الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الجـامعة الإفريقيـة – أدرار-
كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية
قسم الشريعة

مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية
تخصص : شريـعة وقـانون بعنـوان

حضـــانة الطـــفل

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إعداد الطالب:
عادل شباب

إشراف الأستاذ الدكتور:
مبروك المصري

لجنة المناقشة:

اللقب والإسم	الرتبة	الصفة
طوابة نور الدين	أستاذ التعليم العالي	رئيسًا
المصري مبروك	أستاذ التعليم العالي	مشرفاً ومقررًا
بن زيطة احميدة	أستاذ محاضر "أ"	مناقشًا
حمليل صالح	أستاذ محاضر "أ"	مناقشًا
داودي عبد القادر	أستاذ محاضر "أ"	مناقشًا

نوقشت يوم الأربعاء: 28 ذو الحجة 1432 الموافق لـ 2011/11/23

الموسم الجامعي
1431- 1432 هـ/2010 - 2011م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الجـامعة الإفريقيـة – أدرار-
كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية
قسم الشريعة

مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية
تخصص : شريـعة وقـانون بعنـوان

حضـــانة الطــفل

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إعداد الطالب:
عادل شباب

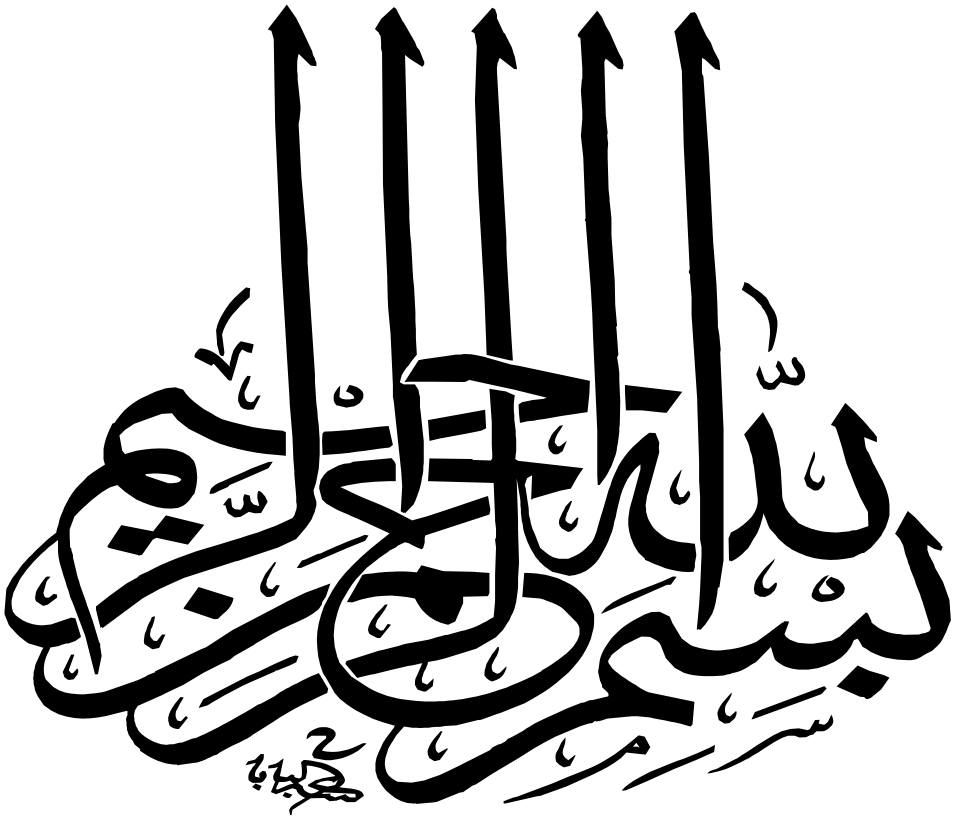
إشراف الأستاذ الدكتور:
مبروك المصري

لجنة المناقشة:

اللقب والإسم	الرتبة	الصفة
طوابة نور الدين	أستاذ التعليم العالي	رئيسًا
المصري مبروك	أستاذ التعليم العالي	مشرفاً ومقررًا
بن زيطة احميدة	أستاذ محاضر "أ"	مناقشًا
حمليل صالح	أستاذ محاضر "أ"	مناقشًا
داودي عبد القادر	أستاذ محاضر "أ"	مناقشًا

نوقشت يوم الأربعاء: 28 ذو الحجة 1432 الموافق لـ 2011/11/23

الموسم الجامعي
1431- 1432 هـ/2010- 2011م



قال الله تعالى:

﴿إِنَّهُمْ فِتْيَةٌ آمَنُوا بِرَبِّهِمْ وَزِدْنَاهُمْ هُدًى﴾ الكهف: 13.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

﴿كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه﴾

رواه البخاري.

إهـــــــــداء

إلى الأطفال المحرومين من العطف والحنان...

إلى الذين ذهبوا ضحيةً لمصالح الآخرين...

إلى أطفال الجزائر

إلى أطفال غزة

...أهدي هذا العمل

أدعوا الله تعالى أن يجعلهم فتية آمنوا بربهم وزادهم هدى.

فيحققوا غاية وجودهم في الحياة بتوحيد الله وعبادته.

شكر خاص

أَغْدَقَ القَلَمُ حِبْرَهُ عَلَى وَرَقَةٍ غَمَرَ النُورُ بَيَاضَهَا لَمَّا عَلِمَ أَنَّهُ سَيَنَالُ شَرَفَ خَطِ كَلِمَاتِ الشُكْرِ وَالامْتِنَانِ لِمَنْ عَلَّمَنِي الحِلْمَ قَبْلَ العِلْمِ فَكَانَ شَرِيفًا كَرِيمًا قَبْلَ أَنْ يَكُونَ مُشْرِفًا وَكَانَ مُؤَدَّباً قَبْلَ أَنْ يَكُونَ مُعَاتِبًا..

إِلَى أُستَاذِي وَمَن كَانَ بِمَقَامِ وَالِدَي البرُوفِسُور **"مَبرُوك المِصْرِي"** أَبُثُ أَسْمَى مَعَانِي الشُكْرِ وَالتَّقْدِيرِ وَالحُبِ وَالتَّبْجِيلِ سَائِلاً العَلِيَّ القَدِيرَ أَنْ يَجْزِيَهُ عَنِي خَيْرَ الجَزَاءَ، وَأَن يَرْفَعَهُ بِتَواضُعِهِ لَهُ إِلَى مَصَافِّ الصِدِّيقِينَ وَالشُهَدَاءِ وَأَن يَرْزُقَهُ دَوامَ الصِّحَةِ وَالعَافِيَةِ وَيَحْفَظَهُ مِنَ البَلاَءِ وَيُثَبِّتَهُ عَلَى "إِنَّمَا يَخْشَى اللهَ مِنْ عِبَادِهِ العُلَمَاءُ".

شكـر وتقديـر

يحق عليَّ أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير لأبي وأمي الذين اقترن رضاهما برضا الله تعالى، فقد أفنوا من عمرهم معظمه في تربيتنا نحن أولادهم وبذلوا الجهود الكبيرة لأصل وإخوتي إلى أعلى ما يمكن أن نصل إليه، فندعو دائماً: ربي ارحمهما كما ربياني صغيراً.

وأتقدم بخالص الشكر إلى الأساتذة المناقشين كل باسمه.

والشكر موصول إلى سائر أساتذة وموظفين من إداريين وعمال وطلبة جامعة العقيد أحمد دراية، بولاية أدرار المضيافة.

وإلى كل من ساهم وساعد في إعداد هذا البحث من قريب أو بعيد الأستاذ محمد مبروك والأستاذ طاهري بالخير والأستاذة كريمة غيتري، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

والحمد لله حمداً يوافي نِعَمَهُ ويكافئ مزيده ويدافع نقمه.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

عــادل شباب

مقدمـــة

أولا: التعريف بالموضوع:

إن العلاقات الإنسانية منذ القدم تفرض على البشر علاقات اجتماعية لم يتركها المولى تبارك وتعالى لتنظيم الإنسان وإنما تولاها بنفسه، فنظمها بأحكامه وتشريعاته التي أنزلها

للبشر عن طريق الرسل عليهم أفضل الصلوات وأزكى التسليمات، وأهم هذه العلاقات العلاقة الأسرية والتي تعتبر اللبنة الأولى لتكوين المجتمع المؤسس والمبني على قواعد سليمة ومتينة.

ومن هنا فإن العناية بتقوية الأسرة تعد من أهم ما ينبغي على واضعي القانون والسياسات رعايتها وحسن تنظيمها وأخذ الطريق إليها، بوضع نصوص قانونية منسجمة تضمن بقاءها ونموها، وتقديس أصلها المتمثل في الزواج الذي يكتسي أهمية اجتماعية بالغة الأثر، باعتباره يقي المجتمع من الظواهر والآفات الخطيرة، ويهدف إلى صيانة المجتمع والفرد من الوقوع في الرذائل والمنكرات إذ يقول الله تعالى: ﴿ **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ**﴾] النحل[72 :

ولا شك أن رعاية الأولاد تأخذ العناية الفائقة في هذا الإطار، باعتبارهم الجزءَ الأضعف والأحوج إلى الرعاية، إن لم تكن أقوى وأشد، وليس هناك تشريعٌ من التشريعات التي تعرف قيمة الحياة، إلا وكان للطفل فيه المكان الأول مما يتطلب العناية والاهتمام.

ومن ثم، إذا كان الميثاق الغليظ في واقعهِ إلا ظاهرةٌ من ظواهر التنظيم الأسري، وكان الإنسان محتاجا في بقائه إلى أبنائه وأحفاده، فإنه مع ذلك ينبغي ألا تكون هناك زوجية قائمة على أساس القهر والإجبار.

فالزواج عقد وهو تعايش، وهذا التعايش لا يمكن أن يتم بغير المودة وحسن المعاشرة ومن ثم إذا تباينت طبائع الزوجين واختلفت فلا يتم الترابط والانسجام بينهما، ومن هنا فلا مصلحة للمجتمع في الإبقاء على مثل هذه العلاقة المضطربة؛ ولهذا شرع الطلاق ليحسم ذلك الداء، إذ هو علاج ووقاية وليس عقوبة.

فكثيرا ما تعاني الطفولة اليوم مشكلا عميقا وخطيرا في تربيتها وتنشأتها ورعايتها وقد أخذ بعداً عالمياً، إلا أنه يتفاوت بين أمة وأخرى ؛ ولهذا يتنادى العقلاء من جميع الأصقاع لحله والحد منه.

وإن الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات الوضعية قد أحاطت الطفولة بسياج قوي من التشريعات التي تحفظها، وفي مقدمتها أحكام الحضانة، وجعلها حقا مقررا للطفل ثم للأم الحاضنة المستقيمة في حال الفراق عن زوجها ما لم تتزوج بآخر مع استثناءات محددة.

كما رُتِّبَ الحاضنون بعد الأم على القرابة والشفقة والحُنُوِ وحسن الرعاية والنصح للولد الصغير.

فقد حدد الفقهاء شروطا يجب توافرها في الحاضن -على غرار أصحاب القانون -حفظاً لمصلحة الولد كما حددت مدة للحضانة والمرحلة التي يجوز فيها للصبي إذا بلغ سن التمييز أن يختار من والديه من هو أنفع له وغير ذلك من الأحكام التي تضمنتها طيات هذا البحث.

وهكذا، يدخل ضمن المصالح الاجتماعية حماية الطفل، وتقرير أحكام متماشية ومصلحته، لأن ذلك يكفل له التربية الحميدة، ولا مصلحة للجميع في إقرار حضانة لا تتوفر على تلك الحماية.

فمن أخطر الصعاب التي تواجه البشرية اليوم مشكلة الطفولة: تربيةً، وتنشئةً، ورعايةً وصيانةً.

ففي الغرب حرية فردية مطلقة إلى أوسع الحدود، تقوم الدولة فيها مقام الأسرة في كثير من الأحيان، فهي التي ترعى الطفولة في المحاضن، وتهيئ للناشئة التعليم في المدارس، وتوفر لهم بعد التعليم مواقع العمل والشغل، وإن لم تجد لهم أمكنة للعمل فإنها تمنحهم مرتبا من صندوق الضمان الاجتماعي ..وإن نظام تربيتها للأجيال يجعل الولاء للدولة الراغبة وليس للأسرة البانية.

ومع وجود التطور العلمي والترفيهي؛ أصبح الأطفال في انحراف متزايد وهروب مستمر من الآباء والأمهات، الذين فقدوا السيطرة عليهم، والقوانين تحميهم وتضمن لهم حرية التمرد والهروب، فظهر جيل متمرد، بل على الأصح متشرد، لا يرعاه أبٌ، ولا تحنو عليه أم، ولا تحوطة أسرة ، وأصبحت الطفولة الغربية وسط إعصار عاتٍ لأهب.

وأما العالم الإسلامي خاصة الدول العربية منه، فقد ظهرت مشكلة الطفولة نتيجة عوامل عديدة، أساسها ما تقدم، وتظهر من خلال تفكك الأسرة، وكثرة الطلاق الذي بدأ يتزايد منذ عقود [1]وعوامل الفقر والجهل وغيرها...وتتعدد الأسباب وتتفاوت من أمة إلى أخرى ، ولكن وضع الطفولة صعب وقاسٍ وبالتالي فإن الأجيال القادمة تواجه خطرا كبيراً.

وقد حظيت الطفولة في الشريعة الإسلامية بعناية بالغة لا مزيد عليها، حرصا على سلامة الطفل سلامة تامة في نفسه وفكره وبدنه.

ثانيا :أهمية الموضوع:

ذكرنا أن الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع، وأن لا وجود لهذا الأخير إلا بوجود الأسرة، كما أن الأسرة هي مجموعة أفراد كباراً وصغاراً.

ومن خلال هذا جاء التفكير في الكتابة في موضوع الحضانة، لأنه إذا قمنا برعاية الأطفال أحسن رعاية وقامت الأسرة بتربية الأبناء على أكمل وجه وعلى أتم خلق، تكون بذلك حازت الشرف في الدنيا والآخرة.

ففئة الأطفال المحضونين تمثل قسما هاما في التركيب الاجتماعي وخصوصا الإسلامي الذي يشجع نظامه على النسل والتكاثر وهذا قصد مباهاة الأمم يوم القيامة كما جاء في الحديث النبوي.

وهكذا تبقى دراسة موضوع الحضانة كأثر من آثار الطلاق، ذات فائدة كبيرة، لأن موضوعها يظل حيا باعثا على إعمال الفكر فيما يواجه تطبيقه من مظاهر واقعية متنوعة متباينة تطرح مسائل مسجلة من القاضي قراراً ومن الباحث رأياً، خصوصا وأن الاجتهادات الفقهية والقضائية مستمرة مع وجود الإنسان، إذ باب الاجتهاد ليس مقفولاً، خصوصا وأن جُلَّ أحكام الحضانة اجتهادية، من ذلك أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم حسب الأولوية ومثل ذلك شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها، والسن الذي تنتهي فيه إلى غير ذلك من الأحكام التفصيلية.

ثالثا :أسباب الاختيار:

- إن الأسرة مجتمع مصغر، وما المجتمعات إلا أسر متلاحمة بعضُها ببعض وأن نواة الأسرة الأفراد فلا بد من الاعتناء بالفرد وخصوصا إذا كان طفلاً صغيراً من خلال التربية والرعاية والتعهد ولا يتم هذا إلا من خلال الحضانة.
- ارتفاع نسبة الطلاق، مما ينتج عنه عدد لا بأس به من الأطفال تحت رحمة الانفصال الأبوي.
- الظلم الواقع على الأطفال نتيجة إهمال الأبوين لهم بعد الطلاق.

رابعا : إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية الموضوع في البحث عن الطرق والوسائل الشرعية والقانونية لحماية الأطفال في مرحلة الطفولة، وخاصة بعد الطلاق الحاصل بين الأبوين، من خلال استقراء رأي الفقه الإسلامي وكذا التطبيقات التشريعية القانونية والقضائية.

كما تتناول الإشكالية كيف يتم الحفاظ على مصالح الأطفال بعد الطلاق مباشرة وخصوصا إذا وقع من غير تراضٍ بين الأبوين.

ويتفرع عن تلك الإشكالية عدة تساؤلات منها:

- ❖ هل تعد الحضانة السياج الأمثل لحماية الأطفال من التعسف والتعدي على حقوقهم في مرحلة الطفولة؟
- ❖ وهل تمت حماية الأطفال والمحافظة على مصالحهم من خلال تلك التشريعات الفقهية والأحكام القضائية التي وضعت؟
- ❖ وهل مصلحة المحضون مقدمة على جميع المصالح، بما في ذلك مصلحة الأم الحاضنة؟
- ❖ وهل الحضانة حق للحاضن أم حق للمحضون؟
- ❖ وهل تمت مراعاة مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين؟

خامسا :إطار البحث:

البحث يعالج موضوع الحضانة، الذي هو فرع من فروع أحكام الأسرة التي تعالج مواضيع متعلقة بشخص الإنسان وأحواله، وبالتالي هو جزء من قانون الأسرة ، فالإطار العام للبحث محددٌ سلفاً وهو بعد صدور قانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو/حزيران عام1984 م والمتضمن قانون الأسرة المعدَّل والمُتَمَّمْ:

- ❖ بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم عام1426 هـ الموافق لـ27 شباط /فبراير، عام2005 م ج .ر 15 مؤرخة في 27 شباط / فبراير2005 م.
- ❖ والموافق بقانون رقم 09-05 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام1426 هـ الموافق لـ 04 مايو /أيار 2005ج .ر 43 مؤرخة في 22 يونيو /حزيران 2005م.

سادسا: منهج البحث:

لقد اعتمدت في البحث المنهج المقارن لأن العنوان يفرض ذلك وكذلك التخصص وقد ظهر المنهج المتبع من خلال:

- ❖ أعرض المذاهب الفقهية ، وغالبا ما أتبع كل مذهب بنصوص تؤكده.

- ❖ أذكر أدلة كل مذهب من مصادره ، وإن كانت أدلة في غير كتبهم أوردها كذلك ثم أذكر مرجعي في هذا الاستدلال.
- ❖ مناقشة الأدلة بما ورد عليها من اعتراضات مشيرا إلى مرجعي في ذلك.
- ❖ وبعد أن أنتهي من المناقشة أذكر القول الذي استظهر رجحانه بعنوان مستقل باسم : الترجيح.
- ❖ أذكر موقف المشرع الجزائري قبل التعديل، وموقفه بعد التعديل وأقارنه مع الترجيح الذي ظهر.
- ❖ قمت بتخريج الأحاديث الواردة ، كأدلة في الموضوع في كتب الحديث، وإن لم أجد الحديث، اعتمدت على الكتاب الذي أورده مشيرا إلى المرجع وهذا نادر.
- ❖ أشرت إلى مواضع الآيات الكريمة بأرقامها في السور التي وردت فيها .

سابعا: أهداف البحث:

تهدف الدراسة إلى إبراز مكانة الطفل في بناء المجتمعات من خلال اعتناء كل من الفقه الإسلامي ثم قانون الأسرة الجزائري، على أن تحترم تلك المكانة ولا بد من صونها لأن نواة المجتمع الفرد ولا صلاح للمجتمعات إلا بصلاح أفرادها، فإذا اعتني بالأطفال وخاصة في المراحل الأولى من حياتهم تستقر الأمم باستقرار مجتمعاتها، وذلك من خلال صيغ القوانين والتشريعات التي تكفل ذاك الاحترام، وكذا التطبيقات القانونية إذ يكون الهدف منها تحقيق مصالح الأطفال ودرء عنهم المفاسد فإذا تحققت تلك المصلحة ستنهض الأمة لا محال .

ثامنا: الصعوبات المعترضة:

من بين الصعوبات التي اعترضت البحث هي قلة الدراسات المقارنة في جوهر الموضوع، رغم أنه قديم وليس جديد على الكتابات إلا أنه يكتب ضمن الأحوال الشخصية بصفة عامة ويشار إليه من بعيد، هذا رغم وجود بعض الكتابات على شكل رسائل أكاديمية إلا أنها إما تكون كتابات فقهية خالية من الدراسة القانونية أو تكون كتابات قانونية تحتاج إلى الدقة في الآراء الفقهية لأنها قد تكون من غير مصدرها الأصلي وبالتالي تحتاج إلى تمحيص وتحقيق.

تاسعا: الدراسات السابقة:

- ❖ حقوق الطفل في الشريعة والقانون؛ رسالة دكتوراه **أبو بكر لشهب**: المعهد الوطني العالي لأصول الدين-جامعة الجزائر-1419هـ/1998م. تناول الباحث موضوع حقوق الطفل بشكل واسع.

- مصلحة المحضون؛ رسالة دكتوراه ، **تشوار حميدو زكية**: -كلية الحقوق -جامعة تلمسان- دار الكتب العلمية –بيروت ، لبنان 2005 حيث تناولت الباحثة جوهر المسألة وركزت عليها مع المقارنة بالقوانين المغربية والتونسية ورأي الفقه الإسلامي باقتضاب.

- حماية الطفل؛ رسالة دكتوراه : **ليلى جمعي**:– جامعة وهران- 2006. تناولت الباحثة موضوع الحضانة وغيره لأن الحضانة جزء من الحماية.

- الحضانة في الفقه الإسلامي؛ محمد بن هلال المعولي، ط1، مكتبة مسقط، 1418هـ/1998م. كتاب ركز فيه الكاتب على الفقه الإباضي بحكم مذهبه إلا أنه يفتقر إلى الدراسة القانونية.

- أبحاث مالكية مغربية؛ فاروق حمادة، ط1، دار القلم دمشق 1430هـ/2009م.من ضمن فصول الكتاب موضوع الحضانة مقارن بالمدونة المغربية للأسرة .

هذه أهم المصادر التي اعتمدت عليها وقد تناولت الموضوع بشيئ من التفصيل والدقة إلى أن على بعضها مآخذ كما بينا، فالموضوع قديم من حيث البحث لكن في سياقه العام .

عاشرا : مختصرات البحث:

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.
ق .م .ع : قرار المحكمة العليا.
د .م.ج :ديوان المطبوعات الجامعية.
ج .ر : الجريدة الرسمية.
أ .ش : أحوال شخصية.
م .ر : ملف رقم.
ت : تاريخ الوفاة.
ه : هجرية.
م : ميلادية.
ص : صفحة.
ج : جزء

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

تعد الحضانة من أبرز الآثار المترتبة عن انحلال عقد الزواج، لا سيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق، ومؤداها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام والرعاية به وبشؤونه، ومن هنا عُدَّت الحضانة أجل مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية بالطفل.[1]

وسنتناول في هذا المبحث الآتي: تعريف الحضانة وحكمها ثم أهمية الحضانة بالنسبة للطفل وأخيرا مدة الحضانة أو السن التي تنتهي فيها الحضانة.

---

(1) **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**: عبد القادر بن حرز الله، ط1، دار الخلدونية، 1428هـ/2007م، ص365.

المطلب الأول : تعريف الحضانة

أولاً دلالتها اللغوية: مستمدة من الحضن، وهو المعروف مادون الإبط إلى الكشح، وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان؛ ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيئ وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها. وحضن الصبي يحضنه حضنا وحضانة: جعله في حضنه وحضنا المفازة :شقاها، والفلاة ناحيتها. وحضن الطائر بيضه ، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه ، وحَضَنَا الشيئ جانباه ، ونواحي كل شيئ أحضانه، وحُضْنُ الجبل: ما أطاف به ، وقيل أصله في معاني أخرى قريبة من ذلك، مثل حضنته عن حاجته أحضنه: إذا أحبسه.(2)

ثانيا: المصطلح الشرعي ، فقد وجدت عدة تعاريف، ورغم ما يميز بعضها عن بعض في جوانب محددة نجد أن جُلها يَصُبُ في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا وأخلاقيا.

قال الإمام الماوردي: هي تربيته، ومراعاة مصلحته في وقت يعجز ولا يميز بين ضرها ونفعها.(1)

وقال الإمام النووي: هي القيام بحفظ الولد من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه.(2)

أو بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها.(3)

أو هي تربية الطفل –وكل ما لا يستقل بفعل ما يصلحه- ورعايته والقيام بجميع شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه والاهتمام بنظافته ممن له حق تربيته شرعا.(4)

وهي عند المالكية: حفظ الولد في مبيته ومؤنته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه.(5)

وقال المرداوي: حفظه عما يضره، وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه، ودهنه وتكحيله، وربطه في المهد وتحريكه لينام ، ونحو ذلك.(6)

---

(2) **لسان العرب** : للعلامة ابن منظور، مادة –حضن- المجلد الثاني، ص 491.دار الحديث القاهرة 1423هـ/2003م.

(1) **الحاوي الكبير:** في فقه الإمام الشافعي للإمام الماوردي، 498/11، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ببيروت بدون سنة طبع.

(2) **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، للإمام يحي بن شرف النووي ، 98/9، الطبعة الثالثة ، المكتب الإسلامي ببيروت.

(3) **فقه السنة**: للسيد سابق، 351/2، ط21، دار الفتح للإعلام العربي، المكتبة العصرية، بيروت 1418هـ/1998م

(4) **البحر الرائق:** شرح كنز الدقائق ابن نجيم (زين الدين بن ابراهيم)، 199/4 دار المعرفة .بيروت.

(5) **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**: للدكتور عبد القادر داودي ، دار البصائر للنشر والتوزيع –الجزائر -2010، ص204.

ومن التعاريف السابقة صار واضحا أن الحديث يدور عن الصغير الذي لم يبلغ بعد، أي دون سن الرشد، لأن البالغ الرشيد لا حضانة عليه، ويلحق بالصغير المجنون ولو كان كبيرا، والمعتوه.

كما أن جميعها تخلص إلى أن الحضانة هي تربية الصغير الذي توافرت فيه شروط معينة من قبل شخص توافرت فيه كذلك شروط معينة، ومن خلال التعاريف نلحظ العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، أن الحضانة في اللغة تستعمل في معنيين: أحدهما جعل الشيئ في ناحية يقال: حضن الرجل الشيئ أي اعتزله فجعله في ناحية منه والثاني: الضم إلى الجنب يقال حضنته واحتضنته إذا ضممته إلى جنبك، والحضن الجنب فحضانة الأم ولدها هي ضمه إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه.[1]

وخلافا لما ألفه المشرع الجزائري ففي المادة 62 من قانون الأسرة، يعرف الحضانة ولم يتركها للاجتهاد فقال:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".[2]

فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا من الصغير ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة الذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في مادته 65 أجاز للقاضي أن يمدد سن انتهاء الحضانة من 10 إلى 16 سنة بالنسبة للذكر، والأنثى ببلوغها سن الزواج المحدد قانونا بـ 19 سنة طبقا للمادة 07 من نفس القانون، والمعقول أن الولد في سن 16 سنة والبنت في سن 19 سنة يكونان بالغين من الناحية الشرعية. [3]

---

(6) **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف:** على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للمرداوي ، 416/9 ، دارإحياءالتراث العربي ، ببيروت .1377هـ/1957م .

(1) المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي، 40/4 ، دار المعرفة-بيروت-.

(2) : (Du droit de garde(hadana)

Art 62 :le droit de garde(hadana)consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale. Le titulaire de ce driotdiotetre apte à en assurer la chargr. Code de la famille n° 05-02 du 27 fèvrèier 2005.

وعرفت المادة 121 من القانون الموريتاني الحضانة " بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه ولا يترتب عليها ولاية. ونفس التعريف تقريبا نجده في القانون المغربي من خلال المادة 163 بقولها " الحضانة حفظ الولد ما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه.أنظر:**شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** للدكتور بن شويخ الرشيد-دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية- ، دار الخلدونية، ط1، 1429هـ/2008م ،هامش ص 255.

(3) **آثار فك الرابطة الزوجية** باديس ديابي ، دار الهدى 2008 ، ص50

فالمشرع أخذ في تعريفه بأسباب وأهداف الحضانة لكنه خالف تعريف الفقهاء في اعتبار المحضون يتجاوز الصغر وعدم الاحتلام إلى البلوغ الشرعي المرادف لسن التمييز فإنه يتضح جليا أن الحضانة تتمثل أساسا في:

أ- تعليم الولد:

ويقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل، ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا إلى غاية استنفاذ طاقته واستطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفائته.

ب- تربيته على دين أبيه:

لقد ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بزواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة[1] في المادة 30 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت دون تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، وأن العكس جائز شرعا وقانونا[3].

وما يثبت ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة 62 بقوله أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه..."أي أن الأم وهي حاضنة قد تكون كتابية (يهودية أو نصرانية) ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي باعتباره دين الأب في تنشئة الطفل.[4]

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته: انه من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه.[1]

فاتحاد الدين بين الحاضنة والطفل مرهون بمدى إلحاق الضرر بدين الطفل، فإذا كان مسلم متزوجًا مسيحيةً وله بنت منها وافترقا، فإن الخلاف الذي بينها وبين بنتها في الدين لا يمنع حقها في الحضانة إذ تكون البنت مسلمة تبعا لأبيها، لأن سبب ذلك الحق هو وفور

---

(2) هو دلالة الكلام على نفي الحكم الثابت للمذكور عن المسكوت لانتفاء قيد من قيود المنطوق، ويسمى دليل الخطاب، لأن دليله من جنس الخطاب أو لأن الخطاب دل عليه. **أصول الفقه الإسلامي** للدكتور وهبة الزحيلي، 362/1، دار الفكر، ط2 1998.

(3) والمقصود بغير المسلمة أي الكتابية اليهودية أو النصرانية الحرة غير الأمة قال مالك: لا يحل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية قال الإمام الزرقاني: وهذا استدلال في غاية الجودة والظهور، وكذا يحرم نساء سائر الكفار الحرائر غير اليهود والنصارى كعبدة شمس وقمر وصور ونجوم ومعطلة وزنادقة وباطنية، وفرق بين الكتابية وغيرها بأن غيرها اجتمع فيها نقص الكفر في الحال وفساد الدين في الأصل، والكتابية فيها نقص واحد وهو كفرها في الحال. أنظر **شرح الزرقاني على موطأ الإمام ماك بن أنس** المسمى: **أنوار كواكب أنهج المسالك بشرح موطأ مالك** لأحمد بن علوان الزرقاني المالكي، باب النهي عن نكاح إماء أهل الكتاب، 288/3 ، ط1، مكتبة الثقافة الدينية –القاهرة- 1424هـ /2003م.

(4) آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص51.

(1) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 52221 بتاريخ 1989 المجلة القضائية، العدد الأول 1993،ص 48.

الشفقة، ولا يؤثر فيه اختلاف الدين، ويستمر حق الحاضنة ثابتا لها مع اختلاف الدين إلا أن يضر ذلك بدين الطفل فينزع منها ويتم النزع في حالتين[2]:

إحداهما: إذا كان الطفل في سن التمييز، فيعقل الأديان ويفهمها، ويخشى من تأثره بدينها إذا رآها تقوم بصلواتها وطقوسها الدينية.

ثانيهما:إذا لم يبلغ الطفل سن التمييز، ولكن ثبت أنها تحاول تلقينه دينها، وتعوِيدِهِ عاداتها وتنشئته عليها، فإنه في هذه الحال ينزع من يدها إذ تصبح غيرُ أمينةٍ على دينهِ، إذ الأمانة شرط في الحضانة كما سيأتي.

جـ السهر على حمايته:

تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب والاستغلال برمته أو عنف لفظي كترهيبه أو تخويفه أو سبه بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا وعقليا.

كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها اتجاه الغير[3].

د-حمايته خلقيا:

الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا سويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء.

هـ حمايته صحيا:

التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤوليات الملقاة على عاتق الحاضن، ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا والاعتناء به، ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها وعرضه على الطبيب كل ما استدعت الحاجة إلى ذلك.[1]

وتكريسا لهذا المبدأ أولى القضاء الجزائري الأهمية البالغة والضرورية لكفاءة الحاضن وتحمله المسؤولية الكاملة وكذا الشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه لا سيما الاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل، فقد جاء في قرار المحكمة العليا: متى كان من المقرر شرعا أن سقوط

---

(2) الأحوال الشخصية: للإمام محمد أبو زهرة ط3–دار الفكر العربي 1377هـ/1957م، ص 408.
(3) أثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص52 .
(1) المرجع السابق ، ص 53.

الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

والحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرار باتخاذ وسائل غير شرعية لترغيم زوجها على طلاقها.

وجاء في تأسيس القرار أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها يسقط حق أمها في الحضانة كذلك ، لأن الأم لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبحجماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة، وعليه، فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا.

المطلب الثاني :حكم الحضانة

اتفق الفقهاء على وجوب الحضانة، وعللوا ذلك بأن المحضون قد يهلك، أو يتضرر بترك الحفظ، فيجب حفظه عن الهلاك، قال ابن المفلح :(وهي واجبة لأنه يهلك بتركه، فوجب حفظه عن الهلاك كما يجب الانفاق عليه وإنجاؤه من المهالك)، وهذا الوجوب عيني إذا لم يوجد إلا الحاضن أو وجد غيره لكن لم يقبل الصبي غيره فتجبر على رضاعته ، وكفائي عند تعدد الحاضن.[1]فهي عندئذ وسيلة لتحقق مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو صون النفس –وحفظ النوع- عن كل ما يشينها، فرعاية مصالح الصغير واجبة وهذه الرعاية إنما تتحقق بالحضانة وتتم عن طريقها، و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب فهي فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الباقين[2]

ومستندها الكتاب والسنة وإجماع علماء الأمة.

<u>فأما الكتاب</u>:

فغير ما آية كما يقول ابن رشد، ومنها قوله تعالى في حق الأبوين:﴿**وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا**﴾[3]وقوله تعالى:﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**﴾[4]وقوله تعالى مخبرا عن أخت موسى أنها قالت لآسية امرأة

---

(1) **المقدمات والممهدات** لمسائل المدونة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الجد ، 564/1، ط1، دارالغرب الإسلامي –بيروت- 1408هـ.

(2) **الحضانة في الفقه الإسلامي**، محمد بن هلال المعولي، ط1، مكتبة مسقط، 1418هـ/1998م ، ص 15.

(3) سورة الإسراء الآية24 .

(4) سورة البقرة الآية. 233 .

فرعون: ﴿**وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِن قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَفَرَدَدْنَاهُ إِلَى أُمِّهِ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَلِتَعْلَمَ أَنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ وَلَكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ**﴾ (5)

أما السنة النبوية:

ففي أحاديث منها: حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، وحديث قضائه صلى الله عليه وسلم في ابنة حمزة...وغيرهما(1)

وأما الإجماع:

يقول ابن رشد الجد: " لاخلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال لحاجتهم إلى ذلك؛ لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته.(2)

وهذا الوجوب- كما أشرنا سابقا- يسقط بوجود مانع من الموانع أو زوال شرط من شروط استحقاقها وقد تسقط بسبب إسقاط المستحق لها، كما لو أسقط الحاضن حقه ثم عاد وطلبه فله ذلك؛ لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة(3).وإذا امتنعت الحاضنة لمانع ثم زال المانع عاد حق الحضانة لها للقاعدة الفقهية { إذا زال المانع عاد الممنوع }

وقد فرق المالكية بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري لأنها إذا سقطت لعذر اضطراري لا يقدر معه الحاضن على القيام بحال المحضون، كمرض الحاضن أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة، أو سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفاء الحاضنة من المرض، أو عودة الولي من السفر، أو عودتها من أداء فريضة الحج، عادت الحضانة للحاضن، لأن المانع كان هو العذر الاضطراري وقد زال ، وإذا زال المانع عاد الممنوع للقاعدة السابقة.

وإذا زالت الحضانة لمانع اختياري كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي من المحضون ثم طلقت، أو أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بإرادتها دون عذر، ثم أرادت العود للحضانة، فإنها لا تعود الحضانة بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق للحاضن، وهو المشهور في المذهب، وقيل تعود بناء على أن الحضانة حق للمحضون.

---

(5)سورة القصص الآيات. 12-13.

