



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة



سقوط الحضارة عن الأم الحاضرة
بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري
-دراسة مقارنة-

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر

في العلوم الإسلامية - تخصص: شريعة وقانون

المشرفة:

أ. د. حياة عبيد

مشرفة مساعدة:

د. فايزة موساوي

إعداد الطلبة:

إدريس عبيد

السعيد صالح

محمد مراد

لجنة المناقشة

| الاسم واللقب | الرتبة | الجامعة | الصفة |
|-----------------------|-----------------------|--------------------------------|--------------|
| أ. د. عبد القادر حوية | استاذ التعليم العالي | جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي | رئيسا |
| أ. د. حياة عبيد | استاذة التعليم العالي | جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي | مشرفا ومقررا |
| د. أحمد المبارك عباسي | دكتور | جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي | ممتحنا |

السنة الجامعية: 1442-1443هـ/2021-2022م.



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة



سقوط الحضارة عن الأم الحاضرة
بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري
-دراسة مقارنة-

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر

في العلوم الإسلامية - تخصص: شريعة وقانون

المشرفة:

أ. د. حياة عبيد

مشرفة مساعدة:

د. فايزة موساوي

إعداد الطلبة:

إدريس عبيد

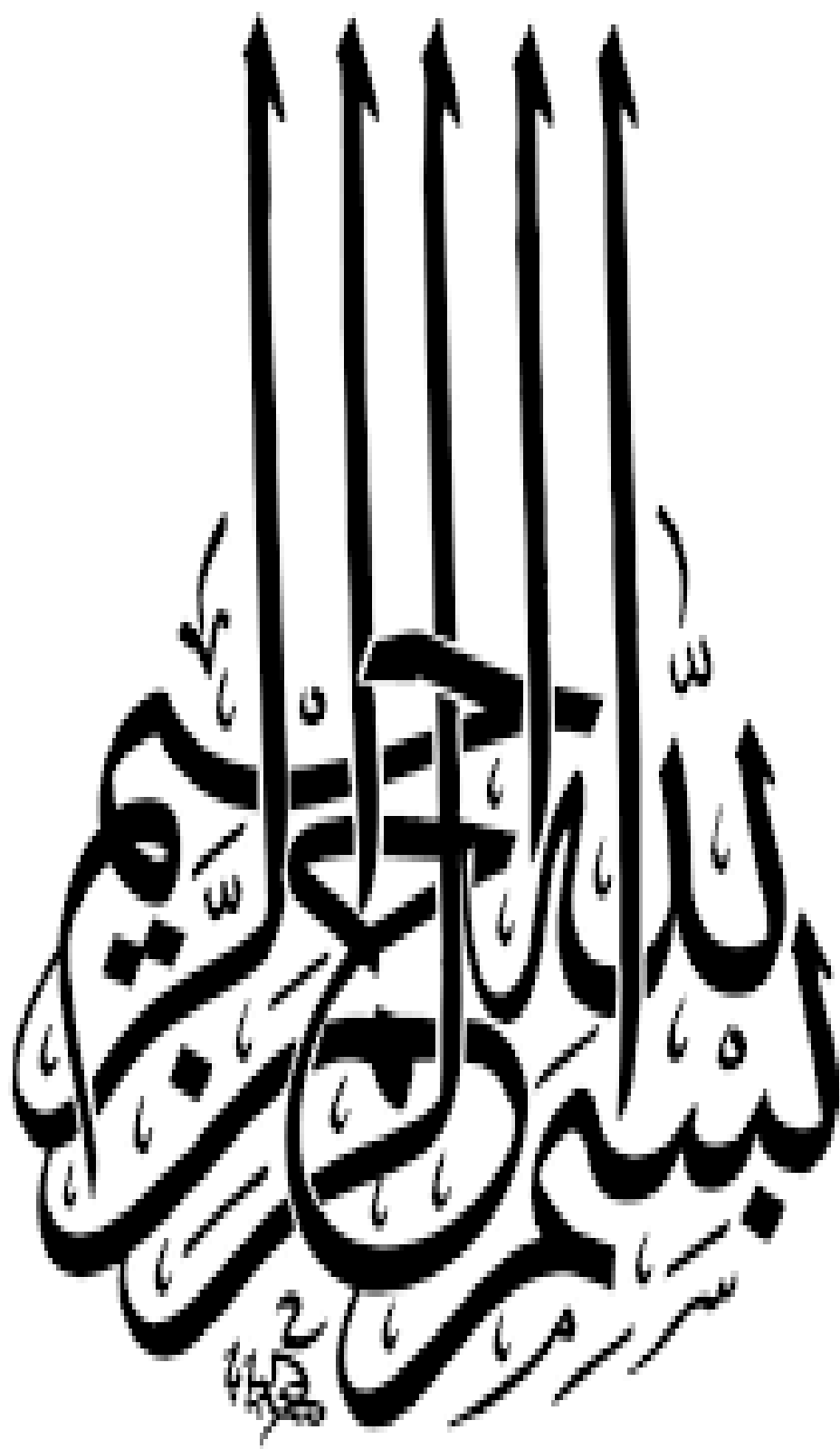
السعيد صالح

محمد مراد

لجنة المناقشة

| الاسم واللقب | الرتبة | الجامعة | الصفة |
|-----------------------|-----------------------|--------------------------------|--------------|
| أ. د. عبد القادر حوية | استاذ التعليم العالي | جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي | رئيسا |
| أ. د. حياة عبيد | استاذة التعليم العالي | جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي | مشرفا ومقررا |
| د. أحمد المبارك عباسي | دكتور | جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي | ممتحنا |

السنة الجامعية: 1442-1443هـ/2021-2022م.



الإهداء

إلى:

-أمي أطال الله في عمرها وإلى روح أبي رحمه الله تعالى وجعل قبره روضة من رياض الجنة، وأسأل الله العظيم رب العرش الكريم أن يجعل ثواب العمل في ميزان حسناته وإلى زوجتي وأولادي وإخوتي وأخواتي وإلى كل من ساندني في مشواري الدراسي.

إدريس

-الولدين العزيزين وأخص بالذكر الوالدة أطال الله في عمرها اللهم أجعل ثواب هذا العمل المتواضع في ميزان حسناتهم وإلى زوجتي التي كانت سنداً لي في دربي وإلى الأبناء وأخص بالذكر الصغيرة فاطمة الزهراء، وإلى الإخوة والأخوات كل بإسمه ومن كان سنداً لي في مشواري العلمي.

محمد

-الوالدين الكريمين رحمهم الله وإلى كل الأساتذة وإلى عائلتي المصغرة كل بإسمه زوجتي العزيزة وأبنائي، منير منار مرام بهاء الدين وإلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد خاصة زملاء العمل الذين صبر علي أثناء دراستي.

السعيد

شكر وعرفان

نشكر الله عز وجل على تمام فضله امتنانه علينا بأن وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع الذي نسأله سبحانه أن يجعل ذلك في موازين الحسنات يوم القيامة وان ينفع به الإسلام والمسلمين.

ومن باب أنه لا يشكر الله من لا يشكر الناس، نتقدم بباقة شذية من الشكر الخالص إلى أستاذتنا الفاضلة الدكتورة: حياة عبيد برك الله في علمها وجزاها الله عن أحسن الجزاء والتي تفضلت بقبول الإشراف على بحثنا المتواضع، ولم تبخل علينا بنصائحها إرشاداتها وتوجيهاتها والتي تحملتنا طيلة إنجاز هذا البحث، والشكر موصول إلى الدكتورة: فايزية موساوي التي ساعدة في الإشراف على بحثنا، بدقتها في التصحيح الممنهج نرجو من الله السميع العليم أن ينير درجها في مشوارها العلمي.

كما لا يفوتنا أن نشكر كل من ساعدنا في بحثنا هذا من دكاترة وأساتذة، ومن لم يبخل علينا بعلمه، ونشكر أساتذة جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي وبالأخص أساتذة معهد العلوم الإسلامية، ومديره إبراهيم رحمانى زاد الله في علمه.

قائمة المختصرات

| | |
|---------|----------------------------|
| ج | جزء |
| ص | صفحة |
| هـ | هجري |
| ت | تحقيق |
| م | ميلادي |
| ل.ان | لا ناشر |
| ل.م | لا مكان طبع |
| د.ت | بدون تاريخ |
| ل.ط | لا طابعة |
| غ.أ.ش | غرفة الأحوال الشخصية |
| غ.ش.أ.م | غرفة شؤون الأسرة والمواريث |

مقدمة

شرح الله سبحانه وتعالى الزواج لبناء علاقة وثيقة تربط بين الزوجين قوامها المودة والرحمة مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: 21]، وجعل له مقاصد استهدفتها النصوص الشرعية والقوانين الوضعية، لتحقيق غايات ومصالح دينية ودينية، وبالزواج أيضاً تقوم المسؤولية الأسرية العظيمة، من إنفاق ورعاية وحماية وتربية، على شكل شركة تتكون من طرفين أساسها التفاهم والانسجام والتعاون بينهما، ولكن قد يقع ما لم يكن في الحسبان وهو الطلاق، بسبب سوء فهم بين طرفي الشركة بعد ما نتج عنه أبناء، حيث لجأ فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا القانون إلى تنظيم أحكام الطلاق وما ينجر عنه من آثار، ومن أبرزها الحضانة والتي هي واجب ديني قبل أن تكون أمراً فطرياً في الإنسان، لأن إهمال الأبناء وتركهم يؤدي إلى ضياعهم وتشردهم وهو ما يتنافى مع المقاصد الشرعية للزواج.

وقد أعطت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية أهمية كبيرة لموضوع الحضانة، ابتداءً من إسنادها إلى انتهائها وحتى سقوطها، هذا الأخير الذي يعتبر موضوعاً ولد من رحم الحضانة ليشكل موضوعاً بارزاً مستقلاً أفرد له فقهاء الشريعة والقانون مباحث وفصولاً عديدة في بطون كتبهم إلا أنه لا يزال يطرح إشكاليات جديدة جديرة بالدراسة والبحث.

أولاً: أهمية الموضوع:

1. للموضوع أهمية بالغة لتعلقه بشخصية ضعيفة هو الطفل، حيث لا يستطيع حماية نفسه ولا رعايتها ولا إعالتها.

2. اكتسى هذا الموضوع أهمية من رعاية الأبناء بعد الطلاق ومن له الحق في احتضانهم، بل حتى بعد سقوط الحضانة من الأولى برعايتهم.

3. كما تبرز أهمية الموضوع أن كل من الشريعة والقانون يسعى لحماية الطفل حتى من أقرب الناس إليه وهو الأب، لأن سوء الفهم الناتج بين الوالدين قد ينعكس بالسلب على الأبناء.

ثانيا: إشكالية الموضوع:

أجمع المختصون أن الأم هي أحق الناس بحضانة أولادها، لما تتميز به من وافر العطف والشفقة والحنان تجاه الأبناء - خاصة في السنوات الأولى في حياة الطفل - لكن هذا الحق مقرون بمصلحة أولادها فمتى انتفت هذه المصلحة سقط حقها في الحضانة لذلك برزت الحاجة لدراسة هذا الموضوع للإجابة على الإشكالية الرئيسية التالية:

كيف عالج المشرع الجزائري مسقطات الحضانة عن الأم إزاء ما أقرته أحكام

الفقه الإسلامي؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ينبغي الإجابة عن مجموعة من التساؤلات التالية:

1. ما المقصود بالحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟
2. ما هي شروط مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟
3. على أي أساس تم ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟
4. ما هي مسقطات الحضانة في الفقه الإسلامي؟
5. ما هي مسقطات الحضانة في القانون الجزائري؟
6. ما هي مواطن الاتفاق والاختلاف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في موضوع إسقاط الحضانة عن الأم؟

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب ذاتية وأخرى موضوعية للموضوع.

أ- الأسباب الذاتية:

1. زيادة نسبة الطلاق في السنوات الأخيرة وما ينجر عنه من ضياع الأولاد بين الأب والأم.
2. إظهار التوافق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في الموضوع.
3. قلة الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في هذا المجال.

ب- الأسباب الموضوعية:

1. محاولة إثراء المكتبة القانونية بملود جديد يعالج بعض الإشكاليات لموضوع إسقاط الحضانة.
2. إسقاط الضوء على موضوع الحضانة عن الأم الحاضنة وإسقاطها عنها من ناحية إبراز أهم الاجتهادات القضائية في الموضوع.
3. مقارنة النص القانوني والواقع المعمول به في هذا المجال.
4. إبراز الجِدَّة في الموضوع من خلال إزالة الغموض في بعض النصوص القانونية والفقهية.
5. هذا الموضوع الذي رغم تناوله من قبل من تم ذكرهم؛ إلا أنه لازال موضوعاً حصباً يحتاج إلى دراسات أعمق واجتهادات قانونية تعالج الكثير من القضايا المستحدثة والنزاعات المعروضة في أروقة المحاكم .

رابعاً: أهداف الموضوع:

أما عن الأهداف الأساسية لدراسة هذا الموضوع فتكمن في ما يأتي:

1. تبين الأصلح للطفل فيما يخص بالحضانة.
2. إظهار أهمية الحضانة بالنسبة للطفل.
3. توضيح الأحكام القانونية والشرعية المتعلقة بموضوع إسقاط حضانة الأم.
4. تبيان كيف عالج الفقه الإسلامي موضوع الحضانة وما تعلق بها من شروط الحاضن والمحضون، ومسألة ترتيب أصحاب الحقوق وغيرها.
5. بحث الإشكالات العملية والتي تعالج عن طريق الاجتهاد القضائي عندما يعجز القاضي إيجاد حل لها في النصوص القانونية المعمول بها .

خامساً: الدراسات السابقة للموضوع:

1. عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطينية، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة قسم الفقه المقارن، فلسطين، 1424هـ-2003م، هذه المذكرة تطرقت إلى الموضوع

بصفة عامة مع المقارنة بالقانون الفلسطيني، لكن ما تطرقنا إليه في موضوعنا هو التخصص في حضانة الأم بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

2. محمد علي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، (ط1)، الاردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، هذا الدراسة كانت مقارنتها عامة بين الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، أما موضوعنا فقارن بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بصفة خاصة.

3. عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، الجامعة الإفريقية أدرار الجزائر، 2010-2011م، هذا البحث كان شبيه لبحثنا بعض الشيء، إلا أن دراسته كانت في الجانب الفقهي أكثر من القانوني بخلاف بحثنا الذي كان يوازن بين الفقه والقانون في كل عنصر.

4. كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر الودي كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر - 2014 - 2015، هذه الدراسة تخصصت في مسقطات الحضانة بشكل عام والمقارنة فيها كانت بين التشريعات المغاربية ولم يركز على جانب الفقه الإسلامي، أما موضوعنا فعالج سقوط الحضانة عن الأم بصفة خاصة مبرزاً وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

سادسا: منهج البحث:

استخدمنا في بحثنا هذا المناهج التالية:

1. المنهج الاستقرائي: القائم على استقراء مادة البحث من مصادرها الأصلية حيث يجري عرض النصوص الشرعية المتعلقة بموضوع البحث من القرآن الكريم والسنة المطهرة والآراء الفقهية من كتب المذاهب الفقهية وعرض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة، والاستفادة من مضمونها.

2. المنهج التحليلي: وذلك بتحليل مضمون النصوص الشرعية والقانونية، والاقتراسات التي أفدتها من الكتب.

3. المنهج الوصفي: وذلك في عرض المدخل التمهيدي لمفهوم الحضانة وأحكامها.

4. المنهج المقارن: وذلك بالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مسائل مسقطات الحضانة عن الأم.

سابعاً: خطة البحث:

في ضوء التحديد السابق لنطاق البحث "سقوط الحضانة عن الأم بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري-دراسة مقارنة-"، يمكن دراسة الموضوع بعد المقدمة في فصلين.

حيث خصصنا الفصل الأول للحضانة وشروط استحقاقها، وجعلنا فيه مبحثين الأول تطرقنا فيه إلى ماهية الحضانة، بدراسة مفهوم الحضانة في المطلب الأول الذي عرفنا فيه الحضانة في الجانب الفقهي والقانوني، إضافة إلى مقاصد الحضانة وأهدافها، أما المطلب الثاني عالج طبيعة وحكم الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، والمبحث الثاني فخصص لشروط استحقاق الحضانة وترتيب مستحقيها، وعرضنا الشروط في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مطلب أول، والثاني أدرجنا فيه ترتيب مستحقي الحضانة.

أما هذا الفصل فهو موضوع البحث والمتمثل في مسقطات الحضانة عن الأم بداية بسقوط الحضانة لانعدام شرط من شروط الحضانة في المبحث الأول، وقُسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول عالج مسألة السقوط لانعدام الأهلية في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، والمطلب الثاني خصص لسقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بها، أما المبحث الثاني جعلناه لسقوط الحضانة عن الأم لأسباب تبعية، فكان المطلب الأول لسقوط الحضانة لانتهاء مدة الحضانة أو إمتناع الأم عنها، مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمطلب الثاني سقوط الحضانة لعدم المطالبة بالحضانة والمصالحة عليها.

ليختتم البحث بخاتمة اشتملت على مجموعة من النتائج والتوصيات ثم الفهارس.

الفصل الأول

الحضانة وشروط استحقاقها

ويشتمل على:

المبحث الأول: ماهية الحضانة

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة وترتيب

مستحقها

للحضانة أهمية كبيرة في حياة الطفل، ولها دور في تكوينه وبناء شخصيته، فهي تعد مظهراً من مظاهر العناية والرعاية، الذي أولته الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية اهتماماً كبيراً فكان من الواجب اختيار الأصلح للقيام بهذه المهمة الإنسانية، فالحضانة تقوم من يوم ولادة الطفل إلى أن يكون قادراً على القيام بشؤون نفسه، لكن بعد انفصال الزوجين، يكون حق ممارسة الحضانة مصدر تنازع بين الولدين أو بين أقارب الصغير، ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة وكذا القانون الجزائري.

ولهذا سنتناول مضمون هذا الفصل في المبحثين التاليين:

ماهية الحضانة في المبحث الأول، وشروط استحقاق الحضانة وترتيب مستحقيها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم آثار فك الرابطة الزوجية لاسيما في صورتها الأولى المتمثلة في الطلاق والغاية منها حماية المحضون والتكفل به عند من هو أقدر على الاهتمام به والوقوف على شؤونه ولذلك أولتها الشريعة اهتماما خاصا مما أثر إيجابا على التشريعات الوضعية¹.

ويتجلى ذلك في قوله تعالى: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ﴾ [آل عمران: 37].

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الحضانة في المطلب الأول، وطبيعة الحضانة وحكمها في المطلب الثاني.

¹- ينظر: باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، (لا.ط؛ عين مليلة الجزائر: دار الهدى، 2008م)، ص 49.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

إن الحضانة هي الأساس الذي تقوم عليه تربية الأبناء فهي المرحلة التي يتم فيها الغرس والبناء والوقوف على استقامة الأولاد والنظر في مصالحهم، بالتكفل بهم والوقوف على شؤونهم وعليه سنتطرق إلى تعريف الحضانة في الفرع الأول ومقاصدها وأهدافها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

نظرا لتعدد تعاريف مصطلح الحضانة سنقف عند بعضها في اللغة والفقهاء الإسلامي مروراً بالتعريف القانوني.

أولاً: تعريف الحضانة لغة:

جاء في القاموس المحيط " الحِضْنُ، بالكسر: ما دُونَ الإِبْطِ إِلَى الكَشْحِ، أو الصَّنْدُرُ والعَضُدَانِ وما بَيْنَهُمَا، وجَانِبُ الشَّيْءِ وَنَاحِيَّتُهُ، وَحِضْنُ الصَّبِيِّ حِضْنًا وَحِضَانَةً، بالكسر: جَعَلَهُ فِي حِضْنِهِ، أو رَبَّاهُ، كَاخْتِضَنَهُ، الطَائِرُ بِيَضَهُ حِضْنًا وَحِضَانًا وَحِضَانَةً، بكسرهما، وَحِضُونًا: رَحَّمَ عَلَيْهِ لِلتَّفْرِيحِ"¹.

ثانياً: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

1- عند الحنفية:

" فحضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جانبها واعتزلها إياه من أبيه ليكون عنده فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه"².

2- عند المالكية:

"الحضانة هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"³.

¹ - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1 (ط: 8؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1426 هـ - 2005 م)، ص 1190. والفيومي، المصباح المنير، ج1 (لا.ط؛ بيروت: المكتبة العلمية، د.ت)، ص 140.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4 (ط: 2؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1406 هـ - 1986 م)، ص 40.

³ - ابن عرفة، المختصر الفقهي لابن عرفة، ت: عبد الرحمن محمد خير، ج5 (ط: 1؛ لا.م: مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، 1435 هـ - 2014 م)، ص 49.

3- عند الشافعية: "الحضانة هي حفظ ما لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه، وهي نوع من ولاية وسلطة، لكنها بالإناث أليق لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال".¹

4 - عند الحنابلة:

"الحضانة هي حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو مختل العقل بما يقرهم وتربيتهم بعمل بمصالحهم كغسل رأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه ودهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه أي ما ذكر مما يتعلق بمصالحه".²

وعليه من خلال استقراءنا لتعريفات الحضانة عند المذاهب والتي يدور مناطها على حفظ ورعاية المحضون وتربيته، لكن الحنفية والمالكية اقتصرتا في تعريفاتهما للحضانة على الولد أو الصغير بينما نجد الشافعية والحنابلة كان تعريفهم أشمل وأضافوا لحضانة الولد حضانة من لا يميز ولا يستقل بأمره كالمجنون والمعتوه ولو كان كبيرا ممن يحتاج إلى الحفظ والوقوف.

ولقد عرفت الموسوعة الفقهية الكويتية الحضانة تعريفا دقيقا وشاملا وموجزا: "بأن الحضانة هي: "حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه"³، وهو التعريف المختار.

ثالثا: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بأن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".⁴

¹ - يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير شوايش ج9 (الطبعة 3، بيروت - دمشق - عمان: المكتب الإسلامي، 1412 هـ - 1991 م)، ص 98.

² - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5 (لا.ط: لا.م: دار الكتاب العلمية، د.ت)، ص 495 - 496.

³ - محمد جميل محمد ديب مصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي، بالرابطه بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى عام 1436هـ، ص 13.

