وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي صالحي احمد _ النعامة _

معهد الحقوق قسم القانون الخاص

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر ـ لـ.م.دـ

شعبة الحقوق

تخصص قانون أسرة

تحت عنوان:

أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

-دراسة مقارنة-

إعداد الطالبة:

-بليل هدى

تحت إشراف:

-د- حادي شفيق

المناقشة من طرف اللجنة المكونة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
خلواتي صحراوي	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
حادي شفيق	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
عماري نورالدين	أستاذ محاضر أ	مناقشا

السنة الجامعية: 2022-2023

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

﴿وَءَاخِرُ دَعۡوَىٰهُمۡ أَنِ ٱلۡحَمۡدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلۡعَٰلَمِينَ﴾

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، لم يكن الطريق سهل، ولا الرحلة قصيرة، ولكني فعلتها.

أهدي تخرجي هذا إلى أمي ثم أمي ثم أمي... إلى كل ما أملك.. إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب.

إلى من رزقت بهم سندا وملاذي الأول والأخير أخواتي سناء.. فتيحة.. فوزية

إلى صديقة المواقف شريكة الدرب الطويل والطموح البعيد نسرين

إلى كل من رافقني خطوة بخطوة إلى كل من له الفضل عليّ وكل من أسهم معي في انجاز مذكرتي كل باسمه ومقامه

التشكرات

أحمد الله عز وجل الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع، فالشكر أولا وأخيرا لله عز وجل الذي أوصلني إلى ما أنا فيه والذي منحني الصبر والإرادة لإتمام هذه المذكرة.

الحمد لله الذي سخر لي من البشر من أعانني في إنجاز هذا العمل، وأخص بجزيل الشكر للأستاذ "حادي شفيق" الذي كان له الفضل في إتمام هذا العمل المتواضع بقبوله الإشراف على هذه المذكرة والمتابعة المستمرة لهذا العمل، ولم يبخل عليّ بتوجيهاته ونصائحه القيمة.

إلى من قدم لي يد العون لإنجاز هذه المذكرة من بعيد أو من قريب وبالأخص إلى عبد الجبار وطارق

قائمة المختصرات:

- د ن = دون دار نشر.
- د س = دون سنة النشر.
- ص = صفحة.
- ع = عدد.
- ط = طبعة
- هـ = هجري.
- ق أ ج = قانون الأسرة الجزائري.
- م ع = المحكمة العليا.
- م أ = المجلس الأعلى.
- غ أ ش = غرفة الأحوال الشخصية.
- م ق = المجلة القضائية.
- م أ ش = مجلة الأحوال الشخصية.
- م ق ت = المجلة القضائية التونسية.
- م ت = محكمة التعقيب.
- م أ م = المجلس الأعلى المغربي.
- م ق م = المجلة القضائية المغربية.

مقدمة

مقدمة

قال تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾ [1]، إن عقد الزواج هو أول خطوة لتكوين أسرة متماسكة، تسودها المودة والرحمة، من أجل تحقيق الراحة والطمأنينة بين الزوجين.

فالأسرة هي الركيزة الأساسية للتربية والمؤثر الأول للطفل، فهذا الأخير يكون محل تأثير تام في مراحل حياته الأولى بما يحيط به سواء داخل الأسرة أو خارجها، ومن تم يستوجب تربية المولود تربية حسنة، من توجيه ونصح وترشيد حتى يصبح محل افتخار، لذا فإنّ حفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له أثر فعال في سلوك أبنائهم.

لكن هذه الأسرة قد تكون معرضة للكثير من مشاكل الحياة، وتؤدي بها إلى التفكك والتنافر، وتصبح الحياة بين الزوجين مستحيلة، ويكون الحل هو فك الرابطة الزوجية، أي الطلاق وهو أبغض الحلال عند الله.

ومن ثم فالطلاق عندما يقع ينتج آثاراً، ومن بين أهم آثاره الحضانة، التي هي رعاية الطفل وتربيته تربية حسنة وصيانة حقوقه، فالإسلام والتشريعات الوضعية سعوا إلى بيان أصحابها ومن الأحق بها، باعتبار هذه المهمة ليست سهلة بالنسبة للأبوين كونها موكلة لهما معا، فالأب عليه النفقة والتأديب، والأم لها مهمة حسن رعاية الطفل من ملبسه، طعامه مبيته، نظافته، وكلا الحاضنين يسعيان لحماية المحضون من الأخطار.

فالقاعدة التي يرتكز عليها حق الحضانة هي قاعدة مصلحة المحضون، فالفقه والقانون راعوا هذا المبدأ، والقاضي يتوجب عليه عند اسناد الحضانة إلى من يستحقها لغاية انتهاء أمدّها أن يتم مراعاة مصلحة المحضون التي هي فوق كل اعتبار.

ومبدأ مراعاة مصلحة المحضون تخضع له كل الحالات المسقطة للحضانة، فعند القضاء بإسقاطها، قد يؤثر هذا على الطفل نفسيا، فيتحتم على كل شخص أن يتمسك بأحد أسباب سقوط الحضانة وفقا للنصوص القانونية، على أن يقدم كافة الأدلة التي تثبت أن

[1] سورة الروم، الآية21.

مقدمة

الحاضن الذي أسندت إليه الحضانة غير مؤهل لذلك، والمحكمة قبل إصدار الحكم بالإسقاط عليها مراعاة مصلحة المحضون، وبالتالي على كل من يدعي حالة من حالات إسقاط الحضانة أن يثبتها أمام القضاء، وأن يكون مستندا في طلبه على سبب قانوني.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في كونه يتعلق باللبنة الأساسية للمجتمع التي هي الأسرة فتربية الولد ورعايته على دين أبيه يؤدي إلى بناء جيل تنتفع به الأمة وضياع الطفل وانهيار أخلاقه يؤدي إلى ضياع المجتمع وانهياره.

ومن ثم فإن الدراسة في مجال الحضانة عموما وأسباب سقوطها خاصة له أهمية قصوى من حيث مراعاة الشخص الأصلح والأنسب لحضانة الطفل.

ومن الأسباب الموضوعية التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع هي: إعطاء فكرة عن موضوع أسباب سقوط الحضانة من الناحية الفقهية لإمكانية مقارنتها من الناحية التشريعية، الغموض الذي يشوب نصوص قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالتشريعات الأخرى فيما يخص أسباب سقوط الحضانة، وأيضا قلة البحث في هذا الموضوع من قبل الباحثين كبحث مستقل عن أحكام الحضانة ومصلحة المحضون وغيرها من المواضيع.

أمّا الأسباب الذاتية فتمثلت في: ضياع الأطفال بين والديهم بسبب انتشار الطلاق، التفكير في مصير المحضونين خلال فترة الحضانة وبعد انتهاءها، إضافة إلى إشباع الفضول وحب الاطلاع في هذا الموضوع، بالرغم من أهميته في حياتنا الواقعية إلاّ أنه لو يحظ بالاهتمام الكبير.

والبحث في موضوع الحضانة في شقه المتعلق بإسقاطها يتطلب الإجابة على إشكال رئيسي يتمثل في: ما هي أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية؟

وللإجابة عن هذه الاشكالية يتطلب الإجابة أوّلا على الإشكالات الفرعية التي تتولد عنها وهي:

مقدمة

-ماهي الأسباب الجبرية لسقوط الحضانة في القانون والفقه؟

-ماهي الأسباب العارضة لهذا السقوط في القانون وكذلك في الفقه؟

-وماهي مواطن الاتفاق والاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه والتشريعات؟

ونهدف من خلال هذه الدراسة إلى إبراز الأسباب المتعددة والمختلفة التي تؤدي إلى سقوط الحضانة في القانون الجزائري وفي الفقه الإسلامي وبعض التشريعات المغاربية، مع الوقوف على مكان الاختلاف والتوافق حول هذه الأسباب.

كما نهدف إلى الوقوف على موقف القضاء الجزائري من خلال قرارات واجتهادات المحكمة العليا.

أما بالنسبة للصعوبات والعراقيل التي واجهتني، ندرة المراجع المتخصصة في معالجة هذا الموضوع، فكل الدراسات والكتب والمقالات التي بحثت فيها لا تذكر إلا الحضانة من حيث التعريف والإسناد...، مع الإشارة إلى أسباب سقوطها في أوراق دون تفصيل بل محدودة جدا.

وهو ما أخذ مني جهد كبير حتى أقدّم نظرة صغيرة عن الموضوع، ومحاولة إلقاء الضوء على النقص الذي يعتري مواد قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه والتشريعات، لأنه موضوع يستحق الإطلاع عليه.

ولإنجاز هذه الدراسة، ارتأيت أنه من الضروري الاستعانة بثلاث مناهج علمية والتي خدمت بحثي، وهي كالآتي:

بداية اتبعت المنهج المقارن، وهو المنهج الأساسي في دراستي هذه، وذلك للمقارنة بين أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، ومدونة الأسرة المغربية، ومجلة الأحوال الشخصية، وتبيان موافقتهم في حضانة الطفل، ومدة انتهاء الحضانة، حتى يتبين لنا مدى التوافق والتنافر بين هذه التشريعات المغاربية، فالمنهج المقارن بعد الدراسة، يمكننا على الوقوف على أهم النتائج التي نخلص لها حول أسباب سقوط الحضانة وانتهاءها.

أما المنهج الثاني، فقد اتبعت المنهج التحليلي، وذلك من خلال قيامي بتحليل النصوص والأحكام والقرارات القضائية وغيرها، بشأن موضوع الدراسة حضانة الطفل وأسباب سقوطها، للتوصل إلى معرفة الأحكام المتعلقة بها، من أجل إيجاد الحلول المناسبة وهذا في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالتشريعات المغاربية.

كما استعنت أيضا بالمنهج الوصفي كمنهج تكميلي، كونه يتناسب مع كل الدراسات القانونية، من خلال وصف ظاهرة اجتماعية، والتي يكون ضحيتها الأطفال المحرومين من أحد أبويهم وفي بعض الأحيان كلاهما.

وفي تحديد الموضوع لنطاق البحث "أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة–"، يمكن بعد المقدمة دراسة الموضوع في فصلين، حيث خصصت الفصل الأوّل للأسباب الجبرية لسقوط الحضانة، متكون من مبحثين الأول تطرقت فيه إلى زواج الحاضنة وسكنها بالمحضون عند من سقطت حضانته، فالمطلب الأول خصصته إلى زواج الحاضنة بغير قريب محرم، وفصل الفقهاء وموقف المشرع الجزائري مقارنة بالتشريعات المغاربية في هذه المسألة، إضافة إلى عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها بسبب الزواج، أمّا المطلب الثاني فعالج سكن الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانته، تبيان مسكن الحضانة ورأي الفقهاء والتشريعات المغاربية حول مسكن الحضانة، والمبحث الثاني فتناولت فيه التنازل عن الحضانة وانتهاء أمدّها، فالمطلب الأول خصص للتنازل عن الحضانة من طبيعة الحق فيها وموقف الفقهاء والتشريعات المغاربية منه، أما الطلب الثاني فعنون بانتهاء أمدّ الحضانة وهو كذلك تطرقنا فيه إلى موقف الفقهاء والتشريعات المغاربية، إضافة إلى تخيير المحضون بعد انتهاء أمد الحضانة.

والفصل الثاني فتمثل في الأسباب العارضة لسقوط الحضانة، وهو أيضا تكون من مبحثين، المبحث الأول بعنوان السكوت والاستيطان، وقسمته إلى مطلبين المطلب الأول عالج مسألة عدم المطالبة بالحضانة وموقف الفقه والتشريعات المغاربية، وعودة الحق في الحضانة قبل مرور سنة، والمطلب الثاني خصص إلى الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي، وفيه تطرقنا

أيضا إلى موقف الفقهاء والتشريعات المغاربية منه، إضافة إلى المسافة التي تسقط الحق في الحضانة، أمّا المبحث الثاني جعلته لاختلال الشروط ومخالفة الالتزامات، فكان المطلب الأول لاختلال الشروط المطلوبة في الحاضن ن شروط عامة وشروط خاصة بالنساء والرجال وموقف التشريعات المغاربية، والمطلب الثاني مخالفة الالتزامات المتعلقة بالحضانة تبيان هذه الالتزامات وموقف التشريعات المغاربية، ليختم البحث بفضل الله بخاتمة تشتمل أهم النتائج التي توصلت إليها وبعض الاقتراحات.

ومن أهم الدراسات السابقة التي وجدتها لها صلة بموضوع الدراسة هي: صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، وأخرى لحميدو زكية تشوار، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية –دراسة مقارنة–.

فلاحظت كل الموضوعات التي تمت دراستها سابقا، شملت موضوع الحضانة ككل من تعريف، شروط، ترتيب الحواضن، دون ذكر لسقوط الحضانة وأسبابها وعدم التعمق فيها، فرغم أهمية الموضوع إلا أنه غفل عنه الكثير من الباحثين.

الفصل الأول:

الاسباب الجبرية لسقوط الحضانة

إنّ الحضانة كما هو معلوم أنها ليس بالحق المطلق الذي يناله الحاضن، دون أي تقييد بضوابط تحدد أسباب نيله الحضانة وأسباب فقدانه، لذلك فأنه يسقط بأسباب إجبارية فيكون خلالها صاحب الحق مجبرا على تركه، وإمّا أن يكون مخيرّا في ترك هذا الحق لأسباب تتعلق به.

وفي هذا الفصل سنقوم بعرض الأسباب التي تؤدي إلى سقوط حق الحضانة جبرا والتي عبرنا عنها بالأسباب الجبرية لسقوطها، وهذا الفصل متكون من مبحثين، فالمبحث الأوّل حاولت التطرق إلى زواج الحاضنة والسكن بالمحضون، أما المبحث الثاني إلى التنازل عن الحضانة وانتهاء أمدها.

المبحث الأول: زواج الحاضنة والسكن بالمحضون عند من سقطت حضانته.

تطرقنا في هذا المبحث إلى أحد الأسباب التي تسقط الحق في الحضانة وهو زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم بالنسبة للمحضون وتنتقل الحضانة إلى من يليها، وسكن الحاضنة الجديدة أي الجدة والخالة مع من سقطت حضانتها المتزوجة بأجنبي وهي أم المحضون، وهذا ما سنتكلم عليه بالتفصيل من خلال المطلب الأوّل عن زواج الحاضنة بأجنبي، والمطلب الثاني عن سكن الحاضنة مع أم المحضون.

المطلب الأول: زواج الحاضنة بغير قريب محرم.

لقد اشترط فقاء الشريعة الإسلامية وجوب خلو الأم الحاضنة من الزواج بغير قريب بالنسبة لمحضونها، وإن وجد وتزوجت فحقها في الحضانة يسقط، ومن هذا المنبر سنتطرق في هذا المطلب إلى آراء الفقهاء بالتفصيل ثم موقف المشرع الجزائري وموقف بعض التشريعات العربية.

الفرع الأول: فصل الفقهاء في مسألة الزواج.

من شروط استحقاق الحضانة ألا تكون الحاضنة أي أم المحضون متزوجة من رجل غير محرم للمحضون، وهذا شرط عند جمهور الفقهاء، وهذا يدل على أن الحاضنة إذا كانت متزوجة من أجنبي فحقها في الحضانة يسقط وسبب ذلك هو الزواج، لما رواه النبي صلى الله عليه وسلم:" ان ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء وزعم أبوه أن ينزعه مني، فقال: أنت أحق به ما لم تنكحي" [1]. فالحديث أتى صريح بأن الأم أحق بحضانة ابنها من أبوه لأنها أعطف وألطف: وأرحم ما لم تتزوج، لأن زواجها

[1]أخرجه أبو داوود (2276) وأحمد (6707) عن عبد الله بن عمرو.

سيشغلها عن طفلها، اضافة الى يمكن أن يَبْغُضَ طفلها ولا يعطف عليه فلا يجد هذا الاخير الجو الرحيم ولا الظروف التي تنمي ملكاته ومواهبه. [1]

أولا: مذهب الحنفية.

يرون أن الأم هي أحق الناس بالحضانة، على شرط ألا تكون متزوجة من أجنبي على المحضون، ومعنى الأجنبي هو ذلك الشخص الذي ليس رحما محرما من جهة النسب فإن تزوجت الأم بغير محرم سقطت حضانتها من حين العقد. [2]

فروي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن امرأة اتت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت:" يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، ويزعم أبوه أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به منه ما لم تنكحي" أخرجه أحمد وأبو داوود البيهقي.

ومن هنا فنلاحظ أن الأم بمجرد تزوجها بأجنبي فإن حقها بالحضانة فإنه يسقط، وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال:" طلق عمر رضي الله عنه أم ابنه عاصم، فلقيها ومعها الصبي فنازعها، وارتفعا إلى أبي بكر رضي الله عنه فقضى بإعطاء عاصم بن عمر لأمه ما لم يشب أو تتزوج، وقال: إن ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج" [3]، وإذا تزوجت الحاضنة بذي رحم محرم من الصبي فلا يسقط حقها في الحضانة، كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي أو تزوجت الأم بعم الصبي، لكن لو تزوجت من عمه رضاعا أو من ابن عمه سبا هو عمه رضاعا سقط حقها في الحضانة، وإذا فارقت الأم الأجنبي عاد اليها حقها في الحضانة.

---

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة2009، ص155.

[2] السيد سابق، فقه السنة، ج2، ط1، دار الحديث، مصر، 2004، ص683.

[3]ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، ط25، دار مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994، ص415.

ثانيا: الشافعية.

أن المطلقة التي تتزوج يسقط حقها في الحضانة، وبه قال مالك وأبو حنيفة والحسن البصري لا يسقط حقها [1]، لقوله تعالى: ﴿ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ﴾ [2].

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها، وروى ابن عباس أن عليّا وجعفرا ابني ابي طالب وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب، واختصموا الى النبي، فقال جعفر أنا أحق بها أنا ابن عمها وخالتها تحتي وقال عليّ أنا أحق بها أنا ابن عمها، وابنة رسول الله تحتي يعني ابنة ابن عمها، وقال زيد أنا أحق بها لأنها ابنة أخي، وكان النبي قد آخى بين حمزة وزيد، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال الخالة أم، فقضى النبي بها للخالة وهي متزوجة.

والدليل على ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص:" أن امرأة أتت إلى النبي وقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني ويريد نزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي"، وروى أبو هريرة:" أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الأم أحق بولدها ما لم تتزوج"، أي أنها إذا تزوجت استحق الزوج الاستمتاع بها إلا في وقت العبادة، فلا تقوم بحضانة الولد لانشغالها [3].

وأما الآية الكريمة فالمراد بها إذا لم يكن هناك أب يستحق الحضانة، أو كان هناك أب ورضي بذلك.

---

[1] أبو الحسين العمراني، البيان في المذهب الشافعي، ج13، ط1، دار المنهاج، السعودية، سنة2000، ص 276.

[2] سورة النساء، الآية23.

[3] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 155.

أما زينب وابنة حمزة بما أنه لم يكن هناك أحد من النساء من تستحق حضانة البنت خالية من الأزواج، إذا ثبت هذا فإن طلقت الزوجة طلاقا بائنا أو رجعيا عاد حقها في الحضانة وقال مالك أن حقها لا يعود من الحضانة بحال. [1]

وقال أبو حنفية والمزني: ان كان الطلاق بائنا يعود حقها في الحضانة وان كان رجعيا فحقها في الحضانة يسقط، لأن الزوجية لازالت قائمة بينهما، ودليلهم أن حق الأم في

الحضانة يسقط باستمتاع الزوج بها، ولا يملك حق الاستمتاع بها بعد الطلاق البائن والرجعي، فعاد حقها في الحضانة. [2]

ثالثا: مذهب الحنابلة.