(1) **أبحاث مالكية مغربية** ، للدكتور فاروق حمادة ، ط1، دار القلم- دمشق- 1430هـ/2009م، ص228.

(2) **المقدمات والممهدات**، المرجع السابق، 1/ 564،565.

(3) **الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار**، نور الدين أبو لحية –دار الكتاب الحديث-1430هـ/2009م ، ص100.

لكنهم قالوا: إذا كانت الحضانة لا تعود للمطلقة إلا أنه من حق من انتقلت له الحضانة رد المحضون لمن انتقلت عنه الحضانة، فإن كان الرد للأم فلا مقال للأب، لأنه نقل إلى من هو أفضل، وإن كان الرد لأختها مثلا فللأب المنع من ذلك، فمعنى أن الحضانة لا تعود، أي لا تجبر من انتقلت لها الحضانة على رد المحضون، ولها الرد باختيارها.[1]

والأصل أن تكون حضانة الطفل حقا للطفل وواجباً على والديه معا، وهذا عند قيام الزوجية بينهما، وهو أمر متروك للطبع والفطرة فإذا خيف على مصلحة الطفل بسبب وجود النزاع بين الزوجين تعين الفصل القضائي بالرجوع إلى أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم وتحقيق مبدأ المصلحة للطفل ورفع الضرر عنه وعن والديه ما أمكن، ولهذا الاعتبار فصل الفقهاء مسألة الحضانة في حال افتراق الزوجين بطلاق أم الطفل أو وفاة أبيه لأن في حال التفاهم لا تتطلب تدخلا قضائيا لتكفل جبلة الشفقة والحنان والمودة في الأبوين بذلك.[2]

ورداً على الخلاف المحكي بين فقهاء الحنفية من أن الحضانة حق للصغير فقط أو أنها حق للحاضنة فقط لا يتفق مع حقيقة الحضانة التي لا توجد إلا بحاضن ومحضون لأن الحق ثابت لكل منهما وإن كان حقه أقوى، لأنه محض حق لا يسقط بحال، أما في جانبها فهو حق يقبل الاسقاط والتنازل على النحو المبين أعلاه.[3]

المطلب الثالث : أهمية الحضانة بالنسبة للطفل

لقد أوجب ديننا الحنيف الحضانة للأطفال على أسس ومبادئ سليمة، وذلك لما للتربية السليمة من دور بارز في إنشاء مجتمع قوي الكيان مترابط الأركان يعرف ما له وما عليه، يعمر الأرض بمنهج الله حيث أن حفظ الصغار عن الهلاك يحقق حفظ المجتمع، فهم جزء لا يتجزأ منه وحفظهم عن الهلاك هنا يراد به جميع أنواعه وهو واضح في تعريف الحضانة نفسه، كما أن حفظ النوع البشري واجب شرعا كما قرره علماء المقاصد، في حين لو نظرنا إلى الجهة المعاكسة وهي القول بعدم وجوب الحضانة لهلك الطفل بدنيا وفكريا وتشتت وتذبذب بين هذا وذاك، فلربما مات ولربما بلغ أشده وهو عضو فاسد لنفسه ومجتمعه فتخبط في الأمور ولذلك أوجبت الشريعة الإسلامية السمحاء حفظه عن ذلك الهلاك كما أوجبت الإنفاق عليه وانجاؤه من المهالك الأخرى.[1]

ويكفي في بيان أهمية الحضانة قوله تعالى في كتابه العزيز: **"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"** والرضاعة جزء من الحضانة إذ لابد في الحضانة من رضاع على أصح الأقوال لما في ذلك من تنشئة الأجيال التنشئة الصحيحة، فالحاضن المسلم يجعل المحضون يمسك بخيوط السعادة ومبادئها فتترسخ في ذهنه.

---

(1) **الشرح الكبير**؛ لأبي البركات أحمد الدردير مع حاشية الدسوقي، 532/2، طبعة مصطفى البابي الحلبي.

(2) **مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي**-رسالة دكتوراه-عبد القادر داودي، إشراف أ.د. لشهب أبو بكر، 398/2، جامعة وهران1426هـ/2005م.

(3) **أحكام الأسرة في الإسلام**–دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون للدكتور محمد مصطفى شلبي، ط4،الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع 1403هـ/1973م ، ص754.

(1) **المغني:** لأبي محمد موفق الدين بن قدامى المقدسي الحنبلي 612/7، دار الكتاب العربي-بيروت-.

وعلى هذا فإن الحكمة من مشروعية الحضانة إنما هي حفظ الصغار وتنظيم وتحديد المسؤوليات المتعلقة برعايتهم وتربيتهم، إذ ربما افترق الزوجان أو اختلعا فيما يتعلق بالنظر لتربية صغارهما فلو ترك الأمر لما ينتهي إليه شقاقهما كان في ذلك ظلم كبير للصغار وإهدار لمصلحتهم ولربما تسبب ذلك في الزج بهم إلى أسباب الشقاء والهلاك.

ولذلك كان لابد من وضع ضوابط تحدد المسؤولين عن حضانة الصغار ورعايتهم وتصنيفهم حسب الأولوية.[1]

فالشريعة الإسلامية ودينها الحنيف جعلا لكل قضية حلا يسمو بها إلى مراتب السعادة من جميع جوانبها، فكم من طفل وقع ضحية لشقاق أبويه فخرج عن طريق الحق وتاه في الأرض فسادا وكم هي القضايا المجتمع الغربي وغيره التي تؤكد هذا المعنى، وعلى النقيض فكم من صغيرا اعتني به وربى التربية الإسلامية السوية الصحيحة فأصبح عضوا فاعلا يخدم نفسه ودينه ومجتمعه.[2]

وتجمع جميع الدراسات الاجتماعية والنفسية المتعلقة بالطفولة على ضرورة وأهمية تهيئة الجو العائلي المناسب للطفل ففي هذا الوسط يشب ويكبر، ومن خلاله يكتسب توجهاته وملكاته في مستقبل حياته إيجابا وسلبا، وتؤكد الدراسات كذلك على أهمية مرحلة الطفولة المبكرة وتأثيرها الحاسم في بناء شخصية الإنسان السوية، وتحديد اتجاهاته المستقبلية، فما يتعلمه الطفل منذ ولادته وحتى بلوغه سن السادسة أو السابعة، يؤثر بشكل واضح في تشكيل الطفل من جميع الجوانب النفسية والخلقية والاجتماعية طيلة سنوات عمره الأخرى، ولذلك الأسرة-وخصوصا الأم- هي المحرك الأساسي التي توجه نمو الطفل وتشبع حاجاته العضوية كالتغذية والنوم والنظافة، وحاجاته النفسية والعاطفية، كما تؤكد جميع الأبحاث العلمية أنه لا بديل للأم يمكنه أن يحقق الحاجات النفسية للطفل خصوصا الدفء العاطفي، والشعور بالحب، وقد أيدت هذه الحقيقة الأبحاث العديدة التي أجريت على الأطفال الذين يربون في المؤسسات الاجتماعية كدور الحضانة، وملاجئ الأيتام، حيث يجد الطفل العناية المادية الكاملة كالغذاء والكساء، ولكنه لا يجد الرعاية النفسية المماثلة لرعاية الأم ومن ثم لا تشبع حاجاته النفسية والعاطفية إشباعا كافيا[1].

فالحضانة ضرورية للطفل لأنها تحافظ على شخصيته وتصونه من الانحراف، فانتهال الطفل حنان أمه في هذه المدة التي حددها الشارع تعتبر عنصرا مهما في تكوين سلوكه، فإنه ينظر إلى أمه أنها أمل حياته، فإذا انفصل عنها فقد انفصل عن حياته وتحطمت بذلك جميع آماله.[2]

---

(1) **الفقه المنهجي على منهج الإمام الشافعي:** الدكتور مصطفى الخن، الدكتور مصطفى البغا والدكتور علي الشربجي 4/ 191، 192.

(2) **الحضانة في الفقه الإسلامي:** المرجع السابق، ص 23.

(1) **أسماء ثنيو:**حقوق الطفل في الشريعة والقانون–دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية واتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل1989 ، -رسالة ماجستير- جامعة قسنطينة-1427هـ/2006م ،ص149.

(2) **نظام الأسرة في الإسلام**–دراسة مقارنة- باقر شريف القرشي، ص99، ط1، دار الأضواء للطباعة –بيروت-لبنان 1408 هـ/1988م

المطلب الرابع : مدة الحضانة

لم يرد في كتاب الله العزيز ولا في سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم نص قاطع يحدد المدة التي تنتهي فيها الحضانة[1] سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى، ولذلك اختلفت نظرة الفقهاء في تحديد السن التي يستغني فيها الصغير – ذكرا كان أو أنثى- عن الحضانة وتباينت أقوالهم على النحو التالي:

ذهب الحنفية إلى القول بأن حضانة الغلام تنتهي متى استقل بنفسه فأكل بنفسه [2]ولبس بنفسه واستنجى بنفسه، وقد روى ذلك ببلوغه سبع سنين وهو رأي الخَصَّاف وغيره وقيل تسع وهو قول أبي بكر الرازي وحضانة الفتاة تنتهي ببلوغها تسع سنين وقيل إحدى عشرة سنة، ثم يكون الأب أحق بها.[3]

استدلوا لقولهم بما يلي:

إن القياس يقتضي توقف الحضانة للذكر والأنثى معا في وقت واحد لأنها ضرب من الولاية وهي ثابتة للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ قياسا على ولاية الأب في المال؛ إلا أننا تركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة رضي الله عنهم لما روي أن أبا بكر رضي الله عنه **"قضي بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشبَّ أو تتزوج أمه"**[4]وفي رواية: فقضى أبو بكر به

---

(1) وإن كان قد روي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه. رواه أبو داود وأخرجه الترمذي والنسائي وبن ماجه وقال الترمذي فيه أنه حديث حسن صحيح. وهو يدل على تخيير الصبي وليس قاطعا في تحديد أقصى سن الحضانة، الحضانة في الفقه الإسلامي، ص 47.

(2) **المبسوط** للإمام السرخسي، 207/5.

(3) **شرح فتح القدير:** لكمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، 188/4 ط1، دار الكتب العلمية 1424هـ/2003م.

(4) **المصنف**:للإمام عبد الرزاقج7، رقم12600، **المصنف**: لابن أبي شيبة ج7، ص134، **إرواء الغليل**: للألباني، 767/7، باب الحضانة،ص244،245، قال: **حكمه ضعيف لكن رجاله ثقات فهو مرسل** ، أخرجه مالك في الموطأ، ج2، **نصب الراية**: للإمام الزيلعي، 266/3، 269، قال عنه رجاله ثقات غير عطاء الخرساني فهو ضعيف ومدلس. ذكر

لأمه، ثم قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: **"لا تُوَلَّهُ والدة عن ولدها"**[5]، ومعنى قوله:"لا تُوَلَّهُ" لا تُفَرَّقُعنه، وكل أنثى فارقت ولدها فهي وَالِهٌ، والوَلَهُ: ذهاب العقل، والتَّحَيُّرُ من شدة الوُجْدِ. [6] ، وبقي الحكم في البنت على أصل القياس.

ولأن الغلام إذا استغنى عن النساء احتاج إلى التأديب والتحلي بأخلاق الصلاح وتحصيل أسباب العلوم وأنواع الفضائل، والأب على هذا أقدر لقول رسول الله عليه وسلم **"مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر"**[1]والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة وقد حدده رسول الله صلى الله عليه وسلم بسبع سنين[2]، هذا مع أنه لو ترك مع أمه لتخلق بأخلاق النساء ولا يخفى ما في هذا المعنى من ضرر، أما الجارية فلا يوجد فيها هذا المعنى فتترك في يد الأم لاحتياجها إلى تعلم آداب النساء ومعرفة أعمال البيت وأحواله، والأم على ذلك أقدر، فإذا بلغت سن الزواج وهو تسع سنوات أو إحدى عشر سنة –لأنرسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهي ابنة سبع سنين- كانت في حاجة إلى الحماية والصيانة وهذه المعاني في الأب أوفر[3].

اعتراضات:

اعترض بأن تقييد سن الحضانة بسبع أو تسع أو إحدى عشرة سنة لا دليل عليه، فهو معارض لما أخرجه أبو داوود والبيهقي عن 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 ينزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم :**"أنت أحق به ما لم تنكحي"**.[4]

والوِعَاء: الظرف الذي يجمع فيه المتاع. والحِوَاء : اسم لكل شيئ يضم غيره ويجمعه ويحويه.**السِّقَاء:** القربة التي يسقى منها شبهت ثديها بها، وكلها بكسر أولها.

كما أن ما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب لاحجة فيه إذ أنه معارض بما أخرجه عبد الرزاق عن عكرمة أن امرأة عمر بن الخطاب

ابن القيم في زاد المعاد قول إن عبد البر : أنه مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة، تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل.

(5) **السنن الكبرى** للبيهقي، 5/8.

(6) **تهذيب الصحاح**: للزنجاني؛ و**مختار الصحاح**: للرازي، مادة **"وله"**

(1) **صحيح**: إرواء الغليل 266/1 ، **المصنف :لابنأبي شيبة** ، 137/1.

(2) **الفقه الإسلامي وأدلته**، وهبة الزحيلي 742/7.

(3) **الحضانة في الفقه الإسلامي**، ص77

(4) سنن أبي داود ج1، رقم 2276، ص303، كتاب الطلاق- باب من أحق بالولد- ، سبل السلام للصنعاني، ج3، رقم 1079، ص 227، المصنف لعبد الرزاق الصنعاني، م7-12596-12597/153 باختلاف في اللفظ رواه مالك في الموطأ باب من أحق بالولد كتاب القضاء، ص 321، إرواء الغليل محمد ناصر الدين الألباني ج7، باب الحضانة، ص244، وقال عنه حسن، المسند للإمام أحمد بن حنبل ج182/2، والبيهقي ج8/ 4-5، والدار قطني، ص418، قال عنه صحيح الإسناد، عبد الله بن يوسف الزيلعي في نصب الراية.265/3

خاصَمَتْهُ إلى أبي بكر في ولد لها فقال أبو بكر لعمر: هي أعطف وألطف وأرحم وأحنى وهي أحق بولدها ما لم تزوج.[1]

وذهب المالكية إلى أن مدة الحضانة تنتهي باحتلام الذكور وبالنكاح والدخول بالنسبة للأنثى والخوف عليها، فإذا بلغته والأم في حرز ومنعة وتحصين كانت أحق بها حتى تنكح وإلا ضمت إلى أبيها وأوليائه عند فقده، وقيل بل مدة حضانة البنت تستمر إلى أن تتزوج ويدخل الزوج بها ولو وصلت أربعين سنة ما دامت بِكْراً.[2]

واستدلوا لقولهم بما يلي:

ما رواه ابن وهب بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إن ابني هذا قد كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء، فزعم أبوه أن ينتزعه منيفقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي".[3]

ما روي عن عمرو بن شعيب أن أبا بكر الصديق قضى في عاصم على عمر بن الخطاب أن أمه أحق به ما لم تتزوج.

ففي الرواية الأولى قوله صلى الله عليه وسلم :"**أنت أحق به ما لم تنكحي**" لفظ مطلق ولا تقييد فيه لسن الحضانة وفي الرواية الثانية كذلك، وإنما تنتهي الحضانة متى بلغ الغلام الحلم لأن الحضانة ولاية؛ولا ولاية على المرءبعد الاحتلام ما دام عاقلا فيقيم أينما أحب،ومقتضى القياس إنهاء حضانة الأنثى بالبلوغ كالذكر غير أنها حينما كانت موضع فتنة ومطمعا للرجال كان لابد من المحافظة الشديدة عليها والأم أقدر على تلك المحافظة لأنها لا تنشغل عنها بما قد ينشغل به الأب عنها فهو غائب عن البيت في أكثر الأوقات يتدبر أمور حياته وأسرته فلا يتمكن من المحافظة عليها حفاظا تاما، فجعلها عند أمها أسلم لها وأفضل، وأما ما يحتمل من وقوعها فيه في حال وجودها مع الأم من مفاسد فإنه مقابل أضعاف مضاعفة من المفاسد سوف تقع فيها في حال وجودها مع الأب.[1]

وذهب الشافعية وإسحاق إلى أن حضانة الولد سواء كان ذكرا أو أنثى تنتهي بوصوله سن التمييز[2]وهو سبع سنين وقيل ثمانية فمتى وصل هذا السن وكان عاقلا خير بين أبيه وأمه وكان عند أيهما اختيار، فإن لم يختر واحد منهم أقرع وقيل يقرع بينهما وإن اختار أحدهما.[3]

---

(1) **المصنف**:للإمام عبد الرزاق ، ج154/7؛ **السنن**: لسعيد بن منصور، رقم 2271 .

(2) **المدونة الكبرى**: للإمام مالك بن أنس رواية سحنون عن ابن القاسم ج2، ص244- 245، ط دار الفكر-بيروت-، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2،ص526،شرح الخرشي على مختصر خليل ج4، ص207.

(3) أبي داوود ج1، رقم 2276، ص 303.

(1) **آثار عقد الزواج في الشريعة الإسلامية**:أحمد عثمان، طبعة الرياض، الناشر جامعة الإمام محمد بنسعود الإسلامية 1401هـ/1981م، ص265.

(2) **الأم**: للإمام الشافعي 92/5، دار الفكر، ط2، 1403هـ /1983م .

(3) **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**: داماد أفندي،484/1، ط. دار إحياء التراث العربي،بيروت.د.ت.ط. ،وذكر

واستدلوا بما رواه الشافعي عن سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن هلال بن أبي ميمونة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت زوجي يريد أن ينتزع ابني مني وأنه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عنبة فقال: استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابني فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام:**"اختر أيهما شئت فاختار أمه فأعطاها إياه".**[4]

ووجه الدلالة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير الغلام مراعاة لنظره فهو سيختار الأصلح لنفسه والأشفق عليه.

واعترض عليه:بأن أبا ميمونة راوي الحديث عن أبي هريرة مجهول وليس هو والد هلال الذي روى عنه فلا حجة فيه.[5]

وقد يرد على هذا الاعتراض بما تعضد عن أبي هريرة وهو الذي أخرجه أبو داوود في سننه إذ قال: حدثنا الحسن بن علي (الحلواني) حدثنا عبد الرزاق وأبو عاصم عن ابن جريج أخبرني زياد عن هلال ابن أسامة أن أبا ميمونة سلمى مولى من أهل المدينة رجل صدق فقال بينما أنا جالس مع أبي هريرة جاءته امرأة فارسية معها ابن لها فادعياه وقد طلقها زوجها فقالت: يا أبا هريرة اللهم إني لا أقول هذا إلا إني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:**"استهما عليه"**فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم:**"هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت"**، فأخذ بيد أمه فانطلقت به[1].

وقد يعترض على هذا أنه من رواية أبي ميمونة أيضا وهو مجهول وعلى فرض الصحة ينبغي العمل على ما إذا كان الولد بالغا بدليل ما جاء من قول المرأة وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عنبة ومعنى نفعني أي كسب علي والبالغ هو الذي يقدر على الكسب، وقد قيل أن بئر أبي عنبة بالمدينة لا يمكن للصغير الاستفادة منها فدل على أن التخيير المراد هو في حق البالغ وهذا مشاهد[2]

ابن قدامى بأنه قضاء عمر وعليوشريح وهو مذهب الشافعي، المغني، 614/7.

(4) **الترمذي**، كتاب الأحكام باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا رقم 1357،**أبو داوود** في الطلاق، باب من أحق بالولد رقم 2277 ،ج2، ص313 .رواه الألباني في **إرواء الغليل** باب الحضانة (ج7،ص250-251) طبعة المكتب الإسلامي، **نصب الراية** ج3،ص268-269، **النسائي** في الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد،ج6، ص185 **ابن أبي شيبة في مصنفه** ج7،ص134 قال عنه صاحب إرواء الغليلصحيح الإسناد (**فهو حسن صحيح**)، **ابن ماجة** في الأحكام حديث رقم 2351، البيهقي، 3/7، **أحمد بن حنبل** 246/2، **الدارمي**، 298/1.

(5) **سبل السلام** :شرح بلوغ المرام للإمام الصنعاني، ج3، تحقيق وتعليق محمد بن عبد العزيز الخولي طبعة دار الجيل-بيروت-، ص227. وأبو ميمونة اسمه سليم وقيل سليمان وقال أبوداود سلمى .

(1) سبق تخريجه: أنظر ص 30.

(2) شرح فتح القدير 190/4.

ما رواه الشافعي عن ابن عيينة عن يونس بن عبد الله الجُرمِي عن عمارة الجُرمِي قال: "خيرني علي بين أمي وعمي وكنت ابن سبع أو ثمان ثم قال لأخ لي أصغر مني وهذا لو بلغ مبلغ هذا خيرته"[3]وفي رواية بزيادة أن عمارة قال: بعد أمي وعمي وكنت ابن سبع أو ثماني سنين وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت إجماعا[4]

واعترض عليه بأنه لا دليل منه على أن التخيير كان قبل البلوغ وأما الزيادة فهي زيادة غير مقطوع بها.

ومما يؤيد أن التخيير كان بعد البلوغ ما روي عن عمارة المخزومي أنه قال: غزى أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي إلى علي ابن أبي طالب -كرم الله وجهه- ثلاثا فاخترت أمي فأبى عمي أن يرضى فوكزه علي كرم الله وجهه بيده وضربه بدرته وقال: لو بلغ هذا الصبي أيضا خُيِّرَ[1]فيدل هذا علي أن التخيير كان بعد البلوغ لارتفاع الولاية عن الابن حينئذ فيكون الحق في أن يختار أيهما شاء.

وهذا؛ مع ما في تخيير الصبي – ولو كان مميزا – من ضرر فهو يغلب هواه ويميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين فيختار شر الأبوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه[2]

أن تقديم الأم لحضانة الصغير إنما هو بسبب عدم استغناء الصغير عنها، غير أنه ماإن وصل سن التمييز وهو سبع أو ثان سنين استوت في استحقاقه مع الأب فيرجع للاختيار وهو دليل عقلي.

أن القصد بالحضانة حفظ الولد والمميز أعرف بحفظه ومصلحته فيرجع الأمر بحسب اختياره[3].

أما بالنسبة لتحديد سن التمييز بسبع سنين فقياسٌ عن الأمر الوارد منه صلى الله عليه وسلم بأمر الصبيان أن يصلوا متى بلغوا سبعاً والتكليفُ لا يخاطب به الصبي[4]

---

(3) الشافعي في الأم 82/5، الألباني في إرواء الغليل 251/7، 252، وقال عنه ضعيف ابن أبي شيبة في مصنفة 135/7 وقد رواه الشافعي والبيهقي بروايات مقاربة ؛ الشافعي رقم 1726، البيهقي في السن الكبرى 4/7 والرواية الأولى رجالها ثقات غير عمارة الجرمي فهو مجهول وذكره ابن حبان أنه عند الثقات 169/1، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ،7/ 157،156 رقم 12609.

(4) المغنى: ابن قدامي 615/7 .

(1) سبق تخريجه أنظر: ص 31.

(2) **آثار عقد الزواج**، ص254 .

(3) **الفقه الإسلامي وأدلته**،وهبة لزحيلي 743/7.

(4) **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**: للرملي شمس الدين محمد ابن العباس – الشافعي الصغير- 231/5، ط دار الفكر.

وذهب الحنابلة في المشهور عندهم إلى أن مدة حضانة الولد تنتهي ببلوغه سبع سنين فإذا بلغ هذا السن خير بين أبويه إن كان ذكرا؛ وإن كان أنثى فالأب أحق بها ولا تخيير.[5]

والتخيير عندهم يكون بشرطين:

أن يكون الأبوان من أهل الحضانة فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم والتعيين للآخر.

أن لا يكون الغلام معتوها فإن كان معتوها كان عند الأم ولا يخير لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيرا؛ لذا كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه[1]

أما في قولهم ببقاء البنت عند الأب بعد سبع سنين استدلوا بما يلي:

إن الغرض من الحضانة الحفظ ومراعاة المصلحة والصيانة والعناية وهذا في الجارية يتمثل في دفعها إلى أبيها[2]لأنه الأولى والأقدر والأجدر على ذلك فالأم بنفسها تحتاج إلى من يصونها ويحفظها فلا تصلح لأن تبقى معها البنت وهي في تلك السن التي تكون قد قاربت الصلاحية للتزويج فيها فالرسول صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهي بنت سبع سنين، والبنت لا تخطب إلا من أبيها لأنه وليها والمالك لأمارة تزويجها، وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فيقدم على غيره، ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج لنفس الحفظ التي تحتاجه[3]كما أنها تكون معرضة للآفات ولا يؤمن عليها للانخداع لغِرَّتِهَا...، ولا يصار لتخييرها لأن الشرع لم يرد به فيها[4].

وذهب الظاهرية إلى القول أن مدة الحضانة تنتهي بالبلوغ الشرعي للذكر والأنثى وهو بلوغ الاحتلام بالنسبة للذكر وبلوغ المحيض بالنسبة للأنثى والإنبات مع التمييز ثم يخيران[5].

---

(5) **كشاف القناع على متن الإقناع**:للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتيج5، ط دار الفكر،ص501-502.
(1) **المغني**: لابن قدامي 7/ 16، ونفس الأدلة التي استدل بها الشافعية أوردها الحنابلة.
(2) **كشاف القناع** ؛ المرجع السابق 502/5.
(3) **المغني** ، 617/2.
(4) **كشاف القناع**؛ المرجع السابق، 502/5.
(5) **المحلى بالأثار**؛ لأبي محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي ج7 ،طبعة دار الكتب العلمية ، ص323.

وقد استدلوا بما رواه ابن حزم من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عبد الله بن عبيد بن عمير قال خير عمر غلاما بين أبيه وأمه فاختار أمه فانطلقت به[6]

وجه الاستدلال:

أن لفظ الغلام يطلق على من بلغ الحلم ومثل الغلام في الحكم الجارية.

ما رواه ابن حزم عن طريق يحي بن سعيد القطان عن يونس بن عبيد الله الجرمي حدثني عمارة بن ربيعة أنه تخاصم فيه أمه وعمه إلى علي بن أبي طالب قال: فخيرني علي ثلاثا كل منها أختار أمي ومعنا أخ صغير فقال علي: هذا إذا بلغ مبلغ هذا خير وقد ورد بروايات مختلفة تقدم ذكرها[1] .

وذهب الشيعة الإمامية والجعفرية إلى أن مدة الحضانة بالنسبة للذكر بعد السنتين مدة حضانة أمه يضم إلى أبيه إن كان موجودا وأهلا للضم، فإن لم يكن؛ بقي مع أمه لأنها أحق به من الجد والوصي، ويجبر الطفل على البقاء مع من ضم إليه إلى البلوغ فإذا بلغ عاقلا كان بالخيار في البقاء أو الانفراد بنفسه.

أما بالبنت فبعد انتهاء حضانة أمها سبع سنين وهو الراجح، أو تسع سنين أو إذا تزوجت الأم على ما ذهب إليه الطوسي تضم إلى أبيها وتجبر على البقاء معه إلى أن تصير مـأمونة على نفسها سواء كانت بكرا أو ثيبا، وبعد ذلك لا تبقى مع وليها الذي ضمت إليه إلا برضاها وإن كان يكره مفارقتها لمن ضمت إليه حتى تتزوج[2]

وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**﴾ [2]

وجه الدلالة:

---

(6) **إرواء الغليل** 251/7، وقال عنه صحيح، **مصنف عبدالرزاق** 7/ رقم 12605 **ابن ابي شيبة في مصنفه** 134/7.

(1) **المحلى بالآثار:** 7/ 324.

(2) **أحكام الأسرة في الإسلام**؛ -دراسة مقارنة- بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون:محمد مصطفى شلبي- ط4،الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع 1403هـ/1973م. ص785.

(3) سورة البقرة الآية 233.

أن الرضاعة جزء لا يتجزأ من الحضانة إذ لابد في الحضانة من رضاع وفيه خلاف والله سبحانه وتعالى حدد مدة الرضاع بسنتين لمن أراد أن يتمه، وما بعد السنتين يسمى كفالة لا حضانة هذا بالنسبة للذكر أما الأنثى فخرجت من هذا الخصوص لحالتها الخاصة ولشدة حاجتها للحضانة وللأحاديث والأخبار الواردة عنه صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه والتي تحدد مدة الحضانة للأنثى بأنها حتى تصلح للزواج والسن التي تصلح له البنت للزواج

مقاربة وهو السبع مستدلين بأن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهي ابنة سبع سنين[4]

ملاحظة :

حدد الفقهاء المتأخرون انتهاء مدة الحضانة بالسن لئلا تجري المشاحنة لأن السن قاطع للنزاع بخلاف النظر إلى طبيعة المحضون ولأن السن ضابط معين مستقر يسهل الاحتكام إليه في حال الاختلاف، فالاختلاف في تحديد السن -وهو خلاف فيه رحمة- نشأ من اختلاف الوجهة التي نظر إليها كل منهم وما أداه إليه اجتهاده بحسب ما تقتضيه مصالح المحضون[1]

فيراعي في ذلك دائما مصلحة الطفل المحضون في مدى حاجته للرعاية والتنشئة والتربية والتعليم وللقاضي سلطة التقدير في هذا الأمر.

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بمذهب المالكية في الذكر وخالفه في حق الأنثى إذ حددت المادة "65" سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر بـ10 سنين والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[2]

ومعنى هذا أن الحضانة يمكن أن تمتد إلى 16 سنة للذكور و19 سنة بالنسبة للإناث وهو سن الرشد والزواج.

---

(4) المرجع السابق، ص786.
(1) الحضانة في الفقه الإسلامي ص74.
(2) **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** -دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية- بن شويخ الرشيد -ط1 دار الخلدونية 1429هـ/2009م،ص257.

ويلاحظ أن تحديد سن انتهاء الحضانة الذي اعتمده الفقهاء ببلوغ الاحتلام أو بلوغ سن التمييز كما قرره الظاهرية وكلهم اعتمدوا السن السابعة فما فوق للأحاديث الواردة في ذلك وحتى الذي اختاره المشرع الجزائري يعد سنا متأخرا لا يتناسب وحقيقة الحضانة ومقصودها لأن الحضانة إذا كانت هي حفظ الولد في مبيته ومؤونته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه فإن هذه الوظائف يستطيع الولد القيام بها قبل هذا السن وخاصة بالنسبة للأنثى، لأنها في مثل هذا السن تكون قادرة على القيام بشؤون نفسها والقيام على غيرها فلم يعد لحضانتها معنى في سن التاسعة عشر قانونا وفي سن دخول الزوج بها فقها، ولذلك يتبين أن مذهب الحنيفة أقرب إلى الصواب في تحديد سن انتهاء الحضانة لملائمته لمعنى الحضانة والغرض منها[1]

المبحث الثاني : الشروط الواجب توافرها في الحاضن

إن التفات الأئمة والفقهاء اهتداء بالشرع الحنيف إلى جعل المحضون محل عناية كبيرة، والتأكيد على مصلحته العاجلة والآجلة، وحمايته من كل ما يمكن أن يتسرب إليه من الأخطار، حتى ولو كان من أقرب الناس إليه، فالحضانة من الولايات، والغرض منها صيانة المحضون ورعايته، وهذا لا يأتي إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك فوضع الفقهاء الضوابط والشروط التي يجب أن تتوفر فيه كحاضن[2]إلا أنهم في تحديدهم لتلك الشروط اختلفوا في اعتبار بعضها وسنذكر تلك الاختلافات بشيئ من التفصيل.

في حين المشرع الجزائري لم يفصل في الشروط الواجب توافرها الحاضن، على غرار الفقهاء الذين فصلوا في المسألة لأن المصالح متغيرة ومتبدلة فما يصلح لزمان قد يفسد الأمر في زمان آخر فالمصالح تتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص والأحوال، بالإضافة إلى الأعراف والتقاليد، فقد أصاب المشرع في المسألة حيث خص الموضوع إ بفقرة مقتضبة في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله "....**ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".** [3]

---

(1) **أحكام الأسرة:** عبد القادر داودي ص206.
(2) **الفقه الإسلامي وأدلته:** 726/7.
(3) **آثار فك الرابطة الزوجية:** ص54.

ويبدو أن ما يقصده المشرع بالأهلية، هي تلك المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على تربية الصغير والقيام بشؤونه على أكمل وجه، وهذا إذا توافر عديد الشروط التي ذكرها الفقهاء، وتبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 منه على أنه **"كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"**.

فللحضانة شروط عامة تخص الحاضن ذكرًا كان أم أنثى على حد سواء، وشروط أخرى تخص الإناث بمفردهن وأخرى خاصة بالذكور وهذا ما سنراه في المطالب التالية.

المطلب الأول :الشروط العامة

قدم الشرع والقانون حضانة المرأة على حضانة الرجل، لكون المرأة هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر تحملا وصبرا على تلبية طلباته وحاجياته فالمرأة، كما جاء في الحديث السابق ذكره، أن الأم**"أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأرأف وهي أحق بولدها"**[1]، فالأم مقدمة على الجميع إلا إذا حل بها مانع كما سيأتي ، والشروط العامة هي:

الفرع الأول : الأهلية العقلية والصحية

نص الفقهاء على أنه لا تثبت الحضانة لطفل ولا لمجنون، أو معتوه، لأن هؤلاء عاجزون عن إدارة أمورهم ومهم ابتداء في حاجة إلى من يحضنهم، فلا توكل إليهم حضانة غيرهم.

ونص المالكية على أن جنون الحاضن في بعض الأوقات دون غيرها بحيث يخاف رعب الولد حين نزوله وضيعته مانع[2].

بالإضافة إلى الأهلية العقلية المتحققة بالبلوغ والعقل، اشترط الفقهاء الأهلية الصحية فلذلك اعتبروا من موانع الحضانة الأمراض المعدية والمنفرة بحيث يتعدى الضرر إلى المحضون؛ كالجذام والبرص وشبه ذلك، قال في أسنى المطالب: (وتسقط بالمرض الدائم كالسل، والفالج

---

(1) سبق تخريجه ؛ أنظر ص29.
(2) **التاج والإكليل** ؛ 5/ 597.

إن عاق ألمه عن نظر المخدوم بالحضانة، وهو المحضون بحيث يشغلها ألمه عن كفالته، وتدبير أمره، أو عن حركة من يباشرها فسقط في حقه دون من يدبر الأمور بنظره ويباشرها غيره).[3]

وقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل، ونص على أن الحضانة هي ولاية على النفس طبقا لما ورد في المادة 87 المعدلة والتي نصت في فقرتها الأخيرة على "... وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد" فالحضانة حسب المادة هي ولاية على النفس لمن أسندت له الحضانة، وأن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في تلك الحالة، طبقا لما أكدت عليه المادة 85 من قانون الأسرة.

معنى ذلك أن المشرع قال بأن لا حضانة لغير العاقل ولا المعتوه ولا السفيه، كون من تعطى له الحضانة لا ينبغي أن تكون تصرفاته غير نافذة[1].

الفرع الثاني : الأهلية الدينية والخلقية

وتتحقق هذه الأهلية بما يلي:

1-إسلام الحاضن:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط على قولين:

القول الأول:

عدم اعتبار هذا الشرط وهو قول المالكية في المشهور عندهم[2]وعند الحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى، فلا يشترط الإسلام إلا أن تكون المرأة مرتدة قال الكاساني في شروط الحاضنة: عدم ردتها فلو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع[3]أما الكتابية فهي كالمسلمة

---

(3) **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**: لزكريا الأنصاري ؛ 448/3- المطبعة الميمنية-.
(1) **آثار فك الرابطة الزوجية** ؛ المرجع السابق؛ ص56.
(2) قال صاحب **كفاية الطالب الرباني** قوله "ولا يشترط الإسلام" ولو انتقلت الحضانة من مسلمة إلى كتابية، إلا أنها تمنع أن تغذي الطفل خمرًا أو خنزيرًا.م2 ، ص445.
(3) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**–أبو مسعود الكاساني الحنفي- ج5؛ دار الكتب العلمية، ص42.