⁴ - المادة 62 من القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 / 06 / 1984 المتضمن: قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005، الجريدة الرسمية، ع24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

حسب ما جاء في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري استأق تعريفه للحضانة من تعريف فقهاء المسلمين، إلا أنه ركز على أهداف الحضانة واشترط توفر الأهلية في الحاضن لضمان حماية مصلحة المحضون.

" كما يتضح من خلال هذا التعريف مدى حرص القانون الجزائري على إبراز مهمة الحاضن، حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون، وما يلاحظ على هذا التعريف: إرادة عازمة أظهرها المشرع الجزائري تجاه هذا العمل الخطير وأحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى ما هو مقدم عليه من واجبات تجاه المحضون ¹.

خلاصة: لقد تعددت تعاريف الفقهاء للحضانة، والتي تصب في معنى واحد هو رعاية الصغير و التكفل به من جميع الجوانب الصحية والاجتماعية، أما المشرع الجزائري في تعريفه للحضانة لم يخرج عن الدائرة الفقهية إلا أنه استبدل مصطلح الصغير بالولد مع التركيز على أهداف الحضانة.

الفرع الثاني: مقاصد الحضانة وأهدافها

إن مقصد الشريعة الإسلامية من الحضانة هو حفظ المحضون وتعهده مع الشفقة عليه وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفه للحضانة اعتمادا على أهدافها والتي تصب في مصلحة المحضون.

أولا: مقاصد الحضانة وفقا للفقه الإسلامي

للحضانة في الشريعة الإسلامية مقاصد كثيرة، اجتهد الفقهاء في استنباطها من أحكام الشريعة، فمنها مقاصد دنيوية وأخروية، نذكر من أهمها:

1- مقاصد دنيوية

¹ - حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014-2015، ص 50-51.

أ- "حفظ حياة المحضون: ويقصد بحفظ حياة المحضون رعايته الجسدية والصحية والوقوف على تدير شؤونه، وحفظ حياته يتجلى في جانبين هما حفظه من جانب الوجود ومن جانب عدم¹ .

ب-الحفاظ على فطرة الطفل وعقيدته:" من خرافات الشرك...والحفاظ عليه من التهويد والتنصير، أو الإلحاد فالطفل غالبا ينظر بعين والديه ويتأثر بهما...²، قال ﷺ: «ما مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ، أَوْ يُنَصِّرَانِهِ، أَوْ يُمَجِّسَانِهِ، كَمَا تُنْتَجِ الْبَهِيمَةُ بِبَهِيمَةٍ جَمْعَاءَ، هَلْ تُحْسِنُونَ فِيهَا مِنْ جَدْعَاءَ». ثم يقول أبو هريرة رضي الله عنه: (فَطَرَتِ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا النَّاسَ)³ .

ج- "الحفاظ على نفسية المحضون: لأبد من مراعاة الحالة النفسية للمحضون، لكي ينشأ بلا عقد تؤثر على مستقبله⁴ .

" مما لا شك فيه أن القسوة في معاملة الولد: مثبطة للهمة قاتلة للذكاء، مؤدية للذل، باعثة على النفاق، ولم يقر الإسلام الشدة والعنف في معاملة الأولاد، واعتبر الغلظة والجفاء في معاملة الأولاد نوع من فقد الرحمة، ولقد ضرب رسول الله ﷺ المثل الأعلى في الرفق في تربية الأطفال وعلاج أخطائهم بروح الشفقة والرأفة والعطف والرحمة⁵ .

استنتاج: إن مراعاة الحالة النفسية للمحضون أمر مهم لكي ينشأ الصغير متمتعاً بنفسية إيجابية تساعده في التعايش مع الناس والمجتمع.

¹-ينظر: عياض بن نامي السلمي، الحضانة تعريفها ومقاصدها، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى 1436 هـ، ص14.

²-محمد جميل محمد ديب المصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص15، بتصرف.

³-أخرجه البخاري في "صحيحه" (2 / 94) برقم: (1358) (كتاب الجنائز ، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه)، ومسلم في "صحيحه" (8 / 52) برقم: (2658) (كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين).

⁴-ينظر: محمد جميل محمد ديب المصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 17.

⁵-علاء الدين زعتري، مقاصد الشريعة ودورها في الفاظ على حقوق الطفل، مقال مقدم إلى مؤتمر كلية الشريعة، جامعة دمشق -الجمهورية العربية السورية 1429 هـ -2008م، ص 10.

د- حفظ عقل المحضون: ويكون ذلك بتربيته وتعليمه على الأخلاق الحسنة والحميدة، وإكسابه عادات صحيحة التي أوصانا بها ديننا الحنيف، والافتداء برسولنا الكريم ﷺ الذي قال عنه الله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَنْ كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾ [الأحزاب: 21].

" الحث على اكتساب علم التحريك للمقاصد الثلاثة... وهي: التفكير، إصلاح العمل، وإيجاد الوازع، لأن بالعلم تميز الخبيث من الطيب فهو عند ذلك التميز تفكير في التمايز، ثم هو الدليل على الفضائل وقائد إلى الخيرات يرشد إلى التكثير منها وحارس على النقائص من الدنو إليها، فيه يعرف العمل الصالح"¹.

و- حفظ مال المحضون: إن مسؤولية حفظ مال المحضون تكون على عاتق الحاضن في الغالب لأنه يدخل ضمن رعاية شؤونه ومصالحه، فيجب المحافظة عليها حتى يبلغ ويصبح قادر على إدارة شؤونه بنفسه. قال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: 6].

"الحفاظ على مال الطفل ومصالحه بتنصيب كفيل له، أو وصي على ماله فلا تنصرف تصرفات الطفل من تبرعات وهبات؛ لأنها محض عليه وكذلك لا تنفذ تصرفات الولي في مال الصبي؛ إذا لم تكن نفعاً محضاً، ولا يجوز لولي الطفل أو حاضنه أن يتبرع من أموال الطفل، ولا تسلم أموال الطفل؛ قبل أن يصبح راشداً في التصرف المالي؛ لئلا يضيع أمواله ثم يصبح عالة على المجتمع"².

¹- الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، مرجع سابق، ص 91-92.

²- محمد جميل محمد ديب المصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 19.

2- المقاصد الأخروية: وتكون في سعي من وكلت له الحضانة إلى الحصول على الأجر والثواب من قيامه بهذا العمل الإنساني الذي يتضاعف فيه الأجر كلما أخلص لله في رعايته للمحزون أحسن رعاية وراع وجه الله فيه فالحضانة حفظ لحياة إنسان وحمایته من كل مكروه فهي تشمل على أسماء أنواع البر والإحسان¹.

قال تعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [النحل: 97].

وقال ﷺ: «مَنْ عَالَ جَارِيَتَيْنِ حَتَّىٰ تَبْلُغَا، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَنَا وَهُوَ هَكَذَا» ، وَضَمَّ إِصْبَعَيْهِ²، وهذا دليل على أجر وثواب رعاية الصغير الذي لا يقدر على تدبير شؤونه بنفسه.

ثانيا: أهداف الحضانة في القانون الجزائري: لقد تطرق المشرع الجزائري من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري إلى تعريف الحضانة، اعتمادا على ذكر أهدافها والمتمثلة فيما يلي:

1-تعليم الولد: ويقصد منه حق الولد في التعليم في المؤسسات التربوية الوطنية المجانية، وهو حق يكفله له القانون، وذلك لكي يطور الولد من قدراته الذهنية وملكاته العقلية، ويعمل على تطويرها ليواكب بها تطورات العالم الخارجي، فبالعلم تتطور الأمم وتزدهر³.

2-تربية الولد على دين أبيه: "ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنها بمفهوم المخالفة في المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 / فبراير 2005 م عندما نص على التحريم المؤقت ونوه بتحريم زواج المسلمة بغير المسلم وأن العكس جائز شرعا وقانونا"⁴.

خلاصة: لقد اشترط المشرع الجزائري نشأة الولد على دين أبيه ولو كانت حاضنته غير مسلمة وذلك مراعاة لمصلحة المحزون، لأن الدين من المقومات الوطنية التي لا يمكن الاستغناء عنها والجزائر دينها واحد وهو الإسلام.

1- ينظر: محمد جميل محمد ديب المصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق. ص22.

2-أخرجه مسلم في "صحيحه" (8 / 38) برقم: (2631) (كتاب البر والصلة والآداب ، باب فضل الإحسان إلى البنات).

3-ينظر: باديس ديايي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري، (لا.ط؛ عين مليلة-الجزائر: دار الهدى، 2012)، ص125.

4-باديس ديايي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري المرجع السابق، ص125.

3- **السهر على حماية المحضون:** "إذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب، أو معنوي كالإرهاب والتخويف والشتيم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب وأن يؤدب كل ما استدعت الحاجة، ثم أن الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لا بد من حماية الطفل حتى من نفسه"¹.

4- **حماية المحضون من الناحية الخلقية:** وهي تنشئة على حسن الأخلاق بتعليمه الآداب العامة، وحسن المعاملة مع الناس وتربيته على مكارم الأخلاق وخصال الخير الجميلة كالصدق والعدل والشجاعة وحب الوطن، وذلك بإبعاده عن رفقاء السوء باختيار الصحبة الصالحة له، ليكون فردا صالحا في المجتمع ينفع الله به البلاد والعباد².

5- **حماية المحضون صحيا:** إن الوقوف على سلامة صحة المحضون من أهم التزامات الحاضن وذلك يستدعي توفير الرعاية الجسدية للمحضون والسهر على سلامة صحته من الأمراض التي يتعرض لها، "...ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك..."³.

خلاصة: أن مقاصد الشريعة الإسلامية والأهداف التي أرادها المشرع الجزائري من الحضانة، واحدة تدل على اهتمام كل من الشريعة والقانون بمصلحة المحضون.

¹ - كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغربية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر الودي كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر - 2014 - 2015، ص 16.

² - ينظر: باديس ديايي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 126.

³ - عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص، شريعة وقانون، الجامعة الإفريقية أدرار، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة الجزائر، ص 17، بتصرف.

المطلب الثاني: طبيعة الحضانة وحكمها

لقد تعددت آراء الفقهاء حول طبيعة الحضانة فمنهم من يرى أنها حق ومنهم من قال إنها واجب على الحاضن، فإذا كانت الحضانة حق، فيجب لصاحبها التمتع دون الإلزام، أما إذا كانت واجبة فصاحبها ملزم بها².

"ومعلوم أن الحضانة إنما شرعت لحفظ المحضون ورعايته، وصونه من الضياع لذلك اتفق العلماء على أن الحضانة تكون واجبة إذا كان في تركها خطر وهلاك على المحضون ولم يوجد إلا الحاضن أو لم يقبل إلا به، وأما في حالة عدم الخشية على المحضون أو تعدد الحاضنين اختلف العلماء هل تأخذ الحضانة حكما غير الوجوب أم لا؟"³.

سنحاول التطرق إلى طبيعة الحضانة في الفرع الأول، وحكم الحضانة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: طبيعة الحضانة

لقد تباينت آراء الفقهاء في طبيعة الحضانة حول كونها حقا أم واجبا ولمن تحقق وعلى من تجب وذلك على عدة أضرب، وسنحاول التفصيل في هذا الفرع.

أولا: طبيعة الحضانة في الفقه الإسلامي: لقد اختلفت نظرة فقهاء الفقه الإسلامي لطبيعة الحضانة على أربع اتجاهات، فمنهم من يرى أنها حق للصغير أو المحضون وواجبة للحاضن ومنهم من يقول إنها حق للحاضن يمكنه التنازل عنها، ومنهم من ينظر إليها أنها حق مشترك بينهما (الحاضن والمحضون)، واتجاه يعتبرها حق لله تعالى⁴، وسوف نفصل في ذلك كما يلي:

الاتجاه الأول: الحضانة حق للصغير: رأى أصحاب هذا الاتجاه أن الحضانة حق للمحضون وواجبة على الحاضن، حيث لا يمكنه الامتناع عنها، ويجبر عليها.

¹ -نقصد بالطبيعة: هل الحضانة حق أم واجب وعلى من تجب ولمن هذا الحق .

² -ينظر: كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مرجع سابق، ص 28.

³ - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة رسالة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون فلسطين، 1437 هـ -2015، ص 30.

⁴ -ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10(ط:4؛ سوريا: دار الفكر، د.ت)، ص7299. وسيد السابق، فقه السنة، ج2(ط:3؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1397هـ-1977م)، ص338. و ابتسام بالقاسم القرني، حقوق الحاضن على المحضون، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، ص17.

" ثم اعلم أن الحضانة حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضنته وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر"¹.

ولقد وجبت الحضانة على من هو أهل للوقوف على مصلحة المحضون سواء أكان أم أب أو من ينوب عنهم من الأولياء من توفرت فيه الشروط، وهذا قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة²، ويترتب على أن الحضانة حق للمحضون الأحكام الآتية:

- 1- إجبار الحاضنة على الحضانة إذا تعين عليها مراعاة حق الصغير.
- 2- إذا خالعت الأم زوجها على ترك ولدها الصغير عنده صح الخلع وبقي الشرط محافظة عليه من الضياع"³.

الاتجاه الثاني: الحضانة حق للحاضنة: مؤدى هذا الاتجاه أن للحاضن الحق في الامتناع عن الحضانة لأنها غير واجبة عليه، أي بإمكانه إسقاطها متى شاء والتنازل عنها، وبإمكانه العودة إليها إذا كان أهلاً لها في حالة عدم وجود مانع شرعي وهذا رأي جمهور الفقهاء⁴، وتتفرع باعتبارها حق للحاضنة إلى ما يلي:

- 1- ليس للأب ولا لغيره أن ينزع الصغير من صاحبة الحق في حضنته ليعطيها لحاضن آخر تليها في هذا الحق إلا بمسوغ شرعي، لأن نزعه منه في هذه الحانة تفويت لحقها في الحضانة.
- 2- إذا كانت المرضعة غير الحاضنة وجب عليها إرضاعه على وجه لا يفوت حق الحضانة بأن ترضعه عندها أو ينقل إليها الطفل وقت الرضاعة ثم يرد إلى حاضنته.
- 3- لا تجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا امتنعت عنها عند وجود حاضنة أخرى تقبلها، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه"⁵.

¹- ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4(ط:2؛ لا.م: د.ت)، ص180.

²- ينظر: عبد الله حسين الموجان، الحضانة في الشريعة الإسلامية على طريقة السؤال والجواب (ط: 2؛ القاهرة: دار النصر للطباعة الإسلامية، 1422 هـ - 2001 م)، ص 8.

³- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، (لا.ط؛ لا.م: منشورات الحلبي الحقوقية، د.ت) ص395.

⁴- ينظر: وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج10، ص7319.

⁵- مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام (ط: 4؛ بيروت: دار الجامعة للطباعة، 1403 هـ-1983 م)، ص755.

الاتجاه الثالث: الحضانة حق مشترك: ولقد اختلف العلماء في أحقية الحضانة هل هي حق للصغير أم حق للحاضن، ويرى أصحاب هذا الاتجاه؛ "أن الحضانة حق مشترك للحاضن والمحضون معا، وهو قول بعض المالكية، وقال به بعض الحنفية والشافعية وهو الصحيح عند الحنابلة، وعند تعارض الحقيين، فإن حق المحضون أقوى وأولى بالاعتبار، فإذا تعينت الحاضنة للحضانة أجبرت عليها، مراعاة لحق الصغير ومصالحته.

الاتجاه الرابع: الحضانة حق لله تعالى: وعليه فلا تسقط الحضانة بإرادة الحاضن أو إرادة المحضون؛ فلا بد من قيام الحضانة لمن هو في حاجة إليها، ويجب على المجتمع كفالة الطفل عند عدم وجود الحاضنة أو الوالي الذي يولي ذلك. وبه قال بعض فقهاء المالكية¹.

القول الراجح: في صاحب الحق في الحضانة

بعد الاستقراء في أقوال الفقهاء في مسألة صاحب الحق في الحضانة، نرى والله أعلم أنه لا يمكن الأخذ برأي واحد منفردا من هذه الآراء بل يجب الجمع بين هذه الأقوال الأربعة ، لأنه إذا أخذنا بالرأي الأول القائل بأن الحضانة حق للصغير وحده، هذا يعارض القول الثاني أن الحضانة حق للحاضن ، فيجبر عليها فلا يستطيع التنازل عنها في بعض الحالات ، ولا المطالبة بها وهو حقه الثابت ، وعند القول بأنها حق للحاضن فقط ، ضاعت مصلحة المحضون وحفظ نفسه المقررة شرعا والتي هي حق من حقوق الله تعالى، والتي تندرج تحت حفظ كلية من الكليات الخمس ، وهو حق المجتمع الذي توكل له رعاية الصغير في حالة إذا لم يجد من يكفله حفاظا على تنشئة الصغير تنشئة سليمة سوية، وإذا لم يتم التكفل بهذا الصغير فإنه ينعكس سلبا على المجتمع من الجانب الاجتماعي ويتحمل المجتمع المسؤولية أمام الله تعالى في التفريط في هذا الحق.

ثانياً: طبيعة الحضانة في القانون الجزائري

اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للحضانة على ضربين الأول يرى أن الحضانة حق، فلصاحبها حق التمتع بها أو التنازل عنها، دون أن يكون مجبرا عليها، أما أصحاب الرأي

¹-ابتسام بالقاسم القرني، حقوق الحاضن على المحضون، مرجع سابق، ص 17-18.

الثاني القائلين بأن الحضانة التزام، فيجب على الذي ألقيت على عاتقه أن يقوم بها على أكمل وجه دون التقصير أو الإهمال¹، وسوف يكون التفصيل الآتي:

أولاً: الحضانة حق: هذا ما أخذ به أصحاب الرأي الأول لكن تضاربت آرائهم لمن يكون هذا الحق؟ هل هو حق للصغير أو للحاضن أو هو مشترك بينهما، أو حق للمجتمع أو هي من النظام العام.

1-الحضانة حق للصغير: نظراً لعجز الصغير وعدم قدرته على القيام بشؤونه بنفسه، وحفظاً له من الهلاك، مما يوجب له الحضانة، لحفظ حياته وضمان نموه على أحسن ما يرام ويتبين ذلك من خلال ما يلي²:

أ- "ليس لأم الصغير أن تصالح أباه على إسقاط حقها في حضانتها فتتركها عند مدة حضانة النساء، في مقابل عوض تأخذه منه فلو وقع هذا الصلح بينهما، فهو باطل..."

ب- "إذا خالعت الأم زوجها على أن يبقى عنده ولده الصغير الذي في سن الحضانة في المدة المقررة لحضانة النساء، فالخلع صحيح والشرط باطل..."

ج- إذا تعينت امرأة لحضانة الصغير فإن لم توجد حاضنة سواها من محارمه، وامتنعت عن حضانتها، أجبرت عليها محافظة على الصغير..."³.

2- الحضانة حق للحاضن: إن الأم أحق بحضانة ولدها ما لم يمنع من ذلك مانع فإذا تمسكت به أجيبت إليه وإذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل.

ويتضح ذلك من خلال ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بقوله " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ..."⁴.

ومما يترتب عن الحضانة حق للحاضنة ما يلي:

¹ - ينظر: زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان: كلية الحقوق، 2004-2005م، ص 461.

² - ينظر: كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مرجع سابق، ص 29-28.

³ - مرجع نفسه، ص 29، بتصرف.

⁴ - المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر.

أ- ليس للأب أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة، ويعطيه لمن دونها في المرتبة، لما في ذلك من تفويت حقها، إلا بمبرر شرعي.

ب- ليس للأب أن ينقل الصغير من مكان بلد الحاضنة، الذي تقوم فيه صاحبة الحق في الحضانة.

ج- لو كان لصغير مرضعة غير الحاضنة، يجب عليها أن ترضعه عندها في مكان الحاضنة.

3- **الحضانة حق مشترك:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، إلا أن حق الصغير أقوى من حق الحاضن وذلك مراعاة لمصلحة المحضون، وهي مقدمة على مصلحة والديه وهو المقدم في باب الحضانة، وهيمن جهة آخري التزام للحاضن¹.

4- **الحضانة حق للمجتمع:** "للمجتمع الحق في حفظ النفس الإنسانية، بإحيائها ورعايتها، لذلك تقع على الدولة مسؤولية رعاية الأطفال في جميع المجالات فعندما يوجد هناك حاضن فيقع على الدولة توفير جميع الخدمات الاجتماعية والعلاجية للأطفال، وفتح مؤسسات لمساعدة الأمهات في تربية أولادهم.

أما في انعدام وجود الحاضن، كما لو توفي الوالدان مع عدم قبول الأقارب بحضانة الأطفال، فهنا يظهر الدور الكبير للدولة، وهذا ما أدى إلى فتح دور الأحداث في دول عديدة².

نستنتج من خلال طرحنا لهذه الآراء نرى حسب رأينا، أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن ويمكن لأحدهما أن يختص بهذا الحق لوحده، فالصغير من حقه الرعاية والحفظ لاحتياجهما لهما، والحاضن من حقه ممارسة هذا الحق، إلا مع وجود المانع.

ثانيا: الحضانة التزام:

يرى الدكتور مصطفى شلبي أن الأم أحق بحضانة ولدها من غيرها، إذا لم يوجد مانع، فلها الحق في التمسك به أو التنازل عنه إذا وجد من يقوم بدورها وإذا لم يوجد من يتحمل هذه المسؤولية

¹- ينظر: كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مرجع سابق، ص30. و معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، 2013-2014، ص23-24.

²- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مرجع سابق، ص30.

فهي مجبرة على القيام بدورها في حضانة ولدها، وهذا يعني أنه التزام منها تجاه صغيرها¹.
خلاصة القول: أن المتعين للحضانة تقع على عاتقه المسؤولية تجاه المحضون، سواء كان الحاضن الأم أو الأب أو من ينوبهم، فمن يتحمل هذه المسؤولية يكون مجبرا عليها وملزما بها.

