القاهرة ، ط 2 ،1384هـ-1964م .

47- قيرواني: أبو محمد عبد الله عبد الرحمان النفزي(ت:386) ، النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، ط1999،1م .

48- كاساني:علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت:587هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط2 ،1406هـ-1986م .

49- كنشاوي:أبو بكر بن حسن بن عبد الله(ت:1397هـ) ، أسهل المدارك"شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك" ، دار الفكر ، بيروت ، ط2 ، (د س ن) .

50- لحسين بن شيخ آث ملويا ، قانون الأسرة نصا و شرحا، دار الهدى،الجزائر،(د ط)،(د س ن) .

51- مجموعة من المؤلفين ، الفقه الميسر في ضوء الكتاب و السنة ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، (د ط) ، 1424 هـ.

52ط- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2،(د س ن).

53- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستنقع،(د د ن)، (د ط)، (د س ن) .

54- محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأسرة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، (د ط) ، 2007.

55- محمد كمال إمام ، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية و قانونية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،(د ط) ، 1997م .

56- مرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد(ت:885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، هجر للطباعة و النشر و التوزيع والإعلان، القاهرة جمهورية مصر العربية ، ط1415،1هـ-1995م .

57- مرغيناني:علي بن أبي بكر بن عبد الجليل(ت:593هـ) ، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، لبنان، (د س ن) .
58- مصطفى الخن(ت:1429هـ)و آخرون ، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي،دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع ، دمشق ،1413هـ-1992م.
59-مصطفى عبد الغني شيبة ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "الطلاق و آثاره" ، منشورات جامعة سبها ، ليبيا ، (د ط) ، 2006 .
60- مهدي محمد الحريزي، مستحقو الحضانة و ترتيبهم حسب متغيرات العصر،(د د ن)، (د م ن)، (د ط)، (د س ن) .
61- نجيمي جمال ، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي مادة بمادة ، دار هومة ، طبعة 2018 .
62- نسرين شريفي و آخرون، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس،الجزائر، (د ط)، (د ت ن) .
63- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، دار السلاسل، الكويت، ط 02 ،1431هـ /2010 م .
64- وهبة الزحيلي ، وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، (د س ن) .

ثانيا – المقالات

1- أعراب بلقاسم ، "مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن" ، مجلة العلوم الإجتماعية و الإنسانية لجامعة باتنة ، معهد العلوم القانونية ، جامعة باتنة ، الجزائر ، العدد1 ، 1994.
2- سامية بن قوية، "آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، الجزائر، (د س ن).
3- صليحة بوجادي ،"الحماية القانونية لحق الطفل في الحضانة في التشريع الجزائري"،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، المجلد 12،العدد2021،01.

4- مروة بن شويخ ، "مسقطات الحضانة بين النص و التطبيق" ، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة البليدة 02 ، البليدة ، العدد3 ، 2017.

5- منصوري المبروك ،" شروط الحضانة و مسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية"، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، معهد الحقوق ، المركز الجامعي لتمنراست ، الجزائر ، العدد8 ،2015 .

6- حمزة بن حسين الفعر الشريف ، **أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية** ، مداخلة مقدمة ضمن ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة ، المجمع الفقهي الإسلامي بالتعاون مع جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، 1436هـ-2015م.

ثالثا : البحوث الأكاديمية

1- حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، رسالة لنيل شهادة الدكتورا ، القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، كلية الحقوق ، 2004-2005م

2- عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، أطروحة ماجستير، شريعة و قانون، الجامعة الإفريقية، أدرار، كلية العلوم الإجتماعية و العلوم الإنسانية، 2011.

3- عايدة سليمان أبو سالم ، الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن ، الجامعة الإسلامية غزة ، كلية الشريعة ،1424 هـ-2003م .

4- كمال صمامة ، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،2015/2014.

رابعا- النصوص القانونية

1- القانون رقم84-11 مؤرخ في : 9 رمضان عام 1404 الموافق ل09 يونيو 1984 ، المعدل و المتمم الأمر رقم 05- المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984.

2- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل و يتمم ق أ ج، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

3- قرار المحكمة العليا الصادر على غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 01/09/ 1984 فصلا في الطعن رقم 31997 (منشور بالمجلة القضائية ، العدد 989/ 1).

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول: طبيعة الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**08**
المبحث الأول: مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي وق أ ج.	**09**
المطلب الأول: تعريف الحضانة(لغة ، شرعا ، قانونا).	**09**
الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة.	**09**
الفرع الثاني: تعريف الحضانة شرعا.	**10**
أولا الحضانة عند الفقهاء القدامى.	**10**
1- تعريف الحنفية.	**10**
2- تعريف المالكية.	**10**
3- تعريف الشافعية.	**11**
4- تعريف الحنابلة.	**11**
5- تعريف الظاهرية.	**12**
ثانيا: الحضانة عند الفقهاء المعاصرين.	**12**
1- تعريف الشيخ أبو زهرة.	**12**
2- تعريف عبد الرحمان الجزيري.	**12**
3- تعريف مصطفى الخن.	**13**
الفرع الثالث: تعريف الحضانة قانونا.	**13**
المطلب الثاني: مشروعية الحضانة وحكمها.	**14**
الفرع الأول: مشروعية الحضانة.	**15**
أولا: أدلة مشروعية الحضانة من الكتاب.	**15**
ثانيا: أدلة مشروعية الحضانة من السنة.	**16**
ثالثا: أدلة مشروعية الحضانة من الإجماع.	**17**