يرون أن الأم إذا تزوجت بأجنبي والذي نهني به هز ذلك الشخص الذي ليس رحم للصغير سقطت حضانتها، فابن المنذر قال: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على هذا وقضى به شريح وأصحاب الرأي وهو قول مالك والشافعي. [3]

ونقل عن أحمد: إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها قيل له: فالجارية مثل الصبي ؟ قال: لا، الجارية تكون معها الى سبع سنين، فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها بل أزلها عن الغلام، ووجه ذلك ما روى حول تنازع عليّ وجعفر وزيد بن حارثة في حضانة ابنة حمزة فكل واحد منهم قال أنا أحق بها، فالنبي صلى الله عليه وسلم أسندها إلى خالتها أي إلى جعفر والذي ترجح بأن امرأته من أهل الحضانة، وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة برجل من أهل الحضانة كالجدة المتزوجة للجد، لم تسقط حضانتها لأنه يشاركها في الولادة.

---

[1] أبو الحسين العمراني، المرجع السابق، ص 277.

[2] المرجع نفسه، ص278.

[3] جمال عبد الناصر، موسوعة الفقه الاسلامي، ج3، دار الأوقاف والشؤون الاسلامية، مصر، 1442هـ، ص 140.

رابعا: المذهب المالكي.

إن أصحاب هذا المذهب يرون أن زواج الحاضنة من أجنبي غير محرم للمحضون يسقط حقها في الحضانة وذلك عند الدخول بها، حيث أنهم استدلوا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم:" أنت أحق به ما لم تنكحي". [1]

فهو شرط مبدئي لسقوط الحضانة ولتسقط كاملة لابد من الحاضنة المتزوجة أن يكون قد دخل بها، حيق أنها لا تعود إليها سواء طلقها الزوج وافترقت عنه، أي حتى بعد زوال المانع لا يعود حقها في الحضانة، لأن سقوط حقها كان باختيارها فلا تعذر، فبذلك يجب مراعاة مصلحة المحضون.

فنلاحظ في هذه المذاهب تضاربت الآراء واختلفت، فهناك من يرى أن الحضانة تسقط عن الأم بزواجها بغير محرم، فإن الزواج بأجنبي يسقط حقها في الحضانة، وحججهم في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة" أنت أحق به ما لم تنكحي"، وكذلك قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه:" أنها أحق به ما لم تتزوج"، ولم يخالفه الصحابة في ذلك، فالمرأة بزواجها ستنشغل بخدمة زوجها ولا تتفرغ لتربية الطفل ورعايته، لأن في أغلب الأحيان زوج الأم يكون قاسي على أبناء زوجته يطعمهم إلا قليلاً وينظر إليهم بطريقة بغيضة. [2]

وهناك من يرى أن الزواج يسقط حضانة الولد ولا يسقط حضانة البنت، ودليل ذلك عندما تنازع عليّ وجعفر وزيد بن حارثة عن بنت حمزة، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وهي زوجة جعفر، أما حضانة الولد تسقط والدليل في ذلك إذا تزوجت الأم وابنها الصغير أخذ منها قيل له: هل الجارية مثل الصبي؟ قال لا، الجارية تكون معها إلى سبع سنين"، فكل رأي

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة1985، ص7310.

[2] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان،2008، ص578.

يدل على الحفاظ على مصلحة المحضون والسعي إلى تحقيقها، لأن مصلحته فوق أي اعتبار لأنه أضعف حلقة في الأسرة.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.

المشرع الجزائري فإن زواج الأم بغير قريب محرم للمحضون هو سبب من أسباب سقوط الحق في حضانة طفلها وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم..". [1]

فزواج الحاضنة بعير قريب محرم عن المحضون لا يؤدي إلى اسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي بأن يتقدم صاحب الحق فيها بعد احترام المادة 68 من نفس القانون والتي نصت على أن: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها" [2]، وبعد أن يتأكد القاضي من الشروط المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 62 من نفس القانون المذكور[3]، إضافة إلى ضرورة مراعاة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من نفس القانون[4]، فالقاضي لا يجتهد ولا يؤول النص وإنما يتوجب عليه أن يسقط الحضانة عن صاحبة الحق فيها. [5]

---

[1] قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير2005، ج ر ج، ع43، الصادر بتاريخ 04 مايو2005.

[2]قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[3]المادة 62 : "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، قانون رقم84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[4]المادة64 : "الأم أولى بحضانة والدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، قانون رقم84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[5]تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 574.

فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه، فلا يسقط حقها في الحضانة لأن من تزوجت به له حق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته ومن تم فيتعاونان على كفالته.

لكن السؤال المطروح هنا هل زواج الحاضنة بأجنبي يعد تنازلا اختياريا أم غير اختياري؟ وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها الاختياري". [1]

وكما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 05\02\1990 أنه " من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، لما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الأم سقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناده الحضانة إليها رغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا، يعد مخالفا للقانون". [2]

بما أن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن اثباته إلا بعقد زواج محرر ومسجل طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري. [3]

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا المؤرخ في 05\05\1986 على أنه:" من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة". [4]

---

[1] القانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[2] م ع، رقم 58812، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ 1990/02/05، م ق، ع04، 1992، ص58.

[3] المادة222 نصت على :" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، قانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[4] م ع، رقم 40438، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ 1986/05/05، م ق، ع02، 1989، ص75.

إلا أن موقف واتجاه المحكمة العليا قد تطور حيث أنها اعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة، وهذا التطور جاء في قرار آخر من قرارات المحكمة العليا المؤرخ في 21-07-1998 والذي قضى بـ:" من المقرر قانونا أن يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها الغير اختياري.

ومتى تبين – في قضية الحال – أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون". [1]

ومن تم فإن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازلا غير اختياري عن الحضانة، فطلاقها من هذا الزواج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 من نفس القانون على أن:" إن القضاء

بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب سقوطها ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفا للقانون". [2]

الفرع الثالث: موقف التشريعات المغاربية.

نجد المشرع المغربي قد تبنى نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري، وهو أن حق الأولوية في الحضانة للنساء وخاصة إذا كانت الأم هي صاحبة الحق، إذ تسقط حضانتها بسبب زواجها من أجنبي الذي يعتبر تنازلا عن حقها في الحضانة، وهذا ما أكدته المادة 173 من مدونة الأسرة في فقرتها الرابعة على:" عدم زواج الحاضنة إلا في الحالات المنصوص

[1] مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، 2001، ص178.

[2] قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

عليها في المادتين 174 و175 بعده.." [1]، ومن خلال هذه المادة فيتبين لنا أن المشرع المغربي واضح في موقفه وهو اشتراط في الحاضنة خلوها من زوج محرم، وغير قريب، وهما المادتين 174 و175، فالمادة 174 نصت على:" زواج الحاضنة غير الأم يسقط حضانتها في إلا في الحالتين الآتيتين:

1.إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا.

2.إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون".

والمادة 175 نصت على:" زواج الحاضنة الأم، لا يسقط حضانتها في الأحوال الآتية:

1.إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر فراقها.

2.إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم.

3.إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.

4.إذا كانت نائبا شرعيا.

زواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة، وتبقى نفقة المحضون واجبة على الأب". [2]

في حال توفر هذه الشروط لا يسقط القاضي الحضانة عن مستحقها الأول وخاصة إذا كانت الأم، على عكس المشرع الجزائري الذي أقر بسقوط الحضانة في حالة الزواج ولو كانت أُماً وقد علق المشرع المغربي سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها والدخول بها وهذا ما جاءت به المادة 176 التي نصت على:" سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء

[1] قانون رقم190-57-1، المؤرخ في 19 أوت1957، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدلة والمتممة، بالقانون رقم01-04-22، المؤرخ في 05 فيفري2004.

[2] قانون رقم190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدلة والمتممة.

يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة"، وبناء على هذا فالقاضي إذا وجد أو زوج الأم يشفق عليه ويعامله معاملة حسنة أساسها المحبة والرحمة أبقاه معه رعاية لمصلحة المحضون، ولا أسقطها عنها، وهذا ينطبق على الحاضنة غير الأم مع ضرورة التأكد من توفر الشروط القانونية وإلاّ سقطت حضانتها.

و**المشرع التونسي**، هو كذلك لم يختلف عن المشرع الجزائري والمشرع المغربي، وهذا ما نص عليه الفصل58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية:" يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلّفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يخضن من النساء وأن يكون محرّما بالنسبة للأنثى. وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون وإذا كان الزوج محرّما للمحضون أو وليّا له أو يسكت من له الحضانة مدّة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقّه فيها أو أنّها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أمّا ووليّة عليه في آن واحد". [1]

إذ تجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي لا يسقط الحضانة عن الحاضنة، إذا كان زوجها غير قريب، وكذا الشأن بالنسبة للحاضن الذكر، فيستوي أن يكون فريبا أو غير قريب، وهذا خلافا للمشرع المغربي الذي يسقط حقها في الحضانة عن الحاضنة إذا كان زوجها محرما غير قريب، فالمشرع التونسي نجده فتح مجالا واسعا للقاضي في استخدام سلطته التقديرية لكن في حدود ما تقتضيه مصلحة المحضون فعلى هذا الأساس يجوز له أن يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب عن المحضون ويمكن له أن يبقيها، وهذا على عكس المشرع الجزائري الذي قيد صلاحية القاضي من خلال نصوص المواد المذكورة.

[1] قانون رقم 74-93، المؤرخ في13 أوت 1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدلة والمتممة، المؤرخ في 12 جويلية1993.

فالشروط التي وضعها المشرع التونسي في النص المذكور أعلاه، حتى يسقط حق الحضانة عن الحاضنة سواء كانت أماً أو غيرها، عدم القرابة والمحرمية من المحضون وكذا الدخول بها، وهذا ما غفل عنه المشرع الجزائري.

ومن ثم فإن القاضي التونسي يراعي ما فيه صلاح وخير للمحضون، فإذا كان زوج الحاضنة الأم أو غيرها أجنبيا وعطوفا، أبقى القاضي الحضانة لها، أمّا إذا كان غير شفيق ولا مأمون فيسقط حقها في الحضانة وينتزع منها.

الفرع الرابع: عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها.

إن من سقطت حضانتها بسبب الزواج ثم تطلقت، فإذا كان الطلاق بائنا فلا خلاف بعودة الحضانة فور وقوع الطلاق، لارتفاع ولاية مطلقها عنها، أمّا إذا كان الطلاق رجعيا ففي وقت العدة وجد رأيان: رأي **الشافعية** والرأي الآخر هو رأي **الحنبلية** في قولهم بأن:" إنّ حقها في الحضانة يعود بمجرد الطلاق، ودون حاجة إلى انتظار العدة، لأنه عزلها عن

فراشه، ولم تعد مشغولة به، فالعلة التي سقطت الحضانة بسببها قد زالت، ولذا فالحضانة تعود بمجرد طلاقها". [1]

أمّا **الحنفية** فعبروا عن رأيهم بأن الحاضنة التي تزوجت برجل غير محرم، وسقط حقها في الحضانة عندما يقع الطلاق فلا يعود حقها الذي سقط عنها إلاّ إذا انقضت العدة، كون أن المعتدة زوجة حكما، وتأخذ أحكام الزوجة بشكل عام فهي ترث ولها نفقة، فالطلاق يقع سواء بالإيلاء والظهار، ويحرم عليه الزواج بأختها وعمتها أو حتى خالتها، ومن ثم فهي في العدة

[1] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط03، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص393.

زوجة ولا تعود لها الحضانة إلاّ إذا انقطعت الزوجية وانتهت، ويكون انقطاعها وانتهاءها بانتهاء عدة الطلاق. [1]

أمّا عند **المالكية** نجد، عندما تسقط الحضانة عن الحاضنة لعذر كمرض أو خوف المكان وسفر الولي بالمحضون سفر نقلة، أو سفرها لقضاء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفائها من المرض أو تحقق الأمن والعودة من السفر الاضطراري، وبالتالي إذا زال المانع عاد الممنوع أمّا إذا تزوجت بأجنبي ودخل بها، أو سافرت باختيارها فلا عذر لها، ثم تأكدت بأن الزوج قد طلقها أو فسخ زواجهما أو توفي أو عادت من السفر الاختياري، فحقها في الحضانة لا يعود بعدما زال المانع لأنها تنازلت عن حقها في الحضانة باختيارها. [2]

أمّا **الجمهور**: يرون أن الحضانة عندما تسقط بسبب مانع ثم يزول ذلك المانع، تعود الحضانة إلى صاحبها سواء كان المانع اجباري كالمرض مثلا، أم كان اختياري كالزواج والسفر، لزوال المانع ولكن ذلك عند الحنفية في الحال بالنسبة للطلاق البائن ولو قبل انقضاء العدة، أمّا الرجعية فلا بد من انقضاء العدة فيها.

أما الشافعية فذكروا أن المطلقة تستحق الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب بشرط رضا زوجها بدخول المحضون بيته إن كان له، فإن لم يرض لم تستحق وبالنسبة للحنابلة فقرروا أن المطلقة تستحق الحضانة ولو كان الطلاق رجعيا ولو لم تنقض الحضانة. [3]

المطلب الثاني: سكن الحاضنة بالمحضون عند من سقطت حضانته.

إن رعاية مصلحة المحضون من أهم الأهداف التي سعى إليها القانون والفقه الإسلامي فقد اهتم المشرع والفقهاء بكل ما يمكن أن يشكل ضررا له، من تصرفات قد تصدر من الحاضن

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص7312.

[2] المرجع نفسه، ص 7311.

[3] المرجع نفسه، ص7312.

سواء كانت حاضنة كالزواج من رجل غير قريب الذي يعد من الأسباب المسقطة لحقها في الحضانة، وأيضا قد يكون بسبب مسكن المخصص لممارسة الحضانة، ومن خلال فروع هذا المطلب سنتعرف على هذا المسكن وماهي شروطه.

الفرع الأول: مسكن الحضانة.

إن مسكن الحضانة هو كل مكان يستخدم للسكن سواء بصفة دائمة أو مؤقتة سواء كان ملك خاص أو مستأجر...، على أن يكون متوفر على جميع المرافق، فمسكن الحضانة هو ذلك المسكن المخصص للقيام بواجب الحضانة من رعاية وتربية وحفظ الولد صحة وخلقا، قال تعالى: ﴿... وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ﴾. [1]

أولا: مسكن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

فمسكن الحضانة بالنسبة إلى قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة علة ما يلي": في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

إضافة إلى النفقة وهو ما نصت عليه المادة 78 من نفس القانون المذكور على أنه": تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". [2]

[1] سورة البقرة، الآية 233.

[2] قانون رقم84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

ومن تم حتى تقوم الحاضنة بكل مسؤولياتها وعلى أتم وجه من تربية ورعاية محضونها يجب أن يتوفر في مسكن الحضانة عدة شروط ومواصفات وهذه الشروط تم استخلاصها من النصوص القانونية التي تم ذكرها:

أ-أن يكون مسكن الحضانة مناسبا: حتى تتمكن الحاضنة من أداء واجبها نحو المحضون على أكمل وجه، ويكون المسكن مناسب إذا كان مزود بالمنقولات اللازمة للمعيشة المناسبة، وفي حالة رفض الأب القيام بهذا الالتزام فللحاضنة أن تقوم بتزويد السكن بكل معداته الضرورية وعلى الأب استيفاء الثمن عاملا بالقواعد العامة أو رفع دعوى ضده للمطالبة بتنفيذ التزامه عينا.

ب-أن يكون مسكن الحضانة مستقلا: أي ذلك المسكن الذي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، ويكون متوفر على كل مرافقه، فعند الطلاق الأب يخير إما أن يترك مسكنه للحاضنة أو أن يهيأ لها مسكن آخر مستقل ومناسب، فضرورة استقلال المسكن مراعاة لمصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا وإسكانه في مكان آمن وبين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى.

ثانيا: مسكن الحضانة عند المذاهب الأربعة.

يترك مسكنه للحاضنة أو أن يهيئ لها مسكن آخر مستقل ومناسب، فضرورة استقلال المسكن يراد من خلاله مراعاة مصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا وإسكانه في مكان آمن، وبين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى. [1]

مسكن الحضانة عند الفقهاء، اختلفت آراءهم وتباينت وهي كالآتي:

[1] مقراني جمال، <<إشكالات حق الحاضنة في السكن وسلطة القاضي في تقدير ذلك>>، مجلة البحث القانوني والسياسي، ع01، 2017، ص89.

1-المالكية: اختلف فقهاء هذا المذهب، فالرأي الأول يرى في سكن الحضانة، أن سكن المحضون والحاضنة من مال من عليه نفقة الولد بغض النظر عن امتلاك الحاضنة لسكن أم لا ومنه فإنها على الأب والحاضنة، وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري حين صرح بموجب المادة 72 من قانون الأسرة بصيغة الوجوب:" يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار". [1]

ورأي آخر يرى أن الحاضنة إذا أيسرت وأعسر الأب لم يكن عليه سكن المحضون والحاضنة بل يكون على الحاضنة ومن مالها، وإن أُيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء بل يكون السكن على الأب.

وقد قيل أيضا أن الأب إذا كان في مسكن سواء كان ملكه أو إيجار ولو كان معه ولده، لم تزد عليه في الأجرة، ولا شيء عليه لأنه لا ضرورة في دفع الأجرة سكنه وإن كان يزداد عليه في الكراء أو عليها هي لأجل الولد، أما بالنسبة للحاضنة ففريق قال بأن سكناها أيضا على من عليه نفقة المحضون، وهناك من قال بل عليها هي حسب الاجتهاد فيما تتحمله ويتحمله المحضون أو على قدر الرؤوس. [2]

فنستنتج أن القول الراجح هو جعل أجرة السكن تقع على عاتق من تكون عليه النفقة سواء كان السكن لفائدة المحضون أو الحاضنة ولا فرق بين الأمرين مادام الحاضن يقيم مع حاضنته.

2-الحنفية: اختلفوا في مسألة سكن الحضانة على قولين:

أولا: إذا كان للحاضنة مسكن فلا تجب على الأب أجرة المسكن الذي يحضن فيه الصفير لأنه ليس محتاجا إليه، أما إذا لم يكن لحاضنته سكنا يفرض لها أجرة مسكن لممارسة الحضانة.

---

[1] القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[2] مناد سعودي، <<حق المحضون في مسكن الحضانة>>، مجلة الحقوق والحريات، ع02، 2021، ص1248.

ثانيا: الأب تجب عليه أجرة المسكن ولا تستحق على الأب إذا كان الصغير يقيم صحبة أبويه بمسكن الأب أو لدى الحاضنة بمسكن الأب، فالصغير يستحق أجرا، سواء كان يقيم صحبة الحاضنة بمسكنها الخاص أو بأُجرة، لأن أجر مسكن المحضون على أبيه شرعا ويلتزم بتوفيره. (1)

والرأي الذي أخذ به، أنه يجب على الأب أجرة المسكن إذا لم يكن للحاضنة مسكن يمكنها أن تمارس فيه حضانة الصغير ويسكن تبعا لها، لأن وجوب أجرة المسكن مبنية على وجوب نفقة الولد وليس على الحضانة، فالحاضنة قد يكون لا مسكن لها من الأصل وتسكن عند غيرها ففي هذه الحالة يفرض لها أجرة السكن لحضانة الصغير، لأن أجرة المسكن تعتبر من النفقة والنفقة واجبة على الأب تجاه ولده شرعا، وأجر المسكن لا يدخل ضمن الأجور التي تستحق للحاضنة نظير قيامها بعمل محدد.

3-الشافعية والحنابلة (2): إن فقهاء الشافعية والحنابلة اتفقوا على أن للصغير حق في أجرة السكن على أبيه، إن كان موسراً، إضافة إلى ذلك فتجب عليه أجرة الرضاع وأجرة الحضانة تجبر عليه أجرة المسكن أو إعداده إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تمارس فيه حضانة الصغير وهذه الأجرة تجب من حين قيام الحاضنة بها وتكون دينا في ذمة الأب لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء، فالمقرر شرعا أن أجرة المسكن من أجرة الصغير.

الفرع الثاني: فصل الفقهاء في مسألة السكن بالمحضون عند من سقطت حضانته.

سقوط حضانة الأم يكون بزواجها أو ربما لسبب آخر غير ذلك، وينتقل حق الحضانة إلى الجدة أو الخالة، والجدة هي التي نقصد بها أم الأم، فإذا انتقلت الحضانة إلى أحدهما فيتوجب عليها السكن بالمحضون عندها أو في المكان المخصص للحضانة.