الفرع الثاني: حكم الحضانة

أولاً: حكم الحضانة في الفقه الإسلامي: اتفق علماء المسلمين على وجوب الحضانة، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون وحفظه من الهلاك، لأنه يتضرر بتركها، إلا أنه وقع اختلافهم على قولين، منهم من يقول إنها فرض عين ومنهم من يقول إنها فرض كفاية إذا قام بها البعض سقط عن الآخر²، والقائلون بفرض الكفاية وذلك عند التعدد استدلووا من المعقول بقولهم: "ولذا إذا وجد جماعة طفلاً وجب عليهم حضنته، فإذا قام به البعض سقط عن غيره كسائر فروض الكفاية"³، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية.

أما أصحاب القول الثاني، القائلون بأن الحضانة فرض عين واجبة في جميع أحوالها وهو قول للحنابلة، استدلووا بالقياس والمعقول، من القياس: وجوب الحضانة قياساً على حضانة اللقيط⁴.

1- أدلة مشروعية الحضانة في الفقه الإسلامي: لقد شرعت الحضانة في الإسلام، ووردت أدلتها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وبيجام فقها المسلمين، وكذلك من المعقول.

أ- الدليل على مشروعية الحضانة من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ فَرَجَعْنَاكَ إِلَىٰ أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَقَتَلْتَ نَفْسًا فَنَجَّيْنَاكَ مِنَ الْغَمِّ وَفَتَنَّاكَ فُتُونًا فَلَبِثْتَ سِنِينَ فِي أَهْلِ مَدْيَنَ ثُمَّ جِئْتَ عَلَىٰ قَدَرٍ يَا مُوسَىٰ﴾ [طه:40].

1- ينظر: مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون (ط: 4؛ بيروت: دار الطباعة والنشر 1403هـ - 1983م)، ص 753 - 754.

2- ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17 (ط: 2؛ الكويت: دار السلاسل، 1404-1427)، ص 300.

3- النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 2 (لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، 1445 هـ - 1995 م)، ص 66.

4- عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة قسم الفقه المقارن، فلسطين، 1424هـ - 2003م، ص 18.

"فتقول هل أدلكم على من يكفله) أي على امرأة ترضعه وتضمه إليها، وذلك أنه كان لا يقبل ثدي امرأة، فلما قالت ذلك لهم أخته قالوا: نعم، فجاءت بالأم فقبل ثديها، فذلك قوله تعالى: ﴿فَرَجَعْنَاكَ إِلَى أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ﴾ [طه:40] أي لأن يذهب عنها الحزن"¹.

ب- دليل مشروعية الحضانة من السنة النبوية:

جاء في صحيح وضعيف سنن أبي داود: "حدثنا محمود بن خالد السلمي حدثنا الوليد عن أبي عمرو يعني الأوزاعي حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مِمَّا لَمْ تَنْكِحِي»"².

وجه الدلالة في الحديث أن الأم أحق بحضانة ولدها من أبيه ما لم تتزوج وهو شرط من شروط سقوط الحضانة عنها.

ج- دليل مشروعية الحضانة من الإجماع:

لقد أجمعت الأمة على مشروعية الحضانة، لحفظ النفس البشرية من الهلاك، وذلك برعاية المحضون والوقوف على مصالحه لأن ذلك يدخل تحت حفظ الكليات الخمس، "قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق بهم ما لم تنكح"³.

ومما روى أن سيدنا عمر لما طلق زوجته وكان له منها ولد، فتنازع في حضانة الولد كل يريد حضانة ولده، ولما رفع هذا النزاع إلى سيدنا أبي بكر حكم بحضانة الولد لأمه، وقال لسيدنا عمر: ريجها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك، وهذا ما اجتمع عليه الصحابة الذين كانوا مجتمعين عنده"⁴.

1-البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن، ت: محمد عبد الله النمر و عثمان جمعه خميرية و سليمان مسلم الحرش، ج5 (ط: 4؛ لا.م: دار طيبة للنشر والتوزيع، 1417 هـ - 1997 م)، ص273.

2- أبو داود، سنن، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم الحديث (2276)، ج2، ص292.

3-رشدي شحاته أبو زيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي(لا.ط؛ لا.م: د.ت)، ص482.

4-ينظر: رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص394.

ثانياً: حكم الحضانة في القانون الجزائري

أورد المشرع الجزائري أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72 في الباب الثاني الزواج والطلاق، في الفصل الثاني آثار الطلاق، من قانون الأسرة الجزائري، كالاتي:

1- أول ما جاء في أحكام الحضانة المادة 62 التي تنص على: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك."¹

عرف المشرع الجزائري الحضانة في هذه المادة مبيناً أهدافها، والتي شملت جميع جوانب الرعاية، وأضاف في الفقرة الأخيرة شرط الأهلية في ممارسة الحضانة.

2- المادة 64 التي نصت على أن: " الأم أولى بحضانة، ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"².

هذه "المادة 64 تحدثت عن الولاية بتلفظها لمصطلح أولى، والمعروف أن الولاية نوعان، ولاية على النفس وولاية على المال"³.

كما وضحت المادة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، بداية بالأم ثم الأب ثم الأقرب فالأقرب.

3- المادة 65 التي جاء فيها: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أمماً لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"⁴.

يفهم من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري حدد سن الحضانة، لكن فرق بين الذكر والأنثى حيث أجاز إمكانية تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر، إذا كانت الحاضنة أم فقط.

¹-المادة 62 من قانون الأسرة سالف الذكر.

²-المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

³-باديس ديايي، صور آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 140.

⁴-المادة 65 من قانون الأسرة الجزائر السالف الذكر.

4-المادة 66 التي تنص على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"¹.

هذه المادة ذكرت أسباب سقوط الحضانة، وهي الزواج بغير قريب محرم والتنازل عن الحضانة "وعندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها، تقرر منح المحضون إلى غيرها كالأب أو غيره ممن أسند اليهم القانون حق حضانة الأولاد"².

5-المادة 67 التي جاء فيها" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 61 أعلاه.

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"³.

هذه المادة ذكرت سبب آخر لسقوط الحضانة، وهو اختلال أحد الشروط التي يجب توفرها في الحاضن ، والتي جاءت في الفقرة الثانية من المادة 62 المذكورة سابقاً، مع استثناء عمل المرأة من لأسباب السقوط تماشياً مع الواقع المعاش.

6-المادة 68 تنص على أنه:" إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"⁴.

إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

7-المادة 69 تنص على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"⁵.

يعتبر سفر الحاضنة بالمحضون إلى بلد أجنبي للاستيطان، مسقط للحضانة وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

¹ -المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

² -بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1(ط:5؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007)، ص388.

³ -المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمي، ع15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

⁴ -المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

⁵ -المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

8-المادة 70 وفيها" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"¹.

إذا كانت الحاضنة جدة أو خالة، فلا يجب أن تسكن بالمحضون مع أمه المتزوجة من أجنبي مراعاة لمصلحة الطفل في ذلك،

9-المادة 71 التي جاء فيها: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري." يمكن للحاضنة أن تسترجع حقها في الحضانة إذا زال سبب السقوط، بشرط أن يكون السبب اختياري.

10-المادة 72" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن." توفير السكن للحاضنة ضروري ، يجب أن يوفره الأب.

خلاصة القول: إتفق فقهاء الفقه الإسلامي على وجوب الحضانة، والأدلة من القرآن والسنة والإجماع تدل على ذلك، لأن الصغير يهلك بترك حضانته فيجب حفظه من الهلاك، وأكد المشرع الجزائري ذلك من خلال ما نص عليه في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة.

¹ -المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة وترتيب مستحقيها

جاءت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بنظام يكفل الأسرة بسياج قوي، يحمي ويراعي مصلحة الأولاد، وذلك بوضع شروط يجب توفرها في الشخص، حتى يكون أهلاً للممارسة حقه في الحضانة، وممارسة الحضانة تكون للنساء والرجال، حسب الأولوية وحسب القدرة والاستطاعة، إلا أن النساء أولى بها من الرجال، لأنهن أشفق وأرفق و بها أليق وأهدى لتربية الصغير، والأصل في الحضانة للأم إذا توفرت فيها الشروط، وكانت مصلحة الصغير في البقاء معها لاحتياجه إليها أما إذا ثبت عكس ذلك، فتنقل الحضانة إلى من يليها من مستحقي الحضانة، إذا كان أهلاً لها مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولمعرفة هذه الشروط الواجب توفرها في الحاضن وترتيب أصحاب الحق في الحضانة، سنتطرق إلى شروط استحقاق الحضانة في المطلب الأول، وترتيب مستحقيها المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط استحقاق الحضانة

إن رعاية الطفل وتربيته والتكفل به وحفظه من الأضرار والمهالك، يستوجب مقدرة واستطاعة تساعد على القيام بهذا، لذا أولت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية حضانة الصغير أهمية كبيرة وذلك باشتراط شروط يجب توفرها في الحاضن، باجتماعها نصل إلى الرعاية والتربية المنشودة والمصلحة المرجوة، بحيث يتساوى الذكر والأنثى في أهلية الحضانة، ويختلفا نوعاً ما في الشروط الأخرى، ولما اشترط المشرع الجزائري أن يكون الحاضن أهلاً للحضانة، فتح المجال لعدة شروط، زيادة على ذلك ما جاء في نص المادة 222¹ من قانون الأسرة الجزائري، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وعلى هذا الأساس سنحاول التطرق إلى شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، وشروط استحقاق الحضانة في القانون الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي

إن تربية الصغير والوقوف على شؤونه، والسلوك به في المنهج السوي والسليم، يحتاج إلى عناية خاصة فلذلك وضع الشارع الحكيم شروطاً لاستحقاقها فإذا تحققت نصل إلى الغاية المنشودة (التربية السليمة) وبفقدان واحد منها، يشوب مصلحة الصغير الخلل ولا تكون على أكمل وجه.

ومن هذه الشروط ما يستوجب على كل من كان أهلاً للحضانة بصفه عامه، ولا فرق بين الجنسين في ذلك وبعضها يشترط على المرأة إذا كانت هي الحاضنة وبعضها خاص بما إذا كان الحاضن رجلاً، وسنحاول توضيح هذه الشروط من خلال العرض الآتي:

¹- ينظر: المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

أولاً: الشروط العامة:

إن الشارع لم يخص أهلية الحضانة على النساء فقط بل تثبت كذلك للرجال، لكن مع تقديم النساء على الرجال، وذلك يرجع سببه إلى أن المرأة بحكم الفطرة ودورها في الحياة هي الأقدر على تربيته الولد ورعايته فمن الشروط التي يجب توفرها في الرجال والنساء على حد سواء نجد:

أ_ **العقل**: لا تثبت الحضانة للأم المجنونة أو المعتوهة، فمن لا يستطيع تدبير أموره لا يقوم بشؤون غيره فالصغيرة في حاجة إلى رعاية خاصة في المرحلة الأولى من حياته، وغير العاقل تسقط حضانتها، وهذا ما جاء في كتب الفقهاء بالاتفاق¹.

ب_ **البلوغ**: يشترط في الحاضن أن يكون بالغاً لأن الصغير لا يستطيع أن يدبر أمور نفسه فكيف يدبر أمور غيره، "فلا حضانة للصغير ولو كان مميزاً؛ لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه"².

ج_ **القدرة**: هي الاستطاعة على تحمل مسؤولية المحضون، والقيام على شؤونه ورعايته صحياً، فلا تجوز الحضانة مع العجز وكبر سن أو عائق كمرض أو عاهة دائمة أو الانشغال بحرفة تحجب على ملازمه البيت أكثر الأوقات، والملاحظ أن المالكية والشافعية والحنبلة يدرجون العمى ضمن موانع العجز عن ممارسه الحضانة، وكذلك يشترط سلامه الحاضن من الأمراض المعدية، كالجدام والبرص ونحوه وذلك خشية من انتقاله إلى المحضون³.

د_ **الأمانة**: "يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط الواجب توفرها في الحاضن إذ لا يعقل إسناد الحضانة إلى شخص منحل خلقياً أو يقيم بمكان مليء بالمجرمين أو ما شابه ذلك، وكانت آراء الفقهاء متشابهة في حق الفاسقة في الحضانة"⁴.

¹- ينظر، يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2018_2019، ص43.

²- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص7304.

³- ينظر، الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (ط.2)، القاهرة: دار الفكر العربي، (د.ت)، ص406، وينظر، يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2018_2019، ص45.

⁴- يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص44. 45.

هـ_ الاسلام: اختلف فقهاء الفقه الإسلامي في اشتراط دين الاسلام على الحاضن، حيث يرى الشافعية والحنبلة أن الاسلام شرط لممارسه الحضانة، وقول للشافعية باشتراطهم الاسلام للحضانة¹.

أما الحنفية والمالكية فتصح عندهم حضانة غير المسلم، فقد جاءت نصوص الفقهاء صريحة في عدما شتراط الاسلام في الحاضن، وما يلاحظ مما جاء في أقوالهم أن العبرة عندهم باتحاد دين الحاضن والمحضون².

وخلاصة القول مما نستخلصه من طرحنا للآراء الفقهية للمذاهب الأربعة، للشروط التي يجب توفرها في الحاضن، والمشاركة بين الرجال والنساء، نلاحظ أن هناك شروط متفق عليها وهي العقل والبلوغ والقدرة والأمانة أما الاختلاف فقد وقع على شرط الدين.

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء:

أ_ الخلو من زوج أجنبي على المحضون: "فإن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو كانت متزوجة بقريب للصغير ولكنه ليس محرم له فلا حق لها في الحضانة وذلك لأن زوج الأم يتضرر عادة من وجود الصغير مع أمه فيشعر الصغير بالجفاء منه وهذا له تأثير سيء على نفسيته هذا فضلاً على أن صغير في حالة ما إذا كانت الحاضنة هي أمه لا يطبق أن يرى رجلاً آخر غير أبيه يعاشره"³.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الحضانة تسقط بالزواج من الأجنبي واستدلوا على ذلك بالحديث الشريف في قوله ﷺ "أنت أحق به ما لم تنكحي"⁴.

1- ينظر: مصطفي الخن، الفقه المنهجي على فقه الإمام الشافعي، ج4(ط:4؛ دمشق: دار القلم للنشر والطباعة والتوزيع، 1413هـ-1992م)، ص196.

2- ينظر، كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مرجع سابق، ص54.

3- عبد الحميد محمود مطلوب، الوجيز أحكاماً لأسرة الإسلامية، (ط.1، القاهرة: مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، 1425هـ-2004م)، ص409.

4- أخرجه أبو داود في "سننه" (2 / 251) برقم: (2276) (كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد) وقال: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ إِسْنَادًا ، وَلَمْ يُجَرَّحْهُ.

ب_ أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون: أن تكون الحاضنة كالأم والأخت رحم محرم فلا تثبت الحضانة لبنات العم والحال والخالة لحضانة الذكور وذلك لعدم المحرمية ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لبني العم والخالة والحال في حضانة الإناث ولهن الحق في حضانة الذكور ولا تثبت الحضانة كذلك لمحرم من الرضاعة كالأم والأخت¹.

ج_ عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغيه: "لأن سكنها مع المبعوض يعرضه للأذى والضياع. فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكنى عنها، وهذا شرط عند المالكية، واشتروا أيضاً ألا يسافر ولي المحضون أو الحاضنة ستة برد² فأكثر، فإن أراد أحدهما السفر أخذ المحضون من حاضنته، كما سيأتي، إلا أن تسافر معه، وشرط الشافعية والحنبلة أنه إذا كان المحضون رضيعاً: أن ترضعه الحاضنة، فإن لم يكن لها لبن، أو امتنعت من الإرضاع، فلا حضانة لها؛ لأن في تكليف الأب استتجار مرضعة تترك منزلها، وتنتقل إلى مسكن الحاضنة عسراً عليه، فلا يكلف ذلك"³.

وخلاصة القول أن الفقهاء اختلفوا في هذا الشرط، فالشافعية والحنبلة لم يعتدوا به أما الحنفية فاعتبروه لازماً والمالكية أيضاً لكن بشرط أن لا يخالف مصلحة المحضون.

د_ ألا تكون قد امتنعت من حضنته مجاناً والأب معسر: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اعتبار هذا الشرط، فالمالكية والشافعية والحنبلة لم يعتدوا بهذا الشرط، وخالفهم الحنفية في ذلك واعتبروه لازماً للحاضنة، فإذا كان الأب معسراً يعجز عن دفع الأجرة للحاضنة فينتقل حق الحضانة للقريبة الموالية التي رضيت بها مجاناً، وبذلك يسقط حق الحضانة عن الأولى، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية⁴.

1- ينظر، رشدي شحاتة أبوزيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، (لا.ط، لا.م: لا.ن، د.ت)، ص512. وبدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون (لا.ط؛ الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، 1987م)، ص71

2- البريد العربي: 12 ميلاً أو أربعة فراسخ، وتساوي 22176 م، والميل 1848 م والستة بزد 133 كم.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص7308.

4- ينظر: مرجع نفسه، ص7308.

ثالثاً_ الشروط الخاصة بالرجال: إضافة إلى ما تطرقنا إليه من شروط عامة مشتركة بين النساء والرجال، فقد حدد فقهاء الشريعة شروط للرجل الحاضن سنعرضها في ما يأتي:

- 1_ أن يكون محرماً للمحضون إذا كانت أنثى: وقد اتفق الفقهاء على جواز حضانة الرجل المحرم أما إذا كان غير محرم فينظر إلى حالة الأنثى، والتي فصلها الفقهاء إلى الحالات¹.
- 2_ أن يكون عند الرجل الحاضن من يصلح للحضانة من النساء: يقول الشيخ الدردير: "و شرط الحضانة للذكر من أب أو غيره أن يكون عنده من يحضن من الإناث أي من يصلح لها من زوجة أو سرية أو أمة لخدمة أو مستأجرة لذلك أو متبرعة؛ لأن الذكر لا صبر له على أحوال الأطفال كالنساء فإن لم يكن عنده ذلك فلا حق له في الحضانة"².

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة في القانون الجزائري

لم يفصل المشرع الجزائري في شروط مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، بل اكتفى بفقرة واحدة مقتضبة جاءت في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري "... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"³، ونجد في هذه الفقرة شيء من الغموض حول مقصود الأهلية هل هي الأهلية التي نص عليه القانون المدني الجزائري، أم هي القدرة والكفاءة والاستطاعة للقيام بهد الدور المهم على أكمل وجه⁴.

سنحاول في هذا الفرع أن نتعرف على شروط ممارسة الحضانة في ضوء القانون الجزائري وندعمها بالاجتهاد القضائي في هذا الموضوع.

أولاً: الشروط العامة للحضانة.

الشروط العامة هي الشروط التي يجب توفرها في الحاضن لكي يستطيع أن يقوم برعاية الصغير.

- 1-العقل: لقد كرم الله تعالى بني آدم بالعقل، وأكد المشرع الجزائري على شرط العقل، عندما نص على أن الحضانة ولاية على النفس، طبقاً لما ورد في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها

1- ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص7309. وكمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مرجع سابق، ص63.

² - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص529.

³ - المادة 62 قانون، من قانون الأسرة الجزائري سالف الذكر.

⁴ - ينظر: باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص54.

الأخيرة "... وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"¹، وبطبيعة الحال أن غير العاقل يحتاج إلى رعاية فكيف يتولى رعاية غيره، وهذا ما أكدته المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته، أو السفه"²، والمجنون والمعتوه والسفيه سواء بلغ سن الرشد أو لم يبلغ بعد، فهو فاقد الأهلية ويخضع لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط وفقاً للقواعد المقررة في القانون³.

2- البلوغ: البلوغ شرط يجب توفره في الحاضن، لأن الحضانة التزام يلقي على عاتق من أسندت له الحضانة، ولقد اشترط المشرع الجزائري البلوغ في الحاضن، حتى تصح تصرفاته، كما نصت عليه المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن..."⁴، أي أن الصغير يعتبر ناقص في الأهلية، وفي المادة 82 من نفس القانون: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"⁵، ولقد أكدت هذا الشرط المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري التي ورد فيها: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني"⁶.

أما سن البلوغ الذي نص عليه المشرع الجزائري، هو 19 سنة كاملة كما جاء في المادة 40 من القانون المدني، وبهذا نقول إن المشرع الجزائري حذا حذوا فقها الشريعة في اشتراط العقل والبلوغ في الحاضن لكي يستحق ممارسة الحضانة.

1- المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

2- المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري سالف الذكر.

3- ينظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 383. وباديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 55.

4- المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري سالف الذكر.

5- المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري سالف الذكر.

6- المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

3_ "القدرة": وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانتته في خلقه وصحته أي بمعنى أن تكون الحاضنة صحيحة الجسم، قادرة على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو انشغال بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير، لم تكن أهلاً للحضانة كما لو كانت مريضة مرضاً معدياً كان في وجود الطفل معها خطر على حياته"¹.

4- الأمانة والأخلاق: من أهم الصفات التي يجب أن يتصف بها أي شخص كان الأمانة، وبالأخص من أسندت له مسؤولية الحضانة، "فلا حضانة للمرأة الفاسدة التي لا تقيم للأخلاق وزناً، ولا للمرأة المهملّة الضائعة، لأن الطفل تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه ويحاكيه، فينشأ على أخلاقها السيئة"².

هذا يبين لنا أن سواء أخلاق الحاضن يلزم على القاضي بعد إثبات ذلك أن يسقط حقه في الحضانة وهذا مراعاة لمصلحة المحضون.

ونلاحظ أن من الفقهاء من أضاف شرط الإسلام والحرية، لكن المشرع الجزائري لم يشترط أن تكون الحاضنة مسلمة بل اشترط تربية المحضون على دين أبيه، فإن رأى عكس ذلك أسقط حقها في الحضانة، والمشرع الجزائري فيما يخص شروط ممارسة الحضانة، لم يفصل فيها تفصيلاً دقيقاً وإنما ترك المجال مفتوحاً للقضاة حتى يجتهدوا في ذلك ووفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك في جميع المجالات، الصحية والخلقية والنفسية.

ثانياً: الشروط الخاصة للحضانة: إضافة إلى الشروط العامة، التي يجب أن تتوفر في الحاضن رجلاً كان أم امرأة، وضع الفقهاء شروطاً خاصة بالمرأة وآخري بالرجل، تسمح لهما بممارسة الحضانة.

1- الشروط الخاصة بالنساء:

المرأة أولى من الرجل في الحضانة، لأنها أعطف وأحن وأشفق على الصغير من الرجل، لذلك تطلب وضع شروط خاصة لها تختلف عن التي يجب أن تتوفر في الرجال.