	رابعا: أدلة مشروعية الحضانة من المعقول.	**17**
	الفرع الثاني: حكم الحضانةفي الفقه الإسلامي و ق أ ج .	**18**
	أولا: حكم الحضانة في الفقه الإسلامي.	**18**
	1- حكم الحضانة بالنسبة للحاضن.	**18**
	2- حكم الحضانة بالنسبة للمحضون.	**18**
	ثانيا: حكم الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.	**19**
	المطلب الثالث: أهمية الحضانة وشروط ممارستها.	**19**
	الفرع الأول: أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي و ق أ ج.	**19**
	أولا: أهمية الحضانة في الفقه الإسلامي.	**19**
	ثانيا: أهمية الحضانة في ق أ ج.	**21**
	الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة.	**21**
	أولا: شروط ممارسة الحضانة وفقا للفقه الإسلامي.	**22**
	1- شروط المحضون.	**22**
	2- شروط الحاضن.	**23**
	أ- الشروط العامة لممارسة الحضانة	**23**
	ب- الشروط الخاصة لممارسة الحضانة.	**27**
	ثانيا: شروط ممارسة الحضانة وفقا لقانون الأسرة الجزائري.	**34**
	1- الشروط العامة.	**35**
	2- الشروط الخاصة.	**36**
	المبحث الثاني: أصحاب الحق في ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي وق أ ج.	**39**
	المطلب الأول:أولوية ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي و ق أ ج .	**39**
	الفرع الأول:أولوية ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي.	**39**
	الفرع الثاني: أولوية ممارسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.	**43**
	المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي و ق أ ج.	**43**

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي.	44
أولا: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي.	44
ثانيا: ترتيب مستحقس الحضانة من الرجال.	45
الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري .	47
الفصل الثاني: سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي وق أ ج.	50
المبحث الأول: حالات سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي و ق أ ج .	52
المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي.	52
الفرع الأول: السقوط الإجباري للحضانة.	52
أولا: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن.	52
ثانيا: زواج الأم بغير قريب محرم.	53
ثالثا: مساكنة الحاضنة بالمحضون عند أمه المتزوجة.	54
الفرع الثاني: السقوط الإختياري للحضانة.	55
أولا: عدم المطالبة بالحضانة.	55
ثانيا: الإستيطان بالمحضون في بلد أجنبي.	56
ثالثا: التنازل عن الحضانة وانتهائها.	59
المطلب الثاني: حالات سقوط الحضانة في ق أ ج.	64
الفرع الأول: السقوط الإجباري للحضانة في ق أ ج.	65
أولا: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن.	65
ثانيا: زواج الأم بغير قريب محرم.	66
ثالثا: السكن بالمحضون عند أمه المتزوجة.	66
الفرع الثاني: السقوط الإختياري للحضانة.	67
أولا: عدم المطالبة بالحضانة.	68
ثانيا: الإستيطان بالمحضون في بلد أجنبي.	68
ثالثا: التنازل عن الحضانة وانتهائها.	69

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي و ق أ ج .	**71**
المطلب الأول: الآثار المترتبة عن سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي.	**72**
الفرع الأول: تخيير المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة.	**72**
أولا: لا تخيير مطلقا.	**72**
ثانيا: يخير المحضون إذا بلغ سن التمييز.	**73**
ثالثا: المحضون أحق بنفسه إذا بلغ .	**73**
الفرع الثاني: النفقة والسكن والرؤية بعد انتهاء فترة الحضانة.	**74**
أولا: النفقة.	**74**
ثانيا: السكن.	**75**
ثالثا: رؤية المحضون.	**75**
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن سقوط الحضانة في ق أ ج.	**76**
الخاتمة	**79**

ملخص البحث:

إن الإسلام أحاط الطفل المحضون منذ ولادته بسياج قويم ومتين من الحقوق الشرعية والتعاليم الإسلامية، التي من شأنها أن تحفظ حياته، وتحميه من الوقوع في كثير من المشكلات، وهو ما اهتم به المشرع الجزائري باعتبار أن الطفل أساس المجتمع، وبالرغم من سعي كل من الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري لضمان هذا الحق إلا أنه معرض للسقوط، لذا كان محور دراستنا حول مسقطات الحضانة، فقد تطرقنا في الفصل الأول من بحثنا هذا إلى تعريف الحضانة وحكمها ومشروعيتها وكذا أهميتها وشروطها، كما قمنا ببيان من هم الأولى بحضانة الطفل وترتيبهم حسب استحقاقهم لها، وذلك من ناحية الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

أما بخصوص الفصل الثاني والذي تم فيه مناقشة ودراسة حالات سقوط الحضانة والمتمثلة في السقوط الإجباري والسقوط الإختياري، لنتطرق بعد ذلك إلى الآثار الناتجة عن هذا السقوط، وفي الأخير نستخلص أن المشرع الجزائري لم يخرج في ذلك عما جاءت به الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، المسقطات، الفقه الإسلامي، قانون الأسرة.

RESEARCH SUMMARY

Islam has surrounded the cuddled child since his birth with a solid fence of legal rights and Islamic teachings , which would preserve his life , and protect him from falling into many problems , and this is what the Algerian legislator cared about , considering that the child is the foundation of society , and despite the fact that Both Islamc Sharia and Algerian family law strive to guarantee this right , but it is liable to fall , so the focus of our study was on the lapses of custody , They are the first to have custody of the child and arrange them according to their entitlement to it , in terms of Islamic Sharia as well as Algerian legislatoin.

As for the second chapter, in which the cases of the fall of custody were discussed and studied, which is represented in the forced and voluntary fall, let us then touch on the effects resulting from this fall, and in the end we conclude that the Algerian legislator did not deviate in this from what the Islamic Sharia brought.

Keywords : custody , projections , Islamic jurisprudencre , family law