(1) مناد سعودي، المجلة السابقة، ص1249.

(2) طعيبة عيسى، سكن المحضون، أطروحة الماجستير، كليه الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص27

فإذا صار وسكنت الجدة مع ابنتها أو الخالة مع أختها التي سقط عنها حق الحضانة بسبب الزواج فإنه يؤدي إلى سقوط الحق عنه، وذلك لأنها أسكنت المحضون عند المبغضين له (زوج الأم غير المحرم)، وبذلك تكون قد أخلّت بشرط من شروط الحضانة وهو ألا يسكن الحاضن بالمحضون في بيت المبغضين له.

أولا: المالكية: لقد اشترط فقهاء المالكية عدم سكنى الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها، وفي هذا تم ترتيب الحاضنات:" ثم أمها ثم جدة الأم ان انفردت بالسكنى عن أُمٍّ سقطت حضانتها، الضمير "انفردت" يعود إلى جدة الطفل وجدة أمه، بمعنى أن كلاً منهما لا تستحق الحضانة إلا بشرط انفرادها بالسكنى بالمحضون عمن سقطت حضانتها أي أمه بالزواج من أجنبي أو سبب آخر، وذلك أن تقول لا خصوصية لهما بذلك، بل كل من استحق الحضانة يشترط فيه أن ينفرد بالسكن عن التي سقطت حضانتها". [1]

ثانيا: الحنفية: فقهاء هذا المذهب يون أن البيت الذي يسكن فيه المحضون يجب أن يكون غير معرض لأذى الجيران ولو كانوا أقاربه. [2]

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

إن سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني نتيجة مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها ونقصد بها، المساكنة التي تسقط حق الحضانة، وتنتقل إلى من يليه من الحاضنين.

[1] أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، د ط، دار الفكر، مصر، [د.س] ، ص531.

[2] ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج6، [د.ط] ، دار الفكر، لبنان، سنة1966هـ، ص687.

فا**لمشرع الجزائري** جاء بأنه إذا سكنت الحاضنة بمحضونها، مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم تسقط حضانتها، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون بغير قريب

محرم" [1]، فإذا سكنت الجدة أو الخالة الحاضنة بالمحضون مع أم هذا المحضون المتزوجة بغير قريب محرم بالنسبة إلى الطفل المحضون فإنه يشكل سببا من أسباب سقوط حق الجدة أو الخالة في الحضانة.

فالمساكنة المقصودة في السياق هي التي يسقط بها حق الحضانة، أي مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانته.

وبالرجوع إلى نص المادة 70 ق أ ج فإنها في مضمونها تتحد وتشترك مع المادة 66 من نفس القانون، وذلك في إمساك المحضون في بيت يبغضه، وبالتالي إسقاط الحضانة عن صاحبها، ولكن تختلف معها مع أنها تتكلم عن حاضنتين فقط وهما الجدة والخالة، في حين أن المادة 66 تشمل كل الحاضنات بما فيهم الخالة والجدة.

ويجدر التنويه إلى أن حالة الإسقاط هذه لا تعتبر تكرار للمادة 66 بل جاءت مكملة لها وتأكيدا لحكمها بسبب وجود المحضون في بيت أمه المتزوجة بغير قريب محرم، أي تحت سمعها وبصرها وهطا ما يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة ولا في حضانة الخالة ولهذا يطبق نفس الحكم، ومن ثم فإسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين بمقتضى النص السالف الذكر، فإنه ينبغي أن تتوفر فيه عدة شروط وهي كالآتي:

1) أن تكون الحاضنة أمّاً لأم المحضون أو خالته.

[1] ق.أ.ج، أخذ برأي المالكية في نص هذه المادة حيث جاء من أحد فقهاء المذهب" ويزداد للأنثى الحاضنة عدم سكناها مع من سقطت حضانتها، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل إذا تزوجت إلا إذا انفردت بالسكنة عنها." ، أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص155.

2) أن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة.

3) أن تكون الأم متزوجة مع قريب محرم.

ومن خلال هذه الشروط التي استنتجناها من النصوص القانونية، يتضح أن الجدة أو الخالة يشترط فيهما عند المساكنة مع أم المحضون أن تكون غير متزوجة بغير قريب محرم تنفيذا للمادة 66 ق أ ج التي تم ذكرها سابقا، ويقصد هنا بالمساكنة أي أن تتخذ الحاضنة سكن أم المحضون موطنا لها، وتكون إقامتها فيه مستمرة، أما إذا أقامت الحاضنة بمحضونها عند أمه بصفة مؤقتة، كما في حالة الزيارة أو العطل المدرسية مثلا، فلا يسقط حقها في الحضانة.

وتطبيقا للمبدأ الذي جاءت به المادة 70 ق أ ج، فقد قررت المحكمة العليا، في قرار لها صادر بتاريخ: 1988/06/20، حيث قضت:" من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أُم لأم)، أن تكون غير متزوجة، وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس. ولم كان من الثابت –في قضية الحال– أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب، ويكونوا قد راعوا شروط الحضانة، وسببوا قرارهم تسبيباً كافياً، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1]، ومن تم فإن المادة 70 ق أ ج، قد شُرعت حتى لا يتضرر المحضون في مساكنته لمن يبغضه.

ومن خلال ما تم ذكره، نجد أم المشرع الجزائري في هذه الحالة، لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة، بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة لأم دون غيرهما، ثم

[1] م ع، قرار رقم5001، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ : 1988/06/20، م ق، ع02، 1991، ص57.

إنه قد سكت عن جعل هذا السبب نفسه كسبب من أسباب السقوط في الحالة العكسية وهي الحالة التي تكون فيها أم المحضون مطلقة من زوج ثاني أو متوفى عنها وتنتقل لسبب من الأسباب فتسكن مع أختها أو أمها التي تقوم بحضانة ابنها هي.

إضافة إلى ذلك، نجد المشرع سكت عن الحالة التي يقضي فيها بالحضانة إلى أم الأب وتكون تسكن في مسكن الأب نفسه سكنا دائماً قبل الحكم بالحضانة وبعده، وبسكوت

المشرع أضحى إلى نوع من الغموض على الأسباب والدوافع التي أخذ بها لحصر هذه المادة (70) على الجدة لأم والخالة.

وقد يعود حق الحضانة للخالة أو الجدة لأم بعد سقوطه إذا زال المانع، وهو إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون وبعيدا عنها نوعا ما، وهذا ما جاء في المادة 70 ق أ ج السالفة الذكر، وبناء على ذلك إذا كانت الحضانة للخالة أو الجدة لأم وسكنت بالمحضون في نفس السكن الذي تقطن به أم المحضون المتزوجة من أجنبي فإنها بذلك تكون قد خالفت قاعدة قانونية، ومن تم فتسقط عنها الحضانة بموجب حكم قضائي ولا تعود إليها سوار كانت خالة أو جدة لأم إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن آخر مستقل عن أم المحضون وبعيدا عنها نوعا ما، ويمكن القول بأنه إذا كان السقوط غير اختياري فإنه يحق للحاضن استرجاع حقه إذا زال سبب السقوط وفي هذا الصدد جاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/02/22:" من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب لسقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون".[1]

إضافة إلى قرار المحكمة العليا نجد نص المادة 71 التي نصت على:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". [2]

[1]م ع، الصادر عن غ أ ش، ملف رقم 252308، بتاريخ 2000/02/21، م ق، ع02، 2007، ص284.

[2]قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

الفرع الرابع: موقف التشريعات المغاربية.

فبالنسبة للتشريعات المغاربية نجد أن: **المشرع المغربي** في مدونته لم يرد فيها نص يخص مسألة المساكنة بالمحضون في بيت من يبغضه، كما قال به المشرع الجزائري وبالتالي في حالة عدم وجود نص حول موضوع معين فنذهب إلى ما قال به المذهب المالكي، حسب ما جاء في نص المادة 400 م أ م:" كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف". [1]

وهذا ما تم العمل به في القضاء المغربي، عندما نص المجلس الأعلى المغربي في قضية طرحت عليه فصدر قراره بتاريخ: 1994/10/04 يقضي بما يلي:"... إن الجدة الطالبة لاستحقاق الحضانة، تسكن مع ابنتها المطلقة والتي سقطت حضانتها، وما ردت به المحكمة عن هذا الدفع، كون الفصل 98 لم ينص على عدم سكنى المستحق للحضانة مع من سقطت حضانتها، قال الشيخ خليل وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة...إلخ، إلى أن قال ثم أمها ثم الجدة إذا انفردت بالسكن عن أم سقطت حضانتها... لما لم تعتبر المحكمة ما ذكر، وقضت للجدة باستحقاق الحضانة رغم ثبوت سكناها مع بنتها التي سقطت حضانتها تكون خالفت القانون وعرضت قضاءها للنقض". [2]

وهذا القرار صدر طبقا لما جاء به المذهب المالكي.

---

[1] قانون رقم 190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة، المعدلة والمتممة.

[2] م أ م، الصادر عن غ أ ش، رقم 1208، بتاريخ : 1994/10/04، م ق، ع47، ص163.

ونجد قول الأستاذ أحمد الخمليشي أن الأم سقطت حضانتها، بسبب عاهة أو مرض غير معد، يقال لأمها لا تستحقي الحضانة، حتى تبتعدي عن سكنى ابنتك رغم وضعيتها.

الصحية، وأضاف " ومثل ذلك أن يسقط حضانة الجدة من الأب، بسبب كبر سنها فيمنع الأب من حضانة ولده، إلى أن يبتعد عن أمه في السكنى". [1]

ومن خلال ما تقدم، تبين أن عدم التنصيص في المدونة المغربية، في قضية سقوط الحضانة بسبب المساكنة، تعتبر نقيصةً تُحسب على المشرع المغربي، خاصة في ظل اجتهادات القضاء، فنجده تارة يطبق ما سار عليه المذهب المالكي، وتارة أخرى يجتهد الرأي مع مراعاة مصلحة المحضون.

وبالتالي على المشرع المغربي أن يعدل مدونته، بأن يفرد مادة أو أكثر في مسألة المساكنة كما هو معمول به في الجزائر، وهذا حتى تتضح الرؤية للقاضي المغربي فيوحد اجتهاداته وعليه أن يضع مصلحة المحضون في الحسبان، مسايرةً لمواد الحضانة الأخرى.

أمّا **المشرع التونسي**، فقد فصل في مسألة مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها في مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 63 بقولها:" من انتقل لها حق الحضانة بسبب غير العجز البدني بالحاضنة الأولى لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الأولى إلاّ برضى ولي المحضون وإلاّ سقطت حضانتها". [2]

نجد أن المشرع التونسي قد عمم مسألة المساكنة، بالنسبة لجميع الحاضنات أُمّاً كانت أو غيرها، وتشتمل جميع أسباب سقوط الحضانة عدا العجز البدني، مستندا هذا الحكم من الفقه الإسلامي، وبالتحديد الفقه المالكي، الذي اعتبر مساكنة الحاضنة الجديدة مع الحاضنة التي

---

[1] أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، ط1، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 1994، ص 150.

[2] قانون رقم 74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية، المعدلة والمتممة.

سقطت حضانتها، شرطا عامّا يشمل جميع الحاضنات ويطبق على سائر أسباب سقوط الحضانة من زواج غيره، على عكس المشرع الجزائري اقتصر في مسألة المساكنة على الجدة والخالة.

وبمفهوم المخالفة، نفهم من الفصل 63 من المجلة التونسية أن من انتقل إليها حق الحضانة، وكانت الحاضنة الأولى عاجزة بدنيا، يمكن للثانية أن تسكن بالمحضون مع الأولى، وذلك بدون رضا ولي المحضون، وفي نهاية الفصل 63 نجد المشرع التونسي قد ذكر شرط آخر

لم يذكره المشرع الجزائري، وهو رضا الولي في مسألة المساكنة، حتى لا تسقط الحضانة على مستحقيها من جدة وخالة وغيرها.

ومن خلال هذا النص، نجد أن المشرع التونسي قد علق مسألة الحضانة وسقوطها في حالة مساكنة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه برضى الولي، وبالتالي على القاضي أن ينظر في حالة النزاع في مثل هذه الحالات إلى رأي الولي، فإن رضي أمضى الحضانة ولم يسقطها وإلا أسقطها عنها.

خلاصة القول إن مساكنة الحاضنة بالمحضون، مع من سقطت حضانتها سبب كافٍ لإسقاط الحضانة، وهذا ما قال به المشرع الجزائري والتونسي بالنص الصريح، أمّا المشرع المغربي فلم ينص على ذلك، مما يجعلنا نرجع إلى الفقه المالكي، أما الحاضنات اللاتي تسقط حضانتهن بالمساكنة فنجد المشرع الجزائري حصرهن في الجدة لأم والخالة أما المشرع التونسي فلم يحصر وجعل أمر المساكنة يعني كل الحاضنات، في حين المشرع المغربي فنجده متذبذب، فتارة يأخذ بالفقه المالكي، وتارة أخرى ينظر إلى مصلحة المحضون، إلا أن الرأي الذي اتفق عليه المشرعين الثلاث وما جرى به العمل القضائي أن مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها.

المبحث الثاني: التنازل عن الحضانة وانتهاء أمدّها.

إن حق الحضانة ليس بالحق المطلق بل أنه نسبي قد لا يتمسك به صاحبه، وإنما يستغني عنه لسبب من الأسباب وهذا ما يسمى بالتنازل، كما أن له مدة محددة عند فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، وهذا ما سنبينه في المطلب الأول سنتحدث عن التنازل وفي المطلب الثاني سنتحدث عن الانتهاء.

المطلب الأول: التنازل عن الحضانة.

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

الفرع الأول: طبيعة الحق في الحضانة.

اختلف الفقهاء في طبيعة الحق في الحضانة، هل هي حق الله أو حق للعبد؟ وهل الحضانة حق للصغير أم حق للحاضن أم هي حق مشترك؟

القول الأوّل: يرون أن طبيعة الحق في الحضانة هي حق لله تعالى لأنها شُرّعت لحفظ النفوس وحفظها من حقوق الله تعالى وهذا رأي الإباضية، إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي لأنها ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على جهة الإلزام لا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع كسلطة الحكم والقضاء.

القول الثاني: يرى بعض فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية أن الحضانة حق للمحضون استنادا لقوله تعالى: ﴿* وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ﴾ [1]. وبالتالي لا يجوز إسقاطها عن الحاضن لأن الآية تدل على ذلك بطريقة الإلزام لأنها قد أقرت بذلك، لأن

[1] سورة البقرة، الآية 233.

من حق الصغير أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها ونموه البطيء. قال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَخۡرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ شَيۡـٔٗا وَجَعَلَ لَكُمُ ٱلسَّمۡعَ وَٱلۡأَبۡصَٰرَ وَٱلۡأَفۡـِٔدَةَ لَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ ٧٨﴾ [1]، وحضانة الصغير تدور حول مصلحته فإذا تحققت هذه المصلحة وجب المصير إليها بصرف النظر عن حق الحاضنة أو حق الأب فيها لأن مصلحة المحضون أولى من مصلحتهما، وبما أن الحضانة حق للولد فهي واجب طبيعي تقوم به الأم إزاء طفل صغير ما يجبر الحاضنة على القيام بها.

القول الثالث: الحضانة حق للحاضن وعليه فهو يسقط حقه إذا أسقطه وإذا أسقطه فلا يجبر عليه إلا بسبب شرعي خاص، أي الضرورة حيق لا يوجد حاضن آخر يقوم بحضانة الطفل وعلى ذلك فإن الأم لا تجبر على حضانة ابنها إذا تركت حقها فيه إلّا إذا كانت نفقة المحضون عليها حيث ترتبط ولاية المال بالنفس ولا تسقط بالإسقاط.

فالقاعدة الشرعية المكرسة في هذا الصدد "لا ضرر ولا ضرار"، والتي تقضي بأن لا تضار والدة بولدها فهو جزء منها حملته كرها ووضعته كرها، فضلا على أنه جزء منها فقد شاركها حياتها مدة حمله وقاسمها غذائها، فهي أحق بحضانته حيث أنها تتفاهم معه في صغره يقانون الأمومة، إلاّ أنها إذا امتنعت عن حضانة صغيرها فلا تجبر عليها ذلك لأن شفقتها الزائدة على ولدها تدعوها إلى حضانته فيحمل امتناعها عن حضانته عجزا منها. [2]

إضافة إلى ذلك، نجد جمهور الفقه قد استدلوا بقوله تعالى: ﴿... فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأۡتَمِرُواْ بَيۡنَكُم بِمَعۡرُوفٖۖ وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ ٦﴾ [3]، فوجه الدلالة أن الآية الكريمة بينت إذا وقع تعاسر على الحاضنة في أمر الرضاعة فسترضع له أخرى لأن ذلك هو الذي يرفع الخلاف والنزاع في أمر الحضانة والرضاع، وبذلك نكون بصدد الآية: ﴿* وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ

---

[1] سورة النحل، الآية 78.

[2] طعيبة عيسى، المرجع السابق، ص 36.

[3] سورة الطلاق، الآية06.

أَوۡلَٰدَهُنَّ﴾ [1]، والأمر فيه أنها محمولة علة حالة الإنفاق وعدم التعاسر. كما أنهم قالوا بأن إجبار الحاضنة على الحضانة فعسى أن تعجز عن القيام بها والله لا يكلف نفسا إلاّ وسعها فالأصل في ذلك أن الأم لا تجبر على الحضانة في حالة عجزها.

القول الرابع: نجد أنهم قالوا إن الحضانة حق للمحضون والحاضنة معا، أي أن الحق فيها مقررٌ شرعا لهما معا، وهذا رأي لبعض المالكية وقد استدلوا هؤلاء إلى آية الطلاق المذكورة أعلاه والتي أجازت للأم عند التعاسر ترك الحضانة فقبت أن لها حق فيها، كما نظروا إلى أنه لا يجوز تركها من الحاضن إذا لم يوجد غيره وهذا يثبت أن الحق للمحضون فثبت أن الحق لهما معا.

والحضانة هي مؤسسة يتعايش فيها حقّان: حق المحضون وحق الحاضن، ولكن الأول أقوى من الثاني ويترتب على هذا القول:

- أن الحاضنة إذا تنازلت عن حقها ورضي من يليها في استحقاق الحضانة بالحاضنة وأرادت أن تستعيد حقها في الحضانة بعد ذلك يجاب لطلبها.
- لو اختلعت الأم مع زوجها على أن تترك له الولد نظير هذا الخلع، فيصح ويبطل الشرط فلها أن تطلب حضانة صغيرها لأن الحضانة حق للمحضون وللأم فلا تملك حق إسقاطها مادام محتاجا لها. [2]

أمّا موقف **القانون،** فالمادة 66 ق أ ج نجد أنها نصت على أنه:" يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" [3]، فما يلاحظ في هذه المادة أنها جمعت بين حقين:

---

[1] سورة البقرة، الآية233.

[2] طعيبة عيسى، المرجع السابق، ص37.

[3] قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

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

-حق المحضون وهو ما يستنتج من عبارة " ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وهنا جعله المشرع حقا أصليا، في حين أن حق التنازل جعله فرعيا لكونه مرتبط بالأصل، كما

-أن المشرع من خلال تعديله للمادة 67 في الفقرة الثانية ق أ ج " لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة". [1]

وما جاء في المادة 68 التي تنص على " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، والمادة 71 من نفس القانون نصت على" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب السقوط غير الاختياري".

ومن هذه النصوص القانونية نجد أن المشرع قد كرس حق الحاضنة في الحضانة، إلا أن المتمعن في تشريع الأسرة يجد أن المشرع أعطى أولوية وأهمية واعتبار لمصلحة المحضون أكثر من الحاضنة، كونه في كل مرة يضيف عبارة مع مراعاة مصلحة المحضون في المواد 64، 65، 67، 69، أو عبارة ما لم يضر بمصلحة المحضون طبقا للمادة 66، ومن تم هذه النصوص جعلت الفقه ينظر إلى الحضانة في ق أ ج على أنها حق للمحضون وحده. [2]

الفرع الثاني: موقف الفقهاء في التنازل عن الحضانة.