أ) - عدم الجواز للحاضنة التزوج بغير قريب محرم: "إن مخالفة هذه القاعدة يؤدي إلى سقوط حق المرأة في الحضانة وأن كان من ناحية فقهية يوجد خلاف حول هذه القاعدة فمن الفقهاء من

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص383.

2- مرجع نفسه، ص384.

يرى عدم الأخذ بما على الإطلاق بل يجب ربط تطبيق هذه القاعدة بمصلحة المحضون، فقد يكون قريب محرم للمحضون ولا يخاف على مصلحته كبعيد غير محرم، إلا أن المشرع الجزائري في هذا المبدأ سار وفق المذهب المالكي وجمهور الحنفية الذين يرون أن المرأة تفقد الحضانة بمجرد زواج الحاضنة بغير محرم¹.

ولقد أورد المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"². لقد أضاف المشرع الجزائري إلى عدم الزواج بغير قريب محرم، استثناء (ما لم يضر بمصلحة المحضون) وهو بقاء الصغير مع أمه إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك.

(ج) - ألا تكون قد امتنعت عن حضائته مجاناً والأب معسراً: عدم مطالبة الأم بمقابل مالي على حضائتها لولدها إذا كان الأب معسراً، لا يستطيع أن يدفع أجره الحضانة من الشروط الخاصة، التي يجب توفرها في الأم، وفي حالة وجود قريبة أخرى تتبرع بتربية الصغير مجاناً، فإن حق الأولى في الحضانة يسقط عنها وينتقل إلى التي تقوم بتربيته مجاناً³.

وهذا الشرط يرجع إلى قدرة واستطاعة الأم على الإنفاق المالي على المحضون، أما إذا كانت غير قادرة على التكفل بالمحضون مادياً فهذا لا يعد إهمالاً من طرفها وإنما هو خارج عن استطاعتها، فلا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

من الملاحظ في هذه الشروط، ضبط وتقييد أولوية الأم في الحضانة، لضمان حسن الرعاية وكمال العناية للمحضون، وحتى لا يترك المجال مفتوحاً لأي تجاوزات أو تعسف في ممارسة الحضانة.

2- الشروط الخاصة بالرجال:

إذا كان صاحب الحق في الحضانة رجلاً، فيجب أن تتوفر فيه شروطاً خاصة، إضافة إلى تلك الشروط العامة المذكورة فيما سبق.

1- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، (ط:2، الجزائر، دار هومة، 2006)، ص111.

2- المادة 66 قانون الأسرة الجزائري سالف الذكر.

3- ينظر: باديس ديايي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص67.

أ) - أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى: نجد أن المشرع لم يتطرق لهذا الشرط، من خلال مواده، لكنه أحالنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فقد أجمع الفقهاء على هذا الشرط¹.

ب) - اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: إتحاد الدين أمر مهم جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية لكي يتربى الولد على الإسلام وأخلاقه وقيمه، وبما أن الجزائر دينها الإسلام فقد منع المشرع زواج المسلمة من الكافر، كما جاء في نص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري "... كما يحرم مؤقتاً... زواج المسلمة مع غير المسلم"²، فالمشرع لم يترك المجال للحاضن الغير مسلم في حضانة الصغير المسلم.

" المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذا لا توارث بين المسلم غير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلماً فليس له حق الحضانة، بل حضائته إلى ذوي رحمه من أهل دينه. وإذا كان المحضون مسلماً وذا رحمه دون ذلك، فلا حضانة إليه لأنه لا توارث بينهما"³.

بعد ما أنهينا الشروط المتعلقة بالحاضن رجلاً كان أم امرأة، والتي في معظمها إستند المشرع الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي بدورها فصلت فيها ووضعت شروط تلزم بها الحاضن، كي توفر للمحضون مناخاً مناسباً يساعده على أن يكون نافعاً وصالحاً في أسرته ومجتمعه دينه. وبعدها ذكرنا شروط استحقاق الحضانة، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والتي راعينا فيها بعض الاختصار أخذين بأهمها، والتي سيأتي التفصيل فيها في الفصل الثاني الخاص بمسقطات الحضانة عن الأم.

¹- ينظر: باديس ديايي، آثار فك الرابة الزوجية، مرجع سابق، ص 68، وبن عصمان نسرين إناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، عام 2008-2009، ص 51-52.

²- المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

³- باديس ديايي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 68.

المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة

الصغير في الطور الأول من حياته يحتاج إلى رعاية خاصة من تربية ونفقة وغيرها، فقد أولى الشارع الحكيم الولدان بذلك، فالأم أشفق وأحن على الصغير من الأب، فهو مكلف بالنفقة والحماية فهذا يكون أقدر من النساء في ذلك، فلا اختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في أولوية الحضانة للأم بعد انتهاء الرابطة الزوجية، لكن وقع الخلاف في الترتيب بعد الأم، وسنحاول في هذا المطلب ترتيب مستحقي الحضانة متبعين مبدأ الأولوية في ذلك وسنبين ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، وترتيب مستحقي الحضانة في القانون الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي

المقصد من تقديم النساء في حق الحضانة، تحقيق مصلحة المحضون، ولقد وقع الاختلاف بين الفقهاء في ترتيب الأولى بحق الحضانة وإلى من ينتقل هذا الحق بعد الأم عند الاستواء في الاستحقاق¹.

أولاً: الحنفية: ذهب الأحناف بعد سقوط حق الحضانة عن الأم لمانع شرعي أو تنازلها عن هذا الحق، إلى تقديم أم لأم، ثم أم لأب وأن علت، وأم الأم تدلي بقربة الأم وأم الأب تدلي بقربة الأب، لأن الحضانة بقربة لأم أولى من قرابة الأب وذلك بدافع الشفقة، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم لأم، ثم الحالات الشقيقات، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنت لأخت لأب، وتأخيرها عن الحالات هو القول الراجح والصحيح والمعتمد في المذهب واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ «**الْخَالَةُ وَالِدَةٌ**»².

1- ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 7289-7290.

2- أخرجه أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، دار الحديث . القاهرة، (1 / 499) برقم: (770) (مسند العشرة المبشرين بالجنة).

ثم بنات الأخ الشقيقات، ثم لأم، ثم لأب، ثم العمات الشقيقات، ثم لأم، ثم لأب، ثم الخالة لأم، ثم خالة لأب، ثم عمات الأمهات و لأباء، ثم ينتقل الترتيب إلى العصابات من الرجال حسب ترتيب الإرث¹.

"فالأحق بحضانة الصغير من عصبة المحارم أبوه ثم أبو أبيه وإن علا ثم أخوه الشقيق ثم أخوه لأب ثم ابن أخيه الشقيق ثم ابن أخيه لأب ثم عمه الشقيق ثم عمه لأب ثم عم أبيه الشقيق ثم عم أبيه لأب فإن لم يوجد من عصبة الرجال المحارم أحد أو وجد وليس أهلاً للحضانة انتقل حق حضنته إلى محارمه من الرجال غير العصبة"².

ثانياً: المالكية: أما المالكية فيكون الترتيب عندهم كالآتي:

تقدم أم الأم، ثم جدة أم المحضون، وتقدم من كانت من جهة الأم على من كانت من جهة الأب ثم خالة المحضون الشقيقة، ثم الخالة التي من جهة الأم. ثم الخالة من جهة الأب ثم عمه الأم، ثم الجددة لأب وهي أم الأب وأم أمه وأم أبيه فيقدم الأقرب عن الأبعد، ثم بعد سلسلة الجددة من جهة الأب ثم يقدم الأب (أب المحضون)، ثم أخت المحضون الشقيقة، ثم التي من جهة الأم، ثم التي من جهة الأب ثم عمه المحضون، ثم عمه الأب ثم التي بعدها على الترتيب الذي تقدم سالفاً، ثم خالة الأب.

وقع الاختلاف بين فقهاء المذهب المالكي على من يقدم بعدها هل بنت الأخ أو بنت الأخت أو تقدم الأكفأ منهن، وهو الأشهر في أقوال المذهب، ثم قدموا بعد ذلك الوصي، ثم الأخ ثم الجد للأب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، ثم المولى وهو المعتق، ثم بعده المولى الأسفل وهو المعتق كذلك.

ثم وقع الاختلاف في داخل المذهب على حضانة الجد من جهة الأم، فقال ابن رشد بالمنع ويرى اللخمي أن الحضانة من حقه، وأنه يكون بعد الجد لأب.

1- ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5، (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1414هـ - 1993م)، ص210. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، (ط2؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م)، ص41.، والزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلِّي، ج3، (ط1؛ القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ)، ص47.

2- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ت: علي عثمان جرادي، (ط: 1؛ لبنان، دار الكتب العلمية بيروت، د.ت)، ص201.

ويرى أصحاب المذهب تقديم الأكفأ ولأشفق عند التساوي، وإذا كان التساوي في ذلك يقدم الأكبر سنًا، ثم إذا وقع التساوي في كل ذلك يتم الفصل بالقرعة¹.

ثالثًا: الشافعية: ذهب الشافعية في ترتيب الحواضن بعد الأم إلى تقديم الأخت، ثم أمهات الأم اللاتي يدلن بإنات وارثات القربى فالقربى ثم تنتقل الحضانة إلى أم الأب ثم أمهاتها المدليات بإنات وارثات ثم أم أبي الجد ثم أمهاتها المدليات وتقدم من كل ذلك القربى فالقربى ثم الأخت الشقيقة ثم التي لأب على الأصح ثم التي لأم ثم الخالة وبهذا الترتيب عن الأصح ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمة من الشقيقة ثم العمة من الأب ثم العمة من الأم، وعلى التقديم يكون الترتيب تقديم الأخوات و الخالات على أمهات الأب و الجد، أما الأخوات فاجتمعن مع المحضون في الصلب والبطن².

وأما عن الخالات فاستدلوا عليهم، بقوله ﷺ «**الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ**»³، وقال العيني " وفيه دليل أن للخالة حق في الحضانة"⁴.

أما بالنسبة لمستحقي الحضانة من الرجال فقال الشافعية أنها حق لكل محرم وأرث على ترتيب الإرث عند الاجتماع، وأن اجتمع أصحاب الحق في الحضانة من الذكور والإناث، قدمت الأم، ثم أمهاتها على الترتيب، ثم الأب، وقيل تقدم الخالة على الأب، ويقدم الأصل على الحواشي،

1- ينظر، الخطاب الرعييني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج4، (ط:3؛ لا.م: دار الفكر، 1412هـ - 1992م)، ص219. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج4 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر للطباعة، د.ت)، ص209. وابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص527.

2- ينظر، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير الشاويش، ج9 (ط:3؛ عمان: المكتب الإسلامي، 1412هـ / 1991م)، ص101.

3- أخرجه: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1422هـ ، (3 / 3) برقم: (1781) (أبواب العمرة ، باب كم اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم) ، ومسلم في "صحيحه" (5 / 173) برقم: (1783) (كتاب الجهاد والسير ، باب صلح الحديبية في الحديبية).

4- العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج13، (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، ص277.

والأنثى على الذكر، وإن إستوى إثنان من كل وجه يكون الترتيب حسب القرية، والأصل تقدم النساء في القرية على الرجال وأن كانوا عصبات، لأنهن الأقدار¹.

رابعاً: **الحنابلة**: هذا الحنابلة بعد سقوط الحضانة عن الأم إلى تقديم أمهاتها الأقرب فالقرب. ثم الأب ثم أمهات الأب الأقرب فالقرب، ثم الجد ثم أمهاته على التسلسل، ثم الأخت الشقيقة، ثم للأم ثم للأب، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العمة الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة أمه، ثم خالة أبيه ثم عمة أبيه، ثم بنات أخوته، ثم بنات أخواته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أبيه، بنات عمات أبيه، ثم تقدم من كل ذلك من كانت الشقيقة ثم لأم، ثم لأب على، ثم الحضانة للعصبات بالتسلسل، فإن كانت المحضون أنثى فتكون الحضانة عليها للعصبة من محرمها ولو برضاع أو مصاهرة وهذا إلى سن السابعة، فلا تجوز الحضانة بعد سن السبع لأبن العم ونحوه، وهذا هو الأصح عند أصحاب المذهب، برضاع ونحوه كمصاهره وهذا حتى سن السابعة فتسقط حضانة أبن العم ونحوه إن لم يكن محرماً لها برضاع أو مصاهره وهذا المشهور عندها أصحاب المذهب².

أما مستحقي الحضانة من الرجال فيكون الترتيب عند الحنابلة بداية من الأب والجد وأن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم بنوهم وأن نزلوا على ترتيب الميراث ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ثم عمومة الأب ثم بنوهم فان تساوي شخصين من أصحاب الحق في الحضانة كالأخوين الشقيقين يكون الفصل فيهم بالقرعة³.

خلاصة القول من خلال ما تطرقنا له في عرضنا، إلى آراء فقهاء المذاهب في الشريعة الإسلامية في ترتيب مستحقي الحضانة توصلنا، إلى أن الفقهاء الأربعة اتفقوا على أن أول منزلة في الحضانة هي للأم، وقال الحنفية والمالكية والحنابلة، أن الجدة من جهة الأم تأتي بعد الأم، في حين أن الشافعية قدموا أخت المحضون، وقال الحنابلة بأن الأب يأتي بعد أمهات الأم، والحنفية والمالكية قدموا الخالة

1- ينظر: الشريبي الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5 (ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م)، ص193.

2- ينظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5 (لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية، د.ت)، ص497.

3- ينظر: البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ج3، (ط.1، لا.م، عالم الكتب، 1414هـ - 1993م)، ص249، وابن قدامة، المغني لابن قدامة، ج8، (لا.ط، لا.م، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م)، ص243.

عن الأب، وذهب الشافعية إلى تقديم الأخت ثم تلوها بأمهات الأم، حيث ذهب المالكية إلى تأخير الأخت وقال الحنفية والمالكية بتقديم الخالة عن الأب، مستدلين على ذلك بالحديث الشريف في قوله ﷺ «الخالة بمنزلة الأم»¹.

الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في القانون الجزائري

لقد سار المشرع الجزائري في ترتيبه لأصحاب الحق في الحضانة، قبل التعديل وفقاً لأحكام الفقه الإسلام، فأعطى الأولوية للأم وقرابتيها، ثم الأب وقرابته، إلا أن المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، فقد غير في ذلك الترتيب، حيث أبقاء على الأم في المرتبة الأولى، ثم الأب كما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"².

وعلى نحو هذا التعديل الجديد سنلقي الضوء على ترتيب مستحقي الحضانة، أولاً بأول، مع بعض الشروحات واجتهاد المحكمة العليا في بعض استثناءات.

أولاً: أولوية الأم في الترتيب: "...إن كانت للنساء الأولوية في الحضانة قبل الرجال لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة وأصبر على القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه، فكانت صدر قائمة المستحقين للحضانة فهي أولى من غيرها في حضانة أبنها... ولم يخرج المشرع عن هذا"³.

وقد جاء قرار المحكمة العليا، حول تجزئة حضانة الأم كما يلي: "متى كان من المقرر شرعاً أن حضانة الأبناء تستند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي، يستوجب نقض القرار الذي قضى بخلاف هذا المبدأ بتجزئة

¹-أخرجه: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1422 هـ ، (3 / 3) برقم: (1781) (أبواب العمرة ، باب كم اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم) ، ومسلم في "صحيحه" (5 / 173) برقم: (1783) (كتاب الجهاد والسير ، باب صلح الحديبية في الحديبية).

²-المادة64من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

³-يوي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص32-34، بتصرف.

الحضانة بين الأم والجدة لأب متى أسس حكمه على إسناد الحضانة للجدة كان بناء على رغبة الأبناء في البقاء معها ورفضهم لالتحاق بأبهم"¹.

ثانياً: الأب: لقد أعد المشرع الجزائري ترتيب مستحقي الحضانة في التعديل الجديد في 2005، حيث جاء الأب في المرتبة الثانية في الحضانة بعد الأم، وهذا تماشياً مع متطلبات الواقع والمعيشة السائدة في مجتمعنا، وبمكّم تشارك الأب مع الأم في الولاية على الأولاد، فالأم تتمثل في ولاية التربية، والأب له ولاية الحفظ.

".... وقد استند المشرع فيما ذهب إليه من جعل انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة - فيما يبدو- وإلى ما ورد في الفقه الحنابلة،.... وعلى هذا يمكن القول بأن المشرع قد أخذ بالرواية المرجوحة عند الحنابلة في هذه المسألة، إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال"².

كما أجتهد قضاء المحكمة العليا فيما يلي: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون اعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما ستوجب رفض الطعن"³.

ثالثاً: الجدات (الجددة لأم والجددة لأب): الجدات سواء كانت أم لأم أو أم لأب، هما في مثابة الأم في عطفهم وحنانهم وخوفهم على مصلحة المحضون، وتربية الصغير عند أحد جداته يعوضه بعض الشيء عن حزن أمه، "وإعطاء الحضانة من بعد الأم للجدات يفيد كثيراً لأنه في الغالب يكون الطفل قد تعود على العيش معهما ولذلك تقدم الجددة لأم ولأب على الحالة لخبرتهما، زيادة على أن القانون... وهناك اعتبار مادي ومصلحي وهو إسناد الحضانة للجددة لأب يفيد في اطلاع

¹ - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1984/04/02 ملف رقم 32594، الصادر عن (غ.أ.ش) 1989 ع01، ص77.

² - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر باتنة، عام 2008-2009، بتصرف.

³ - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1997/02/18، ملف رقم 135640، الصادر عن (غ.أ.ش)، المجلة القضائية ع01، ص39.

الأب على أحواله دون صعوبة تذكر، كما أن مسألة النفقة وتوفير المسكن قد لا تطالب بها الجدة وخصوصاً إذا كانت قادرة عليهما وكان الأب بطبيعة الحال قليل الدخل أولاً يقوى على توفير مسكن مستقل"¹.

رابعاً: **الخالة والعمة**: جاء ترتيب الخالة والعمة بعد الجدات، في قانون الأسرة الجزائري الذي راعى فيه مصلحة المحضون فالجمع عليه أن شفقة وعطف الخالة والعمة من شفقة الأم والأب وهذا الترتيب غير ملزم على القاضي فهو يجتهد ويحكم بالحضانة للأصلح للمحضون، وجاء قرار المحكمة العليا كما يلي: "(من المقرر قانوناً أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة.

ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم.

فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"².

تعقيب: بعد ما اطلعنا على الترتيب الذي جاءت به المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، بعد التعديل والذي انفرد به المشرع الجزائري عن فقهاء الشريعة، والذي ترك الاجتهاد فيه للقضاء ولم يلزمه به، لأن المعيار الذي تستند له الحضانة في جميع الأحوال، هو النظر لمصلحة المحضون، فإن كانت مصلحة المحضون مع أبيه تجاوز الأم في ذلك.

ولقد ساوى المشرع الجزائري في ترتيبه لمستحقي الحضانة، بين الأم والأب من جهة وأهل الأم من جهة وأهل الأب من جهة أخرى"³.

¹ - بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 256، بتصرف.

² - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1993/02/23 ملف رقم 89672، الصادر عن (غ.أ.ش)، المجلة القضائية خاص، ص 172.

³ - ينظر: هلتالي أحمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مقال منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، في 042018/29.

خلاصة: من خلال دراستنا لهذا الفصل توصلنا إلى أن المشرع الجزائري إستساق أغلب أحكام الحضانة من الفقه الإسلامي الحضانة، أخذاً بمبدأ مراعاة مصلحة المحضون، أما بالنسبة للشروط التي يجب توفرها في الحاضن فالمشرع لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي الذي فصل فيها، وخالف المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في ترتيب مستحقي الحضانة، وهو ما يتضح جلياً بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة، الذي قدم فيه الأب بعد الأم مباشرة.

الفصل الثاني

مسقطات الحضارة عن الأم

ويشتمل على

المبحث الأول: سقوط الحضارة عن الأم لانعدام شرط من

شروط الحضارة

المبحث الثاني: سقوط الحضارة لأسباب تبعية

لم يترك الفقه الإسلامي ولا القانون الوضعي أمر الحاضن بلا قيود ولا حدود، بل شدد في وضع الأحكام المتعلقة به، وممارسة الحضانة ليست أبدية وإنما هي تأدية واجب والتزام يقوم به الحاضن تجاه المحضون، فإن أداه على أحسن وجه، فإن حقه في الحضانة يبقى ولا ينتزعه منه أحد، حتى تنتهي مدة الحضانة المقررة، أما إذا وجد مانع أو أخل بالتزاماته المفروضة عليه أو فقد أحد الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن، أو تبين أن مصلحة المحضون ليست معه بل مع غيره، وجب إسقاط حقه في الحضانة، وذلك خوفاً على مصلحة المحضون من الضياع.

سنعالج في هذا الفصل مسقطات الحضانة عن الأم الحاضنة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وندعمها بآراء الفقهاء المسلمين واجتهاد قضاة المحكمة العليا في بعض استثناءاتهم في سقوط حضانة الأم، وعليه سنتطرق إلى سقوط الحضانة عن الأم لانعدام شرط من شروط الحضانة في المبحث الأول، ثم سقوط الحضانة عن الأم لأسباب تبعية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: سقوط الحضانة عن الأم لانعدام شرط من شروط الحضانة

حتى تمارس الأم حضانتها بشكل جيد، يلزم أن تتوفر فيها شروط ضبطها فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، واعتمدوا عليها في حضانة الأم، فإذا احتل أحد هذه الشروط، فإن حضانتها تسقط وتنتقل إلى غيرها خوفاً من ضياع الولد وهلاكه وفساد أخلاقه، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري.

سنحاول دراسة سقوط حضانة الأم، بسبب فقدان أحد الشروط في هذا المبحث كالاتي:
سقوط الحضانة عن الأم بسبب عدم الأهلية المطلب الأول، وسقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بهافي المطلب الثاني.

المطلب الأول: سقوط الحضانة عن الأم بسبب عدم الأهلية

أهتم الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بالحضانة، لما لها من تأثير مباشر على تربية الطفل، والوالدان هما أقرب الناس إليه وأحسنهما رعاية له، خاصة الأم يظل لهل الطفل أقرب أحوج، لذا قدمت الأم على الأب في الحضانة.