في ثبوت حق الحضانة لها، وذلك بشرط ألا يعقل المحضون الدين أو يخشى أن يألف الكفر، فإنه حينئذ ينزع منها ويضم إلى أناس من المسلمين وبهذا قال الحنفية[4] ومذهب المدونة وأبي ثور.

جاء في **المدونة**:"أرأيت إن طلقها زوجها وهو مسلم وهي يهودية أو نصرانية، ومعها أولاد صغار؛ من أحق بولدها ؟ قال ابن القاسم: هي أحق بولدها، وهي كالمسلمة في ولدها، إلا أن يخاف عليها، إن بلغت منهم جارية أن لا تكون في حرز. قلت- أي سحنون-: هذه تسقيهم الخمر وتغذيهم بلحوم الخنازير، فلم جعلتها في ولدها بمنزلة المسلمة ؟ قال – أي عبد الرحمن بن القاسم- : قد كانت عنده قبل أن يفارقها وهي تغذيهم إن أحبت بلحوم الخنازير وبالخمر، ولكن إن فعلت شيئا من ذلك منعت من ذلك، ولكن لا ينزع الولد منها، وإن خافوا ضُمَّت إلى ناس من المسلمين لئلا تفعله"[1]

ومن الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا القول:

ما رواه أبو داود عن عبد الحميد بن جعفر: "أخبرني أبي، عن جده رافع بن سنان: أنه أسلم، وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي -وهي فطيم أو شبهه-، وقال رافع: ابنتي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم**"اقعد ناحية"**. وقال لها: **"اقعدي ناحية"** قال **" وأقعد الصبية بينهما"** ثم قال:**"ادعواها"**فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم:**"اللهم اهدها"**؛ فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها"[2]

---

(4) **شرح فتح القدير**؛ ج4، ص184.

(1) **المدونة**: 2/ 246،245

(2) أخرجه **أبو داود**، الطلاق باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد، رقم 2244؛ والنسائي في **الكبرى** ، الفرائض، الصبي يسلم أحد أبويه: ج4، ص83، والحاكم في **المستدرك:** ج2، ص207/206 ، ومن طريقه البيهقي في **السنن**: ج8، ص3، الدارقطني في **السنن**: 4/ 44/43، وصححه ابن القطان الفاسي في **بيان الوهم والإيهام**، ج3، ص514، وعند الدارقطني أن اسم الصبية عميرة .

وفي بعض طرق هذا الحديث عبد الحميد بن سلمة الأنصاري، عن أبيه، عن جده: أنه أسلم، وأبت امرأته أن تسلم، فجاءا بابن لهما صغير إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأجلس النبي الأب هاهنا، والأم هاهنا، ثم خيره فقال: **"اللهم اهده"** فذهب إلى أبيه.[3]

وجه الاستدلال:

أن تخيير النبي صلى الله عليه وسلم البنت بين أبويها رغم عدم إسلام أمها دليل على ثبوت حق الأم -غير المسلمة- في حضانة ولدها المسلم، واعترض على هذا بأن الحديث مختلف فيه ولا يقوى على الاحتجاج به، قال ابن المنذر بأنه لا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال؛ لأنه من رواية عبد الحميد بن جعفر بن رافع وقد ضَعَّفَهُ الثوري وابن معين[1]وألفاظه مختلفة ومضطربة وقيل فيه أنه منسوخ بعموم الآيات[2].

وعلى الرغم من جميع ذلك فلو سلمنا به فليس فيه ثمة ما يفيد اثبات حق الأم الكافرة في حضانة ولدها من الزوج المسلم، بل على النقيض فهو يفيد سقوط حقها حيث دعاء النبي صلى الله عليه وسلم ربه أن يهدي البنت إلى التحول إلى أبيها، ولو كانت الأم أحق لما دعا النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فالرسول موصل للحقوق إلى أصحابها لا حاجب عن وصولها إليهم وما حدث منه النبي صلى الله عليه وسلم في هذه الحادثة ما كان إلا تطمينا لقلب الأم.[3]

---

(3) أخرج هذه الرواية النسائي في **المجتبى:** ج6، ص185، وابن ماجه: الأحكام، باب تخيير الصبي بين والديه، رقم 3251 .وقال الحافظ ابن حجر عن هاتين الروايتين: "في اسناده اختلاف كبير" انظر: **التلخيص الحبير** 4/ 11، ولكن صحح ابن القطان الرواية السابقة وضعف هذه الرواية بجهالة عبد الحميد وأبيه وجده. وقال " لو صحت هذه الرواية الثانية لم ينبغ أن تجعل خلافا لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر، بل كان يجب أن يقال: لعلهما قصتان في إحداهما غلام".

(1) **سبل السلام** : 228/3.

(2) **المجموع شرح المهذب** للنووي وابن السبكي و والمطيعي ، 18/ 321، 322..

(3) **الحضانة في الفقه الإسلامي** ، ص49/48 .

الحضانة لأمرين: الرضاع وخدمة الطفل، وكلاهما يجوز من الكافرة كما أن شفقة الأم سبب في ثبوت حق الحضانة لها وهذا لا علاقة له باختلاف الدين[4]

القول الثاني:

لا حضانة لكافر على مسلم، وهو قول الجمهور، ومن الأدلة على ذلك:

أن الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه، ويربيه عليه، فيصعب بعد كبره وعقله انتقاله عنه، وقد يغيره عن فطرة الله التي فطر الناس عليها فلا يراجعها أبدا لما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ما من مولود يولد إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يُمَجِّسَانِهِ"[5] فلا يؤمن تهويد الحاضن وتنصيره للطفل المسلم.

ومن الأدلة على ذلك:

أولا:أن الله سبحانه وتعالى قَطَعَ الموالاة بين المسلمين والكافرين حيث قال عز وجل:

﴿**وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً**﴾[1]وبكون الإسلام يعلوا ولا يعلى عليه.[2]

واعترض على هذا الدليل بأنه عام وأحاديث الحضانة مخصصة لهذا العموم، واستدلوا كذلك بأن الحضانة لا تثبت لفاسق فعدم ثبوتها للكافر من باب أولى.[3]

ثانيا:أن الحديث الذي استدلوا به من رواية عبد الحمد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان الأنصاري الأوسي، وقد ضعفه يحي بن سعيد القطان، وكان سفيان الثوري يحمل عليه، وضعف ابن المنذر الحديث، وضعفه غيره؛ وقد اضطرب في القصة، فروي أن

---

(4) **الزواج والطلاق**؛ ص138.

(5) ثم قال راوي الحديث–أبو هريرة- رضي الله عنه- فطرة الله التي فطر الناس عليها ؛ وقال ابن حجر في **الفتح** وحمل السلف الفطرة على الإسلام في الحديث ولا يلزم من ذلك موافقة مذهب القدرية. أما ذكر الأبوين في الحديث فخرج مخرج الغالب .الحديث رواه البخاري ج1، ص465 ومسلم ج2048/4، ابن حبان؛ 336/1، الترمذي؛ 447/4 ، البيهقي ؛ 202/6 ، أبو داود 229/4، الموطأ 324 . أنظر: **حقوق الطفل بين الشريعة والقانون**- رسالة دكتوراه- لشهب أبو بكر؛ المعهد الوطني العالي لأصول الدين-جامعة الجزائر-1419هـ/1998م، ص 228.

(1) سورة النساء الآية 141.

(2) **المجموع شرح المهذب:**للإمام النووي، 7/ 324.

(3) زاد المعاد: 207/4.

المخير كان بنتا وروي أنه كان ابنا، قال ابن الجوزي: ورواية من روى أنه كان غلاما أصح.

ثالثا:أن الحديث قد يحتج به على صحة مذهب من اشترط الإسلام فإن الصبية لما مالت إلى أمها دعا النبي صلى الله عليه وسلم لها بالهداية، فمالت إلى أبيها، وهذا يدل على أن كونها كافرة فهو خلاف هدي الله الذي أراده من عباده، ولو استقر جعلها مع أمها لكان فيها حجة، بل أبطله الله سبحانه بدعوة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ووجه الدلالة أنه لو كان للأم الكافرة حق في حضانة ولدها لما دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالهداية للصبية فدل هذا على أحقية المسلم من الأبوين، وأجيب بأنه منسوخ أو محمول على أنه صلى الله عليه وسلم عرف أنه سوف يختار الأب المسلم وأن دعاءَه سيستجاب)4(

رابعا:ومن العجب أنهم يقولون لا حضانة للفاسق؛ فأي فسق أكبر من الكفر، وأين الضرر المتوقع من الفاسق بنشوء الطفل على طريقته إلى الضرر المتوقع من الكافر، مع أن الصواب أنه لا يشترط العدالة في الحاضن قطعا، وإن اشترطها أصحاب أحمد والشافعي وغيرهم، واشتراطها في غاية البعد. ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم، ولعظمة المشقة على الأمة، واشتد العنت، ولم يزل الفسق في الناس ولم يمنع النبي صلى الله عليه وسلم ولا أحدٌ من الصحابة مُنِعَ من تربية ابنه وحضانته له، وإن قدر خلاف ذلك فهو قليل بالنسبة إلى المعتاد، والشارع يكتفي في ذلك بالباعث الطبيعي، ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة لكان بيان هذا للأمة من أهم الأمور، واعتناء الأمة بنقله، وتوارث العمل به مقدما على كثير مما نقلوه وتوارثوا العمل به، ولو كان الفسق ينافي الحضانة لكان من زنى أو شرب خمرا، أو أتى كبيرة، فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره(1)

القول الثالث:الأم الكافرة أحق بحضانة ولدها المسلم حتى يكتفي بنفسه ببلوغه مبلغ الفهم وسن الفهم سنة أو سنتين بعد حولي الرضاعة، فإذا بلغ ذلك حينئذ سقط حقها لأنه لا حضانة لكافرة أو فاسقة، ومن أنصار هذا القول أبو محمد بن حزم الظاهري.

---

(4) **مغني المحتاج:** 455/3 .
(1) **زاد المعاد**: 208/4،207.

واستدل لذلك بقوله تعالى:﴿**وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ إِنَّ اللهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**﴾[2]، قال ابن حزم "فأما الأم فإنه في يدها، لأنه في بطنها ثم في حجرها مدة الرضاع بنص قوله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾[3]، فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص.

وجه الاستدلال:

أن الصغيرين في هذه السن ومن زاد عليها -بعام أو عامين- لا فهم لهما، ولا معرفة بما يشاهدان فلا ضرر عليهما في ذلك.

وأن الإرضاع نوع من الحضانة والله سبحانه وتعالى أثبت حقها في إرضاع ولدها حولين كاملين سواء كانت مسلمة أم كافرة لعموم الآية[4]

الترجيح:

ومن خلال ما سبق يظهر لنا أن القول الثالث أقرب للقبول إذ فيه تحقيق مصلحة المحضون؛ فهو بحاجة ماسة لرعاية شديدة في تلك السن لن تتسنى له من قبل والده لانشغاله عنه، ولعدم توفر الحنان الذي يكون في الأم لديه كما أن في هذا القول مراعاة للأم من جهة أخرى لعدم التفريق بينها وبين ولدها في سن مبكرة.

فالعبرة بالتمييز والفهم فإنه لا يصح ائتمان الكافرة على مسلم بأي حال من الأحوال وقد أنكر ابن حزم انكارا شديدا على من ذهب إلى ذلك –أنصار القول الأول – القائلين بعدم اشتراط الإسلام؛ فقال "فمن ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر، ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعلى ترك الصلاة ، والأكل في رمضان، وشرب الخمر والأنس إليها حتى يسهل عليهما شرائع الكفر، فقد عاون على الإثم

(2) سورة الانفال: الآية 75.
(3) سورة البقرة: الآية 233.
(4) المحلى 10/ 145

والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى ، ولم يقم بالقسط، ومن قام بالضد فقد أدى الفرض في ذلك".[1]

فمذهب المالكية والحنفية أيسر، لا سيما في عصرنا الحاضر الذي تشابكت فيه العلاقات من جراء الهجرة إلى الغرب النصراني، ولهذين المذهبين أدلتهما كما تقدم ، ومذهب الجمهور أحوط لدين الولد ودنياه، إذا كان الأب حريصا على ذلك، وهنا يأتي استرضاء الأم أو من لها حق الحضانة، أو مصالحتها لتتنازل عن ذلك، وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب وسط استنادا إلى المذهب المالكيفقد جاء في المادة 62 من قانون الأسرة : ((... **والقيام بتربيته على دين أبيه**...))يعني بمفهوم المخالفة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلما يمكن أن يتزوج بامرأة غير مسلمة وفي حال وجود أبناء يجب عليها أن تربيهم على دين أبيهم وهو الإسلام؛ وهذا بشرط عدم الخوف على دِين الأبناء.

2-أمانة الحاضن وعدالته:للفقهاء في هذا الشرط ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا بد من توافر العدالة لاستحقاق الحضانة وعليه فلا حضانة للفساق لعدم توفيتهم الحضانة حقها وخوفا من نشأة المحضون على طريقة الفساق فيترتب عليه الضرروبه قال الشافعية والحنابلة

قال الإمام الشافعي:(إذا كان من ينازع في الولد أم أو قرابة غير ثقة فلا حق له في الولد وهي كمن لم يكن في هذه الحال، وأقرب الناس به أحق بالمنازعة كأن أمه كانت غير ثقة وأمها ثقة، فالحق لأمها ما كانت البنت غير ثقة، وهكذا إن كان الأب غير ثقة كان أبوه يقوم مقامه).[1]

(1) المرجع السابق. ص 146
(1) **كتاب الأم**:5/ 100.
(2) **المبسوط :** 5/ 212.

وقد عبر الإمام السرخسي عن هذا الشرط بقوله(فإن كان أخوها أو عمها مفسدا مخوفا لم يخل بينه وبينها لأن ضمها إليه لدفع الفتنة فإذا كان سببا للفتنة لم يكن له حق ضمها إليه).[2]

وقال ابن قدامى: (ولا لفاسق لأنه غير موثوق به)[3]

وقال النووي: (الشرط الرابع: كونها أمينة فلا حضانة لفاسقة)[4]

وقال أبو إسحاق الشيرازي: (ولا تثبت لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها، ولأن الحضانة إنما جعلت لحفظ الولد، ولا حظ للولد في حضانة الفاسق؛ لأنه ينشأ على طريقته)[5]

القول الثاني:

لا تشترط العدالة حتى بلوغ المحضون سن الفهم لأنه لا ضرر عليه حتى هذا السن وبه قال ابن حزم، إذ فرق بين العدالة والأمانة فلم يشترط العدالة لكنه تشدد في الأمانة حيث قال:(إن لم تكن الأم مأمونة في دينها ودنياها نظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فحيثما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين وجبت هناك عند الأب، أوالأخ أو الأخت أو العمة أو الخالة أو العم أو الخال، وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال، والدين مغلب على الدنيا)[1]

القول الثالث:

لا تشترط العدالة ما لم يؤد الفسق إلى الضرر بالمحضون لعدم افتقاد الأمانة فإن حصل الضرر يسقط حقها لافتقاد الأمانة لا لعدم التدين، لأنه لو اعتبرنا العدالة شرط في الحضانة لضاع معظم أطفال العالم لصعوبة تحقيقه، وبه قال المالكية [2] والحنفية[3]

الترجيح:

---

(3) **المغني**: 297/9.
(4) **روضة الطالبين** : 9/ 98.
(5) **المهذب:** 3/ 146.
(1) **المحلى:** 10/ 143، 323.
(2) **الخرشي:** في شرحه على مختصر خليل ، 211/4 ، طبعة دار صادر –بيروت.
(3) **المبسوط:** 5/ 210.

يتبادر أن الأرجح في المسألة اعتبار هذا الشرط في حال كون المحضون صاحب أقارب ممن يسعهم حضانته، فيقدم الأعدل فالأعدل بغض النظر عن قرابتهم منه وإن كانوا متصفين بالعدالة وغيرهم يتصف بالفسق قدموا عليهم، أما إن كان محدود القرابة وليس فيهم من يتصف بالعدالة فإن الضرورة تدعو إلى عدم اعتبار هذا الشرط إلا إذا تضرر المحضون فيلزم اعتباره حتى لو أسندت الحضانة إلى فرد من أفراد المسلمين لا قرابة تربطهم به.[4]

ولا صعوبة في اعتبار هذا الشرط، لأن المراد بعدم العدالة الفسق الظاهر كشرب الخمر وارتكاب الفواحش، أما مستور الحال فلا بأس بإسناد الحضانة إليه، كما يتبادر أن القول الثاني-لا تشترط العدالة حتى بلوغ المحضون سن الفهم لأنه لا ضرر عليه حتى هذا السن- له وجاهته لأنه لا يترتب عليه ضرر بالمحضون وهو غرض الحضانة فإذا احتمل حدوث الضرر انتقل إلى القول الأول وهو اعتبار شرط العدالة لاستحقاق الحضانة.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بأن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه، فالقرار إذا اعتبر أن جريمة الزنا مسقطة لحق الحضانة لكن القرار خصص المبدأ باستثناء عام أولى به أهمية قصوى وهو مصلحة المحضون، لأن هذه المصلحة إن توافرت في بقاء الصغير مع الأم الزانية، فإن ذلك يقف حائلا أن تحرم هذه المرأة من حقها في الحضانة، إذا ثبت أن الاستغناء عنها في هذه المرحلة بالذات يعد ضربا من المحال[1]

3-رشد الحاضن:

أكد المالكية شرط الرشد، فلا حضانة لسفيه مبذر حتى لا يتلف مال المحضون، أو بنفق عليه منه لما لا يليق. قال ابن عبد البر المالكي:(ولا يرون حضانة لفاجرة ولا لضعيفة ولا عاجزة عن القيام بحق الصبي لمرض أو زمانة).[2]

---

(4) **الزواج والطلاق**؛ ص 142.
(1) قرار المحكمة العليا رقم : 31997 الصادر بتاريخ 1984/01/09.
(2) **الكافي في فقه أهل المدينة**، ص 142.

وقد ذكر ابن عرفة استمرار الخلاف بين متأخري المالكية في اعتبار هذا الشرط؛ فقال نزلت ببلد باجة فكتب قاضيها لقاضي الجماعة يومئذ بتونس وهو ابن عبد السلام فكتب إليه بأن لا حضانة لها فرفع المحكوم عليه أمره إلى سلطانها الأمير أبي يحي بن الأمير أبي زكريا فأمر باجتماع فقهاء الوقت مع القاضي المذكور لينظروا في ذلك فاجتمعوا بالقصبة وكان من جملتهم ابن هارون والأجمي قاضي الأنكحة حينئذ بتونس فأفتى القاضيان وبعض أهل المجلس بأن لا حضانة لها وأفتى ابن هارون وبعض أهل المجلس بأن لها الحضانة، ورفع ذلك إلى السلطان المذكور فخرج الأمر بالعمل بفتوى ابن هارون -أي لها الحضانة- وأمر قاضي الجماعة بأن يكتب بذلك إلى قاضي باجة ففعل وهو الصواب وهو ظاهر عموم الروايات في المدونة وغيرها[3]

والراجح:في المسألة اعتبار هذا الشرط إذا كان المحضون ذا مال وخيف عليه من السفيه أن يفسد ماله، لكن إن لم يكن له غير هذا السفيه، فإنه يمكن تفادي سفهه بالحجر عليه في التصرف في مال المحضون، وليس ذلك بعسير في عصرنا فيمكن أن يحفظ مال الابن في أي بنك، ويمنع السفيه من التصرف في ماله إلا بقدر الضرورة.

أماعلى مستوى التشريع الجزائري فقد كان موقفه من هذا الشرط كالآتي:

أن الحضانة مهمة كبيرة وصعبة وشاقة ولا يتحمل مسؤوليتها وتبعاتها إلا الكبار وليس المراهقين، فالصغير ولو كان مميزا يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره ، فالمعالجة خلقت إشكالا عمليا آخر وهو كيف يولى قاصر على قاصر؟

الواضح أن المشرع أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ حكما أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى ولو كان ناقص الأهلية دونما الالتفات إلى موضوع الصفة الإجرائية في مباشرة الدعوة المملوكة قانونا للمحضون، والذي يبقى إشكالا قانونيا لم يتم الفصل فيه بعد.[1]

---

(3) **شرح ميارة**: ص 78.
(1) آثار فك الرابطة الزوجية ؛ ص56.

المطلب الثاني : الشروط الخاصة بالإناث

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي أن تتوفر في كل حاضن حتى تسند لها الحضانة والمتمثلة في الأهلية العقلية والصحية وكذا الأهلية الدينية والخلقية ؛ على النحو الذي رأينا، نجد أن الفقهاء قد خصوا بعض الشروط بالإناث حتى تعطى لهن الحضانة، والشروط الخاصة بالإناث هي :

الفرع الأول: ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه

جاء في هذا الشرط أن تكون الحاضنة خالية من الأزواج، إن لم يدخل بها الزوج واشترط بعضهم الدخول، غير أنه يستثنى من هذا الشرط حالتان[2]

الحالة الأولى: أن يتراضى والد الطفل مع زوج الأم ان يبقى الولد عند أمه، فإن ذلك يبقي حقها في الحضانة، ويسقط حق من يأتي بعدها

الحالة الثانية:أن يكون زوج الأم الجديد قريبا للطفل، ممن له حق حضانته، وإن كانت درجته بعيدة فإن حق الأم في حضانة ولدها لا يسقط حينئذ إذا رضي زوجها بحضانته. وذلك لأن له حقٌ في رعايته، ولأن له من الشفقة عليه ما يحمله على التعاون مع أمه على كفالته، والاهتمام بشأنه.

وللناس في هذا الشرط ثلاثة أقوال:

القول الأول:يبقى حقها في الحضانة ولو تزوجت بمن ليس له حق الحضانة. وبهذا قال ابن حزم وابن جرير[1]

القول الثاني: فصل أصحاب هذا القول حيث قالوا إن المحضون إذا كان أنثى فلا يسقط حقها بالتزويج حتى تبلغ المحضونة سبع سنين وإن كان ذكرا عندئذ يسقط حقها بالتزويج ولو كان

---

(2) **الفقه المنهجي** ؛ 4/ 198 .

(1) **المحلى** ؛ ج10 ، ص 323، سبل السلام ؛ ج3 ، ص 227.

زواجها بمن له حق الحضانة إذا كان المنازع لها الأب ، وإلا فلا تسقط إلا بتزويجها من أجنبي وبه قال الإمام أحمد[2]

القول الثالث: يسقط حقها في الحضانة دون تفريق بين الذكر والأنثى ولو كان زواجها بمن له حق الحضانة بشرط أن يكون المنازع لها الأب، وإلا فلا تسقط إلا بتزويجها من أجنبي. وهو قول الجمهور،مالك[3]وأبو حنيفة والشافعية وأحمد في روايةٍ وأبو ثور.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما رواه البخاري في صحيحه إذ قال أخبرنا يعقوب بن ابراهيم بن كثير أخبرنا ابن عليه أخبرنا عبد العزيز عن أنس بن مالك قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله: إن أنسا غلام كيس فليخدمك قال:**"فخدمته في السفر والحضر"**.[4]

قال ابن حزم: فهذا أنس في حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم .

-واعترض بأن مجرد البقاء مع عدم المنازع لا يحتج به، لاحتمال أنه لم يبق له قريب غيرها.

في حين استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

ما جاء في حديث البراء بن عازب مطولا في دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة في عمرة القضاء ، وفيه "فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فتبعته ابنة حمزة تنادي : يا عم يا عم، فتناولها علي ، فأخذ بيدها وقال لفاطمة –عليها السلام- : دونك ابنة عمك حمليها، فاختصم فيها علي وزيد وجعفر قال علي أنا أخذتها[1]وهي بنت عمي وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها

---

(2) **المغني** ؛ ج9، ص306.

(3) **المدونة** :2/ 244.

(4) البخاري ج5 كتاب الوصايا رقم 25(395، 2768) باب استخدام اليتيم في السفر والحضر إذا كان صالحا له

(1) عند ابن سعد من مرسل محمد بن علي بن الحسين- الباقر- وإسناده إليه صحيح: ((بينما بنت حمزة تطوف في

تحتي وقال زيد ابنة أخي، فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها، وقال "**الخالة بمنزلة الأم**" وقال لعلي-رضي الله عنه-" **أنت مني وأنا منك**" وقال لجعفر -رضي الله عنه- "**أشبهت خلقي وخلقي**" وقال لزيد- رضي الله عنه- "**أنت أخونا ومولانا**"، وقال علي – رضي الله عنه- ألا تتزوج بنت حمزة؟ قال" **إنها ابنة أخي من الرضاعة**"[2]فجعل للخالة الحضانة وهي متزوجة ، وإذا لم يسقط حق الخالة في الحضانة وهي متزوجة فالأم أولى بعدم إسقاط حضانتها مع زواجها.

-**واعترض على هذا** بأنه إنما قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة[3]

قال ابن القيم: ((للناس في قصة ابنة حمزة ثلاث مآخذ:

أحدها: أن النكاح لا يسقط الحضانة

الثاني: أن المحضون إذا كان بنتا، فنكاح أمها لا يسقط حضانتها ويسقطها إذا كان ذكرا.

والثالث: أن الزوج إذا كان نسيبا من الطفل لم تسقط حضانتها، وإلا سقطت.

فالاحتجاج بالقصة على أن النكاح لا يسقط الحضانة مطلقا لا يتم إلا بعد إبطال ذَيْنَكَ الاحتمالين الآخرين))[1] وإعمالا للقاعدة الأصولية ، الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

أما أصحاب القول الثالث فقد احتجوا بما يلي:

الرجال، إذ أخذ علي بيدها فألقاها إلى فاطمة في هودجها))، واسم ابنة حمزة عمارة على المشهور، وقيل: أمامة ، وقيل فاطمة .انظر: فتح الباري: ج7 ، 506.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، الصلح ، باب كيف يكتب: هذا ما صالح فلان بن فلان...303/5مع شرحه فتح **الباري**، والمغازي باب عمرة القضاء:499/7؛ والترمذي مختصرا، البر والصلة، باب بر الخالة، وقال: حسن صحيح؛ وابن حبان في صحيحه:229/11، 230 وأصل الحديث موجود في مسند الإمام أحمد والدارمي وغيرهم وقد جاء من حديث علي نفسه عند أبي داود، الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم (2278) ولفظه: ((**وإنما الخالة أم**))؛ البيهقي:6/8 ؛ وعند أبي داود برقم (2270) بمثل لفظ البراء؛ وأحمد في مسنده: 98/1، ولفظه ((**والجارية عند خالتها، فإن الخالة والدة**))

(3) المغني ؛ ج9 ، ص 306 .

(1) زاد المعاد ؛ ج4 ، ص 206

بأن مطلق التزويج يسقط حقها في الحضانة إذا كان المنازع لها الأب ، لما أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي ورواه الحاكم وصححه ووافقه عليه الذهبي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وصدري له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني فأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "**أنت أحق به ما لم تنكحي**"[2]

-واعترض عليه ابن حزم بأنه صحيفة فلا يحتج بها[3]

قال ابن القيم: هو حديث احتاج الناس فيه إلى عمرو بن شعيب، ولم يجدوا بدا من الاحتجاج هنا به، ومدار الحديث عليه، وليس عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث في سقوط الحضانة بالتزويج غير هذا، وقد ذهب إليه الأئمة الأربعة وغيرهم، وقد صرح بأن الجد هو عبد الله بن عمرو، فبطل قول من يقول: لعله محمد والد شعيب، فيكون الحديث مرسلا، وقد صح سماع شعيب من جده عبد الله، فبطل قول من يقول: غنه منقطع، وقد احتج به البخاري خارج صحيحه، ونص على صحة حديثه، وقال كان عبد الله بن الزبير الحميدي وأحمد واسحاق وعلى بن عبد الله يحتجون بحديثه، فمن الناس بعدهم ؛هذا لفظه، وقال اسحاق بن راهويه : هو عندنا، كأيوب عن ناقع، عن ابن عمر، وحكى الحاكم في علوم الحديث له الاتفاق على صحة حديثه، وقال أحمد بن صالح: لا يختلف على عبد الله أنها صحيفة.)1(

واستدلوا على أن زواجها بمن له حق الحضانة لا يبطل حقها إذا نازعها غير الأب بما يلي:

ما جاء في الصحيحين لما اختصم كل من علي وجعفر وزيد في بنت حمزة وقول النبي صلى الله عليه وسلم "**الخالة بمنزلة الأم**"أن اثبات حق الحضانة للخالة رغم زواجها من جعفر

---

(2) حسن: سنن أبي داود (ج1، رقم 2276 ، ص 303) كتاب الطلاق باب من أحق بالولد، سبل السلام (ج3، رقم 1079 ، ص 227) ، عبد الرزاق (م7، 12596- 153/12597) باختلاف في اللفظ، رواه مالك في الموطأ باب من أحق بالولد كتاب القضاء ، ص 321، مسند الإمام أحمد (182/2) والبيهقي (4-5/8) والدار قطني ص 418 قال عنه صحيح الإسناد، عبد الله بن يوسف الزيلعي في نصب الراية (3/ 265) وحسنه العلامة الألباني في صحيح أبي داود (2/ 1991).

(3) المحلى:ج10 ، ص 325 : والصحيفة هو الحديث الذي في سنده مقال.

(1) زاد المعاد 4/ 194.

وهو ابن عم المحضونة، فكان دليلا على أن الأم إذا تزوجت بمن له حق الحضانة لا ينزع الولد منها من باب أولى ، مادام المنازع لها غير الأب عملا بالدليلين، وكذلك فإن المرأة التي يتزوجها من له حق الحضانة فتمسك المحضون عنده في الوقت الذي لا يلحقه الجفاء منها لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة[2]

وفي الحديث اعتبار المعاني والعلل، وتأثيرها في الأحكام ، وإناطتها بها، وأن ذلك أمر مستقر في الفطر السليمة حتى فطر النساء، وهذا الوصف الذي أدلت به المرأة وجعلته سببا لتعليق الحكم به، قد قرره النبي صلى الله عليه وسلم ورتب عليه أثره ولو كان باطلا ألغاه بل ترتيبه الحكم عقيبه دليله على تأثيره فيه، وأنه سببه.

واستدل بالحديث على القضاء على الغائب، فإن الأب لم يذكر له حضور ولا مخاصمة ،ولا دلالة فيه لأنها واقعة عين لا عموم لها، فإن كان الأب حاضرا، فظاهر، وإن كان غائبا فالمرأة إنما جاءت مستفتية أفتاها النبي صلى الله عليه وسلم بمقتضى مسألتها، وإلا فلا يقبل قولها على الزوج، إنه طلقها حتى يحكم لها بالولد بمجرد قولها[3].

أما الجعفرية يشترطون في الحاضنة ألا تكون متزوجة مطلقا ولو بمحرم الصغير لإطلاق الحديث، ولم يفرقوا في ذلك بين زواج الأم وغير الام، غير أن الأم إذا تزوجت ولم يكن للطفل أب موجود لا يسقط حقها في الحضانة، لأنها أولى به بعد الأب من الجد[1].

وعلى مستوى التشريع الجزائري، فإن المادة 66 من قانون الأسرة نصت على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم مالم يضر بمصلحة المحضون.

فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه فقهاء الشريعة في كون زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير يسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع أردف في نفس المادة استثناء يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا ما كانت مصلحة المحضون مع أمه حتى ولو تزوجت بغير

---

(2) الأم: 5/ 83.
(3) زاد المعاد: 4/ 195
(1) أحكام الأسرة في الإسلام ، محمد مصطفى شلبي، ص 765.

قريب محرم، فإن الحضانة تظل من نصيب الحاضنة مراعاة لمصلحة المحضون وعلى هذا المبدأ سارت عديد قرارات المحكمة العليا.

فالمشرع أعطى للقاضي واسع الصلاحيات بالإضافة إلى السلطة التقديرية التي يملكها في مراعاة مصلحة المحضون إضافة إلى ذلك فالاستثناء الوارد عن شرط الزواج بغير قريب محرم يتمثل أيضا في:

1-إذا كان المحضون في دار من دور الحضانة، فإن حضانته تكون أولى به رغم زواجها

2-ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة

3-إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجز عن حضانته

4-أن يقع التراضي بين الأب أو من يقوم مقامه والأم في ترك المحضون لها معنى ذلك أن تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأمه أو أخته أو جدته فلا يحق لبنات العم أو العمة أو بنات الخال أو الخالة بحضانة الذكور لعدم وجود المحرم، ولكن يبقى لهن الحق في حضانة الإناث.

كذلك الشأن بالنسبة لأبناء الخال والخالة وأبناء العم والعمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور[1].

ومن خلال كل هذا يتبين أن أدلة الجمهور أقرب إلى الصواب بأنه إذا كان المنازع للأم هو الأب وقد تزوجت بأجنبي عن المحضون سقط حقها في الحضانة لكن بشرط مراعاة مصلحة المحضون في كل هذا فإذا تبين مع كل هذا مصلحته مع أمه ضم إليها رغم زواجها بالأجنبي ومع نزاع الأب لها لأن تحقيق مصلحة المحضون أولى من إرضاء الأب.

الفرع الثاني: أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون

(1) آثار فك الرابطة الزوجية ، ص 64.

وهذا محافظة عليه من الأذى والضياع وذلك حتى لا ينشأ الطفل في جو يبغضه ولا يألفه فيؤثر عليه بعد ذلك في أخلاقه وحياته)[2](

وتنص المادة 70 من نفس القانون على أنه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

والملاحظ أن ما جاءت به المادة 70 تفسيرا تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدا عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على أخلاقه ومستقبله.)[3](

الفرع الثالث: ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرٌ

امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إعسار الأب يعد مسقطا للحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة. فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربية الولد مجانا سقط حق الأولى في الحضانة[4]

المطلب الثالث: الشروط الخاصة بالذكور

إضافة إلى الشروط العامة المذكورة سلفا والتي يشترك فيها الجميع، فهناك شروط خاصة بالذكور لا بد من توافرها حتى تسند لهم الحضانة. ومن تلكم الشروط:

الفرع الأول: أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى

وهو أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى مشتهاة فلا حضانة لابن العم لأنه ليس محرما، ولأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها، فإن كانت المحضونة صغيرة لا تشتهى ،

---

(2) **الأحوال الشخصية**؛ محمد أبو زهرة، ط3 ؛ 1377هـ/ 1957دار الفكر العربي، ص 408.
(3) **آثار فك الرابطة الزوجية**؛ ص 67.
(4) **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج7 ، ص 729.

ولا يخشى عليها فلا تسقط حضانة ابن عمها ، وإذا لم يكن للمشتهاة غير ابن العم وضعت عند أمينة يختارها ابن العم، كما هو عند الشافعية والحنابلة أو يختارها القاضي، كما عند الحنفية إذا لم يكن ابن عمها أصلح لها وإلا أبقاها القاضي عنده. [1]

قال خليل: (..والمختصة بالذكر أن يكون عنده من يحضن الطفل من زوجة أو سرية.)

قال الخرشي:(الحاضن إذا كان ذكرا فإنه يشترط في حقه أن يكون له أهل يتولون المحضون من سرية أو زوجة أو مستأجرة أو متبرعة بذلك لأن الذكر لا يصبر على ما تصبر عليه النساء من أحوال الأطفال...ويشترط في الحاضن الذكر إن كانت المحضونة أنثى تطيق الوطء أن يكون محرما لها ولو في زمن الحضانة بأن يتزوج أم المحضونة في زمن إطاقتها، وإلا فلا حضانة له في زمنها ولو كان مأمونا ذا أهل عند مالك وأجازه أصبغ، ذكره في الذخيرة.) [2]

وما ذكره مالك في هذا هو الصحيح، وله قيمته الواقعية، وقد دلت السنة على ذلك فالنبي صلى الله عليه وسلم قضى بابنة حمزة لخالتها وإن كانت ذات زوج، لأن البنت تحرم على الزوج تحريم الجمع بين المرأة وخالتها وقد نبه النبي صلى الله عليه وسلم على هذا بعينه في حديث داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس فذكر الحديث بطوله، وقال فيه **"أنت يا جعفر أولى بها تحتك خالتها، ولا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها"**[1].