إن مفهوم التنازل يذهب إلى التخلي من له حق الحضانة عن التمسك بها، فالتنازل عن هذا الحق يتم بقرار ذاتي ومن الطبيعي أن تثار العديد من التساؤلات حول جواز التنازل عن الحضانة من عدمه، وما يرد من استثناءات عن هذا التنازل.

[1] قانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[2] طعيبة عيسى، المرجع السابق، ص 39.

لذلك فإن الفقهاء –كقاعدة عامة– يرون وجوب إلزام الأم بالحضانة وإجبارها عليها، على شرط عدم إلحاق الضرر بالطفل، ولعل الأسباب التي دفعت الفقه لعدم إجبار الأم على الحضانة يرجع إلى أن أحقية الأم في الحضانة أكثر من غيرها، وعندما تمتنع عن الحضانة ولا تتوفر لديها تلك الشفقة المطلوبة فلا تجبر على ذلك، ثم إن امتناع الأم عن حضانة صغيرها نادراً ما يقع.

فعند **المذهب الشافعي** [1]: إن كان للطفل أبوان فتثبت الحضانة للأم فان امتنعت منها فقد وجد وجهين: أحدهما أن الحضانة تنتقل إلى أم الأم كما تنتقل إليها بموت الأم أو جنونها أو فسقها أو كفرها.

والثاني أنها تكون للأب لأن الأم لم يبطل حقها من الحضانة لأنها طالبت بها كانت أحق بها فلا تنتقل إلى من يدلي بها.

ونجد قول آخر يقول إنه لو غابت الأم أو امتنعت عن الحضانة فللجدة (أم الأم)، وضابط ذلك أن القريب ان امتنع كانت الحضانة لمن يليه، وظاهر كلام الفقهاء عدم اجبار الأم عند الامتناع وهو مقيد بها إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت كأن لم يكن له أب ولا مال أُجبرت.

وعند **المذهب الحنبلي** [2]: الأم إذا كانت متوفية أو متزوجة ولم تكن أهل للحضانة واجتمعت أو الأب والخالة فأم الأب أحق، ومنهم من روي عنهم أن الأخت والخالة هي أحق من الأب، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب لأنها تدلي بالأم وأن الأب تدلي به، فقدم من يدلي بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بابنة حمزة لخالتها وقال" الخالة أم"، فالحديث يدل على أن الخالة

[1] أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج3، دار المكتبة العلمية، لبنان، [د.س] ، ص168.

[2] ابن قدامه، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص246.

أما **المذهب المالكية** [1]: فقال ابن القاسم: سمعت مالكا يقول في امرأة طلقها زوجها وله منها ولد فردّته عليه استثقالا له ثم طلبته، لم يكن ذلك لها.

لأنها قد أسقطت حقها في حضانتها إلا على القول بأن الحضانة حق للمحضون وهو قول ابن الماجشون، ولو كانت قد ردته إلى أبيه بسبب عذر مرض أو انقطاع لبنها لكان لها الحق أن تأخذه معها عند زوال المانع أي شفيت من مرضها أو عاد إليها لبنها.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنها صاحبها بغير عذر، وهو ما اعتبره التشريع الجزائري هو تنازل صريح، وهذا سبب كاف جعله القضاء لإسقاطها من أجل تحقيق مصلحة المحضون.

فيتضح أنّ موقفه في التنازل عن الحق في الحضانة من خلال ما ورد في نص المادة 66 بالفقرة الثانية من ق أ ج:" يسقط حق الحاضنة...، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"[2]، ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد وضع شرطا أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون، وأن يأتي هذا التنازل أمام الجهة المختصة قانونا.

لذلك فإن الحضانة وإن كانت حقا للحاضنة، فإن النازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها بل يشترط أن يكون هناك حاضن آخر تسند إليه الحضانة، على أن تتوفر فيه الشروط المطلوبة قانونا.

ويسقط حق الحضانة إذا تنازل عنها صاحبها ولا يقبل استرجاعها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراها المؤرخ في: 1989/03/27، حيق جاء فيه: " من المقرر فقها وقانونا أن

[1] أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص532.

[2] قانون رقم84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية. لما كان من الثابت – في قضية الحال– أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أن الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهن كمت فعلوا خالفوا الفقه والقانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة". [1]

إضافة إلى قرار آخر للمحكمة العليا عن تنازل الحاضن عن هذا الحق، من أجل تحقيق غرض قد يضر بالمحضون، وهذا بقولها:"... إن الزوجة طلبت التطليق أمام المحكمة وان زوجها علق قبوله على اسناد حضانة الأولاد إليه وعلى أن تخالعه دون أن تحقق الزوجة الشرطين فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف ومن جديد حكموا بالطلاق دون أن يكون طلب الطلاق أو التطليق صريحا يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية"[2]، وعادة يثبت التنازل عن الحضانة، عن طريق المحكمة بموجب حكم، وهذا مع مراعاة مصلحة المحضون.

وأكدت عليه المحكمة العليا، في قرارها المؤرخ في: 1999/04/20، الذي جاء فيه: "من المستقر عليه، أن مسألة اسناد الحضانة يمكن التراجع فيها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، ومتى تبين –في قضية الحال–، أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة اسناد الحضانة إليها، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من قانون الأسرة.

[1] م.ع، قرار رقم53340، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ : 1989/03/27، م ق، ع3، 1990، ص85.

[2] م.ع، قرار رقم44858، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ : 1987/12/07، م ق، ع4، 1990، ص50.

وأن قضاة المجلس، لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون، أخطئوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه". [1]

وبهذا لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط، دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل غيرها أو يوجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية.

ونجد قول الأستاذ عبد العزيز سعد: " أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون، الذي شدد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة، على المحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة، حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون". [2]

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 وجدت ظروف تضر بمصلحة المحضون.

الفرع الرابع: موقف التشريعات المغاربية.

ففي هذا الفرع حاولت التطرق إلى موقف المشرع المغربي والتونسي في مسألة تنازل صاحب الحق عن حقه في الحضانة.

---

[1] مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي، الجزائر، 2001، ص181.

[2] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط1، دار هومة، الجزائر، 2008 ص295.

بداية بـ**المشرع المغربي** في مسألة التنازل عن الحق في الحضانة، فنجده لم يبين صراحة موقفه منه بشكل واضح بل اعتراه شيء من الغموض، على عكس المشرع الجزائري الذي نص صراحة على التنازل عن الحضانة في نص المادة 66 من قانون الأسرة.

فجاء في نص المادة 165 من المدونة المغربية بقولها:" إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها، أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط، رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة الأمر إلى المحكمة، لتقرر اختيار من تراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم، وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك". [1]

وما يؤكد عليه المشرع المغربي على غرار المشرع الجزائري، أن الحضانة ولو كانت حقّا خالصا للحاضنة، فإنّ التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها وهواها، بل يشترط في التنازل أن يكون حناك حاضن آخر تسنج له الحضانة وتتوفر فيه الشروط المطلوبة وفقا لما شرعه القانون.

وهذا ما قال به المجلس الأعلى المغربي في قرار له الصادر بتاريخ: 1988/06/28: "... وليس في الفقه ما يتمسك به الطاعن، من أن للأم أن تتصرف في الحضانة كيف تشاء فتمنحها لمن تشاء" [2]. وقرار آخر صادر من المجلس الأعلى المغربي في تاريخ 1982/07/12 بقوله: "... وأنّ القانون لا يشترط فيمن له حق الحضانة بعد الأم، أن يطالب بها قضاءً ما دام قد مارسها فعليا". [3]

---

[1] قانون رقم190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة، المعدلة والمتممة.

[2] م أ م، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ : 1988/06/28، م ق، ع141، 1988، ص164.

[3] م أ م، قرار رقم545، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ : 1982/07/12، م ق، ع139، 1982، ص183.

مع أن مصلحة المحضون لا تراعى إلّا أمام القضاء، وبالتالي فإنّ القاضي المغربي قد جانب الصواب على عكس ما قال به القضاء الجزائري، وما يلاحظ أيضا أن المشرع المغربي لم يجبر الأم أو غيرها من الحواضن على تحمل الحضانة إذا رفضتها، بل كان حلها الرجوع إلى القاضي الذي يختار بدوره أحد أقارب المحضون، أو حتى غير أقاربه وممكن بلجأ إلى وضع المحضون في مؤسسة مؤهلة للحضانة كحل أخير.

وما يمكن قوله إن القضاء المغربي قد أعطى فسحة للحاضنة ولو كانت أُمّاً، أن تتنازل عن حقها في الحضانة، شريطة أن يجد القاضي من هو أهل للقيام بالحضانة، على عكس القضاء الجزائري الذي جعل التنازل عن الحضانة مرهونة برعاية وحماية مصلحة المحضون.

أما موقف **المشرع التونسي** نجده متفق مع ما جاء به المشرع الجزائري، من خلال فصول مجلة الأحوال الشخصية التونسية نجده قد نص على التنازل عن الحق في الحضانة في الفصلين 55 و64 موضحا موقفه منه.

فجاء الفصل 55 بقوله: " إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها إلّا إذا لم يوجد غيرها".

أمّا الفصل 64 فيقول: " يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها" [1]، ومن خلال ما جاء في هذين الفصلين يتضح لنا وجوب التفرقة بين حالتين وهما:

الحالة الأولى: إن الحاضنة كونها باستطاعتها التنازل عن حقها في الحضانة، ولا يمكن للقاضي إجبارها على الحضانة إلا إذا لم يوجد غيرها، فإن كانت هي الحاضنة الوحيدة ولا

[1] قانون رقم74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية، المعدلة والمتممة.

يوجد حاضن آخر غيرها فإنّ تنازلها لا قيمة له، بل يلزمها القاضي على أن تقوم بواجبها كحاضنة.

الحالة الثانية: إذا لم تكن الحاضنة هي الوحيدة، بل يوجد أشخاص آخرين بإمكانهم الحصول على الحضانة، من أم الأم أو الأخت أو الأب...إلخ، فإن تنازل الحاضنة عن حقها صحيح ويتولى القاضي تكليف غيرها بها.

نجد المشرع التونسي قد أكد في التنازل عن الحق في الحضانة على نفس ما أكد عليه المشرع الجزائري وهو مراعاة مصلحة المحضون.

ومن خلال ما سبق، نجد قرار المحكمة التونسية الاستئنافية، بتاريخ 1963/01/10، آخذة نصب أعينها الفصلين 55 و64 من المجلة، حيث علقت أمر التنازل عن الحضانة، غلى الشروط المذكورة فيهما، فورد قرارها بالنطق التالي: "لمستحق الحضانة إسقاط حقه فيها وينتقل الحق عندئذ لمن يليه في الرتبة، لكن بشرط وجود هذا الأخير، وعدم امتناعه من قبول الحضانة وإلا فلا يقبل الإسقاط.

بما أن الإسقاط لا يتوفر إلا عند تحقيق ذلك الشرط، كانت الحضانة حقّا من حقوق المحضون لا الحاضن، فإن لم يقترن الإسقاط بذلك الشرط، كان لاغيا ولا عمل عليه". [1]

وهناك قرار آخر لمحكمة التعقيب، يؤكد على أن مصلحة المحضون مقدمة على مصلحة الحاضن بقولها: " إسقاط الأم المفارقة لحضانة أبنائها، لا يقبل منها إذا لم يوجد من الأقارب من يصلح لحضانتهم، ومن ثم فمصلحة المحضون مقدمة على مصلحة الحاضنة، وتجبر الأم على الحضانة، إذا احتاج إليها الابن". [2]

---

[1] محكمة تونس الاستئنافية، قرار رقم55681، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ 1963/01/10، م ق ت، ع8، 1963، ص48.

[2] محكمة تونس، قرار رقم26815، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ :1993/03/08، م ق ت، 1993، ص294.

المطلب الثاني: انتهاء أمد الحضانة.

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

الفرع الأول: موقف الفقهاء من انتهاء أمد حضانة الذكر والأنثى.

لقد اختلف الفقهاء في المدة التي تنتهي عندها حضانة المحضون سواء كان ذكرا أم أنثى.

أوّلا: فقهاء الحنفية: عرضوا هذه المسألة فحددها بعضهم بصفات معيبة تظهر في المحضون لتكون دليلا لإنهاء مدة الحضانة، حيث قالوا إن مدة الحضانة للغلام قَدَّرها بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين، قالوا: والأول هو المفتي به، ومدتها في الجارية فيها رأيان: أحدهما حتى تحيض وثانيهما حتى تبلغ حد الشهوة وقدر بتسع سنين، قالوا: وهذا هو المفتي به. [1]

والمفهوم مما سبق، أن تحديد سن البلوغ بسبع سنوات للولد، وتسع سنوات للبنت هو المفتي به، فإذا تعذر تحديد السن، رجع إلى الصفات التي تحدد الاستغناء أو البلوغ فتكون عنصرا مساعدا في الكشف عن الحقيقة، ومعرفة سن الولد أو البنت لانتهاء مدة الحضانة.

ثانيا: فقهاء المالكية: قالوا إن مدة الحضانة للذكر منذ ولادته إلى أن يبلغ أي الاحتلام، وحد انتهاء الحضانة للأنثى حتى تتزوج، فالإمام مالك رضي الله عنه قال: " حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء"، وقال في انتهاء حضانة الجارية: " حتى تبلغ مبلغ النكاح وخيف عليها نظر فإنّ أمها

[1] أبو بكر إدريس حمد، الحضانة في الشريعة الإسلامية، [د.ن] ، [د.س] ، ص7.

كانت في حرز ومنعة وتحصين كانت أحق بها أبدا حتى تنكح، وإن بلغت ابنتها ثلاثين سنة أو أربعين سنة ما كانت بكرا فأمها أحق بها ما لم تنكح...". [1]

ويذكر الدسوقي في شرحه قول الدردير: "وحضانة الذكر من ولادته للبلوغ، فإن بلغ ولو زمنا أو مجنونا سقطت عن الأم واستمرت نفقته على الأب كما مر، وعليه القيام بحقه ولا تسقط حضانته عن المشكل، ما دام مشكلا، وحضانة الأنثى كالنفقة يعني حتى يدخل بها زوجها". [2]

وكل ما قاله المالكية في بقاء البنت عند أمها حتى تتزوج، شرطه توفر الحرز والتحضين فلو كانت الأم في غير تحضين ولا حرز، فيأخذها لأب.

ثالثا: فقهاء الحنابلة: قالوا مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنه يصح، وإن تنازعا حيّر الصبي فكان مع من اختار منهما بشرط ألا يعلم أنه اختار أحدهما لسهولته وعدم التشدد في تربيته، وإطلاق العنان له فيشب فاسدا فإذا علم أن رغبة الولد هكذا فإنه يجبر على البقاء عند الأصلح فإن اختار أباه كان عده ليلا ونهارا ولا يمنعه من زيارة أمه. [3]

رابعا: فقهاء الشافعية: نجد أنهم خالفوا كل الآراء السابقة وقالوا " ليس الحضانة مدة معينة" [4]، وإن الأم أحق بالغلام إلى سن التمييز، فإذا ميَّز خُيِّر بين الأبوين والذكر والأنثى في ذلك سواء وهذا ما روي

---

[1] أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص526.

[2] المرجع نفسه، ص526.

[3] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص524.

[4] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص524.

عن أبي هريرة رضي الله عنه في مسألة وجود التخيير في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إن يخيّر بين أبيه وأمه، فاختار أمه فانطلقت [1]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.

حدد المشرع الجزائري انقضاء الحضانة بعشر سنوات للذكر وبالزواج للأنثى، وتمدد الحضانة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج بعد. وهذا ما نصت عليه المادة 65 من ق أ ج: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[2]، أي أن الذكر تنتهي حضانته ببلوغه عشر سنوات وقد تمدد حضانته إلى 16 سنة، إذا كانت الحاضنة أمًّا لم تتزوج بعد والأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19 سنة، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون والنص هنا لم يشير إلى مسألة هامة وكثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون وهو رغبته في الانتقال، فكثيرا ما يرفض الطفل بعد اصدار الحكم بانتهاء الحضانة العيش والانتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تَعَوُّدِهِ على العيش مع أمّه مثلا لفترة طويلة، إضافة إلى ذلك فنجد المشرع الجزائري قد غفل أيضا عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، فبانتهاء مدتها يفقد الصفير صفة المحضون.

[1] حمزة بن حسين الفعر الشريف، أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى السعودية، 1432هـ، ص15.

[2] قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

فنلاحظ أن المشرّع الجزائري قد حدد سنّ انقضاء مدة الحضانة للذكر ببلوغه العشر سنوات ويفهم من ذلك أنه يحق لأحد الوالدين عند الحكم بطلاقهما أن يطلب بحضانة ولدهما إلا في حالة ما إذا كان سنه يقل عن العشر سنوات، أما بالنسبة للأنثى فنصت المادة على أنها تنقضي حضانتها ببلوعها سن الزواج وبالرجوع إلى نص المادة 7 ق أ ج المعدّلة فقد حددّ المشرّع سن الزواج للمرأة ب 19 سنة. [1]

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

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

عموما بالرجوع إلى المادة 222 ق أ ج، التي نصت على أن:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" [2]، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية نحد آراء الفقهاء المسلمين جاءت مختلفة فمنهم من يقول بعودة المحضون إلى الأب بحكم شرعي وليس للمحضون حق الخيار بين أن يرجع إلى الأب أو الأم، ومنهم من يقول بأن المحضون مخيّر وله الحق في أن يلجأ إلى أي والد يستأنس إليه.

---

[1] المادة 7 نصت على" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة"، القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[2] قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

الفرع الثالث: موقف التشريعات المغاربية.

بداية بـ**المشرع المغربي** فيتضح لنا من خلال نصوص مدونة الأسرة وبالأخص المادة 166 في فقرتها الأولى نجدها تنص على أنه: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء"[1]، وعليه فإنّ مدة الحضانة تبتدئ منذ ولادة الصغير سواء كان ذكرا أم أنثى، وتنتهي حين بلوغه سن الرشد القانوني ألا وهو ثمانية عشر سنة كاملة ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع المغربي في تحديده لمدة الحضانة يكون قد وحد بين سن الرشد القانوني وسن الزواج وبين السن الذي تنتهي فيه مدة الحضانة.

أمّا عند **المشرع التونسي** فقال إن مدة الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى أن يبلغ سن الرشد وهي 18 سنة، فالحضانة تسقط بانتهاء أمدها الذي ينقضي بانقضاء موجبها وهو ارتفاع حق الولاية على الصبي بتجاوزه السن المقاضاة فيها تربيته وحضانته.

فالمشرع التونسي كان في الفصل 67 من م أ ش في صياغته الأولى نصّ على أنه:" يتعين أن يكون المحضون، قبل بلوغ الذكر لسبع سنين وبلوغ الأنثى تسع سنوات، عند الحاضنة وفيما بعد هذا الأمد إذا طلب الأب نقل المحضون إليه يجاب إلى طلبه، ما لم يرى الحاكم أنّ من الأصلح بقاءه هند الحاضن". [2]

الفرع الرابع: تخيير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة.

بعد بلوغ المحضون سن التمييز ذكرا كان أو أنثى وبعد الاستغناء عن خدمة النساء فإلى من يعود حق حصانته؟

[1] قانون رقم74-93، المتضمن مدونة الأسرة، المعدلة والمتممة.

[2] قانون رقم74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية، المعدلة والمتممة.

فنجد أنّ الفقهاء قد اختلفت آراءهم في عودة حق الحضانة بعد سن التمييز وفرقوا بين الذكر والأنثى:

أولا: إذا كان المحضون ذكرا.