غير أن حضانة الأم مقيدة بأهليتها المحددة بضوابط وأحكام وشروط لا يجب التخلي عنها، حتى تستمر في ممارسة حضانتها، وقد حدد الفقه الإسلامي والقانون الجزائري شروط أهلية الأم حتى تكتسب حق الحضانة، وإذا احتل أحد هذه الشروط ينتقل هذا الحق إلى غيرها ممن يليها في الترتيب، وذلك مراعاة لمصلحة الصغير.

وفي هذا المطلب سنعالج سقوط الحضانة عن الأم بسبب عدم الأهلية في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، وسقوط الحضانة عن الأم بسبب عدم الأهلية في القانون الجزائري في فرع ثاني.

الفرع الأول: سقوط الحضانة عن الأم بسبب عدم الأهلية في الفقه الإسلامي

أولاً: سقوط الحضانة بزواج الحاضنة

اتفق فقهاء المذاهب على أن زواج الأم الحاضنة بعد طلاقها من غير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة لحديث عمرو بن شعيب، أما زواج الأم بقريب محرم¹، فللفقهاء فيه أقوال سنعرضها كالآتي:

1_ الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن حق الأم في الحضانة يسقط بزواجها من غير قريب محرم، ولا يسقط بزواجها بقريب محرم، كما جاء في درر الحكام "يسقط حقها أي حق الحضانة أما كانت أو

¹ - ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4(ط:2؛ لا.م: دار الكتاب الإسلامي، د.ت)، ص183. و النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص67. و النجدي، حاشية الروض المربع، ج7(ط:1؛ لا.م: لا.ن، 1397هـ)، ص156. و الحصني تقي الدين، كفاية الأخيار، ت: علي عبد المجيد بلطجي، ومحمد وهي سليمان(ط:1؛ دمشق: دار الخير، 1994)، ص448.

غيرها كالجدة بنكاح غير محرم أي محرم الولد لانقصاص الشفقة حتى إذا نكحت محرمه لا تسقط كأم نكحت عمه وجدة جده ويعود أي حقها بالفرقة لأن المانع إذا زال عاد الممنوع.¹

2_ المالكية: قال المالكية أن التزويج مسقط لحق الأم في الحضانة لكنهم ذهبوا إلى أن المحضون لا ينتزع منها بمجرد العقد، بل لا بد من الدخول، وقال ابن رشد: "وقد تقدم أن الحضانة إذا كان لها زوج أجنبي سقطت حضانتها، فإن كان زوجها ذا رحم من المحضون فلا يخلو من وجهين أحدهما: أن يكون محرماً عليه، والثاني: ألا يكون محرماً عليه. فإن كان محرماً عليه فسواء كان ممن له الحضانة كالعم والجد للأب أو ممن لا حضانة له كالحال والجد للأم لا تأثير له في إسقاط الحضانة، وأما إن كان غير محرم عليه فلا يخلو أن يكون ممن له حضانة كابن العم أو ممن لا حضانة له كابن الخال. فإن كان ممن له الحضانة فهي أحق به ما لم يكن للمحضون حاضنة أقرب إليه منها فارغة من زوج. وإن كان زوجها أبعد من الولي الآخر. وإن كان ممن لا حضانة له فإنه تسقط حضانتها بكل حال كالأجنبي سواء."²

3_ الشافعية: اشترط الشافعية من جهتهم في الأم الحضانة عدم زواجها، وذلك لتفرغها للقيام بشؤون صغيرها واستدلوا على ذلك لقوله ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»،³ والزواج يشغلها عن ولدها فيتضرر من ذلك، حتى ولو بموافقة الزوج.⁴

4_ الحنابلة: يرون أن الأم تفقد حقها في الحضانة إذا تزوجت من غير قريب محرم،

¹ -ملا، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج1 (لا.ط؛ لا.م: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ص411.

² -ابن رشد، المقدمات الممهدة، ت: د. محمد حجي، ج1 (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ-1988م)، ص569.

³ - أخرجه أبو داود في "سننه" (2 / 251) برقم: (2276) (كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد) وقال: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ الْإِسْنَادِ ، وَلَمْ يُجْرَحْهُ.

⁴ -ينظر: الحصني، كفاية الاخيار، مرجع سابق، ص448.

وفرق الأمام أحمد بين الصبي والجارية، فرأى أن الصبي يُأخذ من أمه إذا تزوجت، بينما تقر الجارية مع أمها إلى سبع سنين¹.

خلاصة: اتفق فقهاء المذاهب على أن زواج الأم الحاضنة بعد طلاقها من غير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة لحديث عمرو بن شعيب.

ثانياً: سقوط الحضانة لأمر طارئة.

1- الرق (العبودية): اختلف فقهاء الفقه الإسلامي في سقوط الحضانة عن الأم بالرق إلى اتجاهين²:

الاتجاه الأول: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن حضانة الأم تسقط بالرق، واستدلوا

على ذلك بأن الحضانة نوع من أنواع الولاية والرقيق لا يولى على غيره، والأمة المملوكة تكون منشغلة بسيدها، والحضانة تستوجب التفرغ للقيام بها³

الاتجاه الثاني: أما المالكية فذهبوا إلى أن الرق غير مسقط للحضانة، واستدلوا على ذلك بقوله

تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [الأنفال: 75].

"واستشكل اللخمي وجوب الحضانة للأمة، لأنها مقهورة مشغولة بحق ساداتها، وإذا سقطت

حضانة الحرة بالتزويج لما يتعلق بها من حقوق الزوجية، فالأمة أولى لأن سلطنة الرق أقوى من سلطنة الزوجية. وقد جنح مالك إلى هذا المعنى في مختصر ما ليس في المختصر، فقال: "إذا أُعتق

الصغير وأمّه مملوكة وأمها حرة فتنازعاه، فأمه أحق به."⁴

¹ - ينظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي و د. عبد الفتاح محمد الحلو، ج24(ط:1؛ مصر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1415 هـ - 1995 م)، ص472.

² - ينظر: إبراهيم بن حسن بن سليمان البلوشي، مسقطات الحضانة دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2001-2002، ص166.

³ - ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2(ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م)، ص231. والماوردي، الحاوي الكبير، ج11(ط:1؛ بيروت: 1419هـ-1999م)، ص524. وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص237.

⁴ - خليل بن إسحاق بن موسى، التوضيح في شرح المختصر، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج5(ط:1؛ لا.م: مركز نجويه للمخطوطات وخدمة التراث، 1429هـ-2008م)، ص171.

2-تخلف شرط البلوغ: فالحضانة هي الولاية على المحضون والقيام على شؤونه، فمن غير المعقول أن توكل هذه الولاية من هو غير أهل لها، فالذي لا يقوم على شؤونه بنفسه لا يعول عليه للقيام بشؤون غيره، وقد اتفق فقهاء الفقه الاسلامي، على أن الحاضن لا يكون مكلفاً بالأحكام الشرعية وغير ملزم بها، ولا يعتد بتصرفاته قبل البلوغ¹، وذلك لما روي عن الرسول ﷺ «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ عَنِ الْمُبْتَلَىٰ أَوْ قَالَ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يَبْرَأَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَوْ يَعْقِلَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ»²

فالحضانة لها دور مهم خاصة في الطور الأول من حياة الصغير، وهي صعبة لا يقوم بها إلا الكبار لذلك البلوغ هو شرط في الحاضن.

حدد الفقهاء البلوغ بظهور علامات كالاختلام عند الذكر والحيض عند المرأة وغيرها، فإن استشكل ذلك ينتقل أمر البلوغ إلى التحديد بالسن وهذا مما اختلف فيه الفقهاء.

الحنفية: "وبلوغ الغلام بالاختلام أو الإحبال، أو الإنزال، أو بلوغ ثماني عشرة سنة. والجارية بالاختلام، أو الحيض، أو الحمل، أو بلوغ سبع عشرة سنة".

"وأما البلوغ بالسن فالمذكور مذهب أبي حنيفة، وقالوا: "بلوغهما بتمام خمس عشرة سنة لأنه المعتاد الغالب"³، وهو قول ثاني للحنفية.

المالكية: قال الخليل في مختصره: "والصبي لبلوغه بثمان عشرة أو الحلم أو الحيض أو الحمل أو الإنبات"⁴.

¹ - ينظر: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص555. والنفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص67. والشربيني، الإقناع في حل الفاضل أبي شجاع، ت: مكتب البحوث والدراسات-دار الفكر، ج2(لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص492. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص237.

2- أخرجه أبو داود في "سننه" (4 / 243) برقم: (4398) (كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا).

3- مجد الدين أبو الفضل، الاختيار لتعليق المختار، ج2، (لا.ط، القاهرة: مطبعة الحلبي، 1356 هـ - 1937 م)، ص95.

4- خليل بن إسحاق، مختصر العلامة خليل، ت: أحمد جاد، ج1، (ط:1، القاهرة: دار الحديث، 1426 هـ/2005 م)، ص172.

الشافعية: لقد حدد فقهاء الشافعية سن البلوغ عند الذكر والأنثى، بتمام خمسة عشر سنة قمرية، وعلامات خرى منها الإحتلام عند الذكر والحيض عند الأنثى¹ واستدلوا على ذلك بما:

"روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: (عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في جيش يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يقبلني ولم يرني بلغت وعرضت عليه من قابل عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فقبلني ورآني بلغت)²."

الحنابلة: نصوا على أن سن البلوغ عند الذكر والأنثى يحدد بخمسة عشرة سنة³.

3_ العقل: "فلا حضانة للمجنون والمعتوه؛ لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما، فلا يجسن الواحد منهما القيام بمصالحه، فضلا عن غيره، واشترط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق"⁴.

يقول المنطق إنه من غير معقول أن يتولى حضانة الصغير، غير الراشد أو المعتوه أو المجنون، لأن هذه الأصناف عاجزة عن تدبير شؤونها بنفسها، فمن باب أولى أن يكونوا عاجزين عن تدبير أمورهم وشؤون غيرهم فالمجنون لا يميز بين النفع والضرر إذ هو خطر على نفسه وعلى غيره وهذا ما يجعله غير أهل للحضانه⁵.

الحنفية: فقال ابن عابدين: "قال الرملي: ويشترط في الحضانة أن تكون حرة بالغة عاقلة أمينة قادرة"⁶.

الشافعية: قالوا: يشترط للحضانة سبع شروط أحدهم أن يكون عاقلاً،

1- ينظر: الرافعي القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج10، (لا.ط، لا.م: دار الفكر، د.ت)، ص277

2- المرجع نفسه، ص277.

3- ينظر، ابن قدامة، المغني، ج4، (لا.ط، القاهرة: مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م)، ص346.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10(ط:4، سورية دمشق: دار الفكر، د.ت)، ص7304.

5- ينظر، يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2018_2019، ص43.

6- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص555.

فلا حضانة للمجنون إلا إذا جنونه قليلاً نادراً، كيوم واحد في السنة"¹.

المالكية: قال ابن عرفة " وشرط الحاضن ذكراً أو أنثى العقل فلا حضانة لمجنون، ولو يفيق في بعض الأحيان "².

الحنابلة: اشترطوا وجوب العقل في الحضانة، حيث منعوا المجنون والمعتوه منها.

خلاصة القول: من خلال طرحنا للآراء الفقهية السابقة، نرى أن الفقهاء قد اختلفوا في أن

الرق مسقط للحضانة، فالحنفية والشافعية والحنابلة اشترطوا الحرية في الحاضن فلا حضانة لرقيق، أما المالكية فلم يعتبر الرق مسقط للحضانة، وأجمعوا على وجوب شرط العقل والبلوغ في الحضانة لأنه من دونهما لا تتحقق مصلحه المحضون.

الفرع الثاني: سقوط الحضانة عن الأم بسبب عدم الأهلية في القانون الجزائري.

إن الحق في الحضانة من الحقوق التي أقرها القانون الجزائري، لمن هو أهل لها وقادر على تحمل مسؤوليتها وبطبيعة الحال فإن القدرة والاستطاعة تتغير والتفاوت بين الناس بحسب أحوالهم، ولذلك فالحق في الحضانة لا يتصف بالديمومة، وإنما هو قابل للسقوط والانتهاؤ مراعاة لمصلحة المحضون.

أولاً: سقوط الحضانة بزواج الحاضنة.

من بين الشروط التي يجب توفرها في الأم الحاضنة، ألا تتزوج بأجنبي عن الصغير، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون، فاختلال هذا الشرط يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة، وهذا ما جاءت به المادة 66 قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"³.

والدافع الذي دفع المشرع في إسقاط حق الأم في الحضانة، بسبب زواجها من الأجنبي، هو مراعاة الحالة النفسية للمحضون؛ لأن "الزوج الأجنبي غالباً يمقت ولد زوجته من غيره ويود ألا يكون مع أمه فيشعر الصغير بالجفاء وهذا له تأثير سيء على حالته النفسية، كما أن الزوجة تكون

¹ - عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص522.

² - بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2(لا. ط، لا. م: دار الفكر، د.ت)، ص528.

³ - المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

مشغولة بحقوق زوجها عن الحضانة، ومن ثم طالما هي مشغولة فيكون غيرها أولى منه ويسقط حقها في الحضانة"¹.

من الملاحظ أن المشرع حريص على أن ينشأ المحضون في وسط ملائم في راحة جسمية ونفسية. وقد "أخذ المشرع هنا بمذهب مالك الذي يسقط حضانة الأم في حالة الزواج بغير قريب محرم، ويجب على المدعي إثبات ذلك، كما تسقط الحضانة بتنازل الحاضنة عن الحضانة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون وتبقى للقاضي سلطة تقديرية عن السبب الحقيقي للتنازل مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات"².

وعندما يحكم القاضي بسقوط حق الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون، فإنه يقرر منح المحضون للأب حسب الأولوية التي أعطاهها له القانون، أو من ينوب عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، "والمعمول به شرعاً أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم يعتبر تنازلاً منها على حضانتها وسبباً مسقطاً للحضانة"³.

ولقد جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2015/01/16 المتضمن ما يلي:

"طبقاً للمبدأ العام الذي ينص على أن يكون تمديد الحضانة طبقاً للقانون للأم الحاضنة دون غيرها من النساء من لهم الحق في الحضانة".

وبعد الاطلاع على محتوى ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقد المودعة بأمانة الضبط لدى مجلس قضاء سعيدة، في 2012/02/20 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضدها المودعة يوم 2010/02/1، أقام المدعي الطاعن دعوى أمام محكمة البيض طالباً بإنقضاء حضانة الابن لتجاوزه سن العشر سنوات، بسبب زواج أمه الحاضنة، في ما أجابت المدعى عليها طلب رفض الدعوة لسبق الفصل فيها في 2010/03/23.

¹ - سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014-2015، ص 67.

² - لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة (لا.ط؛ الجزائر: دار هومه، 2014م)، ص 224.

³ - حميدو زكية، مصلحة المحضونة في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، 2004-2005، ص 519.

فقد قررت المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والموارث، قبول الطعن بالنقض شكلاً ومضموناً وإبطال القرار المطعون الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء سعيدة بتالي: (نقض حضانة الابن بتجاوز عشر سنوات بسبب زواج الحاضنة طبقاً للمادة 65¹ من قانون الأسرة الجزائري التي كانت صريحة في الموضوع)².

من خلال قرار المحكمة العليا في القضية تبين أن الأم بإعادة زواجها سقط حقها في الحضانة، لكن منح الحضانة بعد الأم للجددة وليس للأب مخالف للقانون، والقاضي وافق الفقه الإسلامي في نقل الحضانة من الأم إلى الجدة لما فيه مصلحة الولد.

ثانياً: سقوط الحضانة لأمر طارئة

لتحقيق الأهداف والغايات السامية للحضانة، قيد المشرع هذا الحق بوضع شروط يجب توفرها في الحاضن نصت عليها المادة 62³ من قانون الأسرة الجزائري والتي فتحت المجال للاجتهد في كون المشرع لم يفصل في هذه الشروط، في قوله في الفقرة الثانية من المادة "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

فالأهلية تشمل البلوغ والعقل والقدرة والأمانة والاستطاعة، ولكن اختلال شرط من هذه الشروط يسقط حقها في الحضانة، وهذا ما أكده المشرع الجزائري من المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة بين أن سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط، مقرون بالالتزامات التي تقوم بها الأم تجاه أولادها "فيذا أخلت الأم بواجباتها تجاه المحضون والمتمثلة في

¹- ينظر: المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

²- ينظر: قرار المحكمة العليا، المؤرخ 08/01/2015 ملف رقم 0842551، الصادر عن غ.ش.أ.م، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2015، ص231-232.

³- ينظر المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

الرعاية والتربية والحفظ، فإنه باستطاعة القاضي أن يسقط حضانتها غير أن عمل المرأة خارج البيت لا يعد من مسقطات الحضانة، وفي جميع الحالات يراعي القاضي مصلحة المحضون، كما للقاضي إسقاط حضانة الأم أو غيرها من الحاضنين إذا أصبح الحاضن غير أهل لممارسة الحضانة كإصابته بمرض مزمن ومعهدي أو بجنون، بحيث يخشى على الطفل منه وكذا في حالة الحكم على الحاضن بعقوبة جزائية بناء على ارتكابه لجريمة أخلاقية، فالطفل يجب أن ينشأ في بيئة سليمة.¹

وسنحاول أن نبين هذا من خلال الاجتهاد القضائي فيما يخص عدم الوفاء بالالتزامات والإخلال بأحد الشروط كما يلي:

وقد جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 20016/10/05 متضمناً ما يلي:

المبدأ: لا يجوز رفض دعوى الحضانة، على أساس حق الأم بالأولوية في الحضانة، دون التحقق من مدى رعاية المحضون والسهر عليه، وبعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 2014/05/18 وعلى مذكرة جواب محامية المطعون ضدها المودعة يوم 2014/07/30

حيث أن وقائع القضية تتلخص في أنه بتاريخ 2013/01/08 أقام المدعى دعوة أمام محكمة الروبية ضد المدعى عليها بحضور ممثل النيابة العامة ملتصقا بالحكم بإسقاط حضانة الأبتين عن المدعى عليها وإسنادها له، فيما أجابت المدعى عليها ملتصقة برفض الدعوى لعدم التأسيس، والتماس ممثل النيابة العامة تطبيق القانون، وهي الدعوى التي إنتهت إلى صدور الحكم المؤرخ في 2013/05/21 القاضي بإسقاط حضانة الابنتين عن أمهما المدعى عليها وإسناد حضانتها لوالدهما المدعى، مع تقرير حقها في زيارتهما كل يوم جمعة والسبت الساعة التاسعة صباحاً إلى الساعة الخامسة مساءً وفي الأعياد الدينية والوطنية والعطل المدرسية مناصفة ورفض ما زاد عن ذلك من طلبات لعدم التأسيس.

¹ -لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص230.

حيث أن من المقرر قانوناً أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، وعليه فإن قضاة المجلس الذين أسسوا قرارهم في رفض دعوى إسقاط الحضانة عن الأم إستناداً إلى أن هذه الأخيرة أولى بحضانة ولدها، في حين أن النزاع كان قائماً على أساس أن المطعون ضدها لم تسهر على حماية المحضون ولم تحفظ صحته بعد أن تركت في متناوله قارورة النظاف ومكث بسببها في المستشفى كما أنها لم تلتزم بالإرشادات الطبية وإخضاعه لحماية غذائية تركته يتناول مواد غذائية خطيرة لتتفاقم حالته ويمكث مرة أخرى في المستشفى فإن قضاة المجلس الذين لم يبحث ولم يحققوا في موضوع النزاع المطروح عليهم يكونون بهذا قد خالفوا القانون ولم يسببوا قرارهم تسبباً كافياً وعرضوه للنقض والإبطال.

وقد قررت المحكمة العليا (غ.ش.أ.م) قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً ونقض إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن (غ.ش.أ) مجلس قضاء بومرداس بتاريخ 2013/10/17 فهرس رقم 13/2227 وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها وفقاً للقانون¹.

من الملاحظ: أن قرار المحكمة العليا جاء مطبقاً لما جاءت به المادة 67 حيث أن هذه الأم لم تلتزم بواجباتها تجاه المحضون، ولم تسهر على حمايته ولم تراعي شؤونه، وهذه من أسباب سقوط حضانتها.

أما فيما يخص الإخلال بأحد الشروط المسقطة للحضانة فإن الاجتهاد القضائي جاء في قراره المؤرخ في 1997/09/30.

من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

¹ -قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2016/10/05، ملف رقم 1016157، غ.ش.أ.م، الصادر عن مجلة الاجتهاد القضائي المحكمة العليا، ع2، 2016، ص203-204-206.

ومتى تبين- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة وحسب نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، فإن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعاً وقانوناً إلا بالنسبة للولد الصغير الذي يحتاج إلى أمه.

قررت المحكمة العليا (غ أ ش م) نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة في القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران وإحالة القضية والأطراف لنفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد.

نلاحظ أن من خلال هذا القراران سبب سقوط الحضانة عن الأم هو اختلال أحد شروط الحضانة المتمثل في الأمانة، فارتكاب الأم لجريمة الزنا يعد خلقاً مشين يؤثر سلباً عن أخلاق الأبناء.

خلاصة القول: بعد ما تطرقنا في هذا المطلب إلى بعض أسباب سقوط الحضانة، المتمثلة في الزواج بغير القريب المحرم وسقوط الحضانة لأمر طارئة، وبعد استقراء آراء فقهاء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، لاحظنا أن المشرع الجزائري حذا حذو الفقه الإسلامي في أن هذه الأسباب مسقطات لحق الأم في الحضانة، ووسع المجال للقضاة في إحالتهم على الاجتهاد متى تبينت مصلحة المحضون، أما بالنسبة لزواج الأم والذي هو سبب في سقوط الحضانة أصبح مانع من الزواج لدى المطلقات اللواتي لديهن أولاد، خاصة الصغار في السن، خوفاً من فقدان حقهم في الحضانة، أو اللجوء على التحايل على القانون بالزواج العرفي، وهو الأمر الذي يتطلب مراجعة وحلول، لأنه يعتبر مشكل اجتماعي كبير.