قال ابن القيم: وليس عن النبي صلى الله عليه وسلم نص يقتضي أن يكون الحاضن ذا رحم تحرم عليه البنت على التأبيد حتى يعترض عليه به على هذا المسلك، بل هذا مما لا تأباه قواعد الفقه وأصول الشريعة، فإن الخالة مادامت في عصمة الحاضن، فبنت أختها محرمة عليه، فإذا فارقها، فهي مع خالتها، فلا محذور في ذلك أصلا.

---

(1) **الزواج والطلاق** ؛ ص 143.

(2) **الخرشي على مختصر خليل**: ج4 ، ص 213.

(1) سبق تخريجه أنظر ص50.

ثم ذكر المفاسد المترتبة على اشتراط المحرمية المؤبدة بقوله :(ولا ريب أن القول بهذا أخير وأصلح للبنت من رفعها إلى الحاكم يدفعها إلى أجنبي تكون عنده، إذ الحاكم غير متصد للحضانة بنفسه، فهل يشك أحد أن ما حكم به النبيصلى الله عليه وسلم في هذه الواقعة هو عين المصلحة والحكمة والعدل، وغاية الاحتياط للبنت، وأن كل حكم خالفه لا ينفك عن جور أو فساد لا تأتي به الشريعة، فلا إشكال في حكمه، والإشكال كل الإشكال فيما خالفه.)[2]

الفرع الثاني: اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث، إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم ولأن الحضانة نوع من أنواع الولاية على النفس، ولا ولاية مع اختلاف في الدين ، فلو كان لصان غير قريبان في درجة واحدة واختلفوا في الدين تكون الحضانة لمن يوافقه في الدين وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه .

وإذا كان المحضون مسلما ذو الرحم غير مسلم، فلا حضانة له ، لأنه لا توارث بينهما[3]

ويترتب على فقدان أي من مستحقي الحضانة شرط من شروطها في الحضانة وانتقاله إلى الذي يليه ، ويتم التأكد من فوات شرط من شروط الحضانة بواحد من ثلاثة أمور[1]

1- إقرار الحاضنة بفقدان الشرط .
2- دعوى المعارض المصحوبة بالبيانات والتي تقضي بفقدان الحاضن ذلك الشرط .
3- تحقق القاضي أو الحاكم من فقدان الحاضن الشرط بموجب تحرياته .

---

(2) زاد المعاد ، ج4 ، ص 221
(3) أحكام الأسرة في الإسلام ، ص 766 .
(1) الفقه المنهجي ، ج 4 ، ص198-199 .

والضابط في ذلك كله والقاعدة التي يرتكز عليها هي مصلحة الطفل المحضون ، فمتى لوحظ الضرر والضياع بالمحضون منع ، ومتى انتفى أمضى ، ويكون هذا الانتقال من حاضن لا يستحق إلى الذي يليه في الترتيب حسب ما نص عليه الفقهاء في ترتيبهم لأصحاب الحق في الحضانة .

المبحث الثالث :ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم

إذا كان الطفل يخرج إلى الحياة عاجزا عن كل شيئ، فيحتاج إلى من يقوم بأموره كلها ، فإذا بلغ حد التمييز واستطاع أن بقوم ببعض شؤونه ظهرت حاجته إلى نوع آخر من الخدمة كالتعليم والتهذيب والصيانة عن الفساد، فهو في طوريه محتاج إلى خدمة، ولما كان النساء أقدر على النوع الاول لما لهن من الخبرة في هذه الامور والصبر عليها ، جعله الشارع إليهن وقدمهن على الرجال في حق الحضانة، ولما كان الرجال أقدر على النوع الثاني وكله الشارع إليهم فتوزعت المسؤولية بين النساء والرجال .

ولما كانت الأم بطبيعتها أحنى على وليدها من غيرها ، فشفقتها لا تَعْدِلُهَا شفقة وعطفها لا يقاربه عطفٌ، لذا جعلت في المرتبة الأولى .

المطلب الأول : ترتيب الإناث

اتفق الفقهاء على أن الأم أحق بحضانة ولدها من أبيه[1] ، وقد نقل ابن قدامة عدم الخلاف في المسألة فقال: ((الزوجان إذا افترقا ولهما ولد طفل أو معتوه فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ذكرا كان أم أنثى ، وهذا قول يحي الأنصاري والزهري والثوري ومالك والشافعي وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي ، ولا نعلم أحدا خالفهم))[2].

بل قد نُقِلَ الإجماع على ذلك ، قال ابن المنذر: ((أجمع كل من نحفظ عليهم من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به مالم تنكح)) .

---

(1) **أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء :**ممدوح عزمي ، دار الفكر الجامعي – الاسكندرية 1997، ص 34.
(2) المغني ، ج8 ، ص190.

وقال ابن عبد البر:((لا اعلم خلافا بين السلف من العلماء في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج انها أحق بولدها من أبيه مادام طفلا صغيرا لا يميز شيئا إذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج)) .

ومن الأدلة على ذلك :

1- ماروى عبد الله ابن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:**"أنت أحق به مالم تنكحي"**[3].قال الإمام الصنعاني: (الحديث دليل على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها، وأقرهارسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك، وحكم لها، ففيه تنبيه على المعنى المقتضى للحكم، وأن العلل والمعاني المعبرة في إثبات الأحكام مستقرة في الفطر السليمة) [4] .

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رجل: يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي ؟ قال : **أمك**، قال: ثم من ؟ ، قال: **أمك**، قال: ثم من ؟ قال: **أمك** ، قال: ثم من؟ قال: **أبوك**[1].

3- عن يحيى بن سعيد أنه قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: كانت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إن عمر فارقها فجاء عمر قباء، فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد، فأخذه بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام ، فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق -رضي الله عنه-،

---

(3) سبق تخريجه ، أنظر ص 51.
(4) سبل السلام ،ج3 ، ص227 .
(1) **حديث صحيح:** محمد ناصر الدين الألباني في:**إرواء الغليل** رقم 837.

فقال عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر -رضي الله عنه-: خل بينها وبينه فما راجعه عمر الكلام [2]

ففي الحديث دليل على أن عمر كان مذهبه في ذلك خلاف أبي بكر ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم والامضاء ، ثم كان بعد في خلافته يقضي به ويفتي، ولم يخالف ابا بكر في شيئ منه مادام الصبي صغيرا لا يميز، ولا مخالف لهما من الصحابة[3]

4- وذكر الثوري، عن عاصم، عن عكرمة قال: خاصمت امرأةُ عمرَ، عمرَ إلى أبي بكر- رضي الله عنه- وكان طلقها، فقال أبو بكر: الأم أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأرأف، وهي أحق بولدها مالم تتزوج. الحديث

5- أنها أقرب إليه ، وأشفق عليه ، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه ن وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه لأنه في بطنها ثم في حجرها مدة الرضاع بنص قوله تعالى:﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾

وبهذا نلاحظ تضافر الأدلة وقوتها، ولكثرتها لدليل قاطع على استحقاق الأم لحضانة ولدها وأنها أولى الناس بها، إذ هي الأصل والترتيب يأتي بعدها .

أما المشرع الجزائري فلم يخالف ما ذهب إليه الفقهاء من أن الأم أولى بحضانة ولدها وهذا ما جاء معبرا عنه في المادة 64 من قانون الأسرة .

وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة ، بل واعتبر حتى تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح مادام ذلك يؤثر

---

(2) أخرجه مالك في **الموطأ** ، 767/2 ، 768 ، كتاب الوصية، باب ما جاء في المثنى من الرجال، ومن أحق بالولد؛ ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى: 5/8 ، قال أبو عمر بن عبد البر في **الاستذكار**: ((هذا خبر منقطع في هذه الرواية، لكنه مشهور مروي من وجوه منقطعة ومتصلة تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل)) وانقطاعه بين القاسم وعمر بن الخطاب إذ لم يدركه القاسم؛ انظر:**أبحاث مالكية مغربية** للدكتور فاروق حمادة، ص 231 وفي رواية: ((قالت الجدة: إني حضنته، وعندي خير له وأرفق به من امرأة غيري، قال: صدقت حضنك خير له، وقضى لها به، قال عمر: سمعت وأطعت)) أنظر المدونة: 2/ 247

وكان احتضان الجدة له بسبب زواج ابنتها جميلة ، فقد تزوجها بعد عمر يزيد بن مجمع الأنصاري، وولدت له عبد الرحمن بن يزبد ، فقد رواه سحنون عن ابن وهب عن ابن لهيعة عن غير واحد من الأنصار، وغيرهم من أهل المدينة.

(3) **زاد المعاد** ، ج4 ، ص195.

سلبا على حال المحضون النفسية، وأن اسناد الحضانة لشخص آخر يجعل من القرار مجانبا للصواب[1]

الفرع الأول : ترتيب الإناث عند فقهاء الشريعة

لما كانت الأم أولى بحضانة ولدها للأدلة السابقة ؛ وهذا مع توافر الشروط فيها وخلوها من الموانع تكون لها الحضانة أما إذا حل بها مانع أو تخلف عنها شرط[2]، لم تسند لها الحضانة لأنها ليست أهلا لها وبالتالي تنقل الحضانة إلى غيرها من النساء لأن حضانة الطفل أولى وأهم فلا يترك الطفل دون رعاية لمجرد أن أمه لم تقدر على الحضانة لانتفاء شرط أو وجود مانع؛ فتنتقل الحضانة إلى غيرها من النساء. فكان ترتيب الإناث الحاضنات كالآتي:

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

أ-بعد الأم تأتي أم الأم وإن بعدت درجتها ثم أم الأب وإن بعدت درجتها، لأنها أم أيضا ، ولأن أم الأب وإن استوت في درجة أم الأم لكن من كانت من جهة الأم فهي أولى وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكل من يدلي بقرابة الأم كان أولى لأنه يكون أشفق[2]

ب-الأخت الشقيقة لأنها تدلي بقرابتين ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب ، ثم بنت الأخت الشيقة ، ثم بنت الأخت لأم ، فأم الأب أولى من الأخوات لأن لها أولادا فكانت أدخل في

---

(1) آثار فك الرابطة الزوجية ، ص70.

(2) **والشرط:** ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، فالأول احتراز من المانع، والثاني: احتراز من السبب والمانع أيضا، والثالث : احتراز من مقارنته لوجود السبب، فيلزم الوجود عند وجوده أو قيام المانع أيضا: فيقارن العدم. **والمانع:** ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته، فالأول: احتراز من السبب، والثاني: احتراز من الشرط، والثالث: احتراز من مقارنة عدمه لوجود السبب فالمعتبر من المانع وجوده ومن الشرط عدمه ومن السبب وجوده وعدمه. انظر :**شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**، للإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، دار الفكر-بيروت- لبنان 1424هـ/2004م، ص71.

(1) **أحكام وآثار الزوجية**: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية؛ للدكتور محمد سمارة ، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع –الأردن 2002.، ص 386.

(2) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** لعلاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني، ج4 ، طبعة دار الفكر العربي، –بيروت ؛ لبنان- ، ص41

الولاية وأشفق وهو قول أبو ويسف ، وقال زفر: الأخت الشقيقة والأخت لأم والخالة تقدم على الجدة أم الأب[3].

ج-الخالة الشقيقة ، فالخالة لأم ، فالخالة لأب ، فبنت الأخت لأب وقيل الخالة تقدم على الأخت لأب ، وهو قول محمد وزفر مستدلين بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: **"الخالة والدة"**[4]

د-بنت الأخ الشقيق ، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأم

هـ-العمة الشقيقة ، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب[5].

و-خالة الأم الشقيقة، ثم خالة الأم لأم ، ثم خالة الأم لأب ، ثم خالة الأب الشقيقة ، ثم خالة الأب لأم ، ثم خالة الأب لأب

ز-عمة الأم الشقيقة ، ثم عمة الأم لأم ، ثم عمة الأم لأب ، ثمعمة الأب الشقيقة ، ثم عمة الأب لأم ، ثم عمة الأب لأب ، تقديم الخالات على العمات لأنهن يدلين بقرابة الأم فكن أشفق وأولى.

2-الترتيب عند المالكية:

اختلفت تقسيمات المالكية عن الحنفية اختلافا بينا، لكن اتفقوا معهم في أنه إذا اجتمع النوع الواحد ، كان الترتيب للأشقاء أولا ، ثم لأم ، ثم لأب.

أ- بعد الأم تأتي أم الأم وتقديمها بإجماع الفقهاء متى توفرت فيها الأهلية.

بـ-الخالة الشقيقة للمحضون[1]، ثم الخالة لأم ، ثم الخالة لأب ، وقيل أن الخالة لأب لا حضانة لها، غير أنه ورد في حاشية الدسوقي أن هذا غير صواب[2]، ثم خالة الأم ، ثم عمة الأم.

---

(3) **المبسوط**: للإمام السرخسي ، ج5 ، ص210.

(4) وهو جزء من حديث طويل وله روايات متعددة **"الخالة بمنزلة الأم"** و**"الخالة والدة"**قال عنه البخاري : صحيح في المغازي ، باب عمرة القضاء ، رقم 43 ، (ج5 ، ص180)

(5) مع ملاحظة أنه ليس لبنات العمات أو بنات الخالات حق في حضانة الذكو، إذ أنهن لسن من المحارم للصغير، ولهن حضانة الإناث.أنظر:في شروط الخاصة بالذكور.

(1) **المدونة**: ج2، ص 245.**كفاية الطالب الرباني** ، م2 ، ص444.

جـ-أم الأب ، ثم أم أمه ، ثم أم أم أبيه[3].

د-الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأم ، فالأخت لأب.

هـ -العمة الشقيقة ، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب.

و-عمة الأب الشقيقة ، ثم عمة الأب لأم ، ثم عمة الأب لأب.

ز-بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم ، ثم بنت الأخ لأب، ثم بنت الأخت بالصفة السابقة[4]

3-الترتيب عند الشافعية:

إن أقرب التقسيمات في الحضانة للنظر الشرعي هي ترتيب الشافعية ثم الحنبلية فالحضانة للنساء ، ثم للوارثين من الرجال ، ثم إذا اجتمعا رجال ونساء فلهم ترتيب آخر[5]

أ-بعد الأم أمها (الجدة لأم) لمشاركتها الأم في الإرث والولادة ، ثم أم الأب وهو في قول الشافعي الجديد، وذلك لمشاركتها أم الأم في الإرث والولادة ، ثم أم أب الأب ، ثم أم أب الجد لنفس المعنى.[1]

ب -الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأب ، ثم الأخت لأم في الصحيح عندهم ، بخلاف بقية المذاهب التي تقدم الأخت لأم وسبب ذلك قولهم أنها مشتركة مع المحضون في النسب ولقوة إرثها فقد تصير عصبة[2]

---

(2) فهو مخالف لرأي الجهور الذي يقدم الأخوات على الخالات والعمات، لأنهن أقرب فهن أولاد الأبوين ، ولذلك قدمن في الميراث ،**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج2 ، ص527.

(3) **المدونة :**المرجع السابق، ص246.

(4) المرجع السابق: ج2 ، ص 245.

(5) **أحكام وآثار الزوجية** ؛المرجع السابق ، ص387.

(1) **مغني المحتاج :** بشرح محمد الخطيب الشربيني ، ج 3 ، ص 452

جـ -بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت لأم

د –الخالة الشقيقة[3] ،ثم الخالة لأب ، ثم الخالة لأم في الصحيح عندهم.

هـ -بنت الأخت ، ثم بنت الأخ ، وهي أولى من العمة لأنها أقرب فهي ولد لأب ، والعمة ولد لجد ، وذلك كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم.

و–العمة الشقيقة ، ثم العمة لأب وهي أخت جد المحضون ، ثم العمة لأم.

وعندهم إذا تساوى اثنان في القرابة ، كأختين ، أو خالتين ، أو عمتين؛ أقرع بينهما لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ولا فضل لأحدهما على الآخر فوجب التقديم بالإقراع تحقيقا للعدالة.[4]

4-الترتيب عند الحنابلة:

أ –بعد الأم ، أم الأم (الجدة لأم) ثم أم الأب ، وعند أحمد العكس، أم الأب مقدمة[1].

بـ -أم الجد لأم، ثم أم الجد لأب ؛ لأن الأنوثة مع التساوي موجب للرجحان

جـ -أم جد الأب ، ثم أم جد الجد.

د–الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأب ، لأن الحق من قبلها ولأنها أقوى في الميراث ، ثم الأخت لأم لأنهن يشاركن في النسب ، وفيه خلاف. وتقديم أمهات الجد عليهن لأنهن يدلين بمن هو أحق وقدمن على الأخوات لإدلائهن بالأب ، ولما فيهن من وصف الولادة ، وكون الطفل فرع منهن وذلك مفقود في الأخوات.

هـ -الخالة الشقيقة ،ثم الخالة لأب ، ثم الخالة لأم.

و -العمة الشقيقة ، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب ، وتقديم الخالة عليها لأنها تدلي بالأم

---

(2) **المجموع** بشرح **المهذب**: للإمام النووي، م**18**، ص 327/326.

(3) وتقديم الخالة على بنات الأخت والأخ ، لأن بنت الأخ تدلي بقرابة الذكر ، والخالة تدلي بقرابة الأم لحديث**"الخالة والدة"** وقد تقدم تخريجه.

(4) **الأم :** ج**5**، ص93/92 ؛ **مغني المحتاج** ، ج**3** ، ص454/453.

(1) **زاد المعاد** ، ج4 ، ص196.[1]

ز–ثم خالات أم المحضون، ثم خالات أبيه.

حـ -ثم عمات أبيه

ط–ثم بنات الأخت ، وبنات الأخ.

ي–ثم بنات العمة ، وبنات العم.

ك -بنات عمات أب المحضون ، وبنات أعمام أب المحضون.[2]

5-الترتيب عند الظاهرية:

الأم ، ثم الجدة ، ثم أخت المحضون ، ثم الأقارب بعد الأخوات ، فإن استووا قدمت الأحوط للصغير في دنياه ، و إلا قدمت الأحوط في دينها ، لأن الحضانة لذ الدين ، فإن تساووا في كل هذا فالتراضي وإلا القرعة.[1]

مسائل متعلقة بمراتب الحضانة:

- ❖ في حالة تعدد أهل الدرجة يبدأ بالأكبر سنا كما لو وجدت أختان إحداهما بلغ سنها أربعين سنة في حين بلغ سن الأخرى خمس وثلاثون سنة ، فالمعتبرة هي الأولى لأن الأكبر أقرب للصبر والرفق بالمحضون.
- ❖ إذا استووا من جميع الوجوه –الدرجة والسن تماما- فالمعتبرة أكثرهم شفقة وصيانة فإن تساووا فالقرعة هي الفيصل بينهما

الفرع الثاني: ترتيب الإناث في قانون الأسرة الجزائري

أولا ترتيب الحاضنات قبل تعديل 2005

أ –الأم أولى بحضانة ولدها المسلم حتى ولو كانت على غير دينه، إلا إذا خيف على دينه.

---

(2) **المغني** ، 7/ 619،620. [2]

(1) **المحلى** ، 143/10، مع التركيز على الأمانة في الدين وهو شرط ضروري عند ابن حزم في التقديم والتأخير.

بـ -أم الأم (الجدة)

جـ -أم الأب

دـالأقرب درجة.

هذا الترتيب الذي كان معمولا به قبل تعديل 2005، ونلاحظ أن المشرع لم يخالف فقهاء الشريعة في الحفاظ على ترتيب أم الأم (الجدة) باعتبارها تقاسم أم المحضون العطف والحنان وكل ما هو معتبر لاستحقاق هذا الحق، إلا أن المشرع سكت عن تعريف الأقرب درجة ولم يوضح معالمها، فكان لزاما توضيحها لأن الأمر متعلق بمصالح الغير وهو حضانة الطفل وصيانته؛ فهناك مخرج من ذات القانون نفسه، فقد نص المشرع في حالة وجود نص مبهم أو غير واضح -كما هو الأمر في قضية الحال- بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا ما جاء في الأحكام الختامية في المادة **222** من الفصل الرابع من قانون الأسرة بقولها: **"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"**.

وبتطبيق المادة المذكورة نرجع إلى ما ذكرناه من آراء للمذاهب الفقهية في مسألة ترتيب الحاضنين.

ثانيا: ترتيب الحاضنات بعد تعديل 2005

أ ـالأم؛ أبقى المشرع على مرتبة الأم حيث أولاها الحضانة قبل الجميع

بـ -أم الأم (الجدة)

جـ -أم الأب

دـالخالة

هـ -العمة

و -الأقرب درجة.

نلاحظ أن المشرع في تعديل 2005 أبقى على ترتيب النساء الذي كان قبل التعديل، كما أبقى على الدرجة المبهمة وهي الأقرب درجة، مما يحيلنا إلى تطبيق المادة 222 ؛ إلا أن الجديد الذي جاء به وهو ذكر الخالة والعمة حيث أخرجهم من مرتبة الأقرب درجة، في السابق أي قبل التعديل كان الترتيب صعب حيث يتم بعد الرجوع إلى المادة المذكورة والتي بدورها تحيلنا إلى ماجاء في أحكام الشريعة الإسلامية، وما قاله الفقهاء لكن التعديل الجديد سهل العملية وهو التطبيق المباشر الذي نص عليه المشرع، وهذه مندوحة.

المطلب الثاني : ترتيب الذكور المحارم من العصبات[1]

إذا لم يكن أحد من النساء السابق ذكرهن موجودة أو وجدت لكن لم تستوفي كامل الشروط أو حل بها مانع ، فإن الحضانة تنتقل إلى العصبة من الذكور وهم مرتبون حسب ترتيبهم في الميراث والولاية في النكاح.

الفرع الأول: الترتيب عند فقهاء الشريعة

1 –الحنفية[2]

أ –الأب ، ثم أب الأب ، ثم أبوه وإن علا

بـ -الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب وإن نزل

جـ -العم الشقيق ، فالعم لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عم الأب لأب ، ثم ابن العم الشقيق، ابن العم لأب[3].

---

(1) الرجال المحارم لأنه شرط في الرجال المحرمية إذا كان المحضون أنثى مشتهاة.
(2) يلاحظ أن ترتيب الرجال المحارم من العصبات يأتي بعدما تنتهي جهة النساء كاملة ، بخلاف باقي المذاهب. أحكام وآثار الزوجية ص 385.
(3) مع ملاحظة أنه لا حق لأبناء العم والعمة ، وأبناء الخال والخالة في حضانة الإناث

والبنت تدفع إلى ابن العم إذا كانت غير مشتهاة أو كانت كذلك وكان هو أمينا عليها فإذا لم يكن لها غير ابن عمها فللقاضي الخيار.

فإذا لم يوجد من العصبات المحارم أحد ، أو وجد ولم يكن أهلا للحضانة انتقل حق الحضانة إلى محارمه من الرجال غير العصبة على الترتيب التالي[4].

دـالجد لأم ، فالأخ لأم ، فابن الأخ لأم ، فابن الأخت لأم ، ثم العم لأم ، فالخال لأبوين ، فالخال لأب ، فالخال لأم

2-المالكية:[1]

أ-الأب .

بـالأخ الشقيق .

جـالأخ لأم .

د-الأخ لأب .

هـالجد لأب .

و-ابن الأخ الشقيق .

ز-ابن الأخ لأم .

حـابن الأخ لأب .

طـالعم الشقيق .

---

(4) **المبسوط** : ج5 ، ص 211، 212.

(1) لقد خالف المالكية الحنفية في ترتيبهم للرجال ، فالأحناف رتبوا الرجال بعد ما تنتهي جهة النساء كاملة وقد خالفهم المالكية في ذلك حيث جاء ترتيب الأب قبل الأخت والعمة، وإنما جاء الترتيب بهذا الشكل للمحافظة على ترتيب المطالب لا غير.

ي-العم لأم .

ك-العم لأب .

ل-ابن العم الشقيق .

م-ابن العم لأم .

ن-ابن العم لأب[2].

وقد جاء ترتيب الأب بعد الخالة والخالة لأم والعمة لأم ثم الجدة لأب ، ويلاحظ ان هذا التقسيم لا يقوم على دليل ، فهو يقدم خالة الأم وعمتها على الأب ، وقد اعترض ابن القيم على هذا التقسيم وناقشه قائلا: إن تقديم مالك الخالة وخالة الأم على الأب تقديم في غاية البعد، فكيف تقدم قرابة الأم وإن بعدت على الأب نفسه ، مع أن الأب أشفق على الطفل ، وأرعى لمصلحته من قرابة الأم ، فإنه ليس إليهم بحال ولا ينسب إليهم ، بل هو أجنبي منهم، وإنما نسبه وولاؤه إلى أقارب أبيه ، وهم أولى به يعقلون عنه ، وينفقون عليه عند الجمهور، ويتوارثون بالتعصيب وإن بعدت القرابة بينهم ، بخلاف قرابة الأم ، فإنه لا يثبت فيها ذلك ، ولا توارث فيها إلا في أمهاتها وأقل درجة من فروعها وهو ولدها ، فكيف تقدم هذه القرابة على الأب ومن جهته ولاسيما إذا قيل بتقديم خالة الخالة على الأب نفسه وعلى أمه ، فهذا القول مما تأباه أصول الشريعة وقواعدها[1].

وقد ورد عن ابن رشد أنه يحتمل أن يكون الجد وإن علا أحق من ابن الأخ ومن ابن العم، ويحتمل أن يكون الأحق من العصبة:

- الاخ ثم الجد ثم ابن الاخ ثم العم ثم ابن العم وإن نزل ثم أبو الجد .

كما اختلف المالكية في الجد لأم كذلك ، فذهب ابن رشد إلى أنه لاحضانة له كالخال ، وذهب اللخمي إلى أنه لم يوجد له في الحضانة نص غير أنه يرى أن له حقا فيها لتوافر الحنان والشفقة فيه لأنه أب .

---

(2) إذا كان المحضون ذكرا ، لأن الذكور من العصبات لا بحق لهم حضانة البنات وإنما لهم حق حضانة الذكور فقط .
(1) زاد المعاد ،197/4.

ومع التساوي يقدم الأكثر شفقة وصيانة ، فإن تساوى قدم الأسن ، فإن تساويا القرعة هي الفيصل بينهما. قال في التوضيح : ووجه تقديم بعض الحاضنين على بعض على الترتيب المقدم قوة الشفقة في المقدم، ولهذا قال اللخمي: لو علم ممن قدمنا قلة الحنان والعطف، بجفاء أو قساوة في الطبع، أو لأمر بينه وبين أم الولد وأبيه ، وعلم ممن أخرناه الحنان والعطف؛ لقدم على من علم منه القساوة أو غير ذلك[2].

3-الشافعية[3]:

إن أقرب التقسيمات في الحضانة للنظر الشرعي هو ترتيب الشافعية فالحضانة للنساء كما تقدم ، ثم للوارثين من الرجال، وهذا بعد انعدام الحاضنات من النساء تنتقل الحضانة للوارثين من الرجال على ترتيب ولاية النكاح ، الأبوة ثم الأخوة ، ثم العمومة.

وجاء الترتيب كما يلي:

أ -الأب

ب -الجد لأب

جـ -الإخوة

د–أبناء الأخوات

هـ -أبناء الإخوة

و-الأعمام

وإذا تساوى الحاضنون من درجة واحدة أقرع بينهم ، ثم تنتقل الولاية إلى القاضي ولا حضانة لذوي الارحام.[1]

ويلاحظ أن ترتيب الأب جاء في المرتبة الثالثة أي بعد الأم وأمها لأنه أشفق على ولده من كل من يأتي بعده[2].

---

(2) كفاية الطالب الرباني ،445/2 .

(3) يلاحظ أنه نفس ترتيب الشافعية هو عند **الحنابلة** ، فهم كذلك جعلوا الأب في المرتبة الثالثة بعد الأم وأمها إلا أنهم خالفوا الشافعية في ترتيبهم لذوي الأرحام وهذا بعد انعدام النساء والرجال : على الترتيب التالي: الجد لأم – الأخ لأم – الخال .ثم تنتقل الحضانة بالولاية إلى القاضي ليضعها حيث يرى مصلحة المحضون. أنظر :**المغني** ، 621،623/7

(1) أنظر المراجع : المهذب ، 180،181/2، نهاية المحتاج ، 270،273/6 ، ومغني المحتاج ، 353،355/3.

الفرع الثاني: ترتيب الذكور في قانون الأسرة الجزائري

أولا:قبل تعديل 2005

العبرة في الحضانة أن جانب الأنثى مغلب على جانب الذكورة لخصوصيتها ، والهدف من وجودها ، ذلك أن الأنثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير وحمايته والصبر على مشاق ذلك.

إلا أننا نجد الاستثناء في هذا المبدأ وهو تقديم الأب على بعض النساء حيث سبق الأب أم الأب[3]، يعني أن المشرع أقر بقدرة الأب على رعاية المحضون كمراعاة النساء له.

غير أن الذي يلي الأب في الترتيب لم يصرح به وبالتالي يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، بتطبيق أحكام المادة 222، كما ذكر سابقا، ثم جاءت عبارة الأصلح وفقا لمصلحة المحضون ، فهنا يحرص القاضي في مراعاة تلك المصلحة إلى من يراه أهلا للقيام بها.

فالحديث عن مصلحة المحضون يقودنا بصفة آلية إلى الجزم بأن الترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام وبالتالي يمكن مخالفته غذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها ، وأن غيره ممن ليسوا مرتبين أحق بالحضانة منه ، لتبقى مسألة إثبات الأجدر والأكفء للحضانة أمر موضوعي يخضع لسلطة القاضي التقديرية[1].

ثانيا: بعد تعديل 2005

أحدث المشرع الجزائري تعديلا في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005 إذ نص على ما يلي:

"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

---

(2) أحكام وآثار الزوجية ، ص388

(3) وهذا خلافا لما قال به مالك وأبو حنيفة ، وعملا بالمذهب الشافعي والحنبلي.

(1) آثار فك الرابطة الزوجية ، ص74.

فالتعديل جاء مخالفا لما سبق تبيانه ، وجاء معاكسا لما أدى به فقهاء الشريعة الإسلامية، ويظل البحث عن سبب التعديل.

ومع ذلك يمكن القول أن تعديل المادة المذكورة جاء معالجة للواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية، لا سيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة

ويذكر بعض المسؤولين في وزارة العدل في الجزائر أن إحصائيات أجريت أكدت أهمية النزاع بين الأب والأم وذويهما فيما يتعلق بأحقية الحضانة، كما أن الأب يعتبر حقه مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها.

فتعديل 2005؛ وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسالة ترتيب الحاضنين ، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم والأب وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب ،إلا أنه أقر مبدأ الترتيب بين الوالدين .

وإذا كانت المادة 64 بعد التعديل واضحة المعالم بشأن المراكز القانونية التي تعرض بعد صدور القانون الجديد ، إلا أنه يظل الإشكال قائما حول المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ولم تكتمل إلا بصدور القانون الجديد.

فإذا ما نازع الأب الجدة لأم من أجل إسناد حضانة ولده أثناء سريان القانون القديم، وحكم لصالح الجدة لأم في ممارسة الحضانة ، وبعدها بأيام صدر القانون الجديد الذي يمنح للأب مرتبة أسبق من الجدة لأم ، وعاود الأب تأسيسا على ذلك رفع دعوى للمطالبة بإسناد حضانة الابن له، فهل يخضع النزاع للقانون القديم أم أنه يخضع للقانون الجديد؟[1]

مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان:[2]

تخضع إشكالية تنازع القوانين من حيث الزمان إلى مبدأين ، يتمثل الأول في مبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي والثاني يقوم على الأثر الفوري للقانون الجديد.

---

(1) المرجع السابق ، ص 80.
(2) القانون الدولي الخاص، اسعاد موحند، 179/1، ديوان المطبوعات الجامعية،1989.

1-المبدأ الأول أن القانون القديم ليس له أثر رجعي على المراكز القانونية التي تشكلت وانقضت والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من القانون المدني:**"لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ، ولا يكون له أثر رجعي..."**[3]

وتطبيقا لذلك فإن أصحاب الحق في الحضانة طبقا للقانون القديم يكونون قد اكتسبوا مركزا قانونيا مكتملا ، إذا انقضت المدة المحددة للحضانة قبل صدور القانون الجديد، وبالتالي فالآثار المجرة عن ممارسة الحضانة تبقى خاضعة للقانون القديم باعتبار المركز القانوني لصاحب الحق في الحضانة قد نشأ واكتمل في ظل القانون القديم ، ولا يسري القانون الجديد على المراكز القانونية التي تشكلت وانقضت وعلى الآثار القانونية التي ترتبت لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد[4]

2- والمبدأ الثاني هو الأثر الفوري للقانون الجديد أي سريان هذا الأخير على جميع الوقائع التي حصلت بعد صدوره ، إذ تكون المراكز القانونية التي تكونت وانقضت، وكذا آثارها التي ترتبت في ظله خاضعة له ، وذلك تطبيقا لنص المادة 07 من القانون المدني التي تنص على **"تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا"** بل تخضع له القواعد الإجرائية والموضوعية على حد سواء.[1]

إلا أن هناك صنف ثالث من المراكز القانونية التي تبدأ في التشكيل أو الانقضاء ، لكن تمام التشكيل والانقضاء لا يتم إلا في ظل القانون الجديد ، فكيف الحل إلى ذلك؟

لو فرضنا أنه بتاريخ 2005/01/01 قضت محكمة (س) بإسناد حضانة الطفل (أ) إلى أم أمه (ب) بعدما قام (ج) وهو أب الطفل بمرافعة الجدة لأم (ب) من أجل إسقاط الحضانة عنها وإسنادها له. وكان حكم المحكمة (س) مبنيا على المادة 64 من قانون الأسرة القديم والتي تضع أم الأم في مرتبة أولى من أب المحضون.

---

(3) قانون رقم 05-07 مؤرّخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2008 يعدلويتمم الأمررقم 58، 75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ا لموافق 26 سبتمبر سنة1975والمتضمن القانون المدني.

(4) **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية** ، ج1 (تنازع القوانين) ، مطبعة الكاهنة – الجزائر- 2004، ص 94.

(1) **محاضرات ألقيت بمعهد القضاة**: الأستاذ زودة عمر، المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر2003

فمركز الجدة لأم نشأ في ظل القانون القديم غير أنه لم يكتمل طالما أن ممارسة الحضانة مستمرة لبلوغ المحضون سن العاشرة أو السادسة عشر ، وسن الزواج بالنسبة للأنثى.

ثم يصدر قانون جديد كالذي صدر في 2005/02/27 بموجب الأمر 05/02 ، وينص في مادته 64 الجديدة بأن الأب أولى بحضانة ولده من الجدة لأم.

فهنا هل يطبق القانون القديم أم الجديد؟

فإذا أجبنا بالقول إن تمام تشكل هذا المركز يخضع للقانون القديم الذي نشأ في ظله ، فإن متى ذلك أن دعوى الأب ترفض ويبقى حق ممارسة الحضانة من نصيب الجدة لأم طبقا لما يقضي به القانون الذي أنشأ للجدة لأم هذا المركز.

معنى ذلك أننا جعلنا للقانون القديم أثر مستمر يصطدم مع الأثر الفوري للقانون الجديد، وفي نفس الوقت يتناقض هذا الحل مع الهدف الذي توخاه المشرع من إعطاء الأب فرصة ممارسة حقه في رعاية أولاده وحمايتهم بعد أمهم ، وذلك بمناسبة الانفصال.

أما إذا أجبنا على السؤال بالقول إن تمام تشكل أو انقضاء المركز القانوني المستمر يخضع للأثر الفوري للقانون الجديد ، وهو الجواب الصحيح.

ومن ثمة وجب على القاضي أن يسقط حق الحضانة عن الجدة لأم ويسندها للأب لأن مركز الجدة لأم الذي تشكل في ظل القانون القديم لم يكتمل إلا في ظل القانون الجديد والاكتمال المقصود هو انقضاء الحضانة ببلوغ المحضون السن المحددة قانونا[1].