اختلف الفقهاء حول حضانة الذكر، وجاء كل مذهب بقوله:

أ-المذهب الحنابل: إذا بلغ الغلام الغير معتوه سبع سنين خيّر بين أبويه إذا تنازعا فيه، فيذهب مع من اختار منهما، بشرط ألا يعلم أنه اختار أحدهما لسهولته وعدم التشدد في تربيته وإطلاق العنان له فيشب فساداً، فإن اختار أباه كان عنده ليلاً ونهاراً، ولا يمنع من زيارة أمه، وإن مرض الغلام كانت أمه أحق بتمريضه في بيتها، أمّا إذا اختار أمه فإنّه يكون عندها ليلاً ويكون عند أبيه نهاراً. [1]

ب-المذهب الشافعي: إذا افترقا الزوجان ولهما ولد بلغ سن التمييز ذكرا كان أو أنثى، بلغ سبع سنين أو ثمانية وصلح الزوجان للحضانة وتنازعا فيه خيّر بينهما، وكان عند من اختير بينهما كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع تلك المرأة التي جاءت إليه شاكية من زوجها فقالت: يا رسول الله، إنّ زوجي يريد أن يذهب بإبني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به"[2].

ت-المذهب الحنفي: الحاضنة أُم، أَم غيرها أحق بالغلام حتى يستغني عن خدمة النساء، حيث يقوم بشؤون نفسه فلا حاجة له بعد ذلك بحضانة النساء لأنه بعد ذلك يحتاج إلى التأديب والتعليم والرعاية الذهنية...، والأب هو القادر على ذلك، وهنا لا ضار في تخييره بين والديه.

---

[1] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص524.

[2] حمد بن عبد الله بن عبد العزيز الحمد، دروس الشيخ حمد الحمد، ج15، دار الكتب العلمية ، لبنان، [د.س] ، ص11.

ج-المذهب المالكي: يقولون بأن الذكر يستمر في حضانة أمه حتى البلوغ والأنثى تى تتزوج، أي المحضون لا يخير بين والديه.

ثانيا: إذا كانت المحضون أنثى.

اختلف الشافعية والحنابلة حول إذا كانت المحضونة أنثى، بانقسامهم إلى قسمين وهما:

الأول: استمر الشافعية بقولهم بالتخيير بعد سن التمييز لأن الأدلة التي وردت بالتخيير جاءت عامة لم تفرق بين الذكر والأنثى ولذا فإذا بلغت الأنثى سن التمييز تخير بين أبويها فمن اختارته كانت معه. [1]

الثاني: وقال الحنبلية: أن الأنثى المحضونة إذا بلغت سن التمييز فالأب أو الولي العاصب أحق بها، لأنها تحتاج إلى الحفظ والأب أولى بذلك من الأم لأنه أقدر على رعايتها وتأديبها باعتبار أن الأم نفسها بحاجة إلى من يحفظها، ولأن الصغيرة إذا بلغت سبعا، فإنها تحتاج إلى عناية خاصة، لأنها تقترب من سن الزواج، فالرسول عليه الصلاة والسلام تزوج بأم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وهي بنت سبع ودخل بها وهي ابنة تسع، إضافة إلى ذلك في مسألة الخطبة والزواج فالأنثى تُخطب من أبيها لأنه وليها، وهو الذي يملك تزويجها لأنه أعلم بالكفاءة والمكان المناسب الذي يضع فيه ابنته ولا يصح قياسها على الذكر لأنه لا يحتاج إلى حفظ كما تحتاج الأنثى. [2]

الثالث: وقال المالكية تستمر الحضانة علة الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها زودها لأنها بعد ذلك تستغني عن خدمة الحاضنة، أي أن حق الحضانة إذا ثبت استمر حتى ينتهي زمانها بالبلوغ. [3]

---

[1] أبي حسن الشافعي، المرجع السابق، ص288.

[2] ابن قدامه، المرجع السابق، ص.617.

[3] أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص526.

الرابع: أما الحنفية ففرقوا بين أن تكون الحاضنة هي الأم أو غيرها، فإن كانت الحاضنة هي الأم كانت أحق بالأنثى حتى تبلغ أو تشتهى، ثم تكون الحضانة للأب أو للولي العاصب، فحد البلوغ أو الاشتهاء يكون بين تسع سنين وإحدى عشرة سنة. [1]

ومن ثم فمصلحة الأنثى أن تبقى بيد أمها حتى البلوغ لأنها تحتاج إلى الحماية والصيانة والحفظ لأنها عرضة للفتنة ومطمع للرجال والأب أولى وأقدر على ذلك لأن الرجال عندهم من الغيرة ما ليس عند النساء وهم أقدر على صيانة الأنثى، فكانت مصلحة الصغيرة بعد البلوغ عند أبيها.

أما في القانون فنجد أن **المشرع الجزائري** قد أغفل عن وضعية المحضون عند انتهاء أمد الحضانة، ولذا إذا أردنا إقرار تخيير المحضون أو استماعه في القانون، فإنّ ذلك يحصل أثناء مدة الحضانة التي يكون فيها النزاع على المحضون محلا، ومن خلال التفحص والتمعن في النصوص القانونية نجده لم يشر إليها، فكثيراً ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش في الجهة التي أسندت إليها الحضانة لأنه تعود على العيش مع أمه إذا كانت لها الحضانة.

وهنا القاضي يكون أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين هما: فالأمر الأول إما تطبيق النص القانوني بحكم انتهاء حضانة الأم وبالتالي تعود الصغير على العيش مع أبيه من جهة حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه أمّا الأمر الثاني: الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه الأخذ في الحسبان مصلحته. [2]

وقد تأكدت هذه النظرة في القضاء الجزائري بمناسبة قرار أصدره المجلس الأعلى في 1970/10/11 قضى بأن سماع الأولاد المحضونين والنظرة في اختيارهم أحد الوالدين هو وجه غير سديد لأن الشرع يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية كما أنه ليس هناك نص يلزم سماع الأولاد في هذا الموضوع.

---

[1] بدر الدين العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص650.

[3] الرشيد بن الشويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة، ط2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص258.

الفصل الثاني: الأسباب العارضة لسقوط الحضانة

زيادة على ما تم ذكره في الفصل الأوّل الأسباب الجبرية لسقوط الحق في الحضانة نجد إلى جانبها الأسباب العارضة، وبسببها يسقط الحق فيها، ومن هذه الأسباب قد يكون بسبب سكوت صاحب الحق عن حقه فيها وعدم المطالبة بها بعد مرور زمن معين، والآخر يسقط بسبب السفر والانتقال بالمحضون إلى بلد آخر، ومن ثم سنتطرق بالتفصيل إلى كل سبب على حدا في المباحث والمطالب الآتية.

المبحث الأول: السكوت والاستيطان.

إضافة إلى الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحق في الحضانة، نجد أسباب أخرى منها عدم المطالبة بالحضانة والسكوت عنها مما يؤدي إلى سقوطها عن صاحبه، وسبب الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي وهو أيضا بدوره يسقط حق الحاضن في الحضانة، وبالتالي سيتم التطرق إلى عدم المطالبة بالحضانة كمطلب أول، أما المطلب الثاني سنتناول الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي.

المطلب الأول: سكوت صاحب الحق في الحضانة وعدم المطالبة بها.

فبمجرد أن ينشأ الحق في الحضانة يجب على صاحبه أن يطالب به فورا، وإلا تعرض حقه للسقوط بسبب سكوته عنه، وذلك بمرور مدة معينة حددها الفقه والقانون حماية لحق المحضون، الذي قد يتعارض مع حق الحاضن فيستلزم تغليب مصلحة المحضون.

الفرع الأول: موقف الفقه من سكوت صاحب الحق في الحضانة دون المطالبة بها.

نجد رأي **الجمهور** أن للحاضن الذي سقطت حضانته لعذر كمرض أو سفر...، أن يطالب بعودة الحضانة إليه، بعد أن انتقلت إلى من يليه في الدرجة، لأن الحضانة لا تسقط بالإسقاط وإنما تمنع بموانعها وتعود بزوال تلك الموانع. [1]

أما عند **المذهب المالكي** فيرون أن صاحب الحق في الحضانة يسقط حقه بعدة شروط وهي كالآتي:

أ- أن يعلم بحقه في الحضانة وسكت عنه دون المطالبة بها مهما طالت مدة سكوته.

ب- أن يعلم أنّ سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان جاهلا لذلك فلا يسقط حقه فيها بالسكوت.

[1] محمد سمارة، المرجع السابق، ص392.

ت- أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة، فلو سكت عن حقه في الحضانة في أقل من سنة وطلبها فقضي له باستحقاقها، فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي وثم الدخول بها ولم يعلم بالزواج من انتقلت إليه الحضانة حتى فارقها زوجها وسكت عن أخذ الولد عاما، ولم ينزعه منها وبقي معها لأن سكوته حتى مضت سنة يُسقط حقه بطلب الحضانة. [1]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من عدم المطالبة بحق الحضانة.

إنّ دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية محددة وبها يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها فا**لمشرع الجزائري** نجد موقفه يتضح من خلال نص المادة 68 ق أ ج بقولها:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها" [2]فمرور السنة دون المطالبة بالحضانة هي حالة نص عليها القانون صراحة، بشرط أن يكون العذر قانوني وشرعي ويرجع للقاضي تقدير هذا العذر والأسباب التي أسقطت حق الحاضن في الحضانة، وأمّا بدون عذر فيسقط هذا الحق من طرف من له مصلحة بهذا الحق يطلب إسقاطه من القاضي مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، كما أن المشرع الجزائري لم يشر إلى تاريخ بداية سريان مدة السنة، وبالتالي نجد الإجابة من خلال نص المادة 222 ق أ ج التي نصت على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" [3]، فتحيلنا هذه المادة إلى أحكام الشريعة الإسلامية فريق من الفقه يرى بأن السنة تبدأ من تاريخ علم صاحب الحق في الحضانة باستحقاقه لها، وفريق آخر يرى أنها تبدأ من بلوغ الطفل سن التمييز.

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص7313.

[2] قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم.

[3] قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

نتيجة الغموض الذي يشوب نص المادة 68 ق أ ج نجد القضاء في قراراته القضائية يفسر هذا النص، وهي:

قرار بتاريخ 1984/07/09 بقوله:" من المقرر شرعا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط من مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة، ومن ثم فإنّ القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ولما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975/05/20 وأن الجدة للأم لم تحرك ساكنا إلا في شهر ديسمبر 1980 حيث طلبت ممارسة الحضانة فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب، وبإسنادها للجدة للأم، أخطأوا في قرارهم هذا وخالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي.

ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه" [1]، ومن ثم يمكننا القول صحيح أن مرور مدة سنة دون المطالبة بالحضانة هي الحالة التي نص عليها القانون، ولكن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير الظروف، إذا كان التأخير يعني به قد تنازل عن الحضانة أم لم يتنازل عنها، وهذه السلطة استمدت بالخصوص من عبارة "بدون عذر" التي توسع سلطة القاضي، لهذا فإنه لا يمكن القول بأن حق الحاضنة سقط بقوة القانون إذا لم يطلب بالحضانة في أجل قدره سنة وكل هذا صيانة لحقوق المحضون وحماية مصالحه. ومن هنا يتبادر في عقولنا سؤال ما إذا كان هذا الاسقاط لا يتم إلا أمام القاضي، فهل للقاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه؟

فعند الرجوع إلى الشريعة العامة في القانون المدني نجد الإجابة على هذا السؤال، من خلال نص المادة 321 التي تقول بأن:" لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل

[1] م ع، القرار رقم32829، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ1984/07/09، م ق، ع01، 1990، ص60.

يجب أن يكون ذلك بناء على طلب من المدين أو من أحد دائنيه، أو من أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به". [1]

الفرع الثالث: موقف التشريعات المغاربية.

أمّا بالنسبة إلى التشريعات المغاربية فنجد أن **المشرع المغربي** جعل للمطالبة بحق معين فعلى طالبه أن يحترم المواعيد المحددة قانونا وإلاّ ذهب سُداً، فنجده قال بأنّ مرور سنة كفيلة بإسقاط حق الحاضن في الحضانة ويتم نقلها إلى غيره.

وبهذا جاءت المادة 176 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:" سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة" [2]، فمقابل عبارة العذر التي جاء بها المشرع الجزائري نجد المشرع المغربي استعمل عبارة لأسباب قاهرة.

فحتى ولو مرت سنة بدون المطالبة بها يمكن للقاضي المغربي أن يبقي الحضانة لمن أسندت إليه، آخذاً دائما مصلحة المحضون في الحسبان لأن مصلحته فوق أي اعتبار، إلاّ أن إشكالية تاريخ بداية سريان مدة السنة لم ينص عليها أيضا المشرع المغربي حاله حال المشرع الجزائري.

فبالرجوع لنص المادة 400 من نفس المدونة تقول بأن:" كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الاسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف" [3]، بمعنى في حالة عدم وجود نص نذهب إلى المذهب المالكي، والذي يقول بأن مدة السنة يبدأ سريانها من تاريخ علم صاحب الحق في الحضانة.

أمّا في حالة سكوت الحاضن لمدة سنة، فهل يسقط الحق في الحضانة؟

---

[1] أمر رقم75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم07-05 المؤرخ في 13 مايو2007، ج ر، ع31، الصادر بتاريخ:13 مايو2007.

[2] قانون رقم190-57-1، المتضمن مدونة الاسرة المغربية، المعدلة والمتممة.

[3] قانون رقم 190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدلة والمتممة.

فنجد أحمد الخمليشي قد أجاب عليه بقوله:" إذا حاولنا الرجوع إلى فقه الإمام مالك، تبين لنا أن الصيغة المستعملة في أغلب كتب هذا المذهب، هي الاقتصار على حالة تزوج الحاضنة أي أن السكوت إنما يكون مسقطا، في حالة ما إذا كان سبب انتقال الحضانة إليه هو موت الحاضنة مثلا، أو فقدها لأحد شروط الأهلية، أو حدوث الطلاق بالنسبة للأم، فإن حق لا يسقط ولو سكت أكثر من عام". [1]

إلا أن المشرع المغربي، حصر تقادم حق مستحق الحضانة في حالة واحدة للإسقاط وهي علمه بتزوج الحاضنة وقد تم الدخول بها، على عكس المشرع الجزائري الذي وسع دائرة اسقاط حق الحضانة في عدة حالات، إلا أن الحالات الأخرى بمكن أن تسقط الحضانة، وهذا يرجع إلى اجتهاد القاضي المغربي.

فنجد قرار للمجلس الأعلى المغربي، الصادر بتاريخ 1981/10/14؛ أيد الحكم الابتدائي الذي حكم للأم بالحضانة، رغم كونها لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق، وأكد أنّ الأم لا تسقط حضانتها، وأنّ المادة 176 لا تمثل الأم التي لا يسقط حقها في حضانة ابنها بمرور المدة مطلقا، وبالتالي الحكم الاستئنافي الذي أسس السقوط على هذه المادة، جاء غير مرتكز على أساس صحيح من القانون، وبالتالي معرض للنقض. [2]

فإسقاط الحضانة بمضي سنة نجد تبريرها في الفقه المالكي، القائل بها في قياسه على الشفعة وهذا ما هو المعمول به في القضاء المغربي.

و**المشرع التونسي** فنجد متفق مع بقية المشرعين المغاربة، على أن مرور سنة لصاحب الحق في الحضانة دون المطالبة بها، يسقط الحق فيها، وهذا ما جاء به الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقولها:"... أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول

---

[1] أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص177.

[2] م أ م، القرار رقم 583، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ:1981/10/14، م ق م، ع30، 1982، ص97.

ولم يطلب حقها فيها..."[1]، وما يلاحظ على المشرع التونسي أنه لم يذكر قضية العذر كما ذكرها المشرع الجزائري، أو سبب قاهر كما عند المشرع المغربي، الذي يمنع سقوط الحق في الحضانة.

فنجد المشرع التونسي على غرار المشرع المغربي، قد حصر تقادم حق مستحق الحضانة، بالعلم يتزوج الحاضنة والدخول بها، على عكس المشرع الجزائري الذي وسع في هذه الحالات، ومثله مثل المشرعين السابقين نجد إشكالية تاريخ بداية سريان مدة السنة يعتريها الغموض.

إلا أن القضاء التونسي جاء بالحل لهذا الإشكال، وهذا آخذا بمصلحة المحضون في الحسبان، وما يلاحظ أيضا أن الفصل 58 من المجلة التونسية قد ذكر شروط الحاضن وفي نفس الوقت أخلطها بأسباب سقوط الحق في الحضانة، فكان بإمكان المشرع التونسي أن يضع فصل آخر يتعلق بشروط الحاضن، وفصل يتعلق بأسباب سقوط الحق في الحضانة.

ومن أجل ذلك جاء في قرار محكمة التعقيب، الصادر في 1966/06/07 بقوله: سكوت مستحق الحضانة في المطالبة بنقل المحضون إليه، لتزوج الحاضنة بغير محرم للمحضونة، مدة عام بعدم علمه بالدخول بها، من طرف الزوج الثاني، يسقط حقه في الحضانة" [2].

والذي يفهم من هذا القرار أن الدخول المراد به هنا، هو الدخول الحقيقي، كما أنه إذا رجعنا إلى الفصول الأخرى (16،22،28،34)، واللواتي استعملن مصطلح الدخول بمعنى الدخول الحقيقي، وهو نفسه عند المشرع المغربي.

---

[1] قانون رقم 74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدلة والمتممة.

[2] م ت، قرار رقم 4406، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ: 1966/06/07، م ق ت، ع09، 1966، ص25.

وخلاصة قولنا إن سقوط الحق في الحضانة بسبب مرور سنة كاملة أو يزيد، هو نص صريح جاء به قانون الأسرة الجزائري وحتى القوانين المغاربية، إلا أن بعض الغموض بعتري جميع هذه النصوص وهو تاريخ بداية سريان المدة، لنجد الحل في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 400 من مدونة الأسرة المغربية، والتي تحيلنا إلى تطبيق ما جاء في به المذهب المالكي.

الفرع الرابع: عودة الحق في الحضانة بعد مرور مدة سنة.

إنّ الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة يقولون إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال المانع عادت الحق لصاحبه.

ففقهاء المالكية يفرقون فيقولون إذا كان المانع من استحقاق الحاضنة للحضانة أمراً اضطراريا لا دخل للحاضنة فيه –تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع–، أما إذا كان المانع أمراً اختيارياً للحضانة لها دخل فيه لا تعد إليها حتى ولو زال هذا المانع.

إذا مرضت الحاضنة مرض يمنعها من الحضانة، أو سافرت لأداء فريضة الحج أو سافر ولي المحضون إلى بلد أجنبي للاستقرار وأخذ معه المحضون، ثم شفت الحاضنة من مرضها، أو عادت من الحج، أو رجع الولي من سفره فإنّ حق الحضانة يعود لها، لأنها تركت حقها في الحضانة بغير اختيارها.

أمّا إذا تزوجت الحاضنة برجل أجنبي ودحل بها أو انتقلت إلى بلد آخر بعيد عن بلد الولي وسقط حقها في الحضانة بسبب الزواج أو الانتقال، ثم فارقها الزوج سواء طلقها أو توفى عنها أو عادت إلى البلد الذي فيه الولي، فإنّ حقها في الحضانة لا يعود لأنها أسقطت حقها بنفسها. (1)

(1) أحمد ناصر الجندي، المرجع السابق، ص158.

فالمالكية يعتبرون زواج الحاضنة مانعا اختياريا للحاضنة ومن تم فيمنع من عودة الحضانة ولو زال هذا المانع بالطلاق أو الفراق.

أمّا القضاء في الجزائر بين أنّ المقر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها الغير اختياري، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، فالأم التي أسقطت حقها في الحضانة بعد زواجها من أجنبي يعد تصرفا اختياريا يمنع عودة الحضانة ولو بعد زواله. (1)

المطلب الثاني: الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي.