المطلب الثاني: سقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بها

لقد راعت أحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري أولوية المرأة في الحضانة، لاحتياج الصغير لها، لقدرتها على القيام بشؤونها، لكن هناك إستثنائات في أولوية الأم بالحضانة وينتقل الحق إلى غيره،

سنحاول في هذا المطلب ذكر بعض الأسباب التي تسقط عنها الحضانة من بينها سفرها وطلبها أجرة على الرضاع أو الحضانة، أو إصابتها بمرض يسقط حقها في الحضانة.

وسندرس سقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بها في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، و سقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بها في القانون الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بهافي الفقه الإسلامي

سنترك في هذا الفرع إلى سقوط حضانة الأم بالسفر وطلب الأجرة على الرضاع والحضانة، وأصابتها بالأمراض المعدية، من خلال عرض آراء فقهاء الفقه الإسلامي.

أولاً: سقوط الحضانة بسبب السفر والاستيطان

لقد اختلف فقهاء المذاهب في السفر بالمحزون، إلى عدة أقوال ويكون التفصيل كالآتي:

1_ الحنفية: ذهب الحنفية في مسألة سفر الأم الحاضنة بالمحزون، إلى حالتين:

الحالة الأولى: لا يجوز للأم السفر إلا إذا كانت مطلقة ومكان السفر الذي تنوي الذهاب إليه قريب، والضابط في ذلك أن يستطيع الأب زيارة ابنه والرجوع في يومه، بإستثناء البلد الذي تم فيه عقد النكاح أو يكون هذا البلد موطن لها.

الحالة الثانية: في حالة وفاة الأب ولم تنقضي عدة الوفاة بعد، يمكنها السفر بإذن من الولي الذي يحل محل الأب¹.

2_ المالكية: لقد فرق المالكية بين سفر النقلة لسكنى والاستقرار وسفر التجارة والزيارة، وقد حدد

المالكية مسافة السفر المسقطه لحق الأم في حضانة ولدها بسة برد فأكثر، فإن تجاوز السفر هذا الحد جاز للولي إنتزاع الصغير من أمه، لأن حضانتها تسقط بسفرها هذا، وإذا أراد الولي السفر بالمحزون إلى بلد مأمون وطريقه مأمونة جاز له ذلك ، وللأم الخيار في الذهاب معهم، وإن كان

¹- ينظر: عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص525.

سفر الأم أقل من ستة برد وطريقه غير مأمونة يسقط حق الأم في الحضانة خوفاً على الصغير، إلا إذا كانت المسافة قصيرة بما حددها المالكية، بحيث يمكن للأب الاطلاع على أخباره وزيارته¹.

3_ الشافعية: ذهب الشافعية إلى التفصيل في مسألة السفر بالمحزون إلى سفر للحاجة وسفر للنقلة².

أ_ السفر للحاجة:

إذا كان سفر للحاجة كالحج أو التجارة، فالمقيم أحق بالولد، لأن في السفر تعب ومشقة للصغير، وذكر الشيخ أبو حامد: "إذا سافر الأب لحاجة، فإن كان الولد صغيراً.. ترك مع الأم، وإن كان مميزاً.. خير بينهما، فإن اختار الأب.. لم يسافر به، وإنما يسلمه إلى من يقوم به³."

ب_ السفر للنقلة: والسفر للنقلة والاستيطان فيه حالات

- إذا كان الطريق غير آمن فالمقيم أولى بالصغير مخافة من وقوع الضرر عليه.
- تسقط حضانة الأم إذا سافرت سفر نقلة مسافة قصر الصلاة، فالأب أحق بالصغير مقيماً كان أو مسافراً، سواء كان الولد مميزاً أو غير مميز.
- إذا كان السفر للنقلة أقل من مسافة قصر الصلاة، فالحكم هنا حكم المقيم.
- إذا سافرت الأم مع الأب سفر نقلة لا يسقط حقها في الحضانة.
- وإن سافر الأب بالصغير ثم رجع عاد حق الأم في الحضانة لزوال المانع⁴.

4_ الحنابلة: وفصل الحنابلة في سفر الأم بالمحزون على النحو التالي:

أ_ سفر الحاجة:

- إن أرادت الأم الحضانة السفر إلى بلد آخر وطريقه غير آمن، فالولد يتبع أباه المقيم.

¹ - ينظر: عائدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مرجع سابق، ص102.

² - ينظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج3 (لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية، د.ت)، ص169

³ - العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ت: قاسم محمد النوري، ج11(ط:1؛ جدة: دار المنهاج، 1421هـ-2000م)، ص290.

⁴ - ينظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج3، مصدر سابق، ص169 والعمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص290-291.

- إذا سافرت الأم سفر حاجة بعيد أو قريب فالصغير يتبع أباه إلى حين عودة أمه مخافة عدم تحمله مشقة السفر.

ب_ السفر للنقلة:

- إذا سافرت الأم إلى بلد آخر أمن وطريقه آمنة للسكنى، تسقط حضانتها وتنتقل إلى الأب.
- إذا انتقل الوالدان معاً إلى سفر تبقى الحضانة من حق الأم.
- إذا كان سفر الأم للسكنى والمكان قريب أقل من مسافة قصر الصلاة¹.
- "وإن كان أبعد من ذلك، فظاهر كلام أحمد: انقطاع حق أمه من الحضانة، لعجز الأب عن مراعاة ولده، فهو كالسفر البعيد. وقال القاضي: "إن كان دون مسافة القصر، فالأم على حضانتها؛ لأنه في حكم القريب."²

وخلاصة القول: توصلنا من خلال دراستنا في مسألة السفر بالمحزون عند فقهاء المذاهب إلى أن: الحنفية لم يميزوا بين سفر للإقامة والاستيطان وسفر الحاجة المؤقت عكس ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأخرى، ولقد اتفق الفقهاء على سقوط حضانة الأم في سفر النقلة والاستيطان، أم الشافعية والحنابلة قد ذهبوا في سفر الحاجة إلى سقوط الحضانة عن الأم سقوط مؤقتاً وعودتها إليها بعد رجوعها من السفر مراعاة إلى مصلحة المحزون، أما المالكية فقد حددوا مسافة سقوط حق الأم في الحضانة بستة برد.

ثانياً: سقوط الحضانة بطلب الأم الأجرة على الرضاعة أو الحضانة مع وجود متبرعة
إذا طلبت الأم الحاضنة المرزعة أجرة المثل ووجد الأب من يرضعه بدون أجرة المثل، أو من يرضعه بغير الأجرة، فهل يسقط حقها في الحضانة؟

¹ - ينظر، ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3(ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م)، ص248..والبهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج1(لا.ط؛ لا.م: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، د.ت)، ص629.

² - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، مصدر نفسه، ص248.

أولاً: الحنفية: ذهب الأحناف إلى أن الأم لا يسقط حقها في الحضانة بطلب أجره الرضاع أو الامتناع عنه، فتأتي المرضعة وترضعه عندها¹، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَالِدَتِهَا﴾ [البقرة: 233]، وهذا فيه إضرار بالزوجة والحضانة حق للأم وليست تبعاً للرضاعة².
ثانياً: المالكية: إذا تزوجت الأم وانتقلت الحضانة إلى الأب، فستأجر مرضعة لولده، وقالت المرضعة لا أرضعه إلا في بيت أمه، أو في بيتي، فهل ترجع الحضانة للأم مع مراعاة مصلحة المحضون؟

قال الخرشي: "إذا انتقلت عن الأم بتزوجها بأجنبي مثلاً لغيرها والمحضون رضيع وأبت المرضع أن ترضعه عند من انتقلت الحضانة لها وقالت: لا أرضعه إلا في بيتي ورضيت الأم بأن ترضعه في منزلها أو قالت المرضع أنا أرضعه في بيت أمه ولا أرضعه عند من انتقلت لها الحضانة فإن الحق في الحضانة للأم³."

ثالثاً: الشافعية: ولهم في مسألة سقوط حضانة الأم بطلب أجره الرضاع قولان.

1- الأم أحق برضاعه بأجرة المثل، وليس للأب انتزاعه منها لقوله ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي».

2- وللأب انتزاعه منها لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَاسْتَزِئْ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق: 6] والتعاسر هو التضايق فهو قد حصل منها فله انتزاعه، بل قال أبو اسحاق المروزي: للأب انتزاعه قولاً وأحداً، والقول الأول لا يعرف فيه شيء من كتب الشافعي⁴.

رابعاً: الحنابلة: ذهب الحنابلة في أجره الرضاعة إلى "إن أرضعت الولد، فهل لها أجر المثل؟ على وجهين: إن كانت مطلقة، فطلبت أجر المثل، فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل

¹ - ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص41. والعيني، البناية شرح الهداية، ج4(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ-2000م)، ص697.

² - ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج3، ص62.

³ - الخرشي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج4، ص214.

⁴ - ينظر: العمراني، البيان في مذهب المام الشافعي، مصدر سابق، ج11، ص267. والنووي، المجموع شرح المهذب، ج18(لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت)، ص315.

أو أكثر، لم يكن له ذلك، وإن وجد متبرعة، أو من ترضعه بدون أجر المثل، فله انتزاعه منها، في ظاهر المذهب؛ لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها.¹

الترجيح: الذي يبدوا والله أعلم رجحناه هو قول الأحناف والمالكية فلا يحق الضرر بالوالد، فيحمل مال لا يلزمه، ولا يلحق الضرر بالوالدة فينتزع منها ولدها، لأنها أحق به ما لم تنكح ولم يستثنى عَلَيْهِ السَّلَامُ عدم الارضاع، ولأنه لا تلازم بين الحضانة والرضاعة والله أعلم.

ثالثاً: سقوط الحضانة بسبب المرض أو الإقامة.

1- بسبب المرض: اتفق الفقهاء على أن إصابة الحاضنة بمرض معدي كالجدام والبرص وغيره، يسقط حضانتها خشية من انتقال المرض إلى المحضون، وذلك عبر لبنها أو مخاطها أو الانشغال عن المحضون بعلاج نفسها.²

خلاصة القول عند المالكية يعفى على خفيف جدام الحاضن وبرصه، أما فاحشها فمسقط للحضانة.

- ذكر المالكية والشافعية جواز حضانة المصاب بالمرض المضر بالمحضون إذا وجد من يباشر عنه الحضانة، فشرط السلامة من المرض المعدي شرط للمباشرة لا للاستحقاق.
- إن حضانتها تسقط ولو كان بالولد مرض مثله، لأنه بالانضمام إليه قد تحصل زيادة على ما كان على سبيل جري العادة.³

2- بسبب الإقامة: أن مسكن الأم الغير أمن بالمحضون مسقط لحضانتها، خوفاً أن يلحق بالمحضون الأذى، كالمسكن المعزول في طرف المدينة فهو معرض للسرقة، أو تصيبه بعض المخدورات من قطاع الطرق أو سيلان الوادي ونحو ذلك، وإذا كانت المحضونة أنثى فلا بد أن يحتز بها في مكان أمن خشية على فساد عرضها، والذكر يخشى عليه من فساد أخلاقه في المكان الغير لائق، وهذا ما

¹ - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص250.

² - ينظر: إبراهيم بن حسن بن سليمان البلوشي، مسقطات الحضانة دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2001-2002، ص247.

³ - ينظر: إبراهيم بن حسن بن سليمان البلوشي، مسقطات الحضانة دراسة فقهية مقارنة، مرجع نفسه، ص249.

ذهب إليه المالكية، أما الجمهور فلم يفصلوا في اشتراط المكان بل عموماً في الصيانة وعدم الإهمال¹.

الفرع الثاني: سقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بها في القانون الجزائري

سنعالج سفر المحضونة وطلبها للأجرة على الرضاع والحضانة، ووقوع الأمراض المعدية المسقطه لحضانة الأم في القانون الجزائري.

أولاً: سقوط الحضانة بسبب السفر والاستيطان: نص المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة "إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحاضنة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"².

من خلال ما جاء في هذه المادة يتبين أن إثبات حق الحضانة للأم أو إسقاطه ترجع فيه السلطة التقديرية للقاضي مراعاة لمصلحة المحضون، ولقد جاء الإجتهد القضائي للمحكمة العليا مؤكداً ذلك.

جاء مضمون القرار المؤرخ في 2007/11/14، أن المبدأ الحكم تلقائياً بمنع المحضون المسند حضانته لأمه من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي حيث يقيم والداه بصفة قانونية، خطأ في تطبيق القانون، وبعد الاطلاع بمجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 2005/09/13 من قبل محامي الطاعن

ولما تبين من - قضية الحال - أن قضاة الموضوع قضوا بمنع البنيتين المحضونتين من مغادرة التراب الوطني، دون الاستناد على نص، فضلاً على أنه لم يكن محل طلب أي طرف من أطراف الخصومة وبقضائهم كما فصلوا يكونون فعلاً قد أخطأوا في تطبيق القانون مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض جزئياً، حول منع البنيتين من مغادرة التراب الوطني.

¹ - ينظر: إبراهيم بن حسن بن سليمان البلوشي، مسقطات الحضانة دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 238-239.

² - المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

حيث قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قبول الطعن شكلا وموضوعا وبنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 200/06/13 تحت رقم 05/450 عن مجلس قضاء البويرة، جزئيا فيما يخص منع البننتين من مغادرة التراب الوطني، بدون إحالة، بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2007/11/14 من قبل المحكمة العليا (غ.أ.ش.م)1.

يتبين لنا من هذا القرار القاضي لما حكم بإسقاط الحضانة عن الأم المقيمة في بلد أجنبي لم يراعي مصلحة البننتين في ذلك مع العلم أن الوالدان يقيمان في نفس البلد الأجنبي.

لم يحدد النص القانوني مسافه معينه يسقط بها حق الأم الحاضنة، ولا تسقط بمجرد السفر فالأمر متروك لاجتهاد القاضي في السلطة التقديرية، فقد يكون إقامة الأبناء مع أمهم في بلد أجنبي يعرض الأب للحرمان من زيارتهم والإجحاف في حقه ولا يمارس دور الرقابة بصفتة الولي الأول وكذلك قد تؤثر هذه الإقامة في الجانب الديني للأبناء إذا كان البلد يدين بغير الاسلام ولذلك قضت المحكمة العليا بان المقرر شرعاً وقانوناً، تربيته الولد على دين أبيه فالمشروع الجزائري لم يغفل عن هذه الأمور وإنما ترك المجال المفتوح للسلطة التقديرية للقاضي والضابط الأساسي في إسناد الحضانة هو مصلحة المحضون أولاً².

ثانياً: سقوط الحضانة بطلب الأم الأجرة على الرضاعة أو الحضانة مع وجود متبرعة: إن حضانة الصغير وما تطلبه من إطعام وكسوة وعلاج وتربية وتعليم ونحوها، يتطلب مجهود معنوي ومادي قوامه المال والذي عبر عنه المشروع الجزائري بنفقة المحضون، وحدد المشروع الجزائري ما يشمل النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة التي نصت على " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"³.

¹ - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2007/11/14، ملف رقم: 408248 الصادر عن (غ.أ.ش.م)، مجلة المحكمة العليا، ع: 2، 2001، ص: 244، 245.

² - ينظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 159.

³ - المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

والرضاعة من حقوق المحضون الواجبة على الأم، في حالة قدرتها عليها وقد نص المشرع الجزائري على إلزامية الأم بالرضاعة، "وفي الفقرة الثانية من المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري، تلزم الزوجة بإرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم، أما قانون العقوبات فإنه يعاقب -عموماً- من ترك طفلاً عاجزاً غير قادر على حماية نفسه عرضة للهلاك وكذا من حرص الأبوين على التحلي عن الطفل".¹

وعليه نقول هل ما تقوم به الحاضنة من مجهودات تجاه المحضون يتطلب أجره أم لا؟ رغم أن المشرع الجزائري خصص المواد 77-78-79 من قانون الأسرة الجزائري والتي تشمل على كل ما يخص نفقة المحضون، إلا أنه لم يتطرق إلى أجره الحاضنة وفي غياب النص الذي يوضح ذلك، يفرض علينا الواقع بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري² والتي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية".³

ولقد تطرقنا لتفصيل في هذه المسألة في الفرع الأول في الجانب المخصص للفقهاء الإسلامي.

ثالثاً: سقوط الحضانة بسبب المرض أو الإقامة:

1- سقوط الحضانة بسبب المرض: تسقط الحضانة عن الأم إذا عجزت عن القيام بدورها تجاه المحضون، فمرض الأم الذي يضر بالمحضون من أسباب سقوط الحضانة عن الأم، لأن سلامة الحاضنة الجسدية من الشروط المشار لها في المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء مضمونها سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط المذكورة في المادة 62 من نفس القانون، وذلك ما أكدته الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في القرار الآتي:

¹ - أبو بكر لشهب، الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، مقال منشور في البوابة الجزائرية للمجلات العلمية، 2004/07/09، ص 465.

² - ينظر: باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 86-87.

³ - المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

جاء في مضمون قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/02/13 المبدأ: إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلياً دون إثبات هذا المرض يعد انعدام في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة.

وحيث أن الطاعنة طعنة بالنقض في القرار الصادر في 1999/09/08 عن مجلس قضاء سطيف الذي يقضي باعتماد تقرير الخبير، بالقرار الصادر قبل الفصل في الموضوع 1998/12/90 والتصدي للفصل بإسقاط حق الأم في حضانة أولادها وإسناد حضانتهم للأب، وحيث أن هذا النعي بوجهية الأول والثاني شديد ذلك أنه يتبن من التقرير الطبي المبرز في ملف الدعوى أن تشخيص الطاعنة لم يكن من قبل طبيب عقلي نفسي ببيكاتري وإنما كان من قبل طبيب مختص في أمراض الأعصاب الذي لا يمكنه أن يصدر حكماً على القدرة العقلية لفرد ما، ومادام لم يظهر ملف الدعوى أن التقرير الطبي الصادر عن المستشفى قد أثبت ذلك الأمر، الذي يؤكد تأكيداً كبيراً على أنها مالكة لقواها العقلية وقادرة على الحضانة لثبوت أهليتها.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بقبول الطعن شكلاً وموضوعاً¹، وهذا القرار حسب ما جاء فيه يؤكد على أن المرض العقلي مسقط للحضانة.

2- سقوط الحضانة بسبب الإقامة: أوجب المشرع الجزائري على الأب توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، وإن تعذر عليه توفير السكن ألزم بأجرته وهذا ما بينته المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة وإن تعذر ذلك عليه فعليه دفع بدل الإجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن"².

جاء مضمون قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/01/14 المبدأ: يتعين على الوالد عند تخصيص سكن لممارسة الحضانة مراعاة بتحقيقه مصلحة المحضون.

¹-ينظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2002/02/13 ملف رقم 265727 الصادر عن (غ.أ.ش.م)، مجلة القضائية، ع2، 2002، ص431.

²-المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

حيث أن الطاعن بالنقض في قرار أصدره مجلس قضاء لبليدة بتاريخ 2006/11/06 القاضي حضوريا علانيا نهائيا بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا وتعليلا له برفع بدل الإجار. حيث متى ثبت لقضاة الموضوع أن المحضونين يقيمون في لقليلة حيث ولد وتربو وترعرعوا وبها يزاولون دراستهم، وإن زعزعتهم منها من شأنها المساس بمصلحتهم، ومن ثم صرفو النظر عن مسكن الأربعاء الذي أراده الأب، وأخذو ببدل الإجار. فلهذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا.¹ خلاصة: من الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أن السكن سبب في إسقاط الحضانة عن الأم كما جاء في الفقه الإسلامي، وإنما المشرع الجزائري ألزم الأب بتوفير مسكن لائق وإن تعذر عليه ذلك طلب منه دفع بدل الإجار.

¹ -قرار المحكمة العليا المؤرخ في 14/01/2009 ملف رقم 477191 الصادر عن (غ.أ.ش)، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2009، ص275.

المبحث الثاني: سقوط الحضانة لأسباب تبعية

إضافة إلى ما تطرقنا إليه في المبحث الأول من أسباب مسقطه لحق الأم في الحضانة هناك أسباب أخرى لو توفرت تسقط الحضانة، و هي بإرادة الأم المنفردة أي من محض إرادتها، والمتمثلة في التنازل الأم عن حضانتها لمن يليها في الترتيب، وعدم المطالبة بها بعد استحقاقها لمدة من الزمن حددها فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، وتسقط الحضانة بانتهاء المدة المقدره شرعا وقانونا، ويسقط حق الأم في الحضانة بالمصالحه عليها.

من خلال هذا المبحث سنتطرق إلى هذه المسقطات والتفصيل فيها في الجانب الفقهي والقانوني كالآتي:

سقوط الحضانة لانتهاء مدة الحضانة والامتناع عنها في المطلب الأول، وسقوط الحضانة لعدم المطالبة بها أو المصالحه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة أو الامتناع عنها

سنحاول في هذا المطلب أن نعالج سقوط حضانة الأم بسبب انتهاء مدة الحضانة، أو الامتناع عنها، وكذلك عدم المطالبة بها، والمصالحة في الحضانة، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، بداية بسقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة أو الامتناع عنها في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، ثم سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة أو الامتناع عنها في القانون الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة أو الامتناع عنها في الفقه الإسلامي

أولاً: سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة: اختلف الفقهاء في تحديد سن المحضون الذي تسقط به حضانة الأم إلى أقوال:

1- الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن مدة الحضانة تنتهي باستغناء المحضون عن خدمة أمه، بحيث يستطيع خدمة نفسه،.... وملبس والاستنجاء وحددوا سن الذكر بسبع سنوات واستدلوا بالسن الذي يأمر به الصبي للصلاة، ومنهم من قال بتسع سنين، أما الأنثى إلى سن البلوغ أم بحيض أو إنزال¹.

2- المالكية: قالوا أن انتهاء حضانة الذكر ببلوغه حتى يحتلم والأنثى حتى يدخل بها، فإذا طلقت أو مات الزوج قبل الدخول عادت حضانتها إلى أمها، ولا يخير الولد لأنه لا يميز مصلحته².

3- الشافعية: ذهب الشافعية إلى أن الصبي إذا بلغ سبع سنوات خيّر وذلك امتثالاً بأمر الرسول ﷺ خيّر الصبي بين أمه وأبيه، والأنثى كالصبي في الانتساب لأن الغاية من الحضانة حفظ الولد، والمميز أصبح يعرف مصلحته لذلك خيره الرسول ﷺ فالمحضون يتبع من خير بعد سن التمييز حتى ولو أسقط الحاضن حقه فيجبر عليها³.

4- الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية أي بتخير الصبي غير المعتوه بين أمه وأبيه، ويخير الغلام بين أمه وعصبته اقتداءً بسيدنا علي رضي الله عنه عندما خير عمارة الجرمي بين أمه وعمه، لأن العم أشبه بالأب من جهة العصبية، حيث اشترط في تخير الغلام أن يكون المختار ممن له الحق في

¹- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص566.

²- النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص65.

³- الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص202.

الحضانة وأما إذا كان معتوهاً فالأم أحق بحضانته، والأنثى ببلوغها سبع سنين لا تحير فالأب أحق بها خلاف للشافعية، لأن المقصد من ذلك تحصين الأنثى لاحتياجها للأب في هذا السن¹.
والراجع: نرى والله أعلم أن ما ذهب إليه المالكية في إنتهاء مدة الحضانة، هو الأصلح للمحضون.

ثانياً: الامتناع عن الحضانة: تضاربت الآراء الفقهية حول أحقية الأم بالحضانة، فمنهم من يرى أنها حق لها يمكنها الامتناع عنها متى شاءت، ومنهم من قال أنها حق للصغير فتجبر على حضانته مخافة عليه من الضياع والهلاك، و منهم من قال أنها حق مشترك يمكنها الامتناع من غير أن تفوت مصلحة المحضون، وللفقهاء آراء في ذلك.

1_ الحنفية: إذا أسقطت الأم حقها في الحضانة جاز لها ذلك ولا تجبر عليه، إلا إذا امتنع الولد عن أخذ ثدي غيرها، أو كان الأب معسراً ليس له مال لا يمكنه استئجار حاضنة أو مرضعة لأبنه، وإذا أسقطته مقابل الخلع بطل الشرط وصح الخلع لأن الحضانة حق للولد، ويمكنها استرجاع حقها في الحضانة بعد امتناعها مراعاة لمصلحة المحضون، واستدلوا بجواب² المفتي أبي السعود: مسألة في رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها من الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد؟ الجواب: نعم لها ذلك فإن أقوى الحقين في الحضانة للصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبداً³.

2_ المالكية: ذهب المالكية إلى أن الأم يمكنها الامتناع عن حقها في الحضانة بغير عذر، فإذا أرادت الرجوع عن تنازلها، فلا يمكنها العودة في ممارسة حضانتها وهو المشهور في المذهب، وقيل يمكنها الرجوع في ذلك، أما إن كان التنازل لعذر كمرض، أو عدم القدرة على القيام بشؤون

¹ - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص239.

² - ينظر: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص559-560.

³ - مرجع نفسه، ص559.

الصغير، جاز لها العودة في ذلك، إذا زال العذر¹، والحاصل أن الحضانة إذا انتقلت لشخص لمانع ثم زال المانع، وقد مات أو تزوج المنتقل إليه فإنها تعود للأول².

3_ الشافعية: قال أصحاب المذهب، لا تجبر الأم إذا امتنعت عن الحضانة إلا إذا كانت هي من تقوم بالنفقة على الولد كأن يكون الأب ميت وليس للصغير مال، "عدم إجبار الأم عند الامتناع، وهو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون فإن وجبت كأن لم يكن له أب ولا مال أجبرت كما قاله ابن الرفعة؛ لأنها من جملة النفقة، فهي حينئذ كالأب"³.

وإذا امتنعت لمانع ثم زال ذلك المانع، كمن كانت منكوحة وطلقت أو مريضة وشفيت أو مجنونة وأفقت، وأرادت الحضانة فلها ذلك⁴.

4_ الحنابلة: يرى أصحاب هذا المذهب، أن الحضانة من حق الأم وليست واجبة عليها، فإن أرادت الامتناع عنها فلها ذلك بعدر أو بدونه، ويقول البهوتي: "ومن أسقط حقه منها أي الحضانة سقط لإعراضه عنه وله العود في حقه متى شاء أنه يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة"⁵.

وقال أيضا ابن قدامة: "ومتى زالت الموانع منهم مثل أن عتق الرقيق، وأسلم الكافر، وعدل الفاسق، وعقل المجنون، عاد حقهم من الحضانة؛ لأن سببها قائم، وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع، عاد الحق بالسبب السابق الملازم، كالزوجة إذا طلقت، فإنه يعود حقها من الحضانة"⁶.
والراجع: نرى أن ما ذهب إليه الحنفية في إمتناع الأم عن الحضانة، لأن من حقها الإمتناع، والرجوع في الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون.

¹- ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص532، 533.

2- مرجع نفسه، ص533.

3- الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص197.

4- ينظر: مرجع نفسه، ص197.

5- البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج5، ص498.

6- بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ص476.

الفرع الثاني: : سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة أو التنازل عنها في لقانون الجزائري
أولاً: سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة:

لقد حدد المشرع الجزائري سن انتهاء الحضانة في المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه(10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى(16) سنة إذا كانت أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.¹"

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري فرق بين الذكر والأنثى في السن القانونية لانتهاؤ مدة الحضانة، والتي تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى بسن الزواج القانوني المحدد ب19 سنة وللقاضي السلطة التقديرية في تمديد الحضانة للأم بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة. "والنص هنا لم يشر إلى مسألة هامة كثيراً ما تثار بالنسبة للمحضون وهو رغبته في الانتقال، فكثيراً ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش والانتقال إلى الجهة التي تستند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلاً لفترة طويلة، وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين وهما:

تطبيق النص القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم وبتالي يعود الصغير للعيش مع أبيه من جهة حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه. وأما الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه، أخذاً في هذا الحسبان مصلحة المحضون. والهدف من النص عندما ربط في جميع الأحوال مسألة الحكم بانتهاء الحضانة بتحقيق مصلحة الصغير.²

وقد جاء قرار المحكمة العليا في قضية إسقاط حضانة الأم لبلوغ البنت سن الزواج، مدعماً هذا.

المبدأ: تنقضي حضانة البنت بقوة القانون، ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها.

¹ -المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

² -بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص258.

جاء في مضمون القرار أن الطاعن سجل طعناً بالنقض ضد القرار المطعون فيه والصادر عن مجلس قضاء أدرار في 20/09/2003 مؤسس طعنه على وجه واحد المأخوذ من القصور وانعدام الأسباب، حيث أن المجلس سبب قراره بجيشية واحدة: وحيث أن هذا الطلب المقدم من المستأنف لا يطالب بالحضانة لنفسه أو جهة معينة وإنما يريد إسقاطها عن الأم فقط حيث أن العارض أثبت للمجلس أن البنت المحضونة بلغت سن الزواج (18) وهو المحدد قانوناً، حيث متى قضاء قضاة الاستئناف في قرارهم محل الطعن عن مجلس قضاء أدرار والذي قضا بتأييد الحكم المستأنف، فإنهم بقضائهم يكون قد طبقوا صحيح القانون.

قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً، وتحميل الطاعن بالمصاريف القضائية.¹

ثانياً: تنازل الأم عن الحضانة

للأم الحاضنة الحق في التنازل عن الحضانة، إذا وجد حاضن غيرها، وهو حق يمنحه لها القانون، كما جاء في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وللقاضي السلطة التقديرية في إسقاط حق الحضانة عنها إذا استدعى الأمر إلى ذلك، فطلب التنازل من الأم عن الحضانة، يتجلى تفسيره في إحدى الاحتمالين، الأول أن يكون في مصلحة المحضون، وسببه عدم قدرتها على الحضانة لفقدانها لأحد الشروط، أما الاحتمال الثاني أن يكون ضد مصلحة المحضون في حالة عدم وجود من يتولى حضانة الصغير، وفي هذه الحالة على القاضي رفض طلب التنازل حماية لمصلحة المحضون.

وقد أكد قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13/09/2012 حيث جاء في مضمون القرار وطبقاً للمبدأ: تسقط الحضانة بالتزوج بغير القريب المحرم وبتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون. مصلحة المحضون الواجب على القاضي مراعاتها تنصب على التنازل عن الحضانة.

¹- ينظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 04/01/2006 ملف رقم 347914 الصادر عن (غ.أ.ش)، مجلة المحكمة العليا، ع2006، 1، ص449-450.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط مجلس قضاء عنابة بتاريخ 2010/03/15 وعلى مذكرة جواب محامي المطعون ضدها المودعة بتاريخ 2010/04/20.

حيث يستخلص من ملف القضية بتاريخ 2008/06/25، أقام المدعي دعوة أمام محكمة عنابة طالباً منحه حضانة الابن لإعادة والدته الحاضنة الزواج بغير قريب محرم، فيما أجابت المدعى عليها طالبة رفض الدعوى، لأن الزواج بغير القريب المحرم، ليس كافياً لإسقاط الحضانة، وسقوط حق المدعي في طلب الحضانة أكثر من سنة على الزواج وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 2008/12/16، القاضي بإسقاط حضانة الابن عن والدته وإسنادها لوالده، وهو الحكم الملحق بالقرار المطعون فيه بالنقض اعتماداً على أن المحكمة لم تراعي مصلحة المحضون وفقاً لنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري والقضاة بإلقتهم هذا الحكم خالفوا القانون وتقاضوا عن مناقشة الدفع التي تقدموا بها، والتي تفيد أن مصلحة المحضون لدى أبيه بدلاً من زوج أمه، لكن القضاة راعوا مصلحة المحضون في السبب الثاني لسقوط الحضانة الخاص بالتنازل، وليس السبب الأول الذي حكم بشأنه.

وقد قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً، ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء عنابة بتاريخ 2009/05/17 وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها طبقاً للقانون¹.

تبين من اجتهاد القضاة أنهم راعوا في مصلحة المحضون في أخذهم بالسبب الثاني وهو التنازل عن الحضانة، وأصبح هناك تكافؤ في الحقوق وأسباب السقوط، فلما حكموا للأب بالحضانة وأسقطوها عن الأم بسبب زواجها، طلبت الأم بإرجاع حقها في الحضانة، لأن الأب بعدم مطالبته

¹- ينظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2012/09/13، ملف رقم 63936 الصادر عن غ ش.أ.م، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2013، ص 254-255.

بالحضانة لمدة تزيد على السنة، يعتبر متنازلاً عن الحضانة، ويسقط حقه فيها مما استوجب نقض القرار لمصلحة المحضون، التي تبقى هي الأساس والمعيار الذي يرجع له.

خلاصة: بعد دراستنا في هذا المطلب لسببين لسقوط الحضانة عن الأم، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وهما انتهاء مدة الحضانة وامتناعها عنها، والتي تعتبر أسباب تبعية.

توصلنا إلى أن هذان السببان متفق عليهما بين فقه الشريعة والقانون في سقوط الحضانة عن الأم، إلا أن الاختلاف وقع في تحديد سن المحضون أو زمن السقوط بين فقهاء المذاهب، أما الحنفية ذهبوا إلى أن سقوط الحضانة، ببلوغ الذكر سبع سنوات والأنتى حي تحيض، والمالكية تنتهي مدة الحضانة عندهم ببلوغ الذكر وزواج الأنتى أي بدخول، أما الشافعية والحنابلة فلهم رأي واحد وهو سن السابعة بالنسبة للذكر والأنتى مع تخيرهم،

ولكن المشرع الجزائري خلفهم في تحديد سن عشر سنوات بالنسبة للذكر مع إمكانية تمديدها إلى ستة عشر سنة، مراعاة لمصلحة المحضون في ذلك، والأنتى حتى بلوغها سن الزواج وهو ما حدده المشرع بتسعة عشر سنة.

أما في سقوط الحضانة بامتناع الأم فمتفق عليه بين فقهاء المذاهب والقانون الجزائري، لكن اختلفوا في إمكانية عودت هذا الحق للأم، الحنفية والشافعية والحنابلة يمكن للأم استرجاع حقها في الحضانة متى شأت، والمالكية والمشرع الجزائري قالوا يمكن العودة في الحضانة إذا كان الامتناع بعذر كمرض أو إرغام ونحوه.

المطلب الثاني: سقوط الحضانة لعدم المطالبة بها أو المصالحة

في هذا المطلب سنتطرق إلى موضوع سقوط حضانة الأم لعدم المطالبة بالحضانة، وسقوط الحضانة باتفاق بين الزوجين على حضانة الصغير، وسنحاول أن نعرف نظرة كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في هذا الموضوع، بداية بسقوط الحضانة لعدم المطالبة بها أو المصالحة في

الفقه الإسلامي في الفرع الأول، مروراً بسقوط الحضانة لعدم المطالبة بها أو المصالحة في القانون الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سقوط الحضانة لعدم المطالبة بها أو المصالحة في الفقه الإسلامي

سنتطرق في هذا الفرع إلى سقوط الحضانة لعدم مطالبة الأم عند إستحقاقه لها، والمصالحة على الحضانة من خلال رأى فقهاء الفقه الإسلامي.

أولاً: سقوط الحضانة لعدم المطالبة بها: يعتبر سكوت الأم الحاضنة عن حقها في الحضانة وعدم مطالبته بها مسقط لحضانتها، واختلف فقهاء المالكية في كون السكوت كالإقرار والإذن أم لا؟ فالذين قالوا بالسكوت كالإقرار فهو يأخذ حكم التنازل، والقائلين بأن السكوت لا يعتبر إقراراً فيسقط به حق الحاضنة بالشروط الآتية¹:

1- أن يعلم بحقه في الحضانة: فإن كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة لا يسقط حقه، مهما طالت مدة سكوته.

2 - أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة: فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت؛ لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله.

3 - أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة: فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت، ثم طلبها قبل مضي العام، قضى له باستحقاقها².

تنبية: حسب اطلاعنا على بعض المراجع الفقهية نرى أن مسألة سقوط الحضانة بالسكوت وعدم المطالبة، أنفرد بها المالكية دون الجمهور والله أعلم.

ثانياً: المصالحة على الحضانة: تباينت آراء الفقهاء في المصالحة على الحضانة على قولين:

فمنهم منقال أن الحضانة واجبة على الحاضنة وهي حق خالص لله تعالى أو للمحزون فلا يجوز الصلح أو التحكم على الحضانة، لأن الأم مجبرة وملزمة لا يمكنها التصرف فيه.

1- ينظر، ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، المختصر الفقهي لابن عرفة، ت: حافظ عبد الرحمان محمد خير، ج5(ط:1)، لا م: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، 1435هـ_2004م)، ص62.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج10، ص7313.

وأما القائلين بأن الحضانة حق للحاضنة فيجوز الصلح والتحكيم على حق الحضانة إذا نشب نزاع بين الزوجين.

ولقد قاس الفقهاء الصلح في الحضانة على بيع الشفعة، كالمراة التي أرادت الحج ومنعها زوجها فبذلت له صداقها في مقابل ما أرادته، وكذلك المراة التي نذرت صياماً ومنعها زوجها فدفعت له عوضاً مقابل السماح لها بذلك، وسئل ابن رشد عن مسألة الصلح في الحضانة فكان جوابه¹:
الذي نعتقد صحته: أن ذلك جائز؛ لأن الحضانة حق للأم، إن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته، واختلف هل ذلك حق لها، تنفرد به دون الابن، أم لا، فقيل: إنها تنفرد به دونه، وأن له فيها حقاً معها، لأنه إنما وجبت لها من أجل أنها أرفق به من أبيه، وأراف عليه منه. وهذا معنى ما يعبر به من الاختلاف في الحضانة... فعلى القول بأنها حق للأم تنفرد به دون الأب، يلزمها تركها له، على عوض، أو على غير عوض، ولا يكون لها أن ترجع فيها؛ وعلى القول بأن في ذلك حقاً للولد، لا يلزمها تركها... وترجع في العوض، إن كانت تركتها على عوض، ولا وجه لقول من منع من ذلك، واحتج بما ذكرت؛ لأن ما اتفقا عليه إنما هو صلح صالحها بما أعطاهما على أن سلمت إليه ابنة².

واستدل ابن رشد في الإجابة عن هذه المسألة بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»³، وترك الأم لحقها في الحضانة سواء كان بعوض أو بغير عوض لا يشبه تحليل حرام ولا تحريم حلال.

¹- ينظر: إبراهيم بن حسن بن سليمان البلوشي، مسقطات الحضانة دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص274. وبين رشد، مسائل أبي الوليد ابن رشد، ت: محمد الحبيب التحكاني، ج2(ط:2؛ بيروت: دار الجيل، المغرب: دار الآفاق الجديدة، 1414هـ-1993م)، ص1146.

²- بن رشد، مسائل أبي الوليد ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص1146 بتصرف.

³- أخرجه البيهقي في "سننه الكبير" (10 / 150) برقم: (20601) (كتاب الشهادات ، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه) وابن أبي شيبة في "مصنفه" (10 / 679) برقم: (21217) (كتاب البيوع والأقضية ، في الرجلين يختصمان فيدعي أحدهما على الآخر الشيء على من تكون اليمين).

الفرع الثاني: سقوط الحضانة لعدم المطالبة بها أو المصالحة في القانون الجزائري.

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى سقوط الحضانة عن الأم لعدم المطالبة بها، والمصالحة عليها بالاتفاق مع الأب سواء كان ذلك بعوض أم من غير عوض.

أولاً: سقوط الحضانة لعدم المطالبة بها:

من المعلوم أنه عندما يقع الطلاق ينشأ حق الأولاد في الحضانة، والأم هي أولى بها من الأب إذا توفرت فيها الشروط المؤهلة للحضانة، فمن حقها حضانة أولادها والمطالبة به أمام القضاء. و"يسقط حق استحقاق الحضانة بالسكوت عن المطالبة مدة تزيد عن سنة بدون عذر، مؤدى هذا أن الحضانة إذا استحققت، وسكت صاحب الحق عن طلبها، فإن حقه في الحضانة يسقط وإلى هذا ذهب المالكية-إذا علم الحاضن باستحقاقه للحضانة، ويعلم أن سكوته عن طلبها مسقط لحقه فيها أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاق الحضانة- وإلى هذا ذهب المالكية- واعتد القانون برأيهم"¹.

عدم مطالبة الأم بحضانة أولادها، يدل على عزوفها عن الحضانة، أو عدم قدرتها على ذلك فالمشرع الجزائري أعطاها المهلة اللازمة المقدرة بسنة كاملة متى شاءت في هذه المدة أن تسترجع حقها في الحضانة لكن بعد تمام هذه المدة ولم تطالب بالحضانة فإنها تسقط عنها.

وهذا ما جاءت به المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"².

والملاحظ في هذه المادة عبارة (بدون عذر) التي فتح المشرع بها المجال لتلاعب بهذا الحق بالمماطلة في طلب في الحضانة، وهذه المدة كافية في ضياع المحضون، فمراعاة مصلحة المحضون أهم من أي عذر مهما كان.

¹-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص156.

²-المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

وقد جاء الاجتهاد القضائي في قضية إسقاط حضانة الأم بسبب عدم المطالبة بالحضانة كما يلي:

من المقرر قانوناً أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين -في قضية الحال- أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة، بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير السكن لممارسة الحضانة، وبعد ملاحظة المطعون ضده (الأب) في عدم توفير السكن أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ (ممارسة الحضانة)، مدعياً أنه يمارس الحضانة الفعلية، فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقاً لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبب مما ينبغي نقض القرار.

حيث قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث-قبول الطعن شكلاً ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء معسكر، بتاريخ 1997/04/26 وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقاً للقانون.¹

يتبين لنا من هذا القرار أن على القاضي في مسائل الحضانة خاصة في حالات السقوط يجب الاستعانة بمرشدة اجتماعية، تعينهم على معرفة مصلحة المحضون مع من تكون. وكذلك النظر إلى جنس الأولاد وأعمارهم، حيث أن مصلحة الصغير الذي لم يبلغ بعد تقتضي بقاءه عند أمه، لأنها أدري بشؤونه ومصالحه.

ثانياً: سقوط الحضانة بالمصالحة: المصالحة في مسألة الحضانة هي تنازل بسبب اتفاق الطرفين، ولهذا التنازل ثلاث حالات:

أما أن يكون بترك الأم لحقها في الحضانة للأب بمحض إرادتها، أما أن يكون تنازل الأم عن الحضانة مقابل الخلع، أو أن يكون سقوط حق الأم في الحضانة بسبب الطلاق بالتراضي.

¹-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/04/20 ن ملف رقم 220470 الصادر عن غ.أ.ش مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 185-187

أما التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي وهو عبارة عن الاتفاق المنعقد بين الزوجين، والعقد هو شريعة المتعاقدين حسب ما ورد في المادة 106 من القانون المدني الجزائري¹ التي نصت على "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"² ومن القرارات الداعمة لهذا المبدأ.

القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 1985/12/30 بقوله: "حيث أنه يتبين من مراجعة القرار المطعون فيه، ودراسة أوراق ملف الدعوى، أن الطلاق الذي وقع من الطرفين، بمقتضى الحكم الصادر بينهما بتاريخ 1976/11/21، كان بإتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة ابنها عبد الكريم الذي أسندت حضانته إلى أبيه، وصرف حضانة البنت دليلاً إلى أمها على نفقة أبيها وحيث أن هذا العقد القضائي يعد بمثابة التزام أبرم بين الزوجين يجب تنفيذه، طبقاً لما اشتمل عليه... وحيث أن قضاة الاستئناف، لما ألغوا الحكم المحال فيما يتعلق بالحضانة وأسسوا قرارهم على تعديل الاتفاق القضائي، ورغم تنازل الأم عن الحضانة وترك ابنها لأبيه، قد تجاهلوا المبدأ القانوني للعقد شريعة المتعاقدين، وأسسوا بأسباب خاطئة، للقاعدة الفقهية في الحضانة، على أن يراعى في الحكم مصلحة المحضون عارضين بذلك قرارهم بالنقض"³.

تعقيب: يتبين لنا أن مسألة المصالحة في سقوط حق الحضانة عن الأم لم يتطرق له المشرع الجزائري كمصطلح، وإنما يعبر عنه بالتنازل بالاتفاق الأطراف ويكون في جلسة صلح في الطلاق بالتراضي كما جاء في الاجتهاد القضائي المذكور سابقاً.