الناظر المتأمل في ترتيب أصحاب الحضانة ، في المذاهب الفقهية يرى اختلافا بينا، فمنهم من يرى أن لذوي الأرحام حضانة ، ومنهم من ينفي حضانتهم ، ومنهم من يقدم الخالة، أو خالة الأم على الأب أو أم الأب، ومنهم من يقدم الأشقاء أولا، ثم الذين لأم ، ثم الذين لأب، ومنهم من يقدم الذين لأب على الإخوة لأم، وهذا على ما يبدو لاختلاف المنطلق الذي ينطلقون منه ، فالذي ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم هو تقديم الأم في الحضانة على

---

(1) آثار فك الرابطة الزوجية ، ص 82 ، 83.

الأب، فهل قدمت الأم لتقديم جهتها ، أم قدمت لأنوثتها، وعلى كل فهذه التقسيمات والترتيب في الحضانة أمر اجتهادي بحت يمكن أن يكون الاجتهاد فيه صواب كما يمكن أن يكون مجانبا له.[2]

ولشيخ الاسلام ابن تيمية رأي في هذه المسألة، إذ يقول: إن الأم قدمت في الحضانة لأنها أنثى لا لتقديم جهتها ، إذ لو كانت جهتها راجحة ، لترجح رجالها ونساؤها على الرجال والنساء من جهة الأب، ولما لم يترجح رجالها اتفاقا ، فكذلك النساء لأنه ليس هنالك فرق مؤثر.

ثم إن أصول الشرع وقواعده مشاهدة بتقديم أقارب الأب في الميراث وولاية النكاح، وولاية الموت وغير ذلك، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم في حكم من الأحكام ، فمن قدمها في الحضانة فقد خرج عن موجب الدليل.

والصواب ، هو أن الأم قدمت ، لأن النساء أرفق بالطفل وأخبر بتربيته وأصبر على ذلك، وعلى هذا فالجدة أم الأب، أولى من أم الأم ، والأخت لأب أولى من الأخت لأم، والعمة أولى من الخالة، وعلى هذا فتقدم أم الأب على أب الأب، كما تقدم الأم على الأب.

وإذا تقرر هذا الأصل ، فهو أصل منضبط مطرد لا تتناقض فروعه ، بل إن اتفقت القرابة والدرجة واحدة قدمت الأنثى على الذكر ، فتقدم الأخت على الأخ ، والعمة على العم، والجدة على الجد ، وإن اختلفت القرابة ، قدمت قرابة الأب على قرابة الأم ، فتقدم الخت لأب على الأخت لأم ، والعمة على الخالة ، وعمة الأب على خالته وهلم جرا.

وهذا هو الاعتبار الصحيح والقياس المطرد، وهذا هو المعنى الذي قضى به سيد قضاة الإسلام شريح كما روى وكيع في مصنفه قال: اختصم عم وخال إلى شريح في طفل فقضى به للعم ، فقال الخال: أنا أنفق عليه من مالي فدفعه شريح إليه - أي إلى الخال-

---

(2) في إشارة إلى الحديث "**إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد وأخطأ فله أجر الاجتهاد**" صحيح البخاري رقم : 6935 .

ومن سلك غير هذا المسلك كان لا بد أن يقع في التناقض مثال ذلك : إن الأئمة الأربعة يقدمون في الحضانة أم الأم على أم الأب، فلما تغيرت درجة القرابة ؛ قدم الشافعي والإمام أحمد الأخت لأب على الأخت لأم، وبذلك تركوا القياس ، وسار أبو حنيفة على تقديم الأخت لأم ، فكان أشد تناقضا.

ولذا ففي الحضانة يقدم أقرب الأقارب من الطفل، وأقومهم بصفات الحضانة، فإذا اجتمع اثنان فأكثر، فإن استوت الدرجة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب والجدة على الجد والعمة على العم والأخت على الأخ.

فإن كان ذكرين أو انثيين قدم أحدمها بالقرعة عند استواء درجتهما وعند اختلاف الدرجة إن كانا من جهة واحدة قدم الأقرب ، فتقدم الأخت على ابنها وهكذا، ولا حضانة للأخ من الأم بحال لأنه ليس من العصبات وكذلك الخال[1].

وخلاصة القول في نهاية هذا الفصل :

1-أن سن انتهاء الحضانة الذي اعتمده الجمهور والمشرع الجزائري يعد سنا متأخر جدا لا يتناسب وحقيقة الحضانة أما السن الذي اعتمده الحنفية هو الأقرب للصواب ، لأن وظائف الحضانة من لبس وطعام وتنظيف جسم يقوم بها الولد –وخاصة الأنثى- قبل تلك السن وبالتالي لا وجود لمعنى الحضانة لمن كبر سنه واستغنى عنها.

2-من شروط الحضانة العقل والبلوغ والأمانة والرشد، أما شرط الإسلام في الأم الحاضنة فيستثنى من عداد الشروط إذا خيف على مصلحة الولد و مصيره ، أما إذا تحققت تلك المصلحة ، فيعتبر شرط الإسلام.

3-من شروط المرأة الحاضنة:

أ -ألا تتزوج من أجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم ، إذا ضر بمصلحة المحضون

(1) زاد المعاد ، ج4 ، ص 211

بـ -أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون.

جـ -ألا تمتنع عن حضانته مجانا والأب معسرا.

4-أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى ، إلا إذا خيف على مصلحتها فللقاضي أو الحاكم واسع النظر في المسألة.

5- الذكور من العصبات لا يحق لهم حضانة الإناث (أبناء العم والعمة لا يحق لهم حضانة البنات)

6-لا يحق للإناث حضانة الذكور من العصبات (البنات لا يحضن أبناء الأعمام وأبناء العمات وأبناء الخال وأبناء الخالة)

7- الأم أولى الناس بحضانة ابنها، باتفاق الفقه والقانون، إلا إذا حل بها مانع، فتسند الحضانة للذي يأتي بعدها في الترتيب.

8- جاء ترتيب الأب في المرتبة الثانية أي بعد الأم وهذا بعد تعديل 2005 ويكون بذلك قد خالف جميع الفقهاء في المسألة ، حرصا منه على أن يساوي بين جهة الأم والأب ، وأن يقر مبدأ التداول ، ولأن أساس المسألة الاجتهاد لأن المنصوص عليه في الأحاديث هي الأم وما بعدها كله اجتهادات.

9- في مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان ، القانون القديم يطبق على الوقائع والمراكز القانونية التي نشأة واكتملت في ظله، أما القانون الجديد فيطبق بأثر فوري على الوقائع التي حدثت بعده ، ويطبق كذلك بأثر رجعي على الوقائع التي حدثت قبل صدوره ، وعلى المراكز القانونية التي لم تكتمل بعد رغم أنها نشأة في ظل القانون القديم.

المبحث الأول: الآثار المترتبة على عملية الحضانة

رتب المشرّع الجزائري وقبله الشريعة الإسلامية آثارا لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا الزوجين المنفصلين، فالحضانة لما تتطلبه من جهود كبيرة في تربية المحضون ونشأته النشأة السوية ، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون، ويظل السؤال مطروحا فيما يتعلق بمكان الحضانة وحق الرؤية، وأجرة الحضانة كون الحاضنة تبذل جهدا في سبيل ذلك إضافة إلى حق الزيارة التي يَكْفُلُها الشرع والقانون لأحد الأبوين الذي ابتعد عن ابنه بمناسبة الحضانة وبعد طلاق الوالدين.

المطلب الأول: أجرة الحضانة

الحضانة هي تربية الصغير وملاحظة شؤونه ليست إلا عملا من الأعمال تؤديه الحاضنة لحساب والد الصغير بالأجرة التي تستحقها في مقابل هذا العمل ومن حيث إن

النفقات التي تجب للصغير على أبيه من طعام وكسوة ومسكن وأجور حاضنة وتعليم وخلافه، ومن حيث الأجرة التي يستحقها العامل نظير عمله من قبل صاحب العمل وإن كانت لا تجب إلا بالتعاقد عليها إلا أن التعاقد بين الأم ووالد الصغير على حضانته والقيام بتربيته موجودا ضمنا وثابت فعلا باعتبار أن الحضانة أثر من آثار الزوجية، ونتيجة من نتائج عقد الزواج الذي حصل بينهما على أحكام الشريعة الإسلامية، فهي سلطة على هذا العمل من قبل الشارع فتستحق أجر عليه[1].

فأجرة الحضانة هي شيء من المال تستحقه الحاضنة في مقابل قيامها بشؤون الصغير وهو حق خالص لها عند من أوجبه.

حكمها: فقد اختلف الفقهاء في حق الحاضن في أجرة الحضانة وذلك بحسب حالة الحاضن.فالحاضنة للصغير إما أن تكون أمّا له وإما أن تكون غيرها من سائر الحاضنات فإن كانت أم الصغير نفرق بين حالتين:

الأولى:

حال قيام الزوجية بين الحاضنة ووالد المحضون[2] ويستوي الأمر إذا كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا شريطة بقاءها في فترة العدة. ففي كلا الموضعين سواء مطلقة وفي العدة أو الزوجية قائمة فهي لا تستحق أجرة الحضانة ، كذلك لوجوب الحضانة عليها شرعا ورعايتها لأطفالها من زوجيتها القائمة.

ومن أنصارهذا القول: جمهور الأحناف[3] وبعض المالكية وبعض الحنابلة وبعض الإباضية

ومن أدلتهم على هذا:

(1) أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، مرجع سابق ص.39-40.
(2) **الحضانة في الفقه الإسلامي**. ص94 وما بعدها.
(3) **بدائع الصنائع**: ج4 ، ص40.

أن أجرة الحضانة ليست عوضا خالصا بل هي مُؤْنَة ونفقة والنفقة ثابتة بمقتضى الزوجية أو العدة فلا تستحق شيئا آخر – أي لا تستحق نفقتين في آن واحد- ولأن الحضانة مستحقة لها والأجرة لا تؤخذ على أمر مستحق لأنها تكون عندئذ رشوة وهي محرمة.

أجرة الحضانة تجب لحفظ الصغير وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضا عن منفعة تحصل لها لأن أخذ الأجرة لا تكون على فعل واجب عليها[3].

واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿**وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ فهذا في الزوجة أن عليها أن ترضع ولدها لوالده وعلى الزوج كسوتها ونفقتها بلا أجر رِبَايَة وهو أكثر ما قيل، وإنما الرباية للمطلقة التي لا كسوة لها ولا نفقة

الثانية:

حالة طلاق الحاضنة من والد المحضون وانقضاء فترة العدة وفي هذه الحالة تستحق الحاضنة أجرة الحضانة لأنها لا تستحق نفقة على الأب حينئذ وقد حبست نفسها عن الزواجللقيام بالحضانة ومن حَبِسَ نفسه للقيام بعمل استحق الأجر في مقابل هذا العمل. وتستحق هذا الحق في الأجر من تاريخ انقضاء عدتها[1]. أن الحاضنة تستحق الأجرة على الحضانة ولو كانت على الصفة السابقة.

وقد استدلّوا بمايلي:

أن على الزوج وحده نفقة ولده وخدمته، والحضانة خدمة له فيلزمه أجرتها وكما قاس هؤلاء الحاضنة بهذه الصفة بالحاضنة المطلقة طلاقا بائنا وقد انقضت عدتها والتي تستحق الأجرة على حضانة ولدها، وقالوا في المطلقة طلاقا بائنا وهي في فترة العدة إن النكاح قد زال عنها بالإبانة فصارت كالأجنبية.[2]

---

(3) **أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء** ، المرجع السابق .ص40.
(1) أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء. ص41.
(2) بدائع الصنائع ،.41/4.

أما إذا كانت الحاضنة غير أم، فإنها تستحق الأجرة عاد الحضانة بكلّ سواء أكانت قريبة لأبي المحضون أم غير قريبة وهذا باتفاق فقهاء المذاهب[1] لأن المعني الذي أوجب الأجرة في حال عدم قيام الزوجية وهو أن الأب لا يقوم بالنفاق عليها موجود في غير الأم.

كما تستحق أجرة الحضانة المعتدة من وفاة لأنها غير مستحقة لنفقة عدة إذ لا تكون حينئذ قد جمعت بين نفقة عدتها وأجرة حضانتها كما تستحق أجرة الحضانة المعتدة التي أمرت بالكف عن المطالبة بنفقة عدتها لمضيّ سنة من تاريخ طلاقها إذ لا نفقة لها على والد الصغير.[2]

وعلى مستوى التشريع في الجزائر فإنه لم يقُل بأجرة الحضانة بالتمعن في المواد 75، 76، 77،78 ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحاضنة من عدمها ، سيما وأن المادة222 من قانون الأسرة تحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية ، وأن المسألة ليست على قول واحد.[3]

وهذا كله إذا لم يوجد متبرع يتبرع بحضانته مجانا وهذا ما سنراه لاحقا ونخلص في مسألة أجرة الحضانة أن حكمها يختلف بحسب حال الحاضن والمحضون والملزم بأجرة الحضانة وبيان ذلك أنه إذا كانت الحاضنة ميسورة الحال ولم تكن بحاجة شديدة إلى المال، وكان زوجها في نفس الوقت فقيرا أو غير قادر على دفع أجرة لها، وكان المحضون ممن لا ترهق حضانته إرهاقا شديدا بحيث يحبس الحاضن عن القيام بشؤونه فإن الأرجح في هذه المسألة هو القول الأول لقيام الزوجية عاد التفصيل الذي سبق ذكره لعدم حاجة الحاضنة إلى أجرة وتضرر المحضون بدفعها.

أما إذا كانت الحاضنة محتاجة أو فقيرة أو قد حبست نفسها على المحضون وكان في طاقة الزوج دفع أجرة لها فإن الأرجح في هذا هو وجوب دفع هذه الأجرة وتتناسب قيمتها بحسب حاله يسرا وعسرا[4]

---

(1) **رد المحتار على الدرّ المختار، شرح تنوير الأبصار:**لمحمد بن أمين بن عابدين 636،637/2 طبعة دارالكتب العلمية
(2) أحكام الحضانة ،.ص41.
(3) آثار فك الرابطة الزوجية. ص 86 ،87.
(4) الزواج والطلاق وحقوق الأولاد, ص 149، 148.

فأجرة الحضانة ليست عوضا خالصا وإنما هي كأجرة الرضاع مؤونة ونفقة، فالأجرة شبيهة بالنفقة فهي ليست نفقة خالصة ولا أجرة خالصة.

مسألة التبرع بالحضانة:

إن أجرة حضانة الصغير تختلف من حالة إلى أخرى فهي واجبة في مال الصغير إذا كان له مال تجب فيه نفقاته كلها، وهي واجبة على أب الصغير وهذا حسب حاله يسرا وعسرا ففي كل حال من هذه الأحوال قد تتبرع أم الصغير بحضانته وقد تفرض حضانته إلا بالأجرة، فإذا رضيت أم الصغير- المستوفية الشروط- أن تحضنه مجانا سلّم إليها ولا يصرف لغيرها بأي حال لأن حضانته حق لها ولا ضرر على أحد في ذلك [1]

أما إذا امتنعت عن حضانته إلا بأجر ووجدت متبرعة بالحضانة فلا يخلوا الأمر من أن تكون المتبرعة أجنبية عن الولد أولا وعلى كل حال فإما أن يكون الأب معسِرا أو مُوسرا وفي كلّ إما أن يكون للولد مال أولا.

فإن كانت المتبرعة أجنبية عن الولد بأن كانت من غير أهل الحضانة كمن لا قرابة بينها وبين المحضون أصلا، أو كانت قرابتها غير مَحْرَمِيّة كبنت العم فإن الحاضنة تكون أولى بحضانة الولد بأجر المثل من الأجنبية المتبرعة مطلقا أي سواء كان الأب مُوسِرا أم مُعْسِرا وكان للصغير مال أم لم يكن لأن نزع الولد من حاضنته وتسليمه للأجنبية المتبرعة ضرر به لقصور شفقتها فلا يعتبر معه الضرر قي المال لأن الحرمة في المال دون الحرمة في النفس فإن المال خلق لحماية النفس وقضاء مصالحها أما إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة، بأن كانت ذات رحم محرم كالعمة والخالة والأخت والجدة ولم يكن للصغير مال وكان أبوه ميسورا فإن حاضنته تكون أولى بحضانته بأجر المثل من الأجنبية المتبرعة أيضا، لأن الولد إذا لم يكن له مال كان أجر الحضانة واجبا على أبيه وبقائه في يد الحاضنة الأقرب، فيه نفع[2]

---

(1) الحضانة في الفقه الإسلامي ص 103.

(2) أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب لأحمد فراج حسين الدار الجامعية

وأما إذا كان للمحضون مال فيقال للحاضنة أمّا أو غيرها إما أن تمسكيه مجانا أو تدفعيه للحاضنة المتبرعة صونا لماله، لأن الولد إذا كان له مال كانت أجرة الحضانة واجبة في ماله، وفي إعطائه للمتبرعة لتحقق الشفقة لأنها من المحارم.

كذلك لو كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للولد مال وكان أبوه معسِرا لا يستطيع دفع الأجرة لأن إعطاء الولد للحاضنة بأجر مع وجود المتبرعة الصالحة للحضانة يؤدي إلى الأضرار بالأب بسبب ولده وهو غير جائز لقوله تعالى: ﴿**لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ**﴾[1]

وفي جميع الأحوال يشترط في المتبرعة أن تكون موسرة بأن تكون قادرة على الإنفاق على الولد، وأن لا تمنع الأم عن رؤية ولدها وتعهده عندها وأن لا يوجد أحد ممن هو أولى منها في المرتبة متبرعا مثلها.

فإن تخلّف أحد هذه الشروط فلا يصار إلى تبرعها ويبقى الولد عند الحاضنة التي تطلب الأجر[2]

ومما تقدم يتبين أن التبرع بالحضانة تختلف عن التبرع بالرضاع لأن المتبرعة بالرضاع ولو أجنبية تقدم على الأم، إذا طلبت أجرا على الرضاع وكذلك لو طلبت غير الأم أجرا على الرضاع أقل من الأجر الذي تطلبه الأم فإن الأجنبية تقدم عليها ولو كان من الصغير وأبيه مُوسِرَين، أما المتبرعة بالحضانة فإن كانت غير محرم للصغير فلا تقدم على صاحبة الحق فيها.

وإن كانت محرما فلا تقدم كذلك على صاحبة الحق إلا إذا كانت الأجرة واجبة في مال الولد أو كان الأب معسرا وامتنعت صاحبة الحق عن تربيته مجانا والسر في هذا الاختلاف أن المقصود من الرضاع التغذية، وهى متحققة من المحارم ومن غيرهم وبالتالي

للطباعة والنشر. بيروت لبنان- 1998،ص 295.

(1) سورة البقرة الآية 233.

(2) المرجع السابق ص 296.

فلا يلحق الولد أي ضرر يرضع من أيهنّ شاء أما الحضانة فالمقصود منها تربية الطفل وصيانته وتدبير شؤونه وهذا أمر محتاج إلى الرأفة والعطف والحنان[1]

وهى أمور موجودة في القريب صعب تحققها في الأجنبي عادة [2] ولأنه كلما قربت درجة القرابة كان توافر الشفقة أكبر.

وإذا امتنعت الأم أو من يليها في المرتبة عن حضانة الولد وكان الأب معسكرا ولم يكن للصغير مال فإن الأم تجبر على الحضانة صيانة للولد عن الهلاك وتفرض الأجرة على الأب أو على غيره، تبعا لإعساره أو عدم قدرته على التكسب[3]

المطلب الثاني : نفقة المحضون

إن كل ما يلزم الولد من أجرة الحضانة - كما مرّ معنا- أو أجرة للسكن- كما سيأتي- أو ما يتطلب بطعام الولد وقيمة فراشه ولوازمه من علاج وغيره فالكل يلزم الأب أومن يقوم مقامه، فكل ما يلزم الطفل من اصلاح حاله والقيام بنظافته وكل ما يستقيم به أمره، إنما هو واجب على الولي الذي تلزمه نفقة الولد إذ لم يكن للولد مال ينفق عليه منه فإن كان له مال كان ما يلزم من هذه النفقات في ماله إلا أن يتبرع به الأب[4]

وإذا كانت الزوجية قائمة فنفقة للمحضون من مال أبيه؛ لأنه يعيش مع أمه في بيت الأب فلا حكم بنفقة زائدة عن المعتاد، إنما يثبت الحكم بالنفقة إذ لم تكن الأم في عصمة الأب، كنا يجب الإنفاق إذا كانت الحاضنة غير الأم. أما إذا كانت الأم مُعْتَدية بحضانتها فلا نفقة للمحضون عندها، وإنما هي ملزمة بالإنفاق عليه، فالحاضنة المأخوذة ظلما لا ترتب حقا من حقوقها وهو هنا النفقة.[5]

---

(1) الأحوال الشخصية: لمحمد محي الدين عبد الحميد. ص 403.
(2) الأحوال الشخصية: أحمد الغندور ص 607.
(3) أحكام الأسرة في الإسلام. المرجع السابق ص 297.
(4) **فقه الأسرة عند الإمام ابن تيمية في الزواج وأثاره**. إعداد محمد بن أحمد الصالح ط 1. 1416هـ/1996مـ ص 708.
(5) المرجع السابق، ص 709.

فوجوب الإنفاق على الأولاد ثابت بالكتاب العزيز والسنة المطهرة والإجماع.

الفـــرع الأول: وجـــوب الإنفـــاق على الأولاد وشروطه

أولا: من الكتاب:

قال تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**﴾ (1)

وقال تعالى: ﴿**وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ**﴾ (2)

ثانيا: من السنة:

قال ابن القيم: " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحضانة بخمسٍ قضايا :

إحداها: قضى بابنة حمزة لخالتها ، وكانت تحت جعفر ابن أبي طالب ، وقال :"**الخالة بمنزلة الأم** " فتضمن هذا القضاء أن الخالة مقام الأم في الاستحقاق، وأن تزوجها لا يسقط حضانتها إذا كانت جارية

القضية الثانية: أن رجلا جاء بابن له صغير، لم يبلغ، فاختصم فيه هو وأمه، ولم تسلم الأم، فأجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم الأب ههنا وأجلس الأم ههنا، ثم خير الصبي، وقال:"**اللهم اهده**" فذهب إلى أمه ، ذكره أحمد.

القضية الثالثة: أن رافع بن سنان أسلم ، وأبت امرأته أن تسلم ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: ابنتي فطيم أو شبهه ، وقال رافع : ابنتي ، فقال رسول الله النبي صلى الله عليه وسلم: "**اقعد ناحية**"وقال لها : "**اقعدي ناحية**" فأقعد الصبية بينهما ، ثم قال : "**أدعواها**"

---

(1) سورة البقرة الآية 233.
(2) سورة الطلاق: الآية: 6.

فمالت إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " **اللهم اهدها**" فمالت إلى أبيها، فأخذها ، ذكره أحمد.

القضية الرابعة: جاءته امرأة فقالت: إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة ، وقد نفعني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **استهما عليه**" فقال زوجها : من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم:"**هذا أبوك وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت**" فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به، وذكره أبو داود.

القضية الخامسة: جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء ، وحجري حواء ، وإن أباه طلقني ، وأراد أن ينزعه مني ، فقال لها: " **أنت أحق به ما لم تنكحي**" ذكره أبوداود.

وعلى هذه القضايا الخمس تدور الحضانة.[1]

ثالثا: الإجماع:

والإجماع منعقد على وجوب إحسان الآباء للأولاد ورعايتهم وكمال حفظهم، ومن الإحسان إليهم بذل الطعام وستر عورتهم وإيوائهم في مسكن يحفظهم، فإن من الإساءة أن يراه يموت جوعا وعريا، وهو قادر على سدّ خلته وستر عورته، ولا يطعمه لقمة ولا يستر له عورة إلا بأن يقوّضه ذلك في ذمته[2]

شروط وجوب الإنفاق على الأولاد:

1- أن يكون الولد فقيرا، فإن كان ذا مال فنفقته تجب في ماله، وإذا كان ماله غائبا، أوله ريع وقف ولم يحسن أنفق عليه الأب ورجع عليه .

2-أن يكون الولد عاجزا عن الكسب، ويتحقق العجز بأحد أمور ثلاثة:

أ: الصغر

---

(1) **إعلام الموقعين عن رب العالمين**: لابن القيم الجوزية-تحقيق وتعليق عصام الدين الصبابطي م2 ، 561،562/4 .دار الحديث القاهرة

(2) **فقه الأسرة عند الإمام ابن تيمية**، ص 706.

ب: العاهة المانعة من الكسب

ج: الأنوثة[1]

3-أن يكون الأب قادرا على الإنفاق عليهم وتتحقق قدرة الأب على الإنفاق بأخذ أمرين:

الأول: اليسار

الثاني: القدرة على الكسب بأن يكون له عمل يفي كسبه بحاجته وحاجة أولاده.

4-أن يكون الولد مع الأب، فلو غيبته الأم أو سافرت به وجبت عليها النفقة دون الأب الذي يجب أن يبقى معه[2]؛ لأن هو الذي يهذبه ويسعى على رزقه ويحفظه .

الفرع الثاني: موقف الفقه والقانون من النفقة

أولا موقف الفقه:

الأصل أن نفقة الشخص تجب في ماله إن كان له مال لأنها إنما تجب لدفع الحاجة ومن له مال وليس في حاجة إلى أن ينفِق عليه غيره إلا الزوجة فإن نفقتها تجب على زوجها ولو كانت طائلة الثراء، لأن نفقتها لم تجب للحاجة وإنما وجبت لاحتباسها لحق الزوج[3].

وقد اتفق الفقهاء على مبدأ وجوب النفقة للقريب على قريبه بسبب القرابة ولكن اختلفوا في مدى القرابة الموجبة للنفقة وتحديدها. فقال المالكية: إن القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة الوِلاَدِ وفي أول درجاتها من الجانبين، فتجب للوالدين على الأولاد الصُّلْبيين فقط ، دون سائر الفروع وتجب للأولاد الصلبيين على الوالدين فقط دون سائر الأصول لقوله تعالى: ﴿**وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا**﴾[3]

---

(1) ولكن هذا الأمر ليس مطردا ومرده للظروف والعادات ، خاصة مع اقحام كثير من النساء سوق العمل.

(2) في هذه الحالة إشارة إلى أن فترة الحضانة الخاصة ببقاء المحضون عند أمه قد انتهت وبالتالي يجب البقاء عند أبيه لأن الزوجية قائمة، المرجع السابق، 709.

(3) حكام الأسرة في الإسلام : ص 319.

(3) سورة الإسراء :الآية 23.

وقوله سبحانه: ﴿**وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا**﴾[1] وقول النبي صلى الله عليه وسلم، لمن جاء يشكو إليه أن أباه أخذ من ماله:"**أنت ومالك لأبيك**"[2] وقول النبي صلى الله عليه وسلم"**إن أطيب ما أكلتم من كسبتم وإن أولادكم من كسبتم فكلوه هنيئا مريئا**".[3]
وقوله لهند زوج أبي سفيان لما اشتكت إليه شح أبي سفيان وتقتيره في الإنفاق "**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**"[4] فإن هذه الآيات والأحاديث تدل على وجوب نفقة الوالدين على الأولاد، ووجوب نفقة الأولاد على الأب ولم تزد على ذلك فوجب الاقتصار على ما أثبتته ودلت عليه من الأحكام[5].

وقال الحنفية:

إن القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة التي توجب حرمة النكاح بين القريبين فتجب النفقة للقريب الفقير على قريبه الموسر إذا كانت القرابة بينهما تحرِّم على الرجل الزواج لتلك الأنثى، أي تجب النفقة لسائر الأقارب أصولا وضروعا وحواشي إذا كانوا من المحارم أما غير المحارم فلا تجب عليه النفقة ولا لهم، ومن ثم لا تجب نفقة بنت العم على ابن عمها ولا بنت الخال على ابن خالها لعدم المحرمية[6].

واستدلّوا على تعميم الحكم في القرابة غير الأصول والفروع بقوله تبارك وتعالى: ﴿**وَاعْبُدُواْ اللّهَ وَلاَ تُشْرِكُواْ بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى**﴾[7]

وقوله سبحانه:﴿**وَآتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ**﴾[8] فإن جل شأنه أمر بالإحسان إلى الوالدين، وهو محمول على الأصول وموجب للنفقة عند الكل، لأنها من أعظم مظاهر الإحسان والبر وقد جعل ذوي القربى تالين للوالدين في ذلك فوجبت لهم النفقة به كما وجبت للوالدين عند

---

(1) سورة لقمان الآية 14.
(2) سبق تخريجه.
(3) سبق تخريجه.
(4) صحيح البخاري ح 9. ص 13 رقم 4696. والنووي على مسلم ج . ص 304.
(5) **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:**522/2-524، **شرح الخرشي**:202/4-204.
(6) هذه المحرمية الثابتة بالقرابة فقط أما المحرمية الناشئة من غير القرابة كالرضاع مثلا فلو كان موسرا وله بنت عم نسيبة وهي أيضا أخته من الرضاعة فلا تجب نفقتها عليه وان كانت محرمة له لا يحل له أن يتزوجها.
(7) سورة النساء الأية:36 .
(8) سورة الإسراء الأية: 26.

الآخرين، وفي الآية الثانية جعل سبحانه لذوي القربى حقا وأمر بإعطائه وهو عامّ، يشمل في أول ما يشمل النفقة وأيضا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمن جاءه يسأله من أحق الناس ببرّه، وهو معاوية القُشَيْرِي ، قال يا رسول الله من أبرّ؟ قال:" **أمك**"، قال ثم من؟ قال:"**أمك**" قال ثم من؟ قال:" **أمك** "، قال ثم من، قال:"**أباك، ثم الأقرب فالأقرب**"[1].

فقد جعل للأقربين حقا في برّ الشخص كأبويه، ورتب بعدهم الأقرب فالأقرب واستدلوا على تقييد القرابة بالمحرمية بقراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذي الرّحم المحرم مثل ذلك وهى قراءة مروية بطريق الشهرة فتصلح لتقييد النص

وقال الشافعية:

إن القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة الولاد مطلقا وفي جميع درجاتها أي الأصول الأبوان والأجداد والجدات وإن علوا، والفروع الأولاد، وأولاد الأولاد وإن نزلوا.

فتجب النفقة للأصول على فروعهم والفروع على أصولهم من غير تقييد بدرجة لأن الآيات والأحاديث التي سبق ذكرها في الاستدلال لمذهب المالكية قد دلت قطعا على وجوب نفقة الأبوين على الأولاد ووجوب نفقة الأولاد على الآباء.

ومن المقرر أن الأجداد آباء وأن الفروع أولاد فتشملهم هذه النصوص وتدل على ثبوت الحكم في جميع الأصول وجميع الفروع، وهذا أوسع.[2]

وقال الحنابلة:

إن القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة التي توجب الإرث على التقابل مع إيجاب النفقة، أي التي يكون فيها القريب الموسر وارثا لقريبه المحتاج حينما يموت على مال يورث، فهي تشمل قرابة الأصول والفروع وكل قرابة توجب الإرث بين القريبين، سواء كانت هذه

---

(1) البخاري كتاب الأدب باب من أحق الناس بحسن الصحبة (5971) 415/10، مسلم في كتاب الصلة باب بر الوالدين وأنهما أحق به (2548)، 1974/4.

(2) نهاية المحتاج :7/ 207.

القرابة موجبة محرمة النكاح بين القريبين إن فُرِض أحدهما ذكرا والآخر أنثى أم غير موجبة لها[2].

والمراد أن يكون الإرث بسبب القرابة لا بسبب آخر، فإذا جرى الإرث بسبب آخر غير القرابة كولاء العتاقة، فلا تجب النفقة ومن ثم وجب عند الحنابلة اتحاد الدين بين القريبين حتى في نفقة الأولاد، الأصول والفروع لأنه لا توارث بين مسلم وغير مسلم فلا بد أن يكون كلاهما مسلما لتجب النفقة لفقرائهم على أغنيائهم.

ومذهب الحنابلة أوسع من الحنفية حيث لم يشترط المحرمية في القرابة ولذلك وجبت نفقة ابن العم الفقير على ابن عمه الموسر عندهم، لأنه وارث ولم تجب عند الحنفية لأنه غير محرم، واستدل الحنابلة بقوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾ فإنه سبحانه أوجب نفقة الفقير على قريبه الذي يرثه فأناط وجوب الإنفاق بالإرث بلا فرق بين المحرم وغير المحرم ولأن هذا القريب الوارث لما كان أحق بميراث قريبه عندما يكون له مال، دون سائر الأقارب كان من العدل أن يختص بتحمل نفقته عندما يكون فقيرا دون سائر الأقارب جريا على قاعدة الغرم بالغرم

وقال الظاهرية:

قال أبو محمد وقد أثبت الله عز وجل في النفوس كلها اختلاف وجوه الإحسان إلى من ذكر في الآية وجاءت النصوص ببيان ذلك فالإحسان إلى الأبوين والصبر لجفائهما وتوقيرهما وتعظيمهما وطاعتهما ما لم يأمر بمعصية، قال تعالى: ﴿**أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَى أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا**﴾ .[1]

---

(2) المغني: 7/ 618.

(1) سورة لقمان: الآية 14-15.

فهما وإن أمرا بالشرك فواجب مع ذلك أن يصحبا بالمعروفوالإحسان إلى ما ملكت أيماننا إطعامهم مما نأكل وكسوتهم مما نلبس وكل ذلك بالمعروف وأن لا يسبّوا قي غير واجب وأن لا يضربوا في غير حق، فما دام الأب قادر على النفقة فليس على المرأة من ذلك شيء هذا عمل جميع أهل الإسلام قديما وحديثا فإن عجز الأب عن ذلك أو مات ولا مال لهم فحينئذ يقضي بنفقتهم وكسوتهم على أمهم لقوله عزوجلّ:﴿**لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ**﴾ وليس في المضارة شيء أكثر من أن تكون غنية وهم يسألون على الأبواب ولأن الأوامر المذكورة التي جاءت مجيئا واحدا لم يُخَص بها رجل من امرأة.

وليس على الولد أن ينفق على زوجة أبيه ولا على أم ولده إذ لم يوجب ذلك قرآن ولا سنّة وإنما عليه أن يقوم بمطعم أبيه وملبسه ومؤونته وخدمته فقط[2]

وقال الجعفرية:

إن نفقة الأقارب تجب للوالدين والأبناء بلا خلاف ولغيرهم من سائر الأصول والفروع على الراجح، أما غير الوالدين والأبناء وسائر الأصول والفروع فلا تجب لهم نفقة على غيرهم على المشهور من الأقوال، وغايته أن يستجب الإنفاق عليهم فقط ويتأكد الاستجابُ في الوارث منهم على أصح القولين[1][3] .

<u>ثانيا: موقف القانون:</u>

هذه هي أراء الفقهاء في تحديد القرابة الموجبة للنفقة وهي متباينة كما رأينا بين اتساع وضيق، مما يقطع بأن الشريعة الإسلامية شريعة الرحمة والعدل، شريعة الانسانية المتكافلة المتعاونة التي صورها الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم في أروع صورة وأجمل مظهر حين قال: (مثل المؤمنين في توادّهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه

---

(2) المحلى لابن حزم ، 10/ 108،109.
(3) أحكام الأسرة في الإسلام ص 320-321.

عضو تداعى له الجسد بالحمّى و السهر)، وإنما أوردنا، هنا موضوع النفقة بمفهومها الواسع تمهيدا لمسألة النفقة على المحضون.

فالأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب، رغم أن الأصل هو أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله، إن كان له مال وإلا فالأب يلزم بالنفقة[1] وقد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة 75 من قانون الأسرة التي تنص على: " **تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب**"

كما يسقط واجب النفقة على الأب المعسر، فلا بدّ أن يكون الأب قادرا وأن يكون الابن محتاجا للنفقة إذ لم يكن له مال أو لكونه صغير السنّ أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب.

فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج[2] وينتقل واجب الأب بالإنفاق على الأبناء إلى الأم إن كان الأب معسرا أو عاجزا عن النفقة،وهذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة بنصها على: (في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك) فنقل المشرع هنا واجب النفقة من الأب العاجز عنها إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة ، بأن يكون لها مال ويجدر القول هنا بأن المادة عبرت عن إعسار الأب بكلمة " عجز " ، ويقصد بها هنا عدم القدرة التامة على الكسب لا مجرد فقرة وإعساره ، إلا لتقاعس الآباء عن الكسب والنفقة على أبنائهم المحضونين لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها في إطار مراعاة مصلحة المحضون ، بل إن الفقهاء يذهبون إلى حد إمكانية الحكم بحبس الأب المتقاعس على كسب

---

(1) آثار فك الرابطة الزوجية .ص84.

(2) المرجع السابق .ص نفسها . راجع المادة 75 من قانون الأسرة.

قوت أبنائه رغم قدرته على ذلك فالأصل ألا يحبس الوالد وإن كلا في دَيْنٍ لابنه وإن سَفُلَ ، إلا دَيْن النفقة.[1]

وعلى ذلك سار القضاء الجزائري إذا أكد قضاة المحكمة العليا في قرار لهم مايلي (من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي. إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة ـ الطاعنة ـ رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون.

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق البنتين في النفقة دون مبرر شرعي سواء بالنسبة لنفقة الزوجية الواجبة لها أو بالنسبة لنفقة العدة الواجبة على مطلقها شرعا أو بالنسبة لنفقة البنتين الفقيرتين، وأن الحكم المستأنف لم يذكر المطعون ضده الإعسار، وإنما ذكر ذلك أمام المجلس وأن القرار المطعون فيه لم يلاحظ أحكام المواد: 37،61،72،75،78 من قانون الأسرة التي ينطبق حكمها على النفقات المقضي بها بالحكم المستأنف، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.[2]

تقدير قيمة النفقة

الأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون ما حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناع الأب عن الاتفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذه النفقة بالحضانة ، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقق الإنفاق عليه وقد نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على ما يلي (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم) ويظهر من هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون[3] في إطار احتياجات هذا الأخير من أجل رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته إلى غير ذلك مما ذكرنا في مفهوم الحضانة كما

---

(1) **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً**: عبد العزيز عامر،دار الفكر العربي، ص 527.
(2) قرار المحكمة العليا رقم237148 مؤرخ في 2000/02/22، المجلة القضائية لسنة 2001
(3) الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري بالحاج العربي ج 1,ص387

يجب أن يراعي القاضي ظروف المعيشة والمستوى الاجتماعي وكذا أحوال الناس وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان، والبوادي غير المدن، وهذا باختلاف النفقة من فقير غيرها حينما تكون من غني ، فلا بد من مراعاة الأزمنة والأمكنة والأحوال والأشخاص في تقدير قيمة النفقة مع ملاحظة حال الزوج في اليسر والإعسار[1] وحسب المادة ذاتها فإنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها.

فإن المشرع ركز على ظروف المنفق الفقير وجعل من وضعه المالي المقياس لتحديد النفقة التي بموجبها ضمن للطفل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، وما يعد من الضروريات في العرف والعادة، وليس وفق متطلبات العصر، وكأن هدفه من تنظيم حق الطفل في النفقة ضمان عدم موته جوعا أو بردا[3].

المطلب الثالث: سكن الحضانة

إن مناط معيشة الإنسان أن يكون له سكن يأويه ويحتمي تحت سقفه من حر الصيف وبرد الشتاء ، ويجد فيه الدفئ والحنان والألفة ، فالطفل يتلقى ما يلزمه من احتياجات مادية ومعنوية ، من مأكل ومشرب وملبس وغذاء لجسده وروحه ، ويحضن تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة

الفرع الأول : المكلف بتوفير سكن الحاضنة أو أجرته

إذا كان للحاضن سكن قبل الحضانة ، أو كانت متزوجة بذي رحم محرم للصغير فلا يحق لها طلب أجرة مسكن للحضانة.

---

(1) الحضانة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير إعداد الطالبة حسني عزيزة- جامعة الجزائر-بنعكنون – 2001 .

(3) **حماية الطفل ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص**- ليلى جمعي –جامعة وهران- 2006 ، ص 193.

وإن لم يكم لها مسكن مملوك لها تسكن فيه أو لم تكن متزوجة بذي رحم محرم طلبت أجرة مسكن للحضانة تحضن فيه الصغير فيجب لها فيمن تجب عليه الأجرة وكذا تجب أجرة خادم إن كانت محتاجة لذلك (1)

أما المشرع الجزائري فقدحَسَمَ مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وذلك بصيغة الوجوب ، في مادة 72 والتي نصت على ما يلي: (في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار)

فالمادة المعدلة جاءت أكثر وضوحا وصرامًا من سابقتها التي وإن نصت هي الأخرى على السكن لكن أسلوبها لم يكن صارما.

ومعنى هذا أن بيت الزوجية ستشغله المطلقة الحاضنة دون الزوج المطلق إذا عجز عن توفير السكن أو أجرته، ويستمر ذلك مدة الحضانة والتي تستمر مع الذكر إلى بلوغه العشر سنين وقد تمتد إلى غاية الستة عشر عاما، وتستمر مع الأنثى إلى غاية بلوغها تسعة عشر عاما.

فهل هذا الحق الذي أثبته المشرع لأجل المرأة المطلقة أم لأجل الأطفال الحضونين؟

أي هل راعي المشرع هنا مصلحة الحاضنة أو مصلحة الحضونين ؟

ولماذا التنصيص على الطلاق بالضبط ؟ وكيف يكون الحال لو حصل تطليق طلبته المرأة نفسها أو خلع و كان لها أولاد وماذا لو كانت الحاضنة غير الأم كالجدة والخالة والعمة

وغيرهن؛ هل يستفدن أيضا مما تستفيد منه الأم ما دمن حاضنات[2]؟

فالمشروع لم يكن موفقا في هذه الفقرة لعدة اعتبارات :

---

(1) **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية:** رمضان على السيد الشرنباصي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 2001 ،ص183-184.

(2) أحكام الأسرة :عبد القادر داودي، ص 210.

1-قَزَّمَالمشرع الحاضنة في الأم المطلقة دون غيرها من النساء

2-لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بائن ، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها ، بمجرد النطق بحكم الطلاق ، فكيف لأجنبية أن تقيم ببيت صار أجنبيا عنها في الوقت الذي لم يلزم المشرع المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة أبنائها .

ولذلك فإن المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة وأن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب[1]

ولاشك أن المشروع نظرا إلى معاناة كثير من المطلقات الحاضنات اللاتي لم يجدن بيتا يأويهن مع أولادهن بعد الطلاق ، لكن ينبغي أن يُنظر إلى مصلحة الحاضنة على أنها تابعة لمصلحة المحضون ، وليس للمرأة حق مستقل تنفرد بدونه ولا أن تستفيد بحق؛ لأنها مطلقة فقط خاصة مع إقرار المشرّع بفرض تعويض مالي على المطلق أو في حالة التطليق في حالة لحوق ضرر بالمطلقة . والتوسع في الإضرار خلاف الأصل قد يدفع الرجل إلى التحايل على عدم تطبيق أو تنفيذ الحكم القضائي وإطالة زمن المشكلة.[2]

الفرع الثاني:مكان ممارسة الحضانة ومسألة الانتقال بالمحضون

عَلمنا سابقا أن الحاضنة إما أن تكون أمّا للمحضون أو غير أم ولكلٍ من الحالتين حكم مستقل في مسكن الزوجية ، و إنه لمن الجدير بالذكر الإشارة إليه أن آراء الفقهاء متقاربة جدا[3] فلا خلاف يذكر في هذه المسألة بينهم حيث ذهبوا إلى أنه في حال كون الحاضنة أما للمحضون وكانت الزوجية قائمة بينها وبين الأب فإن مكان الحضانة هو مسكن الزوجية[4]

---

(1) آثار فك الرابطة الزوجية.ص87 وما بعدها
(2) أحكام الأسرة ، ص210.
(3) الفقه الإسلامي وأدلته، 737/7.
(4) الأحوال الشخصية لأحمد الغندور، ص 608.

وكذلك إذا كانت في العدة، وبناء عليه فليس للأم ترك مسكن الزوجية ترك نقلة وانقطاع هي تلك الفترة بغير إذن الأب وقيل ولو بإذنه لأنها لو تركته عُدّت ناشزة عن طاعته فبقاؤها في المسكن الشرعي واجب عليها ،كما لا يحق لها الانتقال به مادامت في فترة العدة ولو أذن لها المطلق إذ أنه حق لا يملكه بل هو حق للشرع - أي لزوم القعود- والمعلوم أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[1].

فإذا انتهت عدتها حرمت إقامتها في بيت الزوجية لأنها تصبح أجنبية عن الأب عندئذ ولو أذن لها المطلق فتنقل بالمحضون إلى أي مكان في نفس البلد فإن كان لها مسكن انتقلت في مسكنها وان لم يكن لها مسكن ولم تجد مسكنا في تلك البلاد انتقلت إلى أي بلد قريب يُمَكّن الأب من رؤية ابنه والعودة إلى بلده في يومه قبل الليل[2]

وانتقال الأم بالمحضون يُشْرَطُ فيه عدم كونه من مصر إلى قرية لئلا ينطبع الولد بطبائع أهل القرى المجبولة على الجفاء وكما لا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى أي مكان بعيد إلا بشرطين:

أ- أن يكون المكان الذي انتقلت إليه وطناً لها .

ب - أن يكون الأب قد عقد الزواج عليها فيه[3].

لأن موافقته على عقد الزواج فيه دليل على قبوله ولولده الإقامة فيه ويشترط في ذلك الانتقال الآمن على الصغير أثناء انتقاله وأن تكون البلدة مأمونة لا خطر فيها عليه من حرب أو مرض ، وليس لها الخروج إلى غير بلدها إلا بإذن الأب خوفا من لحوق الضرر بالصغير وحرمان أبيه من رؤيته وصلته[4].

---

(1) المرجع نفسه ، ص 610 ، 612.
(2) الأحوال الشخصي لمحمد محي الدين عبد الحميد ص 405.
(3) شرح فتح القدير ، 191/4.
(4) المبسوط: للإمام السر خسي 5/ 180

جميع ذلك فيها لو كانت الحاضنة أُمّا ، أما إذا كانت غير الأم فليس لها أن تنتقل من مسكن حضانته إلا بإذن أبيه[1]

هل يجوز للأب أومن يقوم مقامه أن يسافر بالمحضون؟

إن المشرّع الجزائري لم يفصّل و لم يوضح هذه المسألة ، بينما قد اختلفت آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة. [2]

أ-المالكية)2(:

لقد سوى فقهاء المالكية بين الحاضنة و الولي في إسقاط حضانتها إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر. بمسافة تقدر .بما يزيد عن ستّ بُرَدٍ ,وهو ما يعادل تقريبا133كلم بقصد الإقامة ،فإذا سافر الولي سواء كان الأب أو من يقوم مقامه بقصد الإقامة ، مسافة تبعد عن بلد الحاضنة بستّ بُرَدٍ فأكثر ، له أخذ الولد من الحاضنة بشرط أمن الطريق وأمن المكان المقصود، ويسقط حق الحاضنة في الحضانة إذا سافرت معه ،و بالتالي فلا يسقط حقه في الحضانة بانتقاله.

ب-الشافعية[3]:

إلا أن الشافعية قد فرقوا بين السفر لحاجة ،وبين السفر لنقلة،فإذا أراد الولي السفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر ،وذلك لما في السفر من خطورة على المحضون . أما إذا كان السفر لنقله كان الأب أولى بحضانة الصغير بشرط وجود الأمن في طريقه وأمن البلد المقصود له ،فإن لم يكن هناك أمن بقي الصغير في حضانة أمه .

ج-الحنابلة[4]:

---

(1) الحضانة في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ص 64 .
(2) عبد الرحمان الجزيري - المرجع السابق ، 525/4 .
(2) حاشية الدسوقي : 2/ 533.
(3) نهاية المحتاج: 510/5.

بينما يرى الحنابلة أنه إذا أراد أحد الوالدين نقل المحضون إلى بلد مسافته أكثر من ستّ بُرَدٍ وكان البلد و الطريق آمنا، من أجل السكن ،فهنا الأب أحق بحضانته سواء كان الأب المقيم أم هو المنتقل لأن الأب هو الذي يقوم عادة بتأديب الأبناء وحفظ نسبهم .

د-الحنفية[1]

يرى الحنفية أنه إذا كان المحضون في حضانة أمه أو غيرها فلا يجوز للأب الانتقال به إلا برضاه ،لأن فترة الحضانة هذه من حقها ،إلا إذا سقطت حضانتها و لا يوجد من يليها بالترتيب وانتقلت للأب ،فإذا أراد السفر به جاز له ذلك على أن يكون سفر الأب بالمحضون إلى بلد قريب من بلد الأم لتمكينها من رؤية ، وإلاّ لا يجوز ذلك .

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

إذا أنه يجب أن تتوفر في السفر راحة الصغير ومصلحته وصحته ،فإذا كان فيه مخاطر على المحضون فلا يجوز لأيّ من الأبوين أو غيرهما السفر به.

وتجدر الإشارة أن المسألة ترجع للقاضي في تقدير ذلك إذا كان الانتقال بقصد الاستيطان دائما مراعيا مصلحة المحضون.

فالمشرّع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير ولكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة إذ تنص على أنه : " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ".

فالمشرّع هنا أوحى برغبته في ممارسة الحاضن لحضانة المحضون في بلد يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم لاسيما أبيه وأمه[2]

---

(4) المغني: 630/7.
(1)حاشية ابن عابدين : 640/2.
(2) آثار فك الرابطة الزوجية ص 93

أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون .

وتؤكد المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية،والذي مفاده أنه: من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون من القيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال ، يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

كما تسقط الحضانة ببعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد وإقامة الوالد في الجزائر[3]غير أنه إذا كان الزوجان يقطنان بلدًا أجنبيًّا واحدا فلا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني ، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني ، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي[4] وفي معرض تأسيسه أكد القرار أنه لا يحق للمطعون ضده المطالبةبنزع حضانة أولاده الثلاثة من أمّهم الطاعنة بسبب كون هذه الأخيرة تقيم خارج التراب الوطني ، وهو يقرّ بأنه هو الآخر يقيم خارجه أيضا ، كما أنه لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمّه ويسافر به إلى مكان بعيد عن إقامة الحاضنة.[5]

الترجيح :

الأرجح في المسألة هو النظر في مصلحة الولد من الإقامة أو الانتقال ، لأن من منع الانتقال نظر إلى مصلحة الولد بأن يراه ولا ينقطع عنه ، وهذه المصلحة مع أهميتها لا تعدل مصلحة الابن ، فالحضانة شُرِّعت أساسا من أجله ولا ينبغي إفساد حياة ولد من أجل والده فلذلك يتوقف الإفتاء في هذه المسألة على معرفة مكان السفر، والطريق إليه ، ونوع الحياة

---

(2) المحكمة العليا – أ .ش . ملف رقم 59013 – م.ق لسنة 1991 العدد 04 ص 116.
(3) المحكمة العليا رقم 273526 بتاريخ 2001/12/26 ،م،ق لسنة 2004 ، العدد 01 ص 264.
(4) قرار المحكمة العليا رقم الملف 282033بتاريخ 2002/05/08.م.ق لسنة 2004 العدد02 ص 363.
(5) أثار فك الرابطة الزوجية ص 94.

التي سينتقل إليها هذا الولد وتوفر المرافق الضرورية لتنشئته نشأة صحية صحيحة، ودرجة صلاح الأم التي تريد أن تنتقل به وهكذا، وعلى أساس ذلك يمكن ترجيح القول بالجواز وعدمه[1]

أما عن الأدلة على هذا فهو ما ذكرنا سابقا من أن يبني هذا الأمر على المصالح الشرعية ، ودليلها هو الأدلة العامة الكثيرة ؛ أما الأدلة الخاصة فليس في المسألة أي دليل يمكن الجزم به ، وقد قال ابن القيم : (وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ ، روعي ، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة ، هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخرة،وانتزاع الولد منه،فإن أراد ذلك،لم يجب إليه)[2]

(1) الزواج والطلاق ، ص 124.
(2) زاد المعاد ج4 ، ص218 .

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على انتهاء الحضانة

عند انتهاء فترة الحضانة تنشأ حقوق و تتولد التزامات بمعنى آخر ينتج عن هذا انتهاء عدة آثار أهمها تخيير المحضون عند من يكون بعد انتهاء فترة الحضانة.أو ما يسمى بتخيير المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة ، و كذلك المخالفات أو الجرائم الناجمة على انتهاء فترة الحضانة ومن بينها عدم تسليم الصغير إلى حاضنه الذي سينتقل إليه و كذلك عدم تسليم سكن الحضانة والامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

المطلب الأول: تخيير المحضون بعد انتهاء فترة الحضانة

اتفق الفقهاء على أن الحضانة على الصغير تبدأ منذ الولادة و اختلفوا في الوقت الذي تنتهي فيه حضانة الإناث حال افتراق الزوجين على النحو الذي رأيناه سابقا، فاختلف الفقهاء في حكم تخيير الصغير بعد انتهاء فترة الحضانة المحددة له شرعا إلى ثلاثة أقوال نجملها فيما يلي:

الفرع الأول: لا تخيير مطلقا

لا يخير المحضون مطلقا، بل ينتقل مباشرة إلى من يحضنه من الذكور و هو قول المالكية و الحنفية و قد استدلوا على ذلك بما يلي:

1-ظاهر الحديث، و وجه الاستدلال أنه قال صلى اله عليه و سلم:(**أنت أحق به**)[1]ولو خُيِّرَ الطفل لم تكن هي أحق به إلا إذا اختارها،كما أن الأب لا يكون أحق به إلا إذا اختاره، فإن قُدِّرَ:أنت أحق به إن اختارك، قدر ذلك في جانب الأب والنبي صلى الله عليه و سلم جعلها أحق به مطلقا عند المنازعة[2].

2- أحاديث التخيير مطلقة لا تقييد فيها، و أنتم لا تقولون بها على إطلاقها بل قيدتم التخيير بالسّبْعِ، فما فوقها وليس في شيء من الأحاديث ما يدل على ذلك، ونحن نقول إذا صار للغلام اختيار معتبر، خُيِّرَ بين أبويه، وإنما يعتبر اختياره إذا اعتبر قوله، و ذلك بعد البلوغ، و ليس

---

(1) سبق تخريجه ص 29.
(2) زاد المعاد ، 209/4.

تقييدكم وقت التخيير بالسبع أولى من تقييدنا بالبلوغ لأنه حينئذ يعتبر قولهو يدل عليه قولها: **"و قد سقاني من بئر أبي عنبة"**[1] وهي على أميال من المدينة وغير البالغ لا يأتي منه عادة أن يَحتمل الماء من هذه المسافة و يستقي من البئر .

3-إنه إن سلمنا أنه ليس في الحديث ما يدل على البلوغ، فليس فيه ما ينفيه والواقعة واقعة عين و ليس عن الشارع نص في تخيير من هو دون البلوغ [2]حتى يجب المصير إليه، سلمنا أن فيه ما ينفي البلوغ، فمن أين فيه ما يقتضي التقييد بسبع كما ذكر المخالفون.

4-أن الحديث الوارد في تخيير الجارية ضعيف مخالف لإجماعهم، فهذا التخيير هو تخيير شهوةٍ.

الفرع الثاني: يُخَيَّرُ المحضون إذا بلغ سن التمييز

اختلف الفقهاء في تحديد سن التمييز على قولين:

القول الأول:

أنه يخير لخمسٍ حكاه إسحاق بن راهويه، و يحتج لهؤلاء بأن الخمس هي السن التي يصح فيها سماع الصبي، و يمكن أن يعقل فيها و قد قال محمود بن لبيد: عقلت عن النبي صلى الله عليه و سلم مَجَّةً مَجَّهَا فِيّ َوأنا ابن خمسِ سِنِينَ[3].

القول الثاني:

أنه إنما يخير لسبع، و هو قول الشافعي، و أحمد رحمهم الله .

واحتج لهذا القول بأن التخيير يَستدعي التمييز والفهم، و لا ضابط له في الأطفال، فَضُبِطَ بمظِنَّتِهِ وهي السبع، فهي أول سن التمييز ولهذا جعلها النبي صلى الله عليه و سلم حداً للوقت الذي يُؤْمر فيه الصبي بالصلاة.

---

(1) سبق تخريجه، ص28.
(2) **رسالة في تسليم البنت إلى الأب أو الأم** (الحضانة) لشيخ الإسلام ابن تيمية: تحقيق سعد الدين بن محمد الكبي،ط1 مكتبة المعارف للنشر والتوزيع –الرياض-1431هـ/2010مـ ، ص41.
(3) المرجع نفسه ، ص 42.

و قد استدلوا لتخيير المحضون إذا بلغ سن التمييز بما يلي:

1-أن لفظ الحديث أنه خَيَّرَ غلاما بين أبويه، وحقيقة الغلام من لم يبلغ،فحمله على البالغ إخراج له عن حقيقته إلى مجازه بغير مُوجِبٍ، و لا قرينة صارفة.

2-أن البالغ لا حضانة عليه فكيف يصح أن يخير ابن الأربعين سنة بين أبوين؟ هذا من الممتنع شرعا و عادة، فلا يجوز حمل الحديث عليه.

3-أنه لم يفهم أحد من السامعين أنهم تنازعوا في رجل كبير بالغ عاقل، و أنه خير بين أبويه، و لا يسبق إلى هذا فهم أحد البتة، ولو فرض تخييره، لكان بين ثلاثة أشياء، الأبوين و الانفراد بنفسه .

4-أنه لا يعقل في العادة و لا في العرق و لا في الشرع أنْ تنازع الأبوين في رجل كبير بالغ عاقل كما لا يعقل في الشرع تخيير من هذه حاله بين أبويه.

5-أن في بعض ألفاظ الحديث أن الولد كان صغيرا لم يبلغ و هو حديث رافع بن سينان و فيه جاء ابن لها صغير و لم يبلغ، فأجلس النبي صلى الله عليه و سلم الأب و الأم هاهنا ثم خيره[1] .

و قد اختلف أصحاب هذا القول في كيفية التخيير على رأيين:

(1) زاد المعاد ، ج4 ، ص 216.

الرأي الأول:

التفريق بين الذكر و الأنثى في التخيير و هو قول أحمد[1] و بيان ذلك كما يلي:

الذكر:

يكون عند حاضنته حتى يبلغ سن السابعة فإن اتفق أبواه بعد ذلك أن يكون عند أحدهما جاز، لأن الحق في حضانته إليهما، وإن تنازعا خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما، فالتخيير إنما يكون مع السلامة من الفساد ، فإن عُلِمَ أنه يختار أحدهما لِيُمَكَّنَهُ من فساد ويكره الآخر للتأديب لم يُعْمَل بمقتضى شهوته لأن ذلك إضاعة له . ويكون الغلام عند من يختار فإن عاد فاختار الآخر نقل إليه و إن عاد فاختار الأول رُدَّ إليه وهكذا أبدا، لأن هذا اختيار تَشَهٍ و قد يشتهي أحدهما في وقت دون آخر، فاتبع ما تشتهيه، فإن لم يختر أحدهما أو اختارهما معا أقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر،ثم إن اختار غير من قُدِّمَ بالقرعة رُدَّ إليه، و لا يخير إذا كان أحد أبويه ليس من أهل الحضانة لأن وجوده كعدمه، و إن اختار أباه ثم زال عقله رد إلى أمه لحاجته إلى من يتعهده كالصغير وبطل اختياره، لأنه لا حكم لكلامه.

الأنثى:

إذا بلغت سبع سنين لا تخير، و إنما تكون عند الأب وجوبا إلى البلوغ، و بعد البلوغ تكون عنده أيضا إلى الزفاف وجوبا و لو تبرعت الأم بحضانتها، لأن الغرض من الحضانة الحفظ، و الأب أحفظ لها، و إنما تخطب منه، فوجب أن تكون تحت نظره ليؤمن عليها من دخول الفساد لكونها

---

(1) فإن كان ذكرا ، وهو دون السبع ، فأمه أحق به من غير تخيير، وإن كان له سبع ففيه ثلاث روايات:
الرواية الأولى: أنه يخير وهي الصحيحة والمشهورة من مذهبه ، وهي اختيار أصحابه، فإن لم يختر واحدا منهما أقرع وكان لمن قرع ، وإذا اختار أحدهما ثم عاد فاختار الآخر نقل إليه وهكذا أبدا
الرواية الثانية: أن الأب أحق به من غير تخيير
الرواية الثالثة: أن الأم أحق به كما قبل السبع
أما إذا كان أنثى ، فإن كانت دون السبع ، فأمها أحق بها من غير تخيير، وإن بلغت سبعاً ، فالمشهور من مذهبه أن الأم أحق بها إلى تسع سنين ، فإذا بلغت تسعا ، فالأب أحق بها من غير تخيير ، وعنه أن الأم أحق بها حتى تبلغ ولو تزوجت الأم ، وعنه أنها تخير بعد السبع كالغلام. أنظر: **المستدرك على مجموع فتاوى** شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط1 ، 1418هـ. ص65.

معرضة للآفات لا يؤمن عليها للانخداع لغرتها، و المعتوه ولو أنثى يكون عند أمه ولو بعد البلوغ لحاجته إلى من يخدمه و يقوم بأمره و النساء أعرف بذلك.

و من الأدلة على ذلك[1]:

1-عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: إن زوجي يريد أن يذهب بابني و قد سقاني من بئر أبي عنبة و قد نفعني، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: هذا أبوك و هذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به[2].

2-الآثار الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم، و منها ما روي عن عبد الرحمان بن غنم قال اختُصِمَ إلى عمر بن الخطاب في يتيم فخيره فاختار أمه على عمه فقال عمر: إن لطف أمك خير من خصب عمك، و عن عمارة بن رويبة، أنه تخاصمت فيه أمه و عمه إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال :فخير في علي ثلاثا كلهن اختار أمي، و معي أخ لي صغير فقال على :هذا إذا بلغ مبلغ هذا خُيِّر[3].

وعن هلال بن أبي ميمونة قال شهدت أبا هريرة خير غلاما بين أبيه وأمه و قال إن رسول الله صلى الله عليه و سلم **"خير غلاما بين أبيه و أمه"**[4].

3-أن هذا في غاية العدل الممكن، فإن الأم إنما قدمت في حال الصغر لحاجة الولد إلى التربية و الحمل و الرضاع و المداراة التي لا تتهيأ لغير النساء، و إلا فالأم أحد الأبوين، فكيف تقدم عليه؟ فإذا بلغ الغلام حدا يعرب فيه عن نفسه، و يستغني عن الحمل و الوضع و ما تعانيه النساء، تساوى الأبوان، وزال السبب الموجب لتقديم الأم، و الأبوان متساويان فيه، فلا يقدم أحدهما إلا بمرجع، و المرجع إما من خارج وهو القرعة و إما من جهة الولد، و هو اختياره، و قد جاءت

---

(1) زاد المعاد ، 4/ 218.
(2) الحاكم في مستدركه ، 108/4 ، الدارمي ، 323/2 ، البيهقي ، 3/8 ، النسائي 382/3.
(3) سبق تخريجه، ص29.
(4) الترمذي ، 3/ 638 ، ابن ماجه 2/ 787 ، أحمد 5/ 49.

السنة بهذا وهذا و قد جمعهما حديث أبي هريرة،فاعتبرناهما جميعا ولم ندفع أحدهما بالآخر،وقدمنا ما قدمه النبي صلى الله عليه و سلم، و أخرنا ما أخره فقدم التخيير[1].

4-أنه إذا مال إلى أحد أبويه دل على أنه أرفق به و أشفق.

5-أن ذلك مقيد بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته فيها بالصلاة، بخلاف الأم فإنها قدمت في حال الصغر لحاجته و مباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك.

6-إنما قدم التخيير لاتفاق ألفاظ الحديث عليه، وعَمِل الخلفاء الراشدون به، أما القرعة طريقا للترجيح إذا لم يبق سواها.

7-أن القرعة إنما يصار إليها إذا تساوت الحقوق من كل وجه، و لم يبق مرجح سواها، وهكذا فعلنا هاهنا قدمنا أحدهما بالاختيار، فإن لم يختر السنة، لكان من أحسن الأحكام وأعدلها و أقطعها للنزاع بتراضي المتنازعين.

8-أن الحديث الذي استدلوا به ضَعَّفَهُ بن المنذر و غيره، و ضعف يحيى بن سعيد و الثوري عبد الحميد بن جعفر، و قد اختلف فيه، فروي أن المخير كان بنتا ، وروي أنه كان ابنا، قال بن الجوزي: و رواية من روى أنه كان غلاما أصح[2] .

9-لو سلم أنه كان أنثى، فأنتم لا تقولون به، فإن فيه أن أحدهما كان مسلما والآخر كافر، فكيف تحتجون بما لا تقولون به و في الحديث أن الطفل كان فطيما، و هذا قطعا دون السبع، فظهر أنه لا يمكنكم الاستدلال بحديث رافع هذا على كل تقدير .

10-أن العادة شاهدة بأن اختيار أحدهما يضعف رغبة الآخر فيه بالإحسان إليه و صيانته، فإذا اختار أحدهما ثم انتقل إلى الآخر لم يبق أحدهما تاما الرغبة في حفظه و الإحسان إليه.

---

(1) زاد المعاد ، 214/4.

(2) ونص الحديث أنه صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه المسلم وأمه المشركة ، فمال إلى الأم فقال صلى الله عليه وسلم : **"اللهم اهده"** فمال إلى الأب ، قال ابن حجر: رواه أحمد والنسائي وأبو داود وابن ماجه والحاكم والدارقطني من حديث رافع بن سنان ، وفي سنده اختلاف كثير وألفاظه مختلفة ورجح ابن القطان رواية عبد الحميد بن جعفر وقال ابن المنذر لا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال. أنظر:**تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين ، 11/4.

11-أن البنت تحتاج من الحفظ والصيانة فوق ما يحتاج إليه الصبي، لهذا شُرِّعَ في حق الإناث من الستر والحفظ ما لم يُشَرَّع للذكور في اللباس و إرخاء الذيل و جمع نفسها في الركوع و السجود دون التجافي، ولا تسافر وحدها هذا مع كبرها و معرفتها، فكيف إذا كانت في سن الصغر، و ضعف العقل الذي يقبل الانخداع ، و لا ريب أن ترددها بين الأبوين مما يعود على المقصود بالأبطال، أو يخل به أو ينقصه لأنها لا تستقر في مكان معين،فكان الأصلح لها أن تجعل عند أحد الأبوين من غير تخيير .

الرأي الثاني[1]:

تستمر الحضانة على المحضون حتى التمييز ذكرا كان أم أنثى، فإذا بلغ حد التمييز فإنه يخير بين أبيه وأمه فإن اختار أحدهما دُفِعَ إليه وإذا عاد فاختار الثاني نُقِلَ إليه و هكذا كلما تغير اختياره.لأنه قد يتغير حال الحاضن، أو يتغير رأي المحضون فيه بعد الاختيار إلا إذا كثر ذلك منه بحيث يظن أن سببه قلة تمييزه، فإنه يُجْعَلُ عند الأم و يلغى الاختيار. وإن امتنع المحضون عن الاختيار فالأم أولى، لأنها أشفق ، واستصحابًا لما كان و هو قول الشافعية.

فإن اختارهما معا أُقْرِعَ بينهما، و إن امتنع المختار من كفالته كفله الآخر، فإن رجع الممتنع منهما أُعِيدَ التخيير، وإن امتنعا ؛وبعدهما مستحقان للحضانة كجد و جدة خير بينهما و إلا أجبر عليها من تلزمه نفقته، و تظل الولاية عليه لمن بقي عنده إلى البلوغ.

فإن بلغ، فإن كان غلاما و بلغ رشيدا وُلِّيَ أمر نفسه لاستغنائه عمن يكفله فلا يجبر على الإقامة عند أحد أبويه، والأولى أن لا يفارقهما ليبرَّهُمَا، وإن كان أنثى، فإن بلغت رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج إن كانا مفترقين، وبينهما إن كانا مجتمعين، لأنه أبعد عن التهمة، ولها أن تسكن حيث شاءت ولو بأجرة، هذا إذا لم تكن ريبة، فإن كانت هناك ريبة فللأم إسكانها معها، و كذلك للولي من العصبة إسكانها معه إذا كان محرما لها، فإن لم يكن محرما لها فيسكنها في موضع لائق بها و يلاحظها دفعا لعار النسب، و إن بلغت غير رشيدة ففيها التفصيل الذي

---

(1) الزواج والطلاق ، ص 109/108.

قيل في الغلام، أما المجنون و المعتوه فلا يخير وتظل الحضانة عليه لأمه إلى الإفاقة، و من الأدلة على ذلك:

عن رافع بن سينان-رضي الله عنه-أنه تنازع هو و أم في ابنتهما، وأن النبي صلى الله عليه وسلم أقعده ناحية، وأقعد المرأة ناحية وأقعد الصبية بينهما، وقال: **"ادعوها"**فمالت إلى أمها فقال النبي صلى الله عليه و سلم: **"اللهم اهدها"**فمالت إلى أبيها فأخذها[1].

أن الآثار المتقدمة حجة في تخيير الأنثى، لأن كون الطفل ذكرا لا تأثير له في الحكم، بل هي كالذكر.

وحديث الحضانة أولى بعدم اشتراط الذكورية فيه، لأن لفظ الصبي ليس من كلام الشارع إنما الصحابي حكا القصة، و أنها كانت في صبي، فإذا نُقِّحَ المناط تبين أنه لا تأثير لكونه ذكرا.

الفرع الثالث:أن المحضون أحق بنفسه إذا بلغ

وهذا بدون تفريق بين الذكر والأنثى، وهو مذهب بن حزم، قال: وإذا بلغ الولد أو الابنة عاقلين، فهما أملك بأنفسهما، و يسكنان أين أحبا، فإن لم يؤمنا على معصية من شرب خمر، أو تبرج، أو تخليط فللأب أو غيره من العصبة أو الحاكم أو الجيران أن يمنعهما من ذلك ويسكنهما حيث يشرفان على أمورهما[2].

أما السن التي يبقي فيها مع أمه فقد نص ابن حزم على أن الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الاحتلام أو الإنبات مع التمييز، وصحة الجسم سواء كانت أُمَةً أم حرة، تزوجت أو لم تتزوج رحل الأب عن ذلك البلد أم لم يرحل

ومن الأدلة على ذلك:

1-قوله تعالى: ﴿**وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**﴾[3]

(1) سبق تخريجه ص 40.
(2) المحلى بالآثار 157/10.
(3) سروة الأنعام ، الآية 164

2-أنه لا دليل على التفريق بين الذكر والأنثى في ذلك، قال الإمام بن حزم : (ولا معنى للفرق بين الذكر والأنثى في ذلك ،و لا لمراعاة زواج الابنة، لأنه شرع لم يأذن به الله تعالى، وقد تزوج وهي في المهد وقد لا تتزوج وهي بنت تسعين سنة ، ورب بكر أصلح وأنظر من ذوات الأزواج وبضرورة الحس يدري كل أحد أن الزواج لم يزدها عقلا لم يكن ولا صلاحا لم يكن[1].

3-أنه إذا ظهر في سلوك الذكر أو الأنثى تخليط أو معصية فالمنع من ذلك واجب لقوله تعالى: ﴿**كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ**﴾[2]و قوله تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُواْ اللّهَ إِنَّ اللّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ**﴾[3] وقوله تعالى: ﴿**وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ**﴾[4]

<u>الترجيح:</u>

الأرجح في المسألة هو النظر إلى مصلحة المحضون كما فيكل مسائل الحضانة وعلى ذلك تدل الروايات النصية المختلفة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم والصحابة رضي الله عنهم،فليس في النصوص ما ذكره أكثر الفقهاء في الحضانة و قيودها في هذه المسألة و أكثر مسائل الحضانة، قال الإمام ابن تميمة :(ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا، و لا تخيير الولد بين الأبوين مطلقا، و العلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقا، بل لا يقدم ذو العدوان و التفريط على البر العادل المحسن[5].