إنّ الحاضن عندما تصبح له الولاية على المحضون يجب عليه الحفاظ عليه وحمايته والقيام بشؤونه والتركيز على نشأته نشأة سليمة، والقرب من والديه وعدم ابعاده عنهما خاصة بالسفر إلى بلد بعيد، لذا يعتبر انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي أي خارج التراب الوطني، من أسباب سقوط الحق في الحضانة، وفي هذا المطلب سنتناول مدى إمكانية نقل المحضون إلى بلد آخر من عدمها فقها وقانونا في الفروع الآتية:

الفرع الأول: موقف الفقهاء في السفر بالمحضون.

لقد اختلف فقهاء المذاهب في السفر بالمحضون، كون لكلا الأبوين حق في المحضون فللأم حق في حضانته وللأب أيضا حق في رعايته، ولذا في هذا الفرع سنفرق ما إذا كانت الحاضنة أم، أو إذا كان الحاضن أب.

أوّلا: إذا كانت الحاضنة هي الأم.

بداية **المذهب الحنفي** فنجدهم قد ذهبوا إلى مسألة سفر الأم بالمحضون إلى عدة صور وهي كالآتي:

(1) أحمد ناصر الجندي، المرجع السابق، ص159.

أ- إذا كانت الحاضنة مطلقة وتريد ان تنتقل بالمحضون إلى بلد آخر، وفي هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال إلا إذا كانت مطلقة طلاق بائن أو رجعي، وعدتها تكون قد انقضت، أمّا إذا لم تنقض عدتها فإنها لا يجوز لها الانتقال ولا الخروج حتى تنقضي العدة.

أو ألا تكون البلدة التي تريد الانتقال إليها بعيدة على الأب، حتى يستطيع زيارة ولده ويرجع في يومه، ويجوز لها أن تنتقل إلى بلدة بعيدة إما أن يكون قد عقد عليها في هذا البلد، أو أن تكون هذه البلدة وطناً لها.

ب- أن يكون الأب موجود، والحاضنة تكون إما الجدة أو الخالة ونحوهما من الحاضنات غير الأم، وهن لا يجوز لهن الانتقال بالمحضون عن البلدة التي بها أبوه بدون إذنه، لأننا قد عرفنا أن الذي برر انتقال الأم إلى وطنها عقد الزواج عليها فيه، لأن رضاها بالعقد فيه رضا بالإقامة.

ت- إذا كان الأب متوفي والحاضنة في عدة الوفاة، فلا يجوز لها الخروج بالمحضون إلا بإذن الولي الذي يحل محل الأب، أمّا إذا انقضت عدتها فلم يفتي في المسألة بل ترك الأمر للاجتهاد القضائي ليرى ما فيه مصلحة الصغير، فإن كان من مصلحته عدم الانتقال فيمنعها، وإذا كان فيه مصلحة سمح لها بالانتقال. [1]

أما **المذهب المالكية** فقالوا بأنه ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلدة أخرى ليس موجود فيها الأب إلا بشروط:

الأول: أن تكون المسافة أقل من ستة برد، فإن كانت أقل فإنه بصح لها أن تستوطن فيها ولا يسقط حقها في الحضانة، فللحاضنة أن تنتقل به إلى بلد آخر، وليس له نزعه منها.

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص525.

الثاني: أن يكون السفر للإقامة والاستيطان، أمّا إذا كان للتجارة أو لقضاء حاجة، فإن لها أن تسافر به ولا يسقط حقها في الحضانة، بل تأخذه معها، ويمكن للولي أن يحلفها بأنها لا تريد السفر للانتقال والاستيطان، وإنما أرادت السفر للتجارة على سبيل المثال، وإنما يصح أن تكون الطريق مأمونة، وأن يكون المكان الذي تريد السفر إليه مأمونا، أما الولي فإنه إذا أراد السفر من بلدة لأخرى كي يقيم بها، 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، فإنّ حضانتها لا تسقط بانتقاله، وإنما يكون له حق أخذ المحضون منها ويسقط حقها في الحضانة بشرطين: أحدهما: أن يكون الولي قاصداً السفر إلى بلدة تبعد عن بلد الحاضنة مسافة ستة برد فأكثر، أمّا إذا كانت دون ذلك فليس له أخذه منها، لأنه يمكنه أن يشرف على الصغير في هذه الحالة. والثاني: أن يكون قاصداً الانتقال والاستيطان، أما إذا كان قاصداً التجارة ونحوها، فإنه لا يأخذ منها ولا يسقط حفها فب الحضانة، ولها أن تحلفه أيضا على أنه أراد سفر الانتقال لا سفر التجارة. [1]

أمّا **المذهب الشافعي**، قالوا إذا أراد الحاضن السفر لحاجة كالحج أو تجارة، فالمقيم أحق بالولد لأنه لا حظ للولد في حمله ورده، باعتبار أن في السفر تعب ومشقة للمحضون [2]، وذكر الشيخ أبو حامد: "إذا سافر الأب لحاجة، فإن كان الولد صغيرا ترك مع الأم، وان كان مميزا خير بينهما فإن اختار الأب... لم يسافر به، وإنما يسلمه إلى من يقوم به" [3].

أمّا إذا كان السفر لنقلة والاستيطان وكان الطريق غير آمن فالمقيم منهما أحق بالولد، خوفا من إلحاق الضرر بالمحضون، وتسقط حضانة الأم إذا سافرت مسافة تقصر فيها الصلاة

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 526.

[2] أبو اسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص169.

[3] أبو الحسين العمراني، المرجع السابق، ص290.

فالأب أحق به سواء كان مسافر أو مقيم، وسواء كان الولد مميزاً أو غير مميز، أمّا إذا كان السفر للنقلة أقل من مسافة تقصر فيها الصلاة، فالحكم هنا حكم المقيم.

وإذا سافرت الأم مع الأب سفر نقلة لا يسقط حقها في الحضانة، وإن سافر الأب بالصغير ثم رجع عاد حق الأمم في الحضانة لزوال المانع. [1]

ونجد **المذهب الحنبلي**، قد فصلوا بين سفر الحاجة وسفر النقلة، فإذا كان سفر الحاجة وأرادت الحاضنة الأم السفر إلى بلد آخر وطريقه غير آمن فالولد يتبع والده المقيم، سواء كان سفر الحاجة هذا بعيد أو قريب فالصغير يتبع أباه إلى حين عودة أمه مخافة من مشقة السفر.

وان كان السفر لنقلة وسافرت به أمه إلى بلد آخر وكان طريقه غير آمن للسكن، تسقط حضانته وتنتقل إلى الأب. وان انتقلا الأم والأب معا تبقى الحضانة من حق الأم، وان كانت النقلة إلى مكان قريب لا تقصر فيه الصلاة، وللأب رؤيتهم متى أراد، فلا تسقط حضانتها. [2]

ثانيا: إذا كان الحاضن هو الأب.

فإذا كان الولد عند أبيه لاستغنائه عن خدمة النساء وأراد أبوه السفر به كان له ذلك لأن الولد مع أبيه الحظ له في حفظ نسبه وتأديبه وتعليمه، ومراعاة حفظ النسب أولى من مراعاة الحضانة. [3]

أما إذا كان المحضون بيد حاضنته وأراد أبوه أن يأخذه منها ليسافر به، فليس له ذلك وتكون الحاضنة المقيمة أحق بحضانته منه، لأن خروج الأب بالولد قبل استغنائه عن حضانة النساء إضرارا بالحاضنة بإبطال حقها في الحضانة وهذا لا يجوز.

وفي حالة ما كانت الزوجية قائمة فليس للأب أن يخرج بالولد من مكان الزوجية من غير أمه ورضاها، سواء كان المكان قريب أو بعيد. وإذا سافر الأب بالولد ثم طلقها فطالبته برده، فإن.

---

[1] ابو اسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص169.

[2] ابن قدامه، المرجع السابق، ص248.

[3] أبو الحسين العمراني، المرجع السابق، ص291.

كان قد أخرجه بإذنها لا يلزمه رده إليها بل يقال لها: اذهبي وخذيه، أما إذا كان بغير اذنها لزمه رده كما لو خرج به مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده، وغير الأب من العصبات كالجد غير أن الأنثى لا تدفع إلى غير المحرم.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.

إن السفر بالمحضون في نفس البلد شمالا جنوبا، شرقا غربا، لا يسقط الحق في الحضانة، فالذي يسقطها هو ذاك السفر الذي يكون خارج التراب الوطني، والذي به يتضرر الصغير، وهذا ما سيتم معالجته في هذا الفرع.

ف**المشرع الجزائري** فقد عالج موضوع انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي من الأسباب المسقطة للحق في الحضانة، نظرا للضرر الذي قد يلحق بالمحضون بسبب هذا السفر وما فيخ من مشقة. فقد عالجها المشرع من خلال نص المادة 69 ق أ ج، والتي نصت على أنه: "إذا أراد الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون" [1]، فمصلحة المحضون تقتضي تعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي. ومن خلال المادة نفسر منها أنها قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي، وهذا من أجل تحقيق مصلحة المحضون وبقائه تحت رقابة والديه. ومن ثم فإنّ السفر بالمحضون خارج الوطن من أجل الإقامة بشكل مستمر ودائم يخضع لأحكام المادة 69 التي ذكرناها سابقا وإذا كان السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي من أجل السياحة أو العلاج بصفة مؤقتة فلا يخضع لحكم المادة 69 من قانون الأسرة.

فنجد قرارات المحكمة توضح أكثر المقصود بالسفر إلى خارج الوطن، الذي يعتبر سبب من أسباب سقوط الحق في الحضانة، وبهذا الصدد نجد قرار الصادر بتاريخ: 1989/01/02

[1] قانون رقم84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

قضى بـ: من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الاحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمحالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه.

لما كان من الثابت –في قضية الحال– إنّ الطاعنة طالبت اعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الاجنبيين اللذان اسندا حضانة البنتين إلى أمهما، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الاجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومها فضلا عن أن الأب له الحق للرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون". [1]

ويفهم من خلال هذا القرار القضائي، أن المعتبر في القانون كسبب لإسقاط الحق في الحضانة هو إقامة أحد الأبوين في بلد غير مسلمة، أما إذا كانت إقامة الصغير في بلد غير مسلم فلا يسقط الحق في الحضانة، وذلك اعتبارا لمصلحة المحضون التي على القاضي أن يضعها في الحسبان.

وهذا ما أكده قرار آخر للمحكمة العليا، بتاريخ:1990/02/19 بقوله: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن اسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون.

[1] م ع، قرار رقم52207، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ: 1989/01/02، م ق، ع04، 1990، ص74.

ويستوجب بنقض القرار المطعون فيه". [1]

وفي حالة ما إذا كان الوالدين يقيمان مع في بلد أجنبي، فقد جاء قرار المحكمة العليا، في قرار صادر في 1989/12/25 بـ: متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا فإن سكن الوالدين معا، في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع الذين قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمها طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا". [2]

فالذي نستنتجه من القرارات المحكمة العليا، أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة وإنما هو أداء واجبه القانوني، فإذا قام به الحاضن كما أمره القانون فيبقى حقه في الحضانة قائما إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني لنهاية الحضانة.

الفرع الثالث: موقف التشريعات المغاربية.

اختلفت أحكام التشريعات المغاربية فنجد **المشرع المغربي** اعتبر أن سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي من أسباب سقوط الحضانة، وهذا من خلال نص المادة 179 من مدونة الأسرة التي نصت على: "يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي.

تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك.

---

[1] م ع، قرار رقم59013، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ:1990/02/19، م ق، ع04، 1991، ص117.

[2] م ع، رقم56597، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ:1989/12/25، م ق، ع03، 1991، ص61.

في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك". [1]

فما يستنتج من هذه المادة أنه لا يستجاب لطلب السفر، إلا بعد التأكد من صفة هذا السفر ومن عودة المحضون إلى المغرب، فالمشرع المغربي منح حق الاعتراض للنائب الشرعي حق الاعتراض المسبق أو اللاحق على السفر بالمحضون، إذ له الحق في مراقبة تنقل المحضون خارج المغرب، وما نلاحظه أن القاضي ليس له سلطة في ذلك، على عكس المشرع الجزائري، فالنائب الشرعي عزز له المشرع المغربي رغبته في منع المحضون من السفر، وذلك عن طريق تبليغ النيابة العامة الجهات المختصة بهذا المنع.

والنقطة التي تشارك المشرع المغربي فيها مع المشرع الجزائري، في أن السفر الذي يسقط الحق في الحضانة هو سفر النقلة والإقامة الدائمة بالمحضون خارج الوطن، وإذا كان السفر بصفة مؤقتة فلا يسقط الحق فيها.

أما **المشرع التونسي** فنجد أنه قد عالج سفر المحضون لبلد أجنبي من الأسباب المسقطة للحضانة، وهذا من خلال الفصل61 من المجلة التونسية، بقولها: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها"[2] إضافة إلى الفصل 62 من نفس المجلة بقولها: " يمنع الأب من إخراج الولد من بلد من بلد أمّه إلاّ برضاها ما دامت حضانتها قائمة وما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك"[3]، فمن خلال الفصلين نجد أن المشرع التونسي قد خالف ما جاء به المشرعين الجزائري والمغربي، فهو لم يفرق بين السفر داخل التراب الوطني والسفر خارجه، ونجد قرار محكمة التعقيب التونسية الصادر بتاريخ: 19/10/1985، حيث قضت بأنه: "لا يكتسي الحكم الأجنبي، بإسناد حضانة

---

[1] قانون رقم190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدلة والمتممة.

[2] قانون رقم 74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدلة والمتممة.

[3] قانون رقم 74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدلة والمتممة.

الطفل التونسي إلى أمه الأجنبية المستقرة بألمانيا الصيغة التنفيذية، إذا ما تضمن ما تخالف قواعد النظام العام التونسي، طبقا لما تقتضيه الفقرة الخاصة، من الفصل 318 م.أ.ش.ت" [1]، فما دامت مصلحة المحضون لا تتعارض مع انتقال المحضون إلى بلد أجنبي غير مسلم وعدم الخشية عليه من الفساد دينا وخلقا.

وخلاصة قولنا، أن السفر بالمحضون خارج التراب الوطني، هو من الأسباب المسقطة للحق في الحضانة، التي نصت عليها القوانين المغاربية.

الفرع الرابع: المسافة التي تسقط الحق في الحضانة.

اختلف الفقهاء في المسافة التي يستطيع الحاضن أن ينتقل بالمحضون إليها، وفي تحديد المعيار الذي على أساسه يقدر بعد المسافة أو البلد المراد السفر بالمحضون إليه إذ أن البلد يعتبر قريبا إذا كان الأب أو الولي يستطيع أن يسافر إليه ويراه ويعود إلى محل إقامته قبل أن يحل الليل.

وإذا لم يكن في مقدوره أن يزوره ويعود في نفس اليوم اعتبر بعيدا وهذا ما يسير عليه القضاء وفي هذا مراعاة لمصلحة الصغير ومراعاة لحق والديه، وذلك بالجمع بين حاضنته وبين إشراف أبيه عليه، حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من عطف حاضنته ورعاية أبيه.

أمّا بالنسبة على المسافة التي يستطيع الحاضن الانتقال بالمحضون بها، فقد قدرها **الحنابلة** بالمسافة التي يستطيع الأب رؤية أولاده والإشراف عليهم.

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

[1] م ت، قرار رقم 7422، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ: 1985/10/19، المجلة العربية للفقه والقضاء، ع03، 1985، ص59.

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

وقد حددها **الشافعية** بمسافة القصر، أي تقصير الصلاة. [1]

ومن ثم فإن المسافة البعيدة تفقد صاحب الحق حقه في الحضانة، ومجموع رأي الجمهور أن تكون المسافة قريبة، حتى يمكن للأب أن يحفظ أولاده والإشراف عليهم، وإذا استعسر على الأب ذلك له أن يأخذ المحضون.

[1] أبو الحسين العمراني، المرجع السابق، ص291.

المبحث الثاني: اختلال أحد الشروط المطلوبة في الحاضن وبالالتزامات الخاصة بها.

إنّ العناية بالمحضون وتربيته يتطلب شروطا يجب أن تكون متوفرة في الحاضن، سواء كان رجل أو امرأة على حد سواء، وكذلك تبيان التزامات الحاضن، لهذا فقد وضع الفقهاء والقانون شروطا عديدة والتزامات يجب على الحاضن أن يلتزم بها حتى ينال حقه في الحضانة لذا في المطلب الأول سنتطرق إلى تخلف أحد شروط الحضانة، والثاني فسنبين الإخلال بالتزامات الحضانة.

المطلب الأوّل: تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن.

كما سبق الذكر لابد من توفر بعض الشروط في الحاضن حتى يكون أهلا للحضانة ومن خلال فروع هذا المطلب سنبين ماهي هذه الشروط فقها وقانونا.

الفرع الأوّل: الشروط العامة المطلوبة في الحاضن.

إنّ الحضانة تثبت لمن كان أهلا، باعتبار أن الحاضن هو القدوة للمحضون، باعتبار أن الصغير أضعف حلقة في الأسرة، فالحاضن يؤثر بشخصيته على المحضون، فالإسلام حرص على إنشاء الطفل نشأة صحيحة، ومن ثم فقد وضع في الحضان شروط يجب أن تتوفر فيه، وإلا سقطت عنه الحضانة، وهذه الشرط قد تخص النساء والرجال مع وقد تخص النساء وحدهن، والرجال وحدهم.

ففي هذا الفرع سنتطرق إلى الشروط العامة في الحاضن رجال ونساء، وهي كالآتي:

أ-العقل: هو من النعم التي أنعم بها الله على بني آدم، فالفقهاء اعتبروا أن العقل من الشروط اللازمة للحضانة، باعتبار أن هذه الأخيرة وَلاية، والفاقد للعقل لا يقدر غلى تمييز النفع من الضرر، لذا فإنه يحتاج إلى من يرعاه، فكيف سيتولى شؤون الطفل؟ لذا اتفقوا على أنه لا

حضانة لمن كان مجنونا أو معتوها، لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما، فلا يحسن الواحد منهما القيام بمصالحه، فضلا عن غيره. [1]

فالحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة قد أجمعوا يشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى العقل، فلا حضانة لمجنون ومجنونة، ولا لمعتوه كون أن الحضانة ولاية. [2]

ب-البلوغ: باعتبار أنّ الحضانة هي تولي شؤون الصغير ورعايته، فلا يعقل لمن لم يبلغ سن الرشد أن يتولى شؤون الصغير، فالصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لذا لا حضانة للصغير ولو كان مميزاً، لأن الحضانة مهمة شاقة، لذا يشترط في الحاضن أن يكون بالغا. [3]

وسن البلوغ في القانون الجزائري هو 19 سنة كاملة في نص المادة 40 ق أ ج الفقرة الثانية. [4]

ت-الأمانة: فنجد اختلاف الفقهاء في تحديد مفهوم الأمانة، من أن تكون ضد الخيانة، وعدم الخروج وترك الصغير فيضيع تربية وخلقا.

ف**الحنفية** ألا تكون الحاضنة فاسقة غير مأمونة، فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة، أو كانت لديها حرفة دنيئة فإنّ حقها يسقط. [5]

و**المالكية** قالوا في الأمانة، أنه من كان ثقة وأمينا في حفظ المال والدين، فهو ثقة في الحضانة أمين عليها، ومن كان فاقدا لها فلا حضانة له، ومن هنا يتضح لما أنه لا حضانة لفاسق يشرب الخمر، ومشتهر بالزنا. [6]

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص7305

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص522.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص7304.

[4] أمر رقم75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[5] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص522.

[6] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص523.