خلاصة القول: بعد ما أتمينا دراسة هذا الفصل والمتعلق بأسباب سقوط الحضانة عن الأم في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، تبين لنا من خلال اطلاعنا على آراء الفقهاء أن تفصيلهم في الموضوع كان أشمل مما قدمه المشرع الجزائري، الذي أستمد أغلب أحكام سقوط الحضانة من الفقه

¹- ينظر: كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مرجع سابق، ص 114.

²- المادة 106 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

³- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مرجع سابق، ص 114-115.

الإسلامي، إلا أنه يشوبه الغموض والعموم في بعض النصوص، وما أصلح ذلك هو فتح المجال
لسلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون.

الخاتمة

بفضل من الله تعالى وتوفيقه، وبعد دراسة هذا الموضوع " سقوط الحضانة عن الأم الحاضنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، والتي استعرضنا فيه شروط الحضانة ومسقطاتها من وجهة نظر فقهية وقانونية ولاحظنا أن هناك اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في بعض المسائل، كما يوجد اختلاف أيضا في البعض الآخر، وفي نهاية البحث استخلصنا مجموعة من النتائج والتوصيات هذه أهمها:

أولاً: أهم النتائج

- 1- جاء تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للحضانة، يدور حول معنى واحد وهو رعاية المحضون وحفظه والقيام بشؤونه، أما المشرع الجزائري فقد ركز على أهداف الحضانة في تعريفه والمتمثلة في التربية والتعليم والحماية.
- 2- أن مقاصد الشريعة الإسلامية وأهداف القانون في وجوب الحضانة، هي مراعاة مصلحة المحضون في الحماية والرعاية.
- 3- لقد فصل فقهاء الفقه الإسلامي في شروط استحقاق الحضانة، وقسموها إلى شروط عامة، وشروط خاصة برجال وأخرى بالنساء، أما المشرع الجزائري فاكتفى بعبارة "أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بذلك"، التي فيها شيء من الغموض.
- 5- اتفق فقهاء الشريعة والقانون على أولوية الأم في ممارسة الحضانة، واختلفوا في الترتيب بعد الأم، فجاء ترتيب الشريعة الإسلامية لمستحقي الحضانة، الأم ثم أم الأب ثم الأب...، أما القانون الجزائري فرتبهم، الأم ثم الأب ثم أم الأم.
- 6- لاحظنا موافقة المشرع الجزائري لفقهاء الفقه الإسلامي في أسباب سقوط حضانة الأم، التي راع مصلحة المحضون فيها، وترك للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.
- 7- اتفق المشرع الجزائري مع فقه الإسلامي في أن زواج الأم بغير القريب المحرم، واختلال أحد الشروط التي يجب توفرها في الحاضن مسقطه لحضانة الأم.
- 8- اختلف المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في إنتهاء مدة الحضانة، مع إمكانية تمديد المدة.
- 9- استنتجنا أن هذا الموضوع واسع تظهر فيه بين الفينة والأخرى إشكالات عملية تنبثق من الواقع لم يسبق للقضاء أن عالجها وفصل فيها فهي بحاجة إلى اجتهادات قضائية حديثة لمعالجتها.

10- لاحظنا أيضا أن الفقه الإسلامي باعتبارها مصدر من مصادر التشريع لا يستطيع القاضي أن يستغني عن أحكامها ويكتفي بالقانون لوحده وذلك للغموض في بعض الأحيان الذي تتصف به بعض المواد القانونية وعدم تناول القانون لكل ما تعلق بموضوع الحصانة وإسقاطها عن الأم مما تدفع القاضي للبحث عن الاجتهاد القضائي لتبرير أحكامه.

ثانياً: أهم التوصيات

- 1- ضرورة إفراد موضوع الحصانة وما يتعلق به بقانون خاص، لأن الموضوع شائك ويحتاج إلى تفصيل وتوضيح وتعمق.
- 2- نقترح تعديل المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، كمايلي: "يمكن إسقاط حق الحصانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون،" لفتح المجال لبعض الاستثناءات التي تخدم مصلحة المحضون.
- 3- معالجة مسألة الهروب والتحايل من إسقاط الحصانة بالزواج العرفي، وخلق ضوابط للحد من هذه الظاهرة.
- 4- خلق آليات في الجانب النفسي والاجتماعي والديني، لمساعدة القضاة في اجتهادهم.
- 5- الحث على المزيد من الدراسات حول المستجدات في الاجتهادات الفقهية، بالنسبة لحالات سقوط الحصانة، لما له من تأثير على الأم الحاضنة.

قائمة المصادر

والمراجع

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

| |
|---|
| أ- القرآن الكريم وعلومه |
| - القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم |
| 1- البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن، ت: محمد عبد الله النمر و عثمان جمعه خميرية و سليمان مسلم الحرش، ج5(ط: 4؛ لا.م: دار طيبة للنشر والتوزيع، 1417 هـ - 1997م). |
| ب- الحديث النبوي وعلومه |
| 2- أحمد بن محمد بن حنبل، مسند أحمد، ت: أحمد محمد شاكر، ج1(ط: 1؛ القاهرة: دار الحديث، 1416 هـ - 1995م). |
| 3- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، ج10(ط: 1؛ الهند مجلس دائرة المعارف العمانية، 1352 - 1355 هـ). |
| 4- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج8(لا.ط؛ بيروت، دار الجيل، 1334 هـ). |
| 5- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج2(لا.ط؛ بيروت، دار الكتاب العربي، د.ت). |
| 6- العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج13،(لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت) |
| 7- محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري، ج2(ط: 1؛ بيروت، دار طوق النجاة، 1422 هـ). |
| ج- الفقه الإسلامي |
| - الفقه الحنفي |
| 8- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج3(ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1412 هـ - 1992م). |

| |
|---|
| 9- الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج3 ، (ط1، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، 1313 هـ). |
| 10- السرخسي، المبسوط، ج5،(لا.ط، بيروت، دار المعرفة، 1414هـ - 1993م). |
| 11- السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2(ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ- 1994م). |
| 12- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4(ط: 2؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1406هـ-1986م). |
| 13- مجد الدين أبو الفضل، الاختيار لتعليل المختار، ج2،(لا.ط، القاهرة، مطبعة الحلبي، 1356 هـ - 1937 م). |
| 14- مؤلاً، درر الحكام شرح غرر الاحكام، ج1(لا.ط؛ لا.م: د.ت). |
| -الفقه المالكي |
| 15- ابن عرفة، المختصر الفقهي لابن عرفة، ت: عبد الرحمن محمد خير، ج5 (ط:1؛ لا.م: مؤسسة خلف احمد الحبش للأعمال الخيرية، 1435هـ-2014م). |
| 16- ابن رشد، المقدمات الممهדות، ت: د. محمد حجي، ج1(ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ-1988م). |
| 17- الخطاب الرعييني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج4،(ط. 3، لا.م، دار الفكر، 1412هـ - 1992م). |
| 18- خليل بن إسحاق، مختصر العلامة خليل، ت: أحمد جاد، ج1،(ط.1، القاهرة، دار الحديث، 1426هـ/2005م). |
| 19- خليل بن إسحاق بن موسى، التوضيح في شرح المختصر، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج5(ط:1؛ لا.م: مركز نجوييه للمخطوطات وخدمة التراث، 1429هـ-2008م). |
| 20- الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج4،(لا.ط. بيروت، دار الفكر للطباعة، د.ت). |
| 21- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2(لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت). |

| |
|---|
| 22- شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2(لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، 1415هـ-1995م). |
| -الفقه الشافعي |
| 23- الحصني تقي الدين، كفاية الأخيار، ت: علي عبد المجيد بلطحي، ومحمد وهبي سليمان(ط:1؛ دمشق: دار الخير، 1994). |
| 24- الرافعي القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج10،(لا.ط، لا.م، دار الفكر، د.ت). |
| 25- الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5،(ط.1، لا.م، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م). |
| 26- الشيرازي، المهذب في مذهب الأم الشافعي، ج3(لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية، د.ت). |
| 27- العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ت: قاسم محمد النوري، ج11(ط:1؛ جدة: دار المنهاج، 1421هـ_2000م). |
| 28- مصطفى الخن، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج4(ط:4؛ دمشق: دار القلم، 1413هـ_1992م). |
| 29- الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج8،(لا.ط، مصر، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، 1357 هـ - 1983 م). |
| 30- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير شاويش ج9 (ط: 3، بيروت - دمشق - عمان: المكتب الإسلامي، 1412 هـ - 1991 م). |
| 31- الماوردي، الحاوي الكبير ، ج11(ط:1؛ بيروت: 1419هـ-1999م). |
| -الفقه الحنبلي |
| 32- ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3،(ظ.1، لا.م، دار الكتب العلمية، د.ت). |
| 33- ابن قدامة، المغني، ج8(لا.ط؛ القاهرة: مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م). |
| 34- ابن قدامة، الشرح الكبير، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي و د. عبد الفتاح محمد الحلو، ج24(ط:1؛ مصر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1415 هـ - 1995 |

| |
|---|
| م. |
| 35- ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4(ط:2؛ لا.م: د.ت)، ص180. |
| 36- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5(لا.ط: لا.م: دار الكتاب العلمية، د.ت). |
| 37- البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، ج3،(ط.1، لا.م، عالم الكتب، 1414هـ - 1993م). |
| 38- البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج1(لا.ط؛ لا.م: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، د.ت). |
| 39- شمس الدين المقدسي، الفروع، ت: عبد الله ابن عبد المحسن التركي، ج7 (ط1؛ لا.م: مؤسسة الرسالة، 1424 هـ - 2003 م). |
| 40- النجدي، حاشية الروض المربع، ج7(ط:1؛ لا.م: لا.ن، 1397هـ). |
| د- معاجم اللغة العربي |
| 50- الفرو آبادي، القاموس المحيط، ج1(ط: 8؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1426 هـ- 2005 م). |
| هـ- كتب الفقهاء المعاصرين: |
| 51- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج17(ط:2؛ الكويت: دار السلاسل، 1404-1427). |
| 52- الامام محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، (ط.2، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت). |
| 53- رشدي شحاته أبو زيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي(لا.ط؛ لا.م: د.ت). |
| 54- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،(لا.ط؛ لا.م: منشورات الحلبي الحقوقية، د.ت). |
| 55- عبد الحميد محمود مطلوب، الوجيز احكام الاسرة الاسلامية، (ط.1، القاهرة: مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، 1425هـ_2004م). |

| |
|---|
| 56- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذهب الاربعة، ج4، (لا.ط، لا.م، دار الارشاد للطباعة والنشر، د.ت). |
| 57- عبد الله حسين الموجان، الحضانة في الشريعة الإسلامية على طريقة السؤال والجواب (ط: 2 ؛ القاهرة: دار النصر للطباعة الإسلامية ، 1422 هـ - 2001 م). |
| 58- عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ت:علي عثمان جرادي،(ط. 1، لبنان، دار الكتب العلمية بيروت، د.ت). |
| 59- محمد الدسوقي، الأسرة في التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة بين المذهب الفقهيية ومشروع القانون القطري للأحوال الشخصية (ط: 2 ؛ الدوحة: دار الثقافة، 2002م). |
| 60- محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام(ط: 2؛ تونس: الشركة التونسية للتوزيع 1985م). |
| 70- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون(ط:1؛ الأردن: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001). |
| 71- مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام (ط: 4؛ بيروت : الدار الجامعية للطباعة، 1403 هـ-1983م). |
| 72- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج10(ط:4، سورية دمشق، دار الفكر، د.ت). |
| و-الكتب القانونية |
| 73- احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، (لا. ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2014). |
| 74- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، (لا.ط؛ عين مليلة الجزائر: دار الهدى 2008). |
| 75- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، (ط:5، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007). |
| 76- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، (ط:1؛ الجزائر، دار الخلد ونية، 1429هـ-2008). |

| |
|---|
| 77- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام قانون الاسرة، (لا. ط، الجزائر، دار الهدى للنشر والتوزيع، 2004). |
| 78- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، (ط:2، الجزائر، دار هومة، 2006). |
| 79- لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة(لا.ط؛ الجزائر: دار هومه، 2014م). |
| ز- رسائل جامعية |
| 80- إبراهيم بن حسن بن سليمان البلوشي، مسقطات الحضانة دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2001-2002 |
| 81- بن عصمان نسرين إناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، عام 2008-2009. |
| 82- حميدوزكية، مصلحة المحضونة في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، 2004-2005. |
| 83- حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014-2015. |
| 84- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014-2015. |
| 85- عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، الجامعة الإفريقية ادرار الجزائر، 2010-2011م. |

| |
|--|
| 86- عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة قسم الفقه المقارن، فلسطين، 1424هـ-2003م. |
| 87- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر-2014-2015. |
| 88- مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة رسالة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون فلسطين، 1437 هـ -2015. |
| 89- معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، 2013-2014. |
| 90- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر باتنة، عام 2008. |
| 91- يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر، 2018_2019م. |
| ح-الندوات |
| 92- ابتسام بالقاسم القرني، حقوق الحاضن على المحضون، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى. |
| 93- علاء الدين زعتري، مقاصد الشريعة ودورها في الفاظ على حقوق الطفل، مقال مقدم إلى مؤتمر كلية الشريعة، جامعة دمشق -الجمهورية العربية السورية 1429 هـ -2008م. |
| 94- محمد جميل محمد ديب مصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي، بالرابطة بالتعاون |

| |
|---|
| مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى عام 1436 هـ. |
| ط-المقالات |
| 95- أبو بكر لشهب، الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، مقال منشور في البوابة الجزائرية للمجلات العلمية، 2004/07/09. |
| 96- هلتالي أحمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مقال منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، في 2018/04/29م |
| ي- النصوص القانونية: |
| القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 / 06 / 1984 المتضمن: قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005، الجريدة الرسمية، ع24، بتاريخ 12 يونيو 1984 |
| ك-قرارات المحكمة العليا |
| 1-قرار المحكمة العليا المؤرخ في 30/09/1997 ملف رقم 171684 الصادر عن (غ.س.أ.م)،مجلة المحكمة العليا2001، عدد خاص. |
| 2-قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13/03/1989، ملف رقم 52221، الصادر عن (غ.أ.ش)مجلة القضائية ع3، 1993. |
| 3-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 02/04/1984 ملف رقم 32594، الصادر عن (غ.أ.ش) 1989 ع01. |
| 4-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 20/04/1999 ملف رقم 220470، الصادر عن (غ.أ.ش)، مجلة الاجتهاد القضائي ع خاص2001. |
| 5-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 18/02/1997، ملف رقم 135640، الصادر عن (غ.أ.ش)، المجلة القضائية ع01. |
| 6-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 23/02/1993 ملف رقم 89672، الصادر عن (غ.أ.ش)، المجلة القضائية، ع خاص. |

| |
|---|
| 7-قرار المحكمة العليا، المؤرخ 2015/01/15 ملف رقم 0842551، الصادر عن (غ.ش.أ.م)، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2015. |
| 8-قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2012/09/13، ملف رقم 63936 الصادر عن (غ.ش.أ.م)، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2013. |
| 9-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/04/20 ن ملف رقم 220470 الصادر عن (غ.أ.ش) مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001. |
| 10-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2007/11/14، ملف رقم: 408248 الصادر عن (غ.أ.ش.م)، مجلة المحكمة العليا، ع: 2، 2001. |
| 11-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2016/10/05، ملف رقم 1016157، (غ.ش.أ.م)، الصادر عن مجلة الاجتهاد القضائي المحكمة العليا، ع2، 2016. |
| 13-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2017/04/05، ملف رقم 1067582، الصادر عن (غ.ش.أ.م) مجلة الاجتهاد القضائي المحكمة العليا، ع1، 2017. |

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

| الآية | اسم السورة | رقم الآية | الصفحة |
|--|------------|-----------|--------|
| لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا | البقرة | 233 | 62 |
| فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ | آل عمران | 37 | 9 |
| وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا | النساء | 6 | 14 |
| مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ | النحل | 97 | 15 |
| إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ | طه | 40 | 23 |
| وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ | الروم | 21 | 2 |
| لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولٍ | الاحزاب | 21 | 14 |
| وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسْتَضِعْ لَهُ أُخْرَى | الطلاق | 6 | 62 |

فهرس الأحاديث

| طرف الحديث | الصفحة |
|---|----------|
| ما مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ | 13 |
| مَنْ عَالَ جَارِيَتَيْنِ حَتَّى تَبْلُغَا | 15 |
| أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي | 49-30-23 |
| الْحَالَةَ وَالِدَةٌ | 37 |
| الْحَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ | 41-39 |

| | |
|----|---|
| 51 | رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ |
| 78 | وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ |

فهرس آثار الصحابة

| الصفحة | صاحب الأثر | طرف الأثر |
|--------|---------------|--|
| 24 | سيدنا أبي بكر | ريحتها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد |
| 52 | ابن عمر | عرضت على رسول الله ﷺ في جيش |

فهرس المصطلحات

| الصفحة | الكلمة |
|--------|---------|
| 17 | الطبيعة |
| 31 | البرد |

فهرس المحتويات

| الصفحة | المحتوى |
|---|--|
| | إهداء |
| | شكر |
| 2 | مقدمة |
| الفصل الأول: الحضانة وشروط استحقاقها | |
| 9 | المبحث الأول: ماهية الحضانة |
| 10 | المطلب الأول: مفهوم الحضانة |
| 10 | الفرع الأول: تعريف الحضانة |
| 12 | الفرع الثاني: مقاصد و أهداف الحضانة |
| 17 | المطلب الثاني: طبيعة وحكم الحضانة |
| 17 | الفرع الأول : طبيعة الحضانة |
| 22 | الفرع الثاني : حكم الحضانة |
| 27 | المبحث الثاني: شروط استحقاق الحضانة وترتيب مستحقيها |
| 28 | المطلب الأول: شروط استحقاق الحضانة |
| 28 | الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة في الفقه الاسلامي. |
| 32 | الفرع الثاني: . شروط استحقاق الحضانة في القانون الجزائري |
| 37 | المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة |
| 37 | الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي |
| 41 | الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في القانون الجزائري. |
| الفصل الثاني: مسقطات الحضانة عن الأم | |
| 47 | المبحث الأول: سقوط الحضانة عن الأم لانعدام شرط من شروط |

| | |
|----------------|---|
| | الحضانة |
| 48 | المطلب الأول : سقوط الحضانة عن الأم بسبب عدم الأهلية |
| 48 | الفرع الأول: سقوط الحضانة عن الأم بسبب عدم الأهلية في الفقه الإسلامي |
| 53 | الفرع الثاني: سقوط الحضانة عن الأم بسبب عدم الأهلية في القانون الجزائري |
| 59 | المطلب الثاني: سقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بها |
| 59 | الفرع الأول: سقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بها في الفقه الإسلامي |
| 64 | الفرع الثاني: سقوط الحضانة عن الأم لأسباب تتعلق بها في القانون الجزائري |
| 69 | المبحث الثاني: سقوط الحضانة لأسباب تبعية |
| 70 | المطلب الأول: سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة أو الامتناع عنها |
| 70 | الفرع الأول: سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة أو الامتناع عنها في الفقه الإسلامي |
| 73 | الفرع الثاني: سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة أو الامتناع عنها في القانون الجزائري |
| 76 | المطلب الثاني: سقوط الحضانة لعدم المطالبة بها أو المصالحة |
| 77 | الفرع الأول: سقوط الحضانة لعدم المطالبة بها أو المصالحة في الفقه الإسلامي |
| 79 | الفرع الثاني: سقوط الحضانة لانتهاؤ مدة الحضانة أو الامتناع عنها في القانون الجزائري |
| 84 | الخاتمة |
| الفهارس | |
| 87 | 1- فهرس المصادر والمراجع |
| 96 | 2- فهرس الآيات القرآنية |
| 96 | 3- فهرس الأحاديث |
| 97 | 4- فهرس آثار الصحابة |

| | |
|-----|-------------------|
| 97 | 5- فهرس المصطلحات |
| 97 | 6- فهرس المحتويات |
| 100 | ملخص |

ملخص

موضوع المذكرة تحت عنوان: "سقوط الحضانة عن الأم الحاضنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري-دراسة مقارنة-" والإشكالية الرئيسية لهذه المذكرة تدور حول معالجة المشرع الجزائري لمسقطات الحضانة عن الأم إزاء ما أقرته أحكام الفقه الإسلامي. وقد اشتمل الموضوع على فصلين: الأول وضح ماهية الحضانة وشروط استحقاقها، والفصل الثاني عالج مسقطات الحضانة عن الأم. ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها في بحثنا هذا، موافقة المشرع الجزائري لفقهاء الشريعة الإسلامية في أسباب سقوط حضانة الأم واختلافهم في بعض التفاصيل، التي راع مصلحة المحضون فيها، وترك للقاضي السلطة التقديرية في ذلك. وأوصى الموضوع على توفير آليات في الجانب النفسي والاجتماعي والديني، لمساعدة القضاة في اجتهادهم والحث على المزيد من الدراسات حول المستجدات في الاجتهادات الفقهية، بالنسبة لحالات سقوط الحضانة، لما له من تأثير على مصلحة الأم الحاضنة. الكلمات المفتاحية: الحضانة؛ الأم؛ سقوط الحضانة؛ الفقه الإسلامي؛ القانون الجزائري.

Abstract

The aim of this dissertation, titled "Maternal Loss of Child Custody in Islamic Sharia and Algerian Law: A Comparative Study," is to examine and discuss how Algerian legislators have dealt with the maternal loss of child custody in light of Islamic Sharia. The nature of the subject necessitates the division of the subject into two chapters: the first explains the nature of child custody and its requirements; and the second deals with the causative factors of the maternal loss of child custody. One of the most significant findings of this research is that the Algerian legislator agreed with Islamic Sharia on the causes of the maternal loss of child custody with some disagreements about some details, taking into account the interests of the child, and leaving the judge with the right of discretion regarding that. Due to the importance of the subject of maternal custody, the research recommends the provision of psychological, social, and religious frameworks that facilitate and encourage judges' research engagement on the latest studies and findings of Sharia scholars.

Keywords: Algerian Law, Child Custody, Maternal Custody Loss, Mother, Sharia Law.