---

(1) المحلى 10/ 157
(2) سورة النساء الآية 135
(3) سورة المائدة الآية 02
(4) سورة آل عمران الآية 104.
(5) فقه الأسرة للإمام ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص 720

وعلى ذلك يدل الخلاف الفقهي في هذه المسألة، فقد اختلف الفقهاء بحسب اختلاف المصالح والمفاسد التي تنجر عن الأحوال المختلفة، ومن الخطأ نصرة الآراء هنا لأدلتها فهي تكاد تتكافأ، ويمكن توجيه القوي منها لينسجم مع غيره، فالمذاهب وأقوال العلماء ليست نصوصا قطعية يحرم تجاوزها.

وانطلاقا من هذا، أن لولي الأمر أو من يكون ثقة من جماعة المسلمين النظرُ في كل حالة والحكم عليها بما يناسبها من هذه الأقوال، و قد قال ابن القيم لما انتصر لمذهب الإمام أحمد.قال:(فمن قدمناه بتخيير أو قرعة أو بنفسه، فإنما نقدمه إذا حصلت به مصلحة الولد ولو كانت الأم أصون من الأب أو أَغْيَرُ منه قدمت عليه ولا التفات إلى القرعة ولا اختيار الصبي في هذه الحالة، فإنه ضعيف العقل يُؤثر البطالة و اللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك لم يلفت إلى اختياره، و كان عند من هو أنفع له و أخير[1]. و استدل لذلك بالنصوص الشرعية الكثيرة الدالة على هذا و منها قوله صلى الله عليه وسلم: **"امروهم بالصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع"** [2] والله تعالى يقول:﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ**﴾[3] .

قال ابن القيم:(فإذا كانت الأم تتركه في المكتب، و تعلمه القرآن و الصبي يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه، وأبوه يمكنه من ذلك، فإنه أحق به بلا تخيير و لا قرعة و كذلك العكس ومتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي وعطله والآخر مراع له، فهو أحق به وأولى[4].

أما على مستوى التشريع الجزائري فإن كان الولد عاقلا مأمونا على نفسه، لم يكن لأبيه ولا لغيره ممن له حق الضم سبيل عليه، بل يكون مخيرا في الإقامة مع أبيه أو أمه ، أو الإقامة

---

(1) زاد المعاد 216/4.
(2) أخرجه أحمد 187/2، أبو داود رقم(495 ، 496)، والحاكم 197/1 ، والدار قطني 185/1 وغيرهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .
(3) سورةالتحريم الآية 06
(4) زاد المعاد ، 4/ 217.

بعيدا عنهما، فإن لم يكن مأمونا على نفسه فإنه يبقى في حالة ضم كما كان جبرا عليه[5] فالمادة65 حينها تكلمت عن السن القانونية التي تنتهي فيها الحضانة بالنسبة للمحضون و هو سواء كان ذكرا أم أنثى حسبما أشرنا إليه سابقا نجد أن المادة ذاتها لم تشر إلى مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة إلى المحضون وهو رغبته في الانتقال، فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهاء فترة الحضانة العيش والانتقال إلى الجهة التي تستمد لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا فترة طويلة.

و هنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة[1] تستدعي الموازنة بين أمرين و هما:

1-إما تطبيق النص القانوني للحكم بانتهاء حضانة الأم و بالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه.

2-و إما الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه آخذا في الحسان مصاحبته.

و الهدف من النص عندما ربط في جميع الأحوال مسألة الحكم بانتهاء الحضانة بتحقيق مصلحة الصغير[2].

المطلب الثاني:علاقة المحضون بغير الحاضن

اتفق الفقهاء على أن لكل من الأبوين إذا افترقا حقوق اتجاه محضونهما، فإذا كان أحد الأبوين حاضنا فلا يعني هذا انقطاع الآخر عن متابعة الولد فإنه حق مقرر من زيارة ورؤية وتعهد بما

---

(5) **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي**، عبد الفتاح تقية، ط ثالة ، ص 274.

(1) وهي مسألة بالغة الأهمية لتعلقها بمصلحة المحضون ، في حالة رفض الطفل العودة إلى حضانة أبيه بعدما كان عند أمه رفضا قاطعا فهنا يمكن تمديد مدة الحضانة مرة أخرى ولو إلى سن الرشد القانوني إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك ، فالمشرع الجزائري لم يعالج هذه المسألة وترك المجال للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 . أما القانون المغربي فنص في المادة 2/166 عند انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي أتم الخامس عشرة سنة ، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه. وفي حالة انعدامهما يمكنه أن يختار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 بعده ، شريطة ذلك ألا يتعارض مع مصلحته وأن يوافق نائبه الشرعي. أنظر: **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** لابن شويخ الرشيد، ص 261 .

(2) المرجع نفسه ص 258.

يحتاج إليه و للمذاهب في ذلك تفاصيل مختلفة غير متناقضة[3] وهي لا تفرق في أكثر التفاصيل بين الذكر والأنثى و تفرق في بعضهما الآخر.

الفرع الأول: إذا كان المحضون أنثى

من الأمور التي ذكرها الفقهاء و هي متعلقة بالمحضون إن كانت أنثى:

1-أنها تكون عند حاضنتها سواء كان أما أو أبا ليلا أو نهار، لأن تعليمها يكون داخل البيت و لا حاجة بها إلى الإخراج، ولا يمنع الآخر من زيارتها[1].

2-أنه لا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر، لأن المنع من ذلك فيه حمل على قطيعة الرحم، بشرط ألا يطيل الزائر المقام، لأن الأم بالبينونة صارت أجنبية و الورع إذا زارت الأم ابنتها أن تتحرى أوقات خروج أبيها، و هذا الحق يثبت حتى مع غير الوالد، قال الباجي: (إذا كانت الصبية عند جدتها لم يمنع رسول عمتها من زيارتها و عيادتها و لا يمنع عمتها أن تأتيها، قال مالك في العتبية: ووجه ذلك أن للعمة حقا في مطالعة حالها ومعرفة مجاري أمورها وصحتها وسقمها وما تباشر من عملها للرحم التي بينهما، فلها من ذلك ما لا يدخل به مضرة من كثرة ملازمتها[2].

3-إذا لم يأذن زوج الأم بدخول الأب أخرجتها إليه ليراها، ويتفقد أحوالها،وإذا بخل الأب بدخول الأم إلى منزله أخرجها إليها لتراها وله منع البنت من زيارة أمها إذا خشي الضرر حفظا لها، وقد حدد الشافعية الزيارة بكونها مرة كل يومين فأكثر لا في كل يوم، ولا بأس أن يزورها كل يوم إذا كان البيت قريبا وعند الحنابلة تكون الزيارة على ما جرت به العادة كاليوم في الأسبوع قال ابن قدامه مبينا عِلَلَ ذلك (إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب، فإنها تكون عنده ليلا و نهارا لأن تأديبها و تخريجها في جوف البيت، ومن تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ولا حاجة

---

(3) زاد المعاد، 4/ 216.

(1) فقه السنة ، ص 361.

(2) المنتقى شرح الموطأ للإمام أبي الوليد الباجي ، 186/6 ، دار الكتاب العربي –بيروت-.

بها إلى الإخراج منه، ولا يطيل ولا يتبسَّط لأن الفرقة بينهما تمنع تبسُّط أحدهما في منزل الآخر وإن مرضت الأم أحق بتمريضها في بيتها)[3].

وقد تشدد بعض الفقهاء في ذلك، فقيل:(و لا يمنعه زيارتها لئلا يكلفها الخروج لزيارته إلا أن يكون أنثى فله منعها زيارتها لتألف الصيانة و عدم البروز،والأم أولى منها بالخروج لزيارتها و الزيارة في الأيام مرة على العادة لا كل يوم، و إذا زارت لا يمنعها الدخول إلى بيته ويخلي لها الحجرة فإن كان البيت ضيقا خرج ولا تطيل المكث في البيت وعدم منها الدخول لازم كما صرخ به الماوردي فقال يلزم الأب أن يمكنها من الدخول و لا يولهها على ولدها للنهي عنه و في كلام غيره يفهم عدم الوجوب و به أفتى ابن الصلاح[1].

الفرع الثاني:إن كان المحضون ذكرا

و من الأمور التي ذكرها الفقهاء، و هي متعلقة بالمحضون إن كان ذكرا:

1-إن كان عند أبيه كان عنده ليلا و نهارا، و لا يمنعه من زيارة أمه، لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق و قطع الرحم، و لا يكلف الأم الخروج لزيارته، و الولد أولى منها بالخروج.

2-لو أرادت الأم زيارته فلا يمنعها الأب من ذلك لما فيه من قطع الرحم، لكن لا تطيل المكث، وإن بخل الأب بدخولها إلى منزله أخرجه إليها، و الزيارة تكون مرة كل يومين فأكثر، فإن كان منزل الأم قريباً فلا بأس أن يزورها الابن كل يوم،كمال قال الماوردي من الشافعية أما الخابلة فتكون الزيارة كل أسبوع .

3-إذا كان المحضون الذكر عند أمه كان عندها ليلا، وعند الأب نهارا لتعليمه و تأديبه، فقد نص المالكية[2] على أنه إن كان المحضون عند الأم فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه يتعهده ويعلمه ثم يأوي إلى أمه يبيت عندها، قال الباجي: (إذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع الاختلاف إلى أبيه يعلمه، و يأوي إلى الأم رواه بن حبيب عن ابن الماجشون، ووجه ذلك أن الابن محتاج إلى

---

(3) المغني ، 8/ 193.
(1) الزواج والطلاق ، ص150.
(2) المنتقى ، 6/ 186.

أن يعلمه أبوه و يؤدبه و يسلمه إلى من يعلمه القرآن و الصناعة و الصنائع و التصرف و تلك معان إنما يستفاد من الأب فكان الأب أولى بالابن في الأوقات التي يحتاج فيها إلى التعلم و ذلك لا يمنع الحضانة، لأن الحضانة تختص بالمبيت و مباشرة عمل الطعام وغسل الثياب وتهيئة المضجع والملبس والعون على ذلك كله والمطالعة لمن يباشر وتنظيف الجسم وغير ذلك من المعاني التي تختص مباشرتها بالنساء و لا يستغني الصغير عن من يتولى ذلك له، فكان كل واحد من الأبوين أحق مما إليه منافع الصبي و القيام بأمر هو إن كان عند الأب فلها الحق في رؤيته كل يوم في بيتها لتفقد حاله و لو كانت متزوجة من أجنبي من المحضون فلا يمنعها زوجها من دخول ولدها في بيتها و يفتي لها بذلك إن منعها .

إن مرض الولد كانت الأم أحق بالتمريض في بيت الأب إن كان عنده و رضي بذلك وإلا ففي بيتها يكون التمريض، وهذا كما يقول الشافعية و عند الحنابلة[1] يكون التمريض في بيتها و يزوره الأب إن كان التمريض عند الأم مع الاحتراز من الخلوة.

أما على مستوى التشريع الجزائري، فيعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوان استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد كثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذا الخلافات.

فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتياديه بحيث تمنعهم من رؤية الأب وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب.[2]

فبالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل والأعياد، إلا أنه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير وتشمل أبضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية السنوية. إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما.

---

(1) المغني،8/ 193.
(2) شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ص 258.

وفي الحقيقة فإن جل الأحكام القضائية الصادرة لم تشر سوى لموضوع حق الزيارة خلال العطل والأعياد دون تحديد للمقصود من الزيارة، وكثيرا ما يحدث النزاع بسببها.

زيادة على أن الأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين بالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية لفترة العطلة حتى يتمكن من الاطلاع بشكل سليم على أحوالهم من جميع الوجوه.

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه ، يقول الدكتور بن شويخ "لذلك تمنينا لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوين والصغار معا ماديا ومعنويا ، ليصبح النص في المادة 64 يشمل عبارة حق الزيارة وحق الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح حتى لا تبقى أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أو ذاك"[1].

a.

المطلب الثالث: الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة .b

تكريسا و تدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة و اشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه لأحكام ، و تعد أداة فعالة و وسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها و تنفيذها، و هي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون[2].

ومنه سنتناول هذا الموضوع بالكلام عن جريمة عدم تسليم المحضون إلى حاضنه و أهم صور هذه الجريمة مثل : جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنته، و جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة .

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه

(1) المرجع السابق ، ص 259.
(2) الجرائم الواقعة على نظام الأسرة عبد العزيز سعد ،ط 2002 ، ص 124.

وهي الصورة المنصوص و المعاقب عليها في المادة **328** من قانون العقوبات، وتقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية و ركن مادي و معنوي .

أولا: الشروط الأولية :

1-<u>المحضون القاصر</u> يثار التساؤل هنا حول معنى القاصر ، الأصل أنّه من لم يبلغ سن الرشد المدني المحدد بـ :**19** سنة لكن ما دام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر للذكور، والثامنة عشر

للإناث[1] القاصر استنادا إلى انقضاء الحضانة و تحديدا إلى نص المادة **65** من قانون الأسرة، الذي أصبح بعد توحيد سن الرشد بين القانون المدني وقانون الأسرة وكذلك بعد التعديل، فإن سن انتهاء حضانة الذكر من 10س إلى 16سنة، وأما الأنثى فببلوغها سن الزواج.

2- حكم قضائي :

لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء، و يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه ، و قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا ، و لكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجّل .

وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجّل و غير نهائي كونه محل استئناف.[2]

وقد يكون الحكم صدر عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة فقط، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو مؤقتا .

---

(1) الوجيز في القانون الجنائي الخاص د. أحسن بوسقيعة، 1/ 174. وهذا قبل تعديل 2005.
(2) المحكمة العليا - الغرفة الجزائية – ملف رقم 132607 مؤرخ في 1996/06/16 .

كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني ، أمّا إذا كان صادرا عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي فإنه لا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان مصادقا عليه و ممهورا بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة **325** من قانون الإجراءات المدنية، أو وفقا للاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية.

ثانيا عناصر الجريمة :

أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الامتناع ذاته ، و هو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع ، إلاّ أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة، و لولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة، أو متابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها، و الامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد اتباع إجراءات التنفيذ[1] .

إضافة إلى ذلك يجب أن يُثْبِت أنّ الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا و حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع، أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي هو أحد ساكنيه،ولكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممّن يسكنون بنفس المنزل فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم تسليم الطفل.

وعليه إذا كان الطفل محل الحضانة موجودا عند شخص معين و تحت سلطته كأن يكون أبوه أو جده أو عمه ، و أنّه قد صدر قرار أو حكم قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل إلى شخص ثاني هو أمّه مثلا أو خالته أو جدته ، و عند القيام بإجراءات التنفيذ اعترض الأب أو الجد أو العم مثلا على تنفيذ هذا الحكم و امتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون أن يبرّر امتناعه بمبرّر شرعي أو قانوني ، فإنّه يقع تحت طائلة هذه الجريمة.

وبالإضافة إلى ذلك يجب توفر الركن المعنوي في هذه الجريمة ، فهي تقتضي توافر قصدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم،وتطرح هذه المسألة عدّة إشكالات ، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل و إصراره على عدم مرافقة من يطلبه . و قد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه

---

(1) **بن عصمان نصرين إيناس:** مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري –مذكرة ماجستير-إشراف أ. د. دنوني هجيرة -كلية الحقوق -جامعة تلمسان 2009م، ص101.

الحجة ، و قُضِيَ بأنّ مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبرّرا و لا عذرًا قانونيًا [1].

وبالمقابل لا تقوم الجريمة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم ، فمثلا إذا لم يقم الشخص الذي صدر حكم ضده بتسليم طفل تنفيذا لحكم بإسناد الحضانة مستندا على ذلك بترخيص من المحكمة لمدة معينة لا تقوم الجريمة خلال كل هذه الفترة المسموح بها، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك عندما قالت أنّه:"متى كان مؤدى نص المادة **328** من قانون العقوبات هو أنّه يعاقب بالحبس و الغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضِيَ في شأن حضانته بموجب حكم،إلى من له الحق في المطالبة، و من ثم فإنّ أب القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة **15** يوم لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة، وأنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون".[1]

وتأخذ جريمة عدم تسليم طفل عدة صور أهمها :اختطاف المحضون من حاضنه والامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة .

الفرع الثاني : جريمة اختطاف المحضون من حاضنه .c

إنّ هذه الجريمة تعتبر ذات علاقة بالجريمة السابقة ، لما لهما من اشتراك في الموضوع و في الهدف ، و لما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدّة بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون و الحاضن ، و لقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية :

أولا:العنصر المادي للاختطاف :

إن العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي، يتمثل في عدة صور أو عدة حالات، و كل حالة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي، وهذه الصور أو الحالات هي صورة اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته، وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيه مثل : المدرسة ، و دار الحضانة و ما شابههما، و

(2) الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، المرجع السابق ص 176 .
(1) المحكمة العليا - الغرفة الجزائية – نشرة القضاة - العدد 4 لسنة 1986 ص 39 قرار مؤرخ في 1982/10/12

صورة تكليف الغير بحمل المحضون و خطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب، و لا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير .[2]

وإذا كان الاختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم ، أو الخالة أو الجدة ، فإنّ الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته وبناءاً على طلبه يعتبر فاعل أصلي، وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد و نفذّ ما طُلب منه يكون شريكا في الجريمة.

ثانيا:عنصر توفر الحكم القضائي :

سبق الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة، وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا ،و ذلك نظرا إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأنّ هذا الطفل له حق حضانته و حق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعّمه حكم قضائي قابل للتنفيذ .

ثالثا:عنصر القصد أو النية الجرمية :

يعد من الأركان العامة المطلوب توفره في كل سلوك إجرامي ، و يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية ،ولهذا فإنّ القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون مباشرة ممن وُكّلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه و إبعاده ، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف و لا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد ، و تبقى النية هنا مفترضة و مستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة و تحدّيه له ، وما عليه لكي يفلت أو ينجوا من المتابعة و العقاب إلاّ أن يثب حسن نيته و عدم توفر عنصر القصد السيء، و لا فعل الاختطاف أو الإبعاد .

---

(2) الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، المرجع السابق -ص 126

الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة .d

أولا: مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة :

من خلال قراءة نص المادة **64** من قانون الأسرة تنص على أنّه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر، ومن خلال قراءة الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيات[1]، نلاحظ أن المادة **07** من الاتفاقية جاء فيها :"أنّ الوالد الحاضن سيتعرض للمتابعات الجزائية المتعلقة بعدم تسليم الأطفال التي تنص و تعاقب عليها التشريعات الجنائية في كلتا الدولتين ، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد مُنح للوالد الآخر بمقتضى قرار قضائي، ويتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري .و يباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلُّمه الشكوى من الطرف الآخر .

ومنه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بعدم تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان و الكيفية و المكان التي حددها الحكم التام، فإنّه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة .

ثانيا: عناصر جنحة رفض حق الزيارة :

يتضح لنا أنّه لكي يمكن قيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل قُضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به ، وجوب توافر العناصر التالية[1] :

- ❖ وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجّل أو حاز لقوة الشيء المقضي به .
- ❖ أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين،وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر .
- ❖ أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه .

---

(1) وقعت المصادقة على هذه الاتفاقية في 26 يوليو 1988 .بموجب المرسوم رقم 88-144 .

(1) **بن عصمان نصرين إيناس:** المرجع السابق ، ص 111.

ومنه إذا توفرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعةً ، فإنّ الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته و استحق المتابعة و العقاب .

هكذا نجد أنّ المشرع قد أولى اهتمام خاص بالمحضون و بالطفل بصفة عامة ، عندما نصّ على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة.

وعند قيام جريمة الامتناع عن تسليم الطفل يمكن للطرف المضرور و هو المدعي المدني أن يحرك الدعوى العمومية مباشرة ،ويكلِّف خصمه بالحضور أمام المحكمة بعد أن يدفع مبلغ الكفالة الذي يحدده وكيل الجمهورية على قاعدة المادة **337** مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

وقد نص المشرع على جريمة أخرى حماية للقاصر المحضون و إن كانت تشمل أيضا الطرف الحاضن عندما تكون أمّا، ولكن ما يهمنا هنا بالخصوص هو المحضون .

وهذه الجريمة هي عدم تسديد النفقة التي نصت عليها المادة **331** من قانون العقوبات،وذلك تدعيما لنص المادة **75** من قانون الأسرة، التي تنص على أنّ نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال .

وإن كان المشرع الجزائي الجزائري حصر النفقة - و التي تعتبر دَيْناً مالياً على الأب في النفقة الغذائية دون سواها ، علما أنّ النفقة كما هي معرفة في المادة **78** من قانون الأسرة الجزائري، تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته ، ومنه يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي نهائي أو مأمور فيه بالنفاذ المعجل وبعد انقضاء مهلة شهرين من التبليغ ، و عند امتناع المدين عن تسديد النفقة أن يتقدم بشكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك الدعوى العمومية في هذا الشأن ، مع الإشارة أن دفع جزء من المبلغ المالي المحكوم به لا يحول دون قيام الجريمة.[1]

المبحث الثالث: مسقطات الحضانة[1]

(1) الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، المرجع السابق، ص 159 .

(1) المادة 65 من قانون الأسرة المعدل:"يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم ، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"

إذ توفرت شروط الحضانة السابق ذكرها في شخص ، ثبتت له الحضانة ، ولكن هذا الحق قد يسقط لعذر أو لغير عذر ، فعند ذلك تنتقل الحضانة إلى من يليه في الدرجة ، وهكذا ينتقل ذلك الحق إلى أن يوجد الشخص المناسب الذي تتوفر فيه جميع الشروط ، لأن الحضانة حق للمحضون[2]، فالحضانة تسقط إما بتخلف شرط من شروطها أو بحلول مانع من موانعها، من مرض أو عذر أو تم إسقاطها بدون ذلك ، كالتنازل عنها ، فإذا زال العذر الذي أسقطت الحضانة بسببه ، أو بدا لمن أسقطها بغير عذر المطالبة بها ، فهل يعود له الحق بعد سقوطه ، أي هل يعود حق الحضانة بعد سقوطه؟. وهذا ما سنراه في المطالب التالية:

المطلبالأول: زواج الأم الحاضنة

المطلب الثاني:الأمراض العقلية والجسدية

المطلب الثالث: التنازل عن الحضانة

المطلب الأول: زواج الأم الحاضنة

من الموانع التي ذكرها الفقهاء للحاضنة مطلقا ، وحضانة الأم خصوصا، زواج الأم الحاضنة ؛ فقد اختلف الفقهاء في سقوط الحضانة ، بالزواج على الأقوال التالية:

القول الأول:

سقوطها بالزواج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى،وهو قول الشافعي ومالك، وأبي حنيفة، وأحمد، في المشهور عنه، قال ابن النذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم،أن زواج أم المحضون يسقط حقها في الحضانة[3].

القول الثاني:

أنها لا تسقط بالتزويج مطلقا ، ولا فرق في الحضانة بين الأيم وذوات الزوج ، وحكي هذا المذهب عن الحسن البصري ، وهو قول ابن حزم[1].

---

(2) بمعنى أنه لو لم يقبل المحضون غير أمه أو لم يوجد غيرها ، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال ، تعينت الأم للحضانة وتجبر عليها .أنظر: الزواج والطلاق ، المرجع السابق ، 114.

(3) **الإجماع** لأبي بكر بن المنذر، رقم (394) ، ط3، دار الدعوة بالإسكندرية 1402هـ.

القول الثالث:

أن الولد إن كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح أمها ، وإن كان ذكرا سقط ، وهي إحدى الروايتين عن أحمد ، قال :إذا تزوجت الأم وابنها صغير ، أخذ منها ، قيل له: والجارية مثل الصبي ، قال : لا الجارية تكون مع أمها إلى سبع سنين[2].

القول الرابع:

أنها إذا تزوجت بنسب من الطفل لم تسقط حضانتها، وهو قول الحنفية والمالكية وبعض الروايات عند الحنابلة[3].

وقد اختلف أصحاب هذا القول في نوع القرابة التي تربط الزوج بالطفل على الآراء التالية:

الرأي الأول: أن المشترط أن يكون الزوج نسيبا للطفل فقط ، وهو ظاهر قول الحنابلة.

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

الرأي الثالث:أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد، بأن يكون جدا للطفل ، وهو قول المالكية ، وبعض أصحاب أحمد.

واستدل أصحاب القول الأول بما يلي:

1-حديث عمرو بن شعيب وفيه قوله صلى الله عليه وسلم:**"أنت أحق به مالم تنكحي"**[4]

2- أن ما استدل به أصحاب القول الثاني من حديث أنس غير صحيح لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة كان لأنس من العمر عشر سنين، فكان عند أمه ، فلما تزوجت أبا طلحة لم

---

(1) **المحلى**: ج10، ص111، 112.
(2) **المستدرك على مجموع فتاوى** :المرجع السابق، ص70.
(3) بدائع الصنائع:ج4 ، ص65 ، حاشية الدسوقي: ج2، ص524 ، المغني : 7/ 625.
(4) سبق تخريجه: ص28.

يأت أحد من أقارب أنس ينازعها في ولدها ويقول؛ قد تزوجت فلا حضانة لك، وأنا أطلب انتزاعه منك، ولا ريب أنه لا يحرم على المرأة المزوجة حضانة ابنها إذا اتفقت هي والزوج وأقارب الطفل على ذلك ، ولا ريب أنه لا يجب، بل لا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها[1] إذا تزوجت من غير أن يخاصمها من له الحضانة، ويطلب انتزاع الولد.

3-اتفاق الصحابة –رضي الله عنهم على ذلك، ومن ذلك قول الصديق رضي الله عنه لعمر: هي أحق به ما لم تتزوج، و موافقة عمر على ذلك، ولا مخالف لهما من الصحابة البتة ، وقضى به شريح ، والقضاة بعده إلى اليوم في سائر الأعصار والأمصار[2].

وقد اختلف أصحاب هذا القول في الوقت الذي تسقط فيه حضانتها على رأيين :

الرأي الأول: من حين العقد، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة، لأن بالعقد يملك الزوج الاستمتاع بالزوجة فتنشغل به[3].

الرأي الثاني: بالدخول ، وهو قول المالكية، ففي المدونة: (قيل لمالك: متى يؤخذ من أمه أحين عقد نكاحها أو حين يدخل بها زوجها ؟ قال : بل حين يدخل بها زوجها ولا يؤخذ منها الولد قبل ذلك)[4]، واستثنى المالكية حالات لا يسقط فيها حق الحاضنة بتزوجها من أجنبي من المحضون وهي[5]:

1- أن يعلم من له حق الحضانة بعدها بدخول زوجها بها، وسقوط حقها في الحضانة ويسكت- بعد علمه بذلك بلا عذر- سنة فلا تسقط حضانتها حينئذ.

---

(1) الحديث:" **من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**". أخرجه أحمد، 412/5 ، 413 ؛ والترمذي في جامعه ، البيوع –باب ما جاء في كراهية التفريق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها، الدارمي ، رقم (2428) وأبو اسحاق الفزاري في السير، رقم (109) كلهم من حديث أبي أيوب الأنصاري، والحديث صحيح له شواهد.

(2) المغني ، 8/ 194.

(3) **أحكام وآثار الزوجية** ، ص 394.

(4) **المدونة:** 2/ 267.

(5) **الفواكه الدواني**في شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، 2/ 65 ،انظر : حاشية الدسوقي ، 526/2.

2-ألا يقبل المحضون غير مستحقة الحضانة أما أو غيرها ،فلا تسقط بدخول الزوج بها في هذه الحالة.

3-ألا تقبل المرضعة أن ترضعه عند بدل أمه الذي انتقلت له الحضانة بسبب تزوج الأم.

4-ألا يكون للولد حاضن غير الحاضنة التي دخل بها الزوج، أو يكون له حاضن غيرها ولكنه غير مأمون ، أو عاجز عن القيام بمصالح المحضون.

5-ألا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية عن المحضون ، وذلك في رواية عند المالكية، وفي رواية أخرى عندهم لا يشترط ذلك[1].

واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

1-أنه في يدها، لأنه في بطنها ثم في حجرها مدة الرضاع ، لقوله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾[2]

2-حديث أنس المتقدم ذكره[3]

3- أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله عليه وسلم لم تسقط كفالتها لابنها، بل استمرت على حضانته.

4-أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بابنة حمزة لخالتها وهي مزوجة بجعفر.[4]

5-أنه لم يأت نص صحيح قط بأن الأم إن تزوجت يسقط حقها في الحضانة[5]، قال ابن حزم في حديث الأنصارية الذي استدل به المخالفون: (هذا مرسل وفيه مجهول، ومثل هذا لا يحتج به)،

---

(1) **الشرح الكبير** ، ج2 ، ص 530.
(2) سورة البقرة الأية 233
(3) أنظر: أدلة أصحاب القول الأول
(4) انظر: القصة كاملة ؛ في ص 36 من هذا البحث.
(5) قال ابن القيم على ما أورده ابن حزم في نقده للحديثين :(وهذان الاعتراضان ضعيفان فقد بينا احتجاج الأئمة بعمرو في تصحيحهم حديثه ، وإذا تعارض معنا في الاحتجاج برجل قول ابن حزم ، وقول البخاري ، وأحمد ، ابن المديني ، والحميدي وإسحاق بن راهويه وأمثالهم ، ولم يلتفت إلى سولهم ، وأما حديث أبي سلمة هذا ، فإن أبا سلمة من كبار التابعين ، وقد حكى القصة عن الأنصارية ، ولا ينكر لقاؤه بها ، فلا يتحقق الإرسال ولو تحقق ، فمرسل جيد ، له شواهده مرفوعة وموقوفة ، وليس الاعتماد عليه وحده.

وقال في حديث عبد الله بن عمر: (وهذه صحيفة لا يحتج بها ، وقد ذكرنا في كتابنا الموسوم بالإعراب وفي كتاب الإيصال ما تركوا فيه رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولم يعيبوه إلا بأنه صحيفة)[1]

6-أنه لا فرق في النظر والحياطة بين الربيب زوج الأم والربيبة زوجة الأب ، بل في الأغلب الربيب أشفق ، وأقل ضررا من الربيبة ، وإنما يراعى في كل ذلك الدين ، ثم صلاح الدنيا فقط[2] .

واستدل أصحاب القول الثالث والرابع:

1-بقصة بنت حمزة[3] المذكورة.

2-ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، قال: كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار، فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد ، فخطبها عم ولدها ورجل آخر، إلى أبيها، فأنكحها الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت: أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها، فقال: "**أنكحت فلانا فلانة**" قال: نعم ، قال: "**أنت الذي لا نكاح لك ، اذهبي فانكحي عم ولدك**"[4]، وفي رواية له عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: أرادت امرأة أن تتزوج عم بنيها ؛ فزوجها أبوها غيره، ولم يَأْلُ عن الخير، فأتت النبي الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقالت: أردت أن أتزوج عم ولدي ، فأكون مع ولدي، وكرهت العزبة ، فزوجني أبي غيره، ولم يأل عن الخير، فأرسل النبي ρإلى

وعنى بالمجهول الرجل الصالح الذي شهد له أبو الزبير بالصلاح، ولا ريب أن هذه الشهادة لا تعرف به، ولكن المجهول إذا عدله الراوي عنه الثقة ثبتت عدالته وإن كان واحدا على أصح القولين ، فإن التعديل من باب الإخبار والحكم لا من باب الشهادة ، ولا سيما التعديل في الرواية ، فإنه يكتفي فيه بالواحدة ، ولا يزيد على أصل نصاب الرواية) ، **زاد المعاد** ، 215/4 .

(1) **المحلى**: 10/ 144.

(2) الزواج والطلاق ، ص118.

(3) اختلف الفقهاء في الاستدلال بقصة ابنة حمزة على الفهوم التالية:

أ- أن النكاح لا يسقط الحضانة

ب - أن المحضونة إذا كانت بنتا ، فنكاح أمها لا يسقط حضانتها ، ويسقطها إذا كان ذكرا.

جـ - ان الزوج إذا كان نسيبا من الطفل ، لم تسقط حضانتها ، وإلا سقطت.

(4) **المصنف**:عبد الرزاق، 147/6 ، رقم (10304) ، (10303).

أبيها فقال: " **زوجتها وهي كارهة ؟**"قال: نعم، قال: "**اذهب فلا نكاح لك ، اذهبي فتزوجي من شئت**"[5]

قال ابن العربي: (أما إن تزوجت ، وكان زوجها أجنبيا فلا حضانة لها ؛ لأن الأم تسقط حضانتها بزواج من أجنبي، فكيف بأختها وبأمها والبدل عنها، فإن كان وليا لم تسقط حضانتها كما لم تسقط حضانة زوج جعفر؛ لكون جعفر وليا لابنة حمزة وهي بنوة العم، وذكر ابن أبي خثيمة أن زيدا بن حارثة كان وصي حمزة فتكون الخالة على هذا أحقمن الوصي، ويكون ابن العم إذا كان زوجا غير قاطع للخالة في الحضانة وإن لم يكن محرما لها).[1]

الترجيح :

الأرجح في المسألة هو النظر إلى مصلحة الولد، فإن كانت مصلحته مرتبطة ببقائه مع أمه، لشفقة زوجها، أو لتوفر المرافق التي يحتاج الابن في تنشئته تنشئة صالحة، مقارنة مع ما يتوفر لغيرها، فإن الأرجح هو بقاؤه مع أمه في هذه الحالة ، فهي أصلح لحضانته من غيرها، ولا عبرة بأن يكون قريبا أو أجنبيا، لأن العبرة بالصلاح والشفقة، وعليه تحمل الأحاديث السابقة.

ومن المصالح المعتبرة في هذا القول أنه يتيح للمرأة الزواج بعد فراقها لزوجها، لأنها قد تمتنع منه مع حاجتها إليه خوفا من أن يسلب منها ولدها ، فلذلك إن علمت بأن زواجها لا يضرها وإنما يضرها الزوج الذي ترضاه أو تختاره لنفسها ، فإن هذا يدعوها إلى النظر في زواجها إلى مصلحة ولدها كنظرها إلى مصلحتها.

فإذا قبل الأب أو أولياء المحضون، وقبل بذلك زوج المرأة ولا سيما إذا كان ذا دين واستقامة معروفة وسيرة مرضية، وهذا مبني على أصل، وهو: أن سقوط الحضانة بالنكاح هو مراعاة لحق الزوج ، حتى لا يتنغص عليه الاستمتاع المطلوب من المرأة لحضانتها لولد غيره، ويتنكد بذلك عيشه مع المرأة ، ولا يؤمن أن يحصل بينهما من جراء الحضانة خلاف المودة

---

(5) **فتح الباري** ، لابن حجر العسقلاني ، 507/7.
(1) **أحكام القرآن** لابن العربي، 359/1.

والرحمة ، ولهذا كان للزوج أن يمنعها من هذا ، مع اشتغالها بحقوق الزوج فتضيع مصلحة الطفل ، فإذا آثر الزوج ذلك ، وطلبه وحرص عليه ، زالت المفسدة التي من أجلها سقطت الحضانة، والمقتضى قائم ، فيترتب عليه أثره ، ويؤكد ذلك ويوضحه أن سقوط الحضانة بالنكاح ليس حقا لله ، وإنما هو حق للزوج والطفل وأقاربه ، فإذا رضي من له الحق جاز[1].

وقد قال ابن زرب من علماء المالكية: (إذا علم من له الحق بالحضانة، وسكت عن حقه فقد سقط حقه بذلك)[2].

وفي مجتمعنا نرى بعضا من زوجات الآباء يبغضن ولد الزوج ولا تفوتن فرصة إيذائه، كما أنه قد يكون الولد المحضون عند الإخوة أو الأعمام أضيع من الأيتام في مأدبة اللئام. أما الحاضنة - ولا سيما الأم – فإنها تعطف بالفطرة على مصالح الولد ، ولا تدخر وسعا في استعطاف الزوج عليه وتقريب قلبه منه بشتى الوسائل، وتستعذب في هذه السبيل كل مشقة.