عند **الشافعية** فقد أجمعوا على أن الأمانة شرط لازم للحاضن، فمن كان فاسقا فلا حضانة له. [1]

ج-القدرة والكفاءة: ونعني بالقدرة وهي استطاعة الحاضن على رعاية المحضون وتربيته وصيانته والمحافظة عليه، بمعنى أن يكون الحاضن سليم الجسم، فإذا ثبت عجزه بسبب مرض أو عاهة أو شيخوخة، فهو ليس أهلا للحضانة. [2]

د-الإسلام: وهو الامتثال لأوامر الله ونواهيه، وهو مبني على خمس أركان: الشهادة، والصلاة والزكاة، وصوم رمضان، وحج البيت من استطاع إليه سبيلا، ولقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلۡإِسۡلَٰمُۗ﴾ [3]، فالحنفية قالوا إنه يشترط في الحضانة ألا ترتد، فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة، وان تابت رجع لها حقها في الحضانة. [4]

وعند **الشافعية** أخذوا بأنه لا حضانة لكافر، أما حضانة الكافر للكافر، والمسلم للكافر فإنها ثابتة، بمعنى عدم كفر الحاضن للمحضون المسلم، ويجوز الحاضن مسلما والمحضون كافر أمّا العكس فغير جائز. [5]

هـ-خلو الحاضن من الأمراض المعدية: فلا حضانة لمن به مرض معد يخشى على الطفل منه كالجذام والبرص، وهو ما اجمع عليه الفقهاء. [6]

د-الحرية: وفي معناها هي التحرر من القيود التي تكبل طاقة الانسان، سواء كانت قيود مادية أو معنوية، أي التخلص من العبودية والرق، فأجمع فقهاء **الحنفية والحنابلة** على وجوب توفر

---

[1] سيد سابق، المرجع السابق، ص342.

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص152.

[3] سورة آل عمران، الآية19.

[4] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص522.

[5] أبو الحسين العمراني، المرجع السابق، ص275.

[6] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص522.

شرط الحرية في الحاضن، لأن العبد والأمة منشغلين بخدمة سيدهم، فإذا كان أحد الأبوين رقيقا فالحر منهما أولى بالحضانة. [1]

أما **المالكية** فالمعمول به عندهم أن الأم أحق بالحضانة ولو كانت أمةً، لأن الحضانة من حق الأم حرة كانت أو أمة.

الشافعية نجدهم قد منعوا حضانة الرقيق للولد الحر، لكونها ولاية وليس العبد من أهلها، لأنه مشغول بحق سيده. [2]

الفرع الثاني: الشروط الخاصة في النساء والرجال.

وفي هذا الفرع قسمناه إلى قسمين الشروط الخاصة في النساء الحواضن والشروط الخاصة بالرجال.

أولا: الشروط الخاصة بالنساء.

كقاعدة شرعية تقدم المرأة في حضانة الصغير على الرجل لأن النساء هن الأحن والأكثر شفقة وصبرا على المحضون، فأم الصغير تقد عن غيرها عند توافر الشروط الخاصة بها، فإذا لم توجد الأم انتقلت إلى من يليها من النساء بالترتيب على اختلاف القرابتين، وعند التساوي تقدم ذات القرابة من جهة الأم على التي من جهة الأب ويشترط في المرأة الحاضنة ما يلي:

1-أن تكون ذات رحم محرم من الصغير.

كالأم والأخت والجدة، فلا حضانة لبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لبني الخال والخالة والعم والعمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور. [3]

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص523.

[2] حمد الحمد، المرجع السابق، ص6.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص7308.

فالمحرمية وحدها لا تكفي، والقرابة وحدها لا تكفي، ولا تتوفر أهلية الحضانة في النساء إلا بتوافر المحرمية وقرابة عمود النسب.

2-ألا تكون متزوجة بأجنبي.

أي لا تكون متزوجة بغير قريب عن الصغير أو بغير محرم منه، وهو متفق عليه في الحديث الذي تم ذكره سالفا، وهو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، لأن الزوج قد يعامل الصغير بقسوة وكراهية، ولأن الحاضنة تنشغل عن بمحضونها بحق الزوج. [1]

فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه مثلا، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له الحق في الحضانة وشفقته تحمله على رعاية المحضون، ومن ثم فيتعاونان على كفالته.

3-ألا يقيم المحضون في بيت يبغضه.

يرى جمهور الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يكرهه يعرضه للأذى والضياع، كون أن رعاية المحضون لا تشمل فقط الغذاء والكسوة، بل تشمل أيضا نفسيته لأنها تتأثر بطبيعة من حوله سواء كانت إيجابية أو سلبية.

لأن سكناها مع المبغض يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها المتزوجة بأجنبي أي أم المحضون، إلاّ إذا انفردت بالسكنى عنها، كون أن الزوج يريد أن يختص بزوجته دون شريك ولو كان ابنها. [2]

4-ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص7307.

[2] المرجع نفسه، ص7308.

وذلك عند إعسار الأب، فنجد اختلاف الفقهاء فيه، فجمهور الفقهاء قالوا بعدم اشتراط هذا الشرط، وخالفهم المذهب الحنفي في ذلك واعتبر هذا الشرط لازم في المرأة الحاضنة، لأن امتناع الأم عن تربية طفلها مجانا عند اعسار أبيه يسقط حقها في الحضانة، فعدم الامتناع يعد شرطا من شروط الحضانة.

فإذا كان الأب معسراً وقبلت قريبة أخرى بتربية الصغير مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة وأسندت للثانية. [1]

ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال.

في حالة عدم وجود حاضنة من النساء أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة، انتقلت إلى الرجال المحارم من عصبته، ولا حضانة لغير المحرم من الرجال على الأنثى أبدا، فإذا كان المحضون ولد ولا يوجد إلا أقارب غير محارم أولاد العم والعمة أو أولاد الخال والخالة، فلهم الحق في الحضانة، أما إذا كانت المحضونة أنثى فحق الحضانة للإناث منهم.

وإضافة إلى الشروط العامة يوجد شروط خاصة بالرجال يجب أن تتوفر فيهم، وإلا سقطت عنهم الحضانة، وهي كالآتي:

1-أن يكون ذا رحم محرم للصغير.

إذا كانت أنثى، فحدد **الحنابلة والحنفية** سنها بسبع سنين تفاديا والحذر من الخلوة بها، لانتفاء المحرمية بينهما، وإن لم تبلغ حد الشهوة والفتنة أعطيت له بالاتفاق، 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 من الفتنة منه.

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص7308.

إضـــافة إلى رأي **الحنفية**، نجد **الحنابلة** قد اتفقوا معهم، بقولهم: يمكن تســـليم الأنثى لغير محرم ثقة إذا تعذر غيره، وأجاز **الشافعية** تسليمها لغير محرم إن رافقته بنته أو نحوها كأخته الثقة

وتســـلم لها، إن لم تكن في رحله، أما لو كانت في بنته أو نحوها في رحله فإنها تســـلم إليه فتؤمن الخلوة. [1]

2-اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير المسلم، فليست حصانته إليه لأنه لا توارث بينهما، فحق الحضانة في الرجال مبني على الميراث. [2]

3-أن يكون عنده من يحضن من النساء : سواء كان عند الأب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجته أو أم أو خالة أو عمة؛ إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على الأطفال كما تصبر النساء، فإن لم يكن عند الرجف من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة، وهذا ما اشترطه المالكية. [3]

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

لقد نص **المشرع الجزائري** في المادة 62 من ق أ ج على: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" [4]، فنص هذه المادة لم يحدد الشروط التي يجب ان تتوفر في الحاضن، سواء كان رجلا أو امرأة، حتى يستحق الحضانة، وإنما نجده قد ترك المجال

---

[1] المرجع نفسه، ص7309.

[2] ابن قدامه، المرجع السابق، ص245.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص7309.

[4] امر رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

للفقه لتحديد هذه الشروط، إضافة إلى اجتهادات المحكمة العليا، مع مراعاة مصلحة المحضون والتي تعتبر الدرجة الأولى التي يجب مراعاتها عند تحديد الحاضن وإسنادها لمن يستحقها.

وهذا ما تؤكده قرارات المحكمة العليا منها القرار الذي جاء فيه: " متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، وما تقتضيه الحضانة من حماية ورعاية للمحضون"، فقد اعتبرت المحكمة العليا أن تخلف شرط القدرة بالنسبة للحاضن كفقدان البصر في إحدى قراراتها يعد مسقطا للحضانة وعذم مراعاة القضاة لذلك يعد خرقا لقواعد الشريعة الاسلامية.

إضافة إلى أخلاق الأم إذا كانت فاسدة وسوء تصرفاتها يسقط حقها في الحضانة، فقد جاء في قرار المحكمة العليا، الصادر في 1989/05/22 الذي قضى بأنه: " 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". [1]

زيادة عن ذلك جريمة الزنا اعتبرتها المحكمة العليا من أهم المسقطات للحضانة، وأن إسناد الحضانة لأم محكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفا للقانون، فنجد في قرار الصادر بتاريخ:1997/09/30، قضى بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة بإسناد مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين –في قضية الحال– أن

[1] م ع، قرار رقم53578، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ:1989/05/22، م ق، ع04، 1991 ص99.

قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق أ.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة". [1]

وقرار آخر لها الصادر بتاريخ: 2010/07/15 بأن: "يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون" [2]، فهذا القرار جاء مراعاة لمصلحة المحضون.

وفي قرار آخر الصادر بتاريخ 1984/07/09 الذي تم ذكره سابقا، بأنه من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة الحق في الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكان الشريعة الإسلامية، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر فهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي في هذه الحالة قد أخطأوا في تطبيق القانون وخالفوا القواعد الفقهية. [3]

إضافة إلى شرط البلوغ، فالمقصود به في التشريع الجزائري هو أهلية الأداء، التي تجعل الشخص قادرا على تدبير شؤون نفسه، مما يستلزم تكليفه شرعا وقانونا عن رعاية مصالح غيره، وقد حددها القانون المدني الجزائري، ببلوغ سن 19 سنة كاملة، سواء كان ذكرا أو أنثى على حدٍّ سواء. [4]

فالمشرع الجزائري نجده قد اكتفى فقط بمقولة "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"، وهو قول عام مبهم لا يدل على أي شرط صريح وواضح، فنجده قد أغفل عن ذكر المواصفات

---

[1] مجلة المحكمة العليا، قرار رقم171684، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 1997، ص169.

[2] م ع، قرار رقم564787، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ: 2010/07/15، م ق، ع02، 2010، ص262.

[3] م ع، قرار رقم32829، الصادر عن غ أ ش، بتاريخ1984/07/09، م ق، ع01، 1990، ص60.

[4] المادة 40:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة"، قانون رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

والصفات المتعلقة بالحضانة، مما يستلزم الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية وفقا لما ورد في نص المادة 222 ق أ ج.

الفرع الرابع: موقف التشريعات المغاربية.

بداية برأي **المشرع المغربي** نجده في نص المادة 173 من المدونة المغربية على الشروط اللازمة في الحاضن وهي: " شروط الحاضن:

1-الشرط القانوني لغير الأبوين.

2-الاستقامة والأمانة.

3-القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه.

4-عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده.

إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه". [1]

فنجد المشرع المغربي، على عكس المشرع الجزائري، قد نص في هذه المادة على مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الشخص حتى يأخذ حقه في الحضانة، فعلى الحاضن أن يتمتع بأهلية الوجوب وأهلية الأداء، دون وجود لمانه من موانع الأهلية، فالقانون استثنى من الرشد القانوني، فحسب المادة 19 من ذات القانون، والتي نصت على: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتة والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية". [2]

وعليه أن يكون أمينا في التعامل مع المحضون في نفسه وماله، ومن ثبت عدم استقامة وأمانة المحضون فلا حضانة لهن لأن الحاضن مسؤول عن المحضون وفاقد الاستقامة والامانة لا

[1] قانون رقم190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدلة والمتممة.

[2] قانون رقم190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدلة والمتممة.

يكون أمينا عن المحضون، وأن يكون قادراً على تربية المحضون ورعايته في دينه وصحته وأخلاقه، ولا يسمح للحاضنة الأم أن تزوج إلا في حالان محددة، وإذا كانت طالبة الحضانة غير الأم فهي أيضا يشترط عدم زواجها، إلا إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون أو كانت نائبا شرعياً للمحضون فلا يسقط حقها في الحضانة.

أما الإسلام فلم يرد هذا الشرط عند التشريع المغربي، إلا أنه في نص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية السالفة الذكر، نرجع إلى الفقه المالكي، فنجد رأيهم هو الأخذ باتحاد الدين على الحاضن والمحضون، ومن تم فقد ترك المجال مفتوح لفقهاء المالكية، على عكس المشرع الجزائري الذي فصل الأمر بكلمة موجزة (على دين أبيه).

ف**المشرع التونسي**، فقد عالج هذه الروط من خلال الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية والذي نص على:" يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحضن نت النساء وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى. وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم يرد الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون أو وليا له أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه الدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أمّا ووليّة عليه في آنٍ واحد". [1]

فالمشرع التونسي حاله حال المشرعين الجزائري والمغربي أول شرط أن يكون أهلا للحضانة على الحاضن أن يكون عاقلا وبالغا، كون أن الحضانة لا تثبت لصغير ولو كان مميزا، كما أنها لا تثبت لمجنون ولا معتوه.

وأن يكون أمينا على أخلاق المحضون وهو في يده، فمن كان فاسقا رجلا أو امرأة لا يكون أمينا فلا يسلم له الصغير، فعليه أن يكون مستقيما مراعاة لمصلحة المحضون، والقدرة على

[1] قانون رقم 74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدلة والمتممة.

القيام بشؤونه، أي لا حضانة لعاجز بسبب كبر سنه أو لعجز جسماني، فهو لا يقدر على قيام بشؤونه كيف يقوم بحاجيات الصغير.

وفي نص الفصل 59 الذي نص على: "إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وان لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة" [1].

فمسألة الاسلام تتضح من خلال هذا الفصل، اشترط اتحاد الدين، أي اسلام الحاضنة إذا هي علة دين الأب، إلا إذا كان المحضون عمره أقل من 05 سنوات، واستثنى الأم الحاضنة فتسند لها الحضانة ولو كانت غير مسلمة.

ويشترط في الحاضن أن يكون سليما معافى من أي أمراض معدية، وإذا كان مريضا بمرض معدي كالجذام والبرص فلا تسند إليه الحضانة.

فالمشرع التونسي كان أكثر تفصلا في الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن، وعلى المشرعين المغاربة أن يحذو حذوه في تعديلاتهم القانونية مستقبلا.

المطلب الثاني: الاخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة.

جعل الإسلام ولاية حفظ الطفل للوالدين، كون أنهم أحن وأشفق على أبنائهم، حيث وزع المهام بين الأبوين فأعطى لكل واحد منهما ما يناسبه، فجعل حق التصرف في شؤون الولد من حيث التعليم والتأديب للأب نظراً لقوة رأيه، وفي المقابل جعل حق الرعاية من حفظه في مبيته وطعامه ولباسه وكل ما يلزمه للأم لوفره شفقتها وقدرتها على ذلك، نظراً لملازمتها البيت فهي تتحمل ما لا يتحمله الأب من المشقة ي حفظ ورعاية شؤون الأبناء، ومن ثم فإن الحاضن يجب عليه أن يقوم مقام الوالدين في رعاية وحماية المحضون، وأن يلتزم بأداء كل ما يتوجب

[1] قانون رقم74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدلة والمتممة.

على الأبوان، ومن خلال فروع هذا المطلب سنتعرف على ماهي هذه الالتزامات وما هو رأي الفق والقانون فيها.

الفرع الأوّل: أهم الالتزامات المتعلقة بالحضانة.

عند استاد الحضانة لابد من الحاضن أن يلتزم بعدة التزامات، وإلا فإن حقه فيها يسقط بسبب مخالفة الالتزامات.

أولا: رعاية الولد.

جاء في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بأن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه..." [1]، ونعني بها حفظ المحضون والاهتمام به وابعاده عن المخاطر والمهالك التي قد تضر به، حتى ينشأ نشأة سوية ويكون له تأثير إيجابي على المجتمع.

فحق المحضون ينشأ بمجرد نشوء الحضانة، فمصلحة المحضون تكمن في عدم تركه يضيع فمجتمعنا الحالي لا يرحم وبالأخص إذا كان صغيرا في السن، ومن ثم فإنه من الواجب حفظه ورعايته وتربيته تربية حسنة، وابعاده عن الفساد، وفي حالة مخالفة ذلك فإنّ حقه في الحضانة يسقط.

ثانيا: الانفاق على المحضون.

تعتبر نفقة المحضون هي من الحقوق التي يقرها الشرع والقانون له، خصوصا إذا لم يكن قد بلغ سن الرشد، وكان غير قادر على الكسب، فالأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب، وهذا ما ذهب إليه المذاهب الأربعة والقانون، وذلك حسب نص المادة 77 من قانون الأسرة والتي نصت على: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث" [2]، فإذا ثبت أن الحاضنة لا تنفق على الصغير من النفقة التي أدّاها والده له في هذه الحالة تكون غير أمينة ويحق المطالبة بإسقاط حضانتها.

---

[1] قانون رقم84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

[2] قانون رقم84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

فمن حق المحضون على حاضنته أن تقوم هي بالإنفاق عليه من مالها الخاص، إذا لم يكن للمحضون مال، وإذا لم يكن والده قد قام بإبقاء نفقته إلى الحاضنة، ويجوز لها أن تستأذن القاضي في قيامها بالإنفاق على الصغير من مالها الخاص، فإذا أذن لها أن ترجع بما أنفقت على الصغير على والده، وتثبت الحاضنة ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيه البينة، والسبب في اشتراط إذن القاضي وشهادة الشهود لنفي نية تبرعها للمحضون بهذا المال الذي أنفقته عليه.

ثالثا: حق الصغير في رؤية والديه.

فالصغير حق في رؤية أبويه، سواء كانت الحاضنة للأم، فيحق له رؤية أباه، وإذا كانت الحضانة في يد حاضنة أخرى فيحق للصغير رؤية أبويه، والوجه الآخر لحق الرؤية هو حق العاصب سواء كان الأب أو الجد في حالة عدم وجود الأب في رؤية الصغير وذلك حق الأم في رؤيته إذا كان في يد العاصب بعد استغنائه على خدمة النساء، أو كان في سن حضانة النساء لكنه في يد حاضن آخر غير أمه.

وقال في ذلك **الحنفية** إذا كان الولد عند الحاضنة، فلأبيه حق رؤيته وأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن للأب أن يراه كل يوم، وإذا كان الولد عند أبيه لسقوط الحضانة عن الأم لسبب من أسباب سقوطها أو لانتهاء مدتها، فلأمه الحق في رؤية ولدها، وبدوره هو أيضا أن يخرج الصغير ليرى أمه كل يوم. [1]

وقال **المالكية** للأم الحق في رؤية أولادها الصغار كل يوم، وفي حالة ما كان أولادها كبار فتراهم مرة في الأسبوع، والأب مثل لأم في رؤيتهم قبل سن البلوغ أي في سن التعليم، أما بعد البلوغ فله مطالعة ولده من مكان لآخر. [2]

عند **الشافعية** فقالوا: إذا كان الصغير مميزا واختار أباه فلا يمنع من زيارة أمه، ويمنع الأب الأنثى من زيارة إذا اختارته لتألف عدم الظهور للناس، والأم أولى منها بالخروج لزيارتها نظرا

---

[1] ابن عابدين، المرجع السابق، ص571.

[2] أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص531.

لسنها وخبرتها، ولا يمنع الأب أم المحضون من زيارته صغيرها سواء كانت أنثى أو ذكر، لأن في المنع يصبح قطعا للرحم، بشرط ألا تطيل المكث في بيته، فان امتنع الأب من دخول الأم إلى منزله أخرج إليها الصغير، والزيارة تكون مرة كل يوم على الأكثر عكس المالكية والحنفية الذين قالوا يمكن الزيارة كل يوم، إلا في الحالة ما كان منزل الأب قريب منها فبإمكانها دخول منزل الأب كل يوم.