ومن أجل ذلك كثيرا ما نراها قادرة على العناية الحقة بالولد وعلى القيام بحق الزوج، وقريرة العين بالجمع بين هذه الأعباء[3].

أما المشرع الجزائري فقد نص على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه ومن بينها ما جاء في المادة 66 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم".

وهذا في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة ، أما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة [4].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه :" ومتى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما عدم الزواج ، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من

---

(1) زاد المعاد ، 216/4 .
(2) **أبحاث مالكية مغربية** ، للدكتور **فاروق حمادة** ص 238.
(3) **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**: نبيل صقر، دار الهدى ، عين مليلة –الجزائر -2006، ص255.
(4) قرار المحكمة العليا ملف رقم : 102886 نشرة القضاة - عدد 51 ص 92 بتاريخ 1994/04/19 .

الزواج ، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة ."[1]

نلاحظ أن المشرع ركز على مصلحة الطفل المحضون؛ ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا والفضلى للمحضون وأن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا ما دامت تحقق مصلحة المحضون ، وأنه يمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة، وبالتالي نظر المشرع في المسألة إلى جانب الطفل المحضون في مسألة زوج أمه ولم يلتفت إلى مصلحة الأم من حقها في الزواج ، مع بقائها مع طفلها.

عودة الحضانة لمن سقطت حضانتها بزواجها :

إن من سقطت حضانتها لزواجها ثم طلقت من زوجها فإن كان الطلاق بائنا فلا خلاف بعودة الحضانة فور وقوع الطلاق، لارتفاع ولاية مطلقها عنها. أما غذا كان الطلاق رجعيا ففي وقت عودة الحضانة للمطلقة رأيان:

1-قول الشافعية وأحد قولي الحنابلة: إن حقها في الحضانة يعود بمجرد الطلاق ، دون حاجة إلى انتظار العدة، لأنه عزلها عن فراشه، ولم تعد مشغولة به، فالعلة التي سقطت الحضانة بسببها قد زالت ، ولذا فالحضانة تعود بمجرد طلاقها.

2- أما الحنفية فقالوا: إن حق المطلقة في الحضانة لا يعود ، إلا إذا انقضت عدتها ، لأن المعتدة زوجة حكما ، وتأخذ أحكام الزوجة بشكل عام ، فهي ترث ولها النفقة ، ويقع عليها الطلاق والإيلاء والظهار ، ويحرم عليه الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها ، ولذلك فهي في العدة زوجة، فلا تعود لها الحضانة إلا إذا انقضت الزوجية، ويكون انقطاع الزوجية ، بانتهاء عدة الطلاق[2]

---

(1) قرر المحكمة العليا ملف رقم : 40483 مجلة قضائية سنة 1989 ج**2** ص 75 بتاريخ – 1986/05/05 .
(2) **حاشية ابن عابدين** 565/3 ،**ونهاية المحتاج** 274/6، **ومغني المحتاج** 455/3.

وقال المالكية: إن الحضانة لا تعود إذا أسقطت بإحدى الطرق التالية[3]

أ-زواج الحاضنة بأجنبي ودخول الزوج بها ، فإذا طلقت أو مات زوجها ، أو فسخ الزواج لفساد العقد فلا تعود إليها الحضانة ثانية.

بـ -إسقاط الحضانة بلا عذر ، كأن تسقط حضانتها وتتنازل عنها دون سبب، كأن تتنازل عن الحضانة للإضرار بالزوج.

جـ -أن تسقط الحضانة مقابل عوض ، كما لو خالعت زوجها مقابل تنازلها عن الحضانة.

المطلب الثاني:الأمراض العقلية والجسدية المسقطة للحضانة

قد ذكرنا في الشروط العامة للحضانة الأهلية العقلية والصحية، وحيث أنها إذا فُقِدَت يصبح غير صالح لأن يكون أهلا للحضانة ، فيسقط حقه في ممارسة الحضانة ، ولكن هل كل حالة مرضية تطرأ على الحاضن تجعل حقه مهدد بالسقوط؟ وهل يعمل بذلك حتى ولو كان المرض قابلا للإشفاء؟ وبمعنى أدق هل من شروط الحاضن السلامة العقلية والجسدية الدائمة كي لا يحكم بإسقاط حقه في الحضانة؟[1].

قال في القوانين الفقهية أن "الحضانة تسقط بضرر في بدن الحاضن كالجنون، والجذام والبرص".[2]

والواقع أن الفقهاء ركزوا كثيرا في هذه المسألة على حالة المرض المعدي؛ قال التّسولي: "ما دام المرض غير معد، ويقتصر أثره على عجز المريض عن القيام بشؤون المحضون، فإنه لا يسقط الحضانة إذا كان لدى المريض من يقوم بها تحت إشرافه ورقابته" .[3]

---

(3) **حاشية الدسوقي** 474/2 ، وأنظر: **الشرح الصغير** 763/2

(1) **مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية**-دراسة تطبيقية مقارنة- **تشوار حميدو زكية،** 438/2 ، رسالة دكتوراه –كلية الحقوق -جامعة تلمسان- دار الكتب العلمية –بيروت ، لبنان 2005 .

(2) **القوانين الفقهية:**لابن جزي المالكي ، ص 224

(3) **البهجة في شرح التحفة** للإمام علي التسولي ، 407/1 ، مطبعة المعاهد ، القاهرة 1353هـ.

حيث رأى البعض أنه لا يجوز للحاضنة أن تستمر في حضانتها إذا حال دون ذلك مرض معدي يخشى انتقاله[4]، بل ذهب البعض الآخر إلى القول بإسقاط الحضانة عن صاحبتها إذا

كانت مصابة بأحد الأمراض المعدية ولو كان المحضون مريضا بنفس المرض الذي بالحاضنة لاحتمال تفاقم الحالة الصحية.[1]

أما من زاوية النصوص التشريعية، فلم تجب المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري على تلك التساؤلات بصفة دقيقة وهي إجابة لها ضرورتها، إذ أن القضاء بإسقاط الحق في الحضانة بمجرد إصابة الحاضن بمرض لا يعتد به لعدم بنيانه على أسس سليمة، بل يقتضي ذلك أن يكون وفق معايير محددة ، وإلا لما كان غيره من أن يصنع لنفسه دليلا بيده، وفي يسر وسهولة ، وهذا أمر لا يمكن أن يكون.

ومن ثم ، اكتفت المادة 67 من قانون الأسرة بالتنصيص على القاعدة العامة الخاصة بحالات عدم تأهيل الحاضن والتي يستند عليها الحكم القضائي بإسقاط الحضانة، تاركة الأمر للتحليل والتفصيل والتأويل للسلطة التقديرية للقاضي.

صحيح ، أنه قد يترتب على إسقاط الحضانة في هذه الحالة أن يصبح مستحقها الأول كالأم مثلا بلا حق فيها ، وخاصة إذا ما كان الطفل في السنين الأولى من عمره، غير أن المشرع قد رأى من غير ذلك بدلا لأنه جعل من مصلحة الطفل المحضون المعيار الأول الذي يجب أن يعتبر قبل أي اعتبار آخر. وكل ما في الأمر أنه يجب أن يكون العجز الذي يصاب به الحاضن منافيا لصيانة حقوق المحضون ومهددا لمصالحه[4]

ولذلك كان حريا بالقضاء الجزائري أن يراعي بالنسبة لهذا النوع من المسقطات فيما يقرره من أحكام ما سيلقي على الحاضن من واجبات تربوية متصلة بمصالح المحضون.

---

(4) **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري**: لعبد الرحمن الصابوني ،213/2 –الطلاق وآثاره- ط8، منشورات جامعة دمشق .

(1) **مصلحة المحضون**: المرجع السابق ، ص 443.

(2) المرجع نفسه ،ص 440.

وهذا ما تفطنت له المحكمة العليا في قرارها الصادر في 20جوان 2000، وذلك بنقضها للقرار الصادر عن مجلس قضاء الجلفة بتاريخ 20 نوفمبر 1999 والقاضي بعدم الحكم للجدة للأم بالحضانة على اعتبار كونها مسنة وتجاوزت 67 سنة من العمر ، حيث جاء في إحدى حيثياته "أن قضاة الموضوع لم يشيروا في القرار موضوع الطعن إلى الأدلة التي جعلتهم يصرحون بأن الجدة غير قادرة على القيام بشؤون الطفل ورعايته أو هل اعتمدوا على تصريحات مرشدة اجتماعية بخصوص كون الجدة غير مؤهلة صحيا للقيام بتربيته..." ومن ثم ، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بإسناد حضانة الولد للأب يكونوا بذلك قد خرقوا أحكام المادة 62 وما بعدها من قانون الأسرة.

فالمرض العقلي والجسدي في ظل التشريع الجزائري، إذا طرأ على الحاضن بالشكل المذكور، أصبح داعيا لإسقاط الحضانة[1].

المطلب الثالث: التنازل عن الحضانة

وعلى أي حال فإنه لا يهم مطلقا إن كان التنازل عن الحضانة ضمنيا أم صريحا، وأن هذا الأخير قد تم بالإرادة المنفردة للحاضن أم بمقتضى اتفاق إذ هو على الحالين مقيد، بمعنى أن هذا الحق ليس مطلق وإنما مقيد بعدم المساس بحقوق الطفل ومصالحه.

الفرع الأول : التنازل الصريح[2]

للحاضنة حق التنازل عن حضانتها؛ ويقرر هذا الأثر في الوقت الحاضر القانون الجزائري حيث يقضي في المادة 66 من قانون الأسرة على أن " يسقط حق الحضانة ....وبالتنازل".

ولكن لإحداث هذا الأثر أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون، وأن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقا لأحكام القانون وحده ،وإن كان يشترط أن يتم هذا التنازل أما الجهة المختصة في ذلك ، ولكن هذا التنازل قد يكون بالإرادة المنفردة ، وقد يكون بالاتفاق.

---

(1) المرجع السابق ، ص 447 ، وأنظر كذلك موقف القضاء المغربي والتونسي في المسألة .
(2) المرجع نفسه ، 530/2.

أولا: التنازل بالإرادة المنفردة:

أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، وأن حق المحضون أسبق من حق الحاضن، ولما كان الطفل بحاجة إلى أمه أكثر من أي شخص آخر، فإنه يصعب التقوه بتنازل الأم عن حضانتها بكل سهولة. لأن الأمر هنا لا يتوقف على تواجد حاضنة بعدها تقبل حضانته فحسب - وإنما يتعلق أشد التعلق بمدى قبول المحضون لهذه الحاضنة، وتنجلي هذه الحالة بوضوح عندما يكون المحضون في سن الرضاعة ولا يقبل مرضعة غير أمه. وقد جاء في مشروع تقنين الشريعة الإسلامية في المادة 113 الذي لم يسمح للحاضن القريب للمحضون التنازل عن الحضانة، وجعل من هذا المنع القاعدة، إلا إذا وجد قريب أبعد منه درجة يقبل حضانة الطفل، أو قبل القاضي أسباب رفضه للحضانة ؛ وهذا هو الاستثناء.

فالتنازل يمكن أن يطرح فرضيتين. الأولى هي أن يخدم التنازل مصلحة المحضون وفي هذه الحالة يجب أن ننظر إلى تنازل الحاضنة على أساس فقدت أحد شروط الحضانة، وذلك يتجلى في عدم استعدادها ورغبتها للحضانة ؛ ومن تم تنادي مصلحة المحضون بقبول طلب التنازل. وأما الثانية هي أن يكون هذا التنازل ضد مصلحة المحضون؛ وفي هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد الأساس وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وتكون هنا الحاضنة إذن متعينة للحضانة مما يتوجب رفض طلب التنازل اللهم إلا إذا نادت مصلحة المحضون بعد ذلك بخلاف ما قرره القاضي.

ثانيا: التنازل بمقتضى اتفاق.

والنوع الثاني من التنازل هو ذلك التنازل الناجم عن الاتفاق بين صاحب الحق في الحضانة والطرف الثاني الذي سيستلم الحضانة ، بشرط أن يكون من مستحقي الحضانة ، ومع توفر كامل الشروط المذكورة في الحاضنين نساء كانوا أم رجالا، وهذا التنازل إما يكون مقابل الخلع وإما أن يكون مقابل الطلاق بالتراضي.

1- اتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة

وهذه الحالة من حالات إسناد الحضانة بواسطة الاتفاق القائم بين أحد الحاضن وأحد مستحقي الحضانة الآخرين ، فليس من المهم أن يتنازل صاحب الحضانة عن حقه ، كما لا يهم كذلك أن

يكون الحاضن هنا أما أو غيرها من الحواضن الآخرين ، وكل ما في الأمر أنهيجب أن يكون هذا التنازل وذلك الاتفاق غير متعارضين مع مصلحة المحضون، وإلا قضي ببطلانها، ومن ذلك فإن التشريع لا يرى من ذلك بدلا ، لأن مصلحة الطفل يجب أن تقدم على أي اعتبار آخر.

فإذا كان القاضي يتمتع بسلطة لا يستهان بها، والحال كذلك فإنه يقتضي أن يأخذ بعين الاعتبار عند تقديره لتلك المصلحة كل المعايير، حتى يستطيع أن يتبين ما إذا كان التنازل ، موضع الاعتبار ، جاء خدمة لمصلحة المحضون أو متعارضا معها[1].

وقد سارت المحكمة العليا على هذا المنوال، إذ جاء في قرارها الصادر في 09جويلية 1996، والذي جاء فيه "متى حصل الاتفاق بين الطرفين (الأب والأم)فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه". وبالتالي الموافقة على العريضة المشتركة بين الطرفين والمتضمنة عدة شروط منها إسناد الحضانة البنت إلى أمها[2].

2- التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع

عرف الفقهاء الخلع بتعريفات كثيرة سنعرض كلا منها على حدة:

أولا:تعريف الحنفية:

"إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها –الزوجة- بلفظ الخلع أو ما في معناه".[3]

وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا، لكون ملك النكاح ما زال باقيا عند المطلقة رجعيا[1]

ثانيا:تعريف المالكية:

عرف الدردير[2]الخلع بأنه "الطلاق بعوض أو بلفظه"[3]

وعلى هذا فالخلع عندهم نوعان:

---

(1) **الإقناع الشخصي للقاضي الجزائري**: مذكرة ماجستير ، زبدة مسعود المؤسسة الوطنية للكتاب –الجزائر – 1986 ، ص 11.

(2) قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/07/09 ، ملف رقم 138949 ، المجلة القضائية 1996 عدد2 ، ص 77.

(3) **البحر الرائق:**لابن نجيم ،77/4.

(4) **حاشية رد الختار:**لابن عابدين ، 439/3.

(5) **الدردير:** أحمد بن محمد العدوي أبو البركات فقيه فاضل من فقهاء المالكية المتأخرين ولد في بني عدي بمصر وتعلم بالأزهر، من كتبه أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، الشرح الكبير على مختصر خليل. الأعلام، 1/ 232

(6) الشرح الصغير على أقرب المسالك: 4/ 518.

1- ما كان في نظير عوض
2- ما كان بلفظ الخلع وبدون عوض

ولا فرق عندهم بين الخلع والطلاق على مال

ثالثا: تعريف الشافعية

يقول ابن شهاب الدين الرملي[1]في تعريف الخلع" هو فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع إلى لهجة الزوج[2].

رابعا: تعريف الحنابلة:

هو "فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة"[3]

يعني فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها زوجها بألفاظ معينة وهي قسمان[4]:

1- صريحة في الخلع: كالمفاداة والخلع والفسخ
2- كناية في الخلع: المبارأة والمباينة والمفارقة.

ومقتضى التعريف أن الخلع لا يكون عندهم إلا بعوض، وهو رواية عن أحمد، ويفرقون بين الخلع والطلاق على مال.

ويقول ابن حجر في الخلع: " الخلع بالضم: هو فراق الزوجة على مال ، وهو مأخوذ من خلع الثياب، لأن المرأة لباس الرجل معنى، فضم مصدره، تفرقة بين الحسي والمعنوي"[5]
ونستنتج من تعريفات الفقهاء للخلع ما يلي :

❖ أن يكون ملك المتعة الزوجية قائماً ، حتى يمكن إزالته، وأن لا يكون النكاح

فاسدا، فلا خلع فيه، لأنه لا يفيد ملك المتعة.

---

(1) **ابن شهاب الدين الرملي**: هو شمس الدين بن أبي العباس أحمد بن حمزة المنوفي المصري الأنصاري المشهور بالشافعي الصغير ت. 1004هـ
(2) **نهاية المحتاج:** للرملي ، 6/ 393
(3) **كشاف القناع:** 5/ 237.
(4) **المغني**: لابن قدامى ، 67/7.
(5) فتح الباري ، 9/ 395.

- ❖ أن يكون الفراق بلفظ الخلع، أو ما في معناه مقابل عوض مالي، وهذا عند الحنفية. أما الشافعية فكل فرقة نظير عوض خلع ، بأي لفظ كانت، فالمدار عندهم في تحقيق الخلع على وجود العوض. والمالكية وافقوا الشافعية فيما إذا وقع الفراق بغير لفظ الخلع أو ما في معناه. أما إذا كان بلفظ الخلع فلا يشترط العوض ، فيقع الخلع عندهم بلفظ الخلع مطلقا سواء ذكر العوض او لم يذكر.
- ❖ لا بد لتحقيق الخلع من رضاء الزوجين لأنه ليس إسقاطا محضا كما هو في الطلاق المجرد، ولكن الخلع فيه معنى المعاوضة[1].

من المسلَّمِ به أن الأحكام التشريعية المنظمة للحالة الشخصية للأسرة تعتبر من النظام العام[2]، لأنها تحمي وتراعى الهياكل الأساسية للأسرة، أي أحد ركائز النظام الاجتماعي، كون أن الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع[3]، ومن ثم لا يجوز للأفراد تنظيم علاقاتهم غير تلك التي رتبها القانون[4].

والواقع، ما يمكن أن يحدث خلال الحياة الأسرية هو أن الزوج وهو يوافق على أن يطلق زوجته يحرم الأم من حضانة الأولاد؛ وبالمقابل ، ليس ببعيد أن يحصل من الزوجة وهي تريد التحرر من عقدة النكاح أن تحيل حقوقا شخصية متعلقة بها وبأطفالها ، فتدفع حق هؤلاء ثمنا لهذا التحرر.

أما مسألة التنازل عن الحضانة في مقابل الخلع ، فنجد ثلاثة آراء في المسألة:

<u>الرأي الأول:</u>

أن الخلع صحيح في هذه الحالة وبطلان المقابل المتمثل في التنازل عن الحضانة لتعلقه بحق الغير، وأن هذا الشرط أو هذا الاتفاق لتعديل تطبيق قاعدة الحضانة يعتبر باطلا وكأن لم

---

(1) **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية:**رسالة ماجستير، عامر سعيد الزيباري، **ط1**، دار ابن حزم 1418هـ/1997م ، ص 53.

(2) <u>أنظر:</u>**المادة 141**، من قانون الإجراءات المدنية.

(3) <u>أنظر</u> **: المادة الثانية** من قانون الأسرة.

(4) <u>أنظر:</u> **المادتين 65 و122** من دستور 1996 ، **والمادتين الأولى و223** من قانون الأسرة ، **والمادة 53** من القانون المدني

يكم بسبب مساسه بمسألة تخرج عن إرادة الأشخاص ، فبقاء الطفل عند أمه مدة الحضانة أنفع له وأولى ، فلما كانت الحضانة حقا للولد فليس للمرأة أن تبطله بالشرط[5].

الرأي الثاني:

عدم جواز الخلع على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها؛ فقد دعموا رأيهم هذا بحجة مستقاة من مبدأ مصلحة المحضون ومضمونها أن حق الحضانة هو حق للولد، وبقاؤه عند أمه أنفع له، فضلا عن أن ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه[1]

الرأي الثالث:

يمكن للزوجة أن تتنازل عن الحضانة للتحرر من عقدة النكاح، إذ يجوز إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب وبه قال المالكية[2]وهذا التنازل لابد له من شرطين:

1- ألا يلحق الولد الضرر من مفارقة أمه
2- أن يكون الذي تنتقل له الحضانة قادراً على حضانة الولد، وإلا يقع الطلاق ولم تسقط الحضانة.

وبعضهم يقول إذا خالعت على إسقاط حضانتها لا تنتقل الحضانة إلى الأب، ولكن تنتقل لمن لها حق الحضانة بعد الأم، وهذا هو الذي عليه العمل وبه الفتوى، وإن كان الأول هو المشهور.[3]

---

(5) الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، بدران أبو العينين بدران ،545/1 ، الزواج والطلاق ، دار النهضة العربية، 1967 ،

(1) **قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق** ، عبد العزيز سعد، ط**2** ، دار البعث-قسنطينة-1989، ص250.

(2) **الفقه على المذاهب الأربعة:** عبد الرحمن الجزيري ، 4/ 363. وهو قول الشافعية ،نفس المرجع ص 365.

(3) **حاشية الدسوقي** ، 2/ 349.

موقف المشرع الجزائري:

المشرع الجزائري لم يتعرض إلى هذه المسألة في باب الحضانة، ومع ذلك، فإنه لم يسكت عنها كلية، إذ يمكن استخراج حكمها من فصل الطلاق[4] ، والتحديد من الفقرة الأولى من المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة التي نصت على أن "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تُخَالِعَ نفسها بمقابل مالي".

فالحضانة حق وليس عقدا يوجب التزاما بين طرفين، فالتنازل عن هذا الحق المقرر إذا كان محضاً للمتنازل.

فالحضانة فيها حق للمحضون، وحق للحاضن ، فيجوز التنازل عنها مقابل مالٍ، كما يجوز أن تخالعه مقابل بقاء الحضانة له.

ولا ريب أن لهذه النصوص سرها، فقد أراد المشرع أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها ولكن إهداراً لمصالح الطفل وإجحافاً لحقوقه، لذلك كان من الضروري أن يُسدَّ هذا الباب من الأصل صيانة لحقوق الطفل وحماية لمصالح المجتمع ككل.

جـ- الاتفاق على التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي:

إن إبرام أي عقد، يتطلب من أطرافه تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وهذا ما جاءت به المادة 107 في فقرتها الأولى من القانون المدني بقولها "**يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية**"

إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة عندما تتعلق المسألة بحالة الأشخاص،لأنه يجب أن ينصب الاتفاق على محل شرعي وإلا قضى ببطلانه[1] ، وكذلك لأن الأمر يتعلق بالانفعال والحساسية

---

(4) **مصلحة المحضون**، 533/2

(1) أنظر:المادة: المادة 93 المعدلة من القانون المدني

اللذان يوجهان سلوك الإنسان. ولهذا لا يمكن أن نحرم بصفة جازمة أي اتفاق يقع بين الزوجين بخصوص الحضانة[2].

صحيح، وإن كان الزوجان متفقين كلياً على مبدأ فك الرابطة الزوجية بالتي هي أحسن، إلا أنهما لَيْسَا كذلك بالنسبة لآثار الطلاق ولا سيما فيما يتعلق بحضانة الأطفال . ولكن بالرغم من هذه الملاحظة ، وخلافا لذلك، فإنه يبقى أن هذا الاتفاق المنعقد بين الزوجين يجد أرضية في الطلاق بالتراضي، وأن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" يمكن تطبيقها في هذه الحالة.

فالمشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة صراحة في قانون الأسرة، فقد اعتمد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وجعلها نصب أعينه ، فأي تعديل لا يكون إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، دون المساس بمصالح الأولاد.

فالمحكمة العليا رفضت تغليب الاتفاق على مصلحة المحضون وهذا ما ظهر في حيثياتها في القرار الصادر في 20 أبريل 1999 والذي جاء فيه "عن الفرع الثاني: المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادتين 66، 67 ، من قانون الأسرة بدعوى أن القضاة اعتمدوا فقط على الاتفاق الذي تم بين الطرفين سنة 1996 فيما يخص تنازل الأم عن الحضانة دون أن يراعوا مصلحة المحضون وفقا للمادتين 66 و 67 من قانون الأسرة.

وفي النهاية أن في هذا الأمر نظر ومجال للتفكير والبحث،لا يمكن أن نبدي حكما معجلا، وإنما يحسن بنا أن نتعمق في النصوص ونبحث في روحها لنكشف نية المشرع[1].

الفرع الثاني : التنازل الضمني

والمقصود بالتنازل الضمني هنا ، الذي يطلق على الأسباب القانونية للإسقاط التي جاء بها المشرع في قانون الأسرة ، وفيها لا يطلب الحاضن صراحة إسقاط الحضانة عنه ، بل يتخذ سلوكا اعتبره المشرع مضرا بمصلحة المحضون، فرتب عنه إسقاط الحضانة لعدم استحقاقه هذا الواجب.

---

(2) **مصلحة المحضون** ، 542/2

(1) المرجع السابق ، ص 546.

وعليه، فحالات التنازل الضمني تتجسد في أربع صور رأينا منها اثنين وهما أن تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم المحضون، والثانية أن تساكن الحاضنة أم الطفل المتزوجة بغير قريب محرم، وبقية حالتان هما:

سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها ، و سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة.

نصت المادة 68 من قانون الأسرة على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

كما نصت المادة 70 من نفس القانون أن هذا الحق يسقط عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم .

أولا: سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها

فمن زاوية القانون ، فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية التي لها علاقة بالنظام العام، اشترط على المتقاضي للمطالبة بحق ما أن يحترم مواعيد محددة ، وإلا ترتب عن هذا الإهمال جزاء يتمثل في سقوط حقه[1].

فقد جاء في المادة 68 من قانون الأسرة ما يلي "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"

فقد تضمنت المادة العناصر التالية:

1- تنظم هذه المادة سقوط الحق لا سقوط الدعوى[2]

---

(1) **إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق**:رسالة ماجستير،حمليل صالح،سيدي بلعباس1998.

(2) والفرق بينهما واضح، فسقوط الدعوى يحصل إذا تسبب المدعي في عدم الاستمرار فيها أو عدم تنفيذ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، وذلك طيلة سنتين (انظر: **المادة 220 فقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية**)، ولا يترتب على سقوط الدعوى انقضاء الحق، وإنما يؤدي فقط إلى إلغاء الإجراءات الحاصلة فيها، بحيث لا يمكن على أية حال الاستناد إلى أي من إجراءات الدعوى الساقطة أو الاحتاج به (أنظر: **المادة 222 من نفس القانون**). أما سقوط الحق فهو فقدان حق أو ضياع إمكانية أو قدرة نتيجة عدم احترام الشروط التي حددها القانون، كأن لم يحترم الوقت المناسب .

2- إن صاحب الحق في الحضانة ، إذا مرت عليه السنة ولم يطالب فيها بحقه ، سقط عنه هذا الحق.

3- إذا لم يطالب الحضانة من له الحق فيها خلال مدة السنة ، فالاحتمال الوارد أنه تنازل عنها ضمنا.

4- إذا وجد عذر أو سبب قاهر منع صاحب الحق في الحضانة من المطالبة بها ، فإن حقه لا يسقط مهما طالت المدة.

ومما لا شك فيه أن المشرع أراد من وراء إقحام هذه المادة الإجرائية في القواعد الموضوعية حماية للمحضون من أية زعزعة ، من جهة ، وحماية الحاضن وأصحاب الحق في الحضانة من جهة أخرى.

لكن أن هذه الحماية التي ابتغاها المشرع في هذه الحالة لم تبلغ غايتها ولم تحقق أحسن تحقيق، وذلك نظرا لما تحمله المادة 68 من ألغاز[1]، أولها الصياغة اللغوية الخاطئة للمادة ، والثانية هل هذا السقوط بقوة القانون ، أم على القاضي أن يحكم به؟

فصحة المادة كما رآها بعض من الفقه أنها "إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها"[2] في حين صححها البعض الآخر كما يلي "إذا لم يطلب الحضانة مستحقيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها"[3]

أما السقوط فلا يحصل بقوة القانون ولا بصفة تلقائية بل يجب أن يصدر حكم قضائي لإثبات وجود حالة من حالات الإسقاط، لأن مصلحة المحضون لا تراعى إلا أمام القضاء.

ومن العيوب التي انطوت عليها المادة 68 كذلك هو عدم تحديد تاريخ بدأ سريان مدة السنة .

وإزاء هذا الإغفال، كيف أن المشرع لم يتبع المذهب المالكي في تحديد بداية سريان مدة السنة مع أنه كان مرجع استحائه في هذه المادة؛ وتطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة[4]

---

(1). **مصلحة المحضون** ،2/ 557

(2). **حول قانون الأسرة** :علي سليمان ، م.ج.ع.ق.إ.س ، 1986 ، عدد 2 ، ص 442

(3) **قانون الأسرة الجزائري**، ص 301.

أما فيما يخص بداية حساب مدة السنة جاء كما يلي:

1-من تاريخ علم صاحب الحق في الحضانة باستحقاقه لها: فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت ثم طلبها قبل انقضاء المدة قضي له به[1] (5)

2-أن مدة السنة تحسب من تاريخ بلوغ المحضون 10 سنوات، لأن هذه السن يعتبر المحضون قد وصل إلى مرحلة تسمح للأب أو لغيره طلب إسقاط الحضانة فيه

3-أن مدة السنة تبدأ من يوم زواج الحاصنة.(6)

والراجح في المسألة أن أي قاضي وهو يفصل في دعوى الطلاق ، يجب عليه أن يبين في حكمه أن حقوق الأطراف تبقى محفوظة فيما يخص توابع الطلاق، وإلا عُرِّضَ حكمه للطعن. وبهذا فإن أصحاب الحق في الحضانة يبقى حقهم في طلب الحضانة محفوظا مهما طالت المدة.

أما بالنسبة للأعذار فلا يمكن حصرها ولا تحديدها فهي كثيرة ومتعددة. إضافة إلى أن المشرع سكت عنها، غير أن ذلك لم يمنع الفقه من الاجتهاد في المسألة وتحديد حالات العذر، طبعا بالرجوع إلى المادة 222، والتي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

فنجد أن المالكية اعتبروا سكوت صاحب الحق في الحضانة دون عذر في حالتين[1]:

الحالة الأولى: وهي أن يعلم بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها.أما إذا لم يكن عارفا بحقه وسكت، فإن حقه هذا لا يسقط مهما طالت مدة سكوته.

الحالة الثانية:وهي بأن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة ؛ فإن كان يجهل ذلك، فلا يبطل حقه فيها بالسكوت.

---

(4) **الشرح الصغير** ، 2/ 220.
(5) **مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن:** أعراب بلقاسم،م.ع.ق.إ.س 1994، ص 144.
(6) **مصلحة المحضون** ، ج2 ، ص561
(1) **الشرح الصغير**،ج2 ، ص 763.

يقول صاحب كتاب الشمائل: "فلو تزوجت فأخذ منها ثم فسخ نكاحها لفساده ....أو إسقاط على الأشهر ، إلا في إسقاط لعذر كمرض أو سفر أو سفر فريضة"[2]

فقد اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون:"من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأمو هي لا زالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون"[3].

إلا أن هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة **68** السابقة الذكر عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة وعدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون[1].

فالضابط في المسألة هو مصلحة المحضون ، فأينما تكون تجلب وان تدفع المفاسد عن المحضونين دون الالتفات إلى مدة أو عذر.

ثانيا: سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة

ويكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ، وعلة ذلك أن الحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون ، وسكنت وهي متزوجة مع ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضنة . وهنا تعود الحضانة إلى الأب طبقا للترتيب الوارد في المادة **64** من قانون الأسرة[2] .

---

(2) **فقه الأسرة من كتاب الشامل في الفقه للشيخ بهرام بن عبد العزيز الدميري** : دراسة وتحقيق- رسالة ماجستير- مسعود بوعزة -جامعة وهران- 2006، ص 345.

(3) قرار المحكمة العليا ملف 58220 مجلة قضائية عدد 03 / 1993 ص 53 بتاريخ : 02/05 / 1990.

(1) قرار المحكمة العليا الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 مؤرخ في 1999/05/18 ص185

(2) بن عصمان نصرين: المرجع السابق، ص140.

مع الملاحظة أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة للأم دون غيرهما ...؟!

وخلاصة القول في ختام هذا الفصل:

1- إذا كانت الحاضنة ميسورة الحال ولم تكن بحاجة شديدة إلى المال، وكان الأب فقيرا والمحضون ممن لا ترهق حضانته ففي هذه الحالة لا أجرة للحاضنة. إلا إذا كانت محتاجة أو فقيرة ، والأب ميسورا ، وكانت قد حبست نفسها للقيام بشؤون المحضون فلها الأجرة هذا ما لم تكن تأخذ نفقة.

2- يشترط في المتبرعة بالحضانة أن تكون قادرة على الإنفاق على الولد وأن لا تمنع الأم من رؤية ولدها ، هذا مع عدم وجود من هو أولى منها في المرتبة متبرعا مثلها.

فإن تخلف أحد هذه الشروط فلا يصار إلى تبرعها ويبقى الولد عند الحاضنة التي تطلب الأجر.

3- الأصل أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله إذا كان له مال، وإلا فالأب ملزم بالنفقة في إطار عمود النسب، وإذا كان الولد ذا عاهةٍ أو مزاولا للدراسة فنفقته على أبيه ، ولا تسقط إلا بالتكسب بالنسبة للذكر أو الزواج بالنسبة للأنثى ، لتصبح واجبة على الزوج بعد ذلك.

4- على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً وإلا فعليه دفع بدل إيجار.

5- مكان ممارسة الحضانة هو بيت الزوجية إذا كانت أما والزوجية قائمة ، أو في فترة العدة، ولها أن تنتقل بعد العدة إلى مكان قريب يُمَكِّنُ الأب من رؤية ابنه ، وإن لم تكن أما للطفل فليس لها الخروج إلا بعد إذن الأب.

6- أن السفر بالمحضون مسقط للحضانة عند الحنفية بخلاف الجمهور، إلا إذا كان المقصود به النقلة وإبعاد المحضون عن أهله فهو مسقط عند الجميع.

والمسألة في قانون الأسرة ضابطها مصلحة المحضون ، ويرجع الأمر في ذلك إلى تقدير القاضي إذا كان الأمر بقصد الاستطان أم لا، دائما مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

7- إن مسألة تخيير الولد بعد انتهاء فترة الحضانة راجعة في الأساس إلى مصلحته لأنه لا يوجد نص في تقديم أحد الأبوين مطلقا ، ولا تخيير بينهما ولا تعيين أحدهما مطلقا وإنما المعتبر في ذلك البار العادل المحسن، فمتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي وعطله ، وكان الآخر مراع له فهو أحق به وأولى.

8- إذا كان أحد الأبوين حاضنا للطفل ، هذا لا يعني انقطاع الآخر عنه بل من واجبه تجاه المحضون زيارته ورؤيته وتعهده بما يحتاج إليه ، كما لا يجوز للحاضن الذي يكون عنده أن يمنعه من ذلك.

9- الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه ، واختطاف الطفل من حاضنه ، والامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة كلها جرائم يعاقب عليها القانون.

10- أن من مسقطات الحضانة:

أ- زواج الأم الحاضنة إلا إذا كانت مصلحة الولد أن يبقى مع أمه رغم زواجها.

ب -الأمراض العقلية والجسدية إذا كانت مستديمة وقابلة للانتقال والعدوى، أما لو كانت عابرة وغير مزمنة فلا تعد من المسقطات.

جـ -التنازل عنها سواء كان صريحا أم ضمنيا.

11- إذا سقطت الحضانة لعذر ثم زال العذر يعود الحق فيها ، إلا عذر الزواج :

أ- فيعود الحق بمجرد الطلاق ، وبه قال الشافعية وأحد قولي الحنابلة

بـ -يعود الحق لكن بعد انقضاء العدة ، وهو قو الحنفية

جـ - لا يعود الحق مطلقا وهو قول المالكية ، وبه أخذ المشرع الجزائري.