فإن مرض المحضون، الأم أحق بتمريضه ذكرا كان أو أنثى، لأن بالمرض يكون في حاجة إلى من يقوم بأمره، لأن الأم صبورة عليه من الأب، والتمريض يكون في بيت الأب إن رضي به، وإن لم يرضى يكون التمريض في بيتها. [1]

أما رأي **الحنابلة** فنجدهم قد اتفقوا مع الشافعية، حيث قالوا إذا اختار الصغير المميز أباه كان عنده ليلا، ونهارا لا يمنع من زيارة أمه، وفي حالة المرض لا يمنع الأم من تمريض الصغير وإن اختارها كان عندها ليلا، وعند أبيه نهارا من أجل تأديبه وتعليمه والاحتراز من الخلوة بالأم. [2]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية

بداية بـ**المشرع الجزائري** نجده قد بين الالتزامات المتعلقة بالحضانة أو ما تعتبر أهدافها لكن لم بقصل بل أشار فقط، وهذا ما نجده في نص المادة 62 ق أ ج في فقرتها الأولى على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا". [3]

ومن ثم فإن الالتزامات التي يجب على الحاضن وعدم الاخلال بها هي كالآتي:

أولا: تعليم الولد.

---

[1] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص168.

[2] ابن قدامه، المرجع السابق، ص 547.

[3] قانون رقم84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

ويقصد به التعليم المدرسي، كون أن التعليم مجاني في الجزائر واجباري فلكل طفل الحق في أن ينال قدراً من التعليم كل حسب استطاعته وإمكانياته لذهنية وقدراته العقلية واستعداده النفسي للدراسة.

و**المشرع التونسي** نجده قد نص على تعليم الولد في الفصل 60 من المجلة التونسية على:" للأب وغيره من الأولياء وللأم النظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى أماكن التعليم لكنه لا يبيت إلا عند حاضنه. كلّ ذلك ما لم ير القاضي خلافه لمصلحة المحضون". [1]

في حين نجد **المشرع المغربي** قد نص على تعليم المحضون في نص المادة 169 من مدونة الأسرة المغربية في قولها: "على الأب أو النائب الشرعي والأم الحاضنة، واجب العناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي، ولكنه لا يبيت إلا عند حاضنته، إلا إذا رأى القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك.

وعلى الحاضن غير الأم، مراقبة المحضون في المتابعة اليومية لواجباته الدراسية.

وفي حالة الخلاف بين النائب الشرعي والحاضن، يرفع الأمر إلى المحكمة للبث وفق مصلحة المحضون". [2]

ثانيا: تربية الولد على دين أبيه.

تربية الصغير على دين أبيه يقصد بها اتحاد الدين، بين الحاضن والمحضون، أي أن يربى الولد على مبادئ وقيم الشريعة الإسلامية، وهذا الذي أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 62 حين قال بأن الحضانة هي تربية الولد على دين أبيه، وإذا كان قد تزوج بغير مسلمة فالقاضي يقضي بالحضانة للأم.

---

[1] قانون رقم74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدلة والمتممة.

[2] قانون رقم 190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدلة والمتممة.

بينما **المشرع التونسي** فقد ذكر هذا الشرط مفصلا فيه في الفصل 59 بقوله:" إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصبح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وألا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تنطبق أحكام هذه المادة، إذا كانت هي الحاضنة" [1]، فنجده قد اشترط يربى المحضون على دين أبيه، إذا كان الولد عمره أقل من 05 سنوا، واستثنى الأم الحاضنة، فتسند لها الحضانة حتى ولو لم تكن مسلمة.

وأما **المشرع المغربي** فلم يذكر هذا الشرط ولم ينص عله في مدونته، وبالتالي نرجع إلى نص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على أنه:" كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام، في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف" [2]، وبالتالي نجد أن الرأي الغالب عند الفقه المالكي هو تربية الابن على دين أبيه.

ثالثا: السهر على حماية المحضون.

فالحضانة باعتبارها رعاية وحماية للمحضون فلابد من اتخاذ هذه الحماية بكل أشكالها فلا يجب تعريضه لأي اعتداء سواء كان اعتداء مادي كالضرب مثلا، أو اعتداء معنوي كالشتم والسب والتخويف...، مما يؤدي إلى عدم استقرار الطفل نفسيا وجسديا، ومعنى ذلك يؤدب الطفل بالضرب إذا دعت الحاجة لذلك، وحماية الطفل لا يكون من الغير فقط، إنما تشمل حمايته من نفسه.

إضافة إلى حماية المحضون من الناحية الخلقية، فتربية الطفل على خلق حسن وتهذيبه، حتى يكون له تأثير إيجابي في المجتمع، ولا يترك عرضة للشارع ورفقاء السوء، فنجد المشرع الجزائري قد حرص على حماية المحضون من أي ضرر قد يصيبه.

---

[1] قانون رقم 74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدلة والمتممة.

[2] قانون رقم190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدلة والمتممة.

و**المشرع المغربي** حرص أيضا على حماية الولد من أي ضرر قد يضره من خلال نص المادة 163 من مدونة الأسرة التي نصت على: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه، على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في حسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون" [1]

بينما نجد المشرع التونسي في الفصل 54 قد نص على: " الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته" [2]، ونعني بها حفظه من أي ضرر أو خطر قد يصيبه.

رابعا: حماية المحضون صحيا.

على الحاضن أن يوفر كل العناية الصحية للمحضون خاصة في السنوات الأولى من ولادته، من تطعيم ولقاحات، وأن يعرض على الطبيب متى دعت الحاجة لذلك.

وفي الأخير، نستنتج أن المشرعين المغربي والتونسي قد فصلا في الالتزامات التي تتوجب على الحاضن القيام بها للمحضون، على عكس المشرع الجزائري الذي حصر حماية المحضون في مادة واحدة ما يشوبها نوع من الغموض.

[1] قانون رقم190-57-1، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدلة والمتممة.

[2] قانون رقم 74-93، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدلة والمتممة.

خاتمة

خاتمة

بفضل من الله تعالى وتوفيقه، بعد محاولتي دراسة موضوع أسباب سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي، وعند التشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس)، أن الحضانة وأسباب سقوطها من المواضيع الحساسة...، ومن تم فقد توصلت إلى عدة نتائج استخلصتها فيما يلي:

1-الحضانة كونها تتعلق بالطفل فتعتبر من المواضيع الحساسة والدقيقة والمعقدة.

2-مصلحة المحضون عنصر جوهري وأساسي لسقوط الحضانة.

3-زواج الحاضنة برجل أجنبي خلق خلافا، بحيث هناك من يرى بأنه يسقط الحضانة مباشرة وهناك من رأى وجوب مراعاة مصلحة المحضون.

4-كما أن الحضانة هي حق لكل من الحاضن والمحضون، فإذا حصل وتعارض الحقّان غُلبت مصلحة المحضون عن الحاضن.

5-التنازل عن الحضانة لا يكون بحرية مطلقة، بل يخضع لتقدير القضاء.

6-المشرع الجزائري لم يحصر أسباب سقوط الحضانة، بل ترك المسألة للقضاء ليستنبطها من الشريعة الإسلامية.

7-حدد المشرع الجزائري مهلة سنة لسقوط الحق في المطالبة بالحضانة لمن له الحق فيها، إلا أنه لم يحدد بداية سريان هذه المهلة.

8-والسفر بالمحضون إلى بلد أجنبي، هو من مسقطات الحضانة، فالقضاء الجزائري قضى بالبلد الأجنبي هو ذلك البلد الذي لا يدين بدين الإسلام.

9-اشترط المشرع الجزائري أن يكون الحاضن مؤهلا للحضانة، ولا بد لمعرفة أن هذا الشخص مؤهلا عند الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي حددتها في القدرة والعقل والأمانة...وغيرها فمتى نقص شرط يسقط الحق فيها.

10-اخلال الحاضن بالالتزامات التي تقع عليه يؤدي إلى سقوط حقه فيها.

خاتمة

11-انتهاء الحضانة يكون ببلوغ المحضون سن معين، فالجمهور حددها ببلوغ الذكر سبع سنوات وإذا كانت أنثى حتى الدخول، وبعد البلوغ فالمحضون يخير بين البقاء عند حاضنته أو الانتقال إلى حاضن آخر، والمشرع الجزائري جعل سن انتهاء الحضانة 10 سنوات بالنسبة للذكر والزواج للأنثى وقد تمدد حضانة الذكر إلى 16 سنة.

وبعد هذه النتائج التي استنتجتها من دراستي لهذا الموضوع، تشكلت في ذهني عدة مقترحات من بينها:

1-رغم أن المشرع الجزائري تطرق لموضوع الحضانة، إلا أنه تغاضى عن تحديد الشروط الواجب توفرها في الحاضن واكتفى بعبارة أهلا لذلك، لذا أقترح على غرار ما جاءت به النصوص القانونية، عند بقية المشرعين استدراك ذلك في التعديلات المقبلة وأخذها بعين الاعتبار.

2-نجد المشرع الجزائري في نص المادة 70 من قانون الأسرة جعل سقوط الحضانة بمساكنة الجدة أو الخالة بالمحضون عند من سقطت حضانته دون غيرهما من الحواضن، ما يستدعي إعادة النظر في نص هذه المادة.

3-اعتبار زواج الحاضنة بغير قريب محرم على المحضون من الأسباب التي تسقط حقها في الحضانة، لكن مصلحة المحضون أحيانا تكون مع هذا الرجل الغريب عنه، ولا تكون في القريب عديم الثقة والرحمة، وبالتالي لا يقيدوا القاضي بهذه النصوص ويتركوا له المجال.

4- يعاب عليه أيضا أنه لم يحدد تاريخ بداية سريان السنة، وعليه استدراك ذلك إلاّ أنه أحسن صنعا حينما استثنى حالة الظروف القاهرة.

5- على المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة، أن يوضح مسألة السفر بالمحضون، أي المقصود بالبلد الأجنبي، على أساس أنه البلد غير المسلم كما قضى به القضاء الجزائري عند الفصل في هذه المسألة.

خاتمة

وفي الأخير يبقى هذا الموضوع مجالا خصبا للبحث والدراسة نظرا لما يثيره من إشكاليات ونظرا لغموض نصوص القانون المنظمة له، ويمكنه أن يكون موضوع بحث لدراسات عليا.

قائمة المصادروالمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا-المصادر:

*القرآن الكريم.

*السنة النبوية.

ثانيا-كتب الفقه:

1-السيد سابق، فقه السنة، الجزء02، الطبعة01، دار الحديث، مصر، 2004.

2-ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء05، الطبعة25، دار مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994.

3-أبو الحسين العمراني، البيان في المذهب الشافعي، الجزء13، الطبعة01، دار المنهاج، السعودية، 2000.

4-جمال عبد الناصر، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء03، دار الأوقاف والشؤون الإسلامية، مصر، 1442هـ.

5-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء07، الطبعة01، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

6-أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء02، دار الفكر، مصر، دون سنة.

7-ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء06، دار الفكر، لبنان، 1966.

8-ابن قدامه، الكافي في فقه امام أحمد، الجزء04، الطبعة01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

9-حمد بن عبد الله بن عبد العزيز الحمد، دروس الشيخ حمد الحمد، الجزء15، دون سنة.

10-بدر الدين العيني، البناية في شرح الهداية، الجزء05، الطبعة01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.

11-عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء05، الطبعة02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

12-أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء03، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة نشر.

ثالثا-الكتب القانونية:

1-الرشيد بن الشويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة، الطبعة02، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

2-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

3-تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2008.

4-محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة03، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

5-أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، الطبعة01، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 1994.

6-سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة 01، دار هومة، الجزائر، 2008.

رابعا-المذكرات:

1-طعيبة عيسى، سكن المحضون، أطروحة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.

2-الصالخ بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، أطروحة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006.

3-حمزة بن حسين الفعر الشريف، أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1432 هـ.

خامسا-المقالات:

1-مقراني جمال، << إشكالات الحاضنة في السكن وسلطة القاضي في تقدير ذلك >>، مجلة البحث القانوني والسياسي، العدد01، 2017.

2-مناد سعودي، <<حق المحضون في مسكن الحضانة>>، مجلة الحقوق والحريات، العدد02، 2021.

سادسا-المجلات القضائية

1-المحكمة العليا، قرار رقم58812، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/02/05، المجلة القضائية، العدد 04، 1992.

2-المحكمة العليا، قرار رقم40438، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/05/05، المجلة القضائية، العدد 02، 1989.

3-مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، 2001.

4-المحكمة العليا، قرار رقم50011، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية، العدد02، 1991.

5-المحكمة العليا، قرار رقم 252308، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2000/02/21، المجلة القضائية، العدد02، 2007.

6-المحكمة العليا، قرار رقم 53340، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، العدد03، 1990.

7-المحكمة العليا، قرار رقم 44858، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد04، 1990.

8-المجلس الأعلى المغربي، قرار رقم 1208، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1994/10/04، المجلة القضائية، العدد47، 1994.

9-المجلس الأعلى المغربي، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1963/06/28، المجلة القضائية، العدد141، 1988.

10-المجلس الأعلى المغربي، قرار رقم 545، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1982/07/02، المجلة القضائية، العدد139، 1982.

11-محكمة تونس الاستئنافية، قرار رقم55681، الصادر عم غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1963/01/10، المجلة القضائية، العدد08، 1963.

12-محكمة تونس، قرار رقم26815، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1993/03/08، المجلة القضائية، 1993.

13-المحكمة العليا، القرار رقم32829، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ1984/07/09، المجلة القضائية، العدد01، 1990.

14-المجلس الأعلى المغربي، قرار رقم 583، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ1981/10/14، المجلة القضائية المغربية، العدد30، 1982.

15-محكمة التعقيب، قرار رقم4406، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ1966/06/06، المجلة القضائية التونسية، العدد09، 1966.

16-المحكمة العليا، قرار رقم52207، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ1989/01/02، المجلة القضائية، العدد04، 1990.

17-المحكمة العليا، قرار رقم59013، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ1990/02/19، المجلة القضائية، العدد04، 1991.

18-المحكمة العليا، قرار رقم56597، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ1989/12/25، المجلة القضائية، العدد03، 1991.

19-محكمة التعقيب، قرار رقم7488، الصادر بتاريخ1985/10/19، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد03، 1985.

20-المحكمة العليا، فرار رقم53578، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ1989/05/22، المجلة القضائية، العدد04، 1991.

21-مجلة المحكمة العليا، قرار رقم171684، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 1997.

22-المحكمة العليا، قرار رقم564787، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ2010/07/15، المجلة القضائية، العدد02، 2010.

سابعا-القوانين:

1-أمر رقم75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، العدد 31، الصادر بتاريخ: 13 مايو2007.

2-أمر رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد43، الصادر بتاريخ: 04 مايو2005.

3-قانون رقم190-57-1، المؤرخ في 19 أوت 1957، المتضمن مدونة الأسرة، المعدلة والمتممة، بالقانون رقم01-04-22، المؤرخ في 05 فيفري2004.

4-قانون رقم74-93، المؤرخ في 13 أوت1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية، المعدلة والمتممة، المؤرخ في 12 جويلية1993.

الفهرس

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول الأسباب الجبرية لسقوط الحضانة	6
المبحث الأول زواج الحاضنة وسكنها بالمحضون عنج من سقطت حضانته	8
المطلب الأول زواج الحاضنة بغير قريب محرم	8
الفرع الأول فصل الفقهاء في مسألة الزواج	8
الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري	13
الفرع الثالث موقف التشريعات المغاربية	15
المطلب الثاني سكن الحاضنة عند من سقطت حضانته	18
الفرع الأول مسكن الحضانة	19
الفرع الثاني فصل الفقهاء في مسألة سقوط الحضانة بالسكن مع أمه	20
أولا–مسكن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	20
ثانيا–مسكن الحضانة عند المذاهب الأربعة	21
الفرع الثالث موقف المشرع الجزائري	23
الفرع الرابع موقف التشريعات المغاربية	28
المبحث الثاني التنازل عن الحضانة وانتهاء أمدها	31
المطلب الأول التنازل عن الحضانة	31
الفرع الأول طبيعة الحق في الحضانة	31
الفرع الثاني موقف الفقهاء في التنازل عن الحضانة	34
الفرع الثالث موقف المشرع الجزائري	36
الفرع الرابع موقف التشريعات المغاربية	38
المطلب الثاني انتهاء أمد الحضانة	42

الفهرس

الفرع الأول موقف الفقهاء من انتهاء مدة حضانة الذكر والأنثى	42
الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري	44
الفرع الثالث موقف التشريعات المغاربية	46
الفرع الرابع تخيير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة	46
أولا–إذا كان المحضون ذكر	47
ثانيا–إذا كانت المحضون أنثى	48
الفصل الثاني الأسباب التلقائية لسقوط الحضانة	50
المبحث الأول السكوت والاستيطان	52
المطلب الأول عدم المطالبة بالحضانة	52
الفرع الأول موقف الفقهاء من سكوت صاحب الحق في الحضانة	52
الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري	53
الفرع الثالث موقف التشريعات المغاربية	55
الفرع الرابع عودة الحق في الحضانة قبل مرور سنة	58
المطلب الثاني الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي	59
الفرع الأول موقف الفقهاء في السفر بالمحضون	59
أولا–إذا كانت الحاضنة هي الأم	59
ثانيا–إذا كان الحاضن هو الأب	62
الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري	63
الفرع الثالث موقف التشريعات المغاربية	65
الفرع الرابع المسافة التي تسقط الحضانة	67
المبحث الثاني اختلال الشروط ومخالفة الالتزامات	69
المطلب الأول تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن	69

الفهرس

الفرع الأول الشروط العامة المطلوبة في الحاضن	69
أ–العقل	69
ب–البلوغ	70
ت–الأمانة	70
ج–القدرة والكفاءة	70
د–الإسلام	71
هـ–خلو الحاضن من الأمراض المعدية	71
الفرع الثاني الشروط الخاصة في النساء والرجال	72
أولا الشروط الخاصة بالنساء	72
1–أن تكون ذات رحم من محرم الصغير	72
2–ألا تكون متزوجة من بأجنبي	73
3–ألا يقيم المحضون في بيت من يبغضه	73
4–ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا	74
ثانيا الشروط الخاصة بالرجال	74
1–أن يكون ذا رحم محرم للصغير	75
2–اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون	75
3–أن يكون عنده من يحضن من النساء	75
الفره الثالث موقف التشريع الجزائري	75
الفرع الرابع موقف التشريعات المغربية	78

الفهرس

المطلب الثاني الاخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة	80
الفرع الأول أهم الالتزامات المتعلقة بالحضانة	81
أولا–رعاية الولد	81
ثانيا–الانفاق على المحضون	81
ثالثا–حق الصغير في رؤية والديه	83
الفرع الثاني موقف التشريع الجزائري والتشريعات المغربية	83
أولا–تعليم الولد	83
ثانيا–تربية الولد على دين أبيه	84
ثالثا–السهر على حماية المحضون	85
رابعا–حماية المحضون صحيا	86
خاتمة	87
قائمة المصادر والمراجع	91
الفهرس	98

ملخص الدراسة

ملخص الدراسة:

من خلال دراستي لموضوع "أسباب سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة–"، استخلصت أن الحضانة هي رعاية الطفل والمحافظة عليه، وذلك من الناحية النفسية، الجسدية، الصحية وحتى الخلقية، والتأكيد على تربية المحضون على دين أبيه، ومن تم توافقت نصوص التشريعات المغاربية مع أحكام الفقه الإسلامي، رغم وجود بعض الاختلافات البسيطة، إلاّ أنهم ركزوا على قاعدة واحدة وهي مصلحة المحضون باعتباره أضعف حلقة في الأسرة، وللقاضي السلطة التقديرية في إبقاء الحضانة أو اسقاطها وإسنادها لحاضن يكون مؤهلا لها.

الكلمات المفتاحية:

1/الحضانة 2/المحضون 3/الحاضن 4/ القاضي

Summary of Master Dissertation

During my study about “the reasons for the fall of custody in the Algerian family law”, I came up with a conclusion which states that custody is all about raising the child and keeping him/her safe both mentally and morally, and making sure that the kid is well taken care of in all aspects, then the Maghreb Laws came hand in hand with the orders and statements of Islam, even though there are a bunch of differences between them, they kept their focus on one single rule which is the benefit and the good that can come out for the child because in this case the kid is the weakest individual in the family. The judge has the full authority to choose whether to keep the custody or cancel it and give it to someone who is capable of it.

Key words:

1/the custody 2/custodian 3/the cuddled 4/the judge