

المطلب الثاني: الحضانة⁽¹⁾:

الفرع الأول: حقيقة الحضانة وحكمها وحكمتها والمستحقين لها.

يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: ولاية التربية [الحضانة]، وولاية على النفس، وولاية على المال.

أولا . حقيقة الحضانة لغة واصطلاحا:

1 . حقيقة الحضانة لغة: بفتح الحاء وكسرهما، وهي تدل على الجنب، و الصدر، والضم، مصدر حضن الطفل حضنة، أي تحمّل مؤنثه وتربيته، والمحافظة عليه⁽²⁾.

2 . حقيقة الحضانة اصطلاحا:

أ . شرعا: وهي عند المالكية: حفظ الولد في مبيته ومؤنثه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه⁽³⁾.

ب . قانونا: وجاء تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 62: [رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وحُلُقًا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك].

ثانيا . حكم الحضانة: تعتبر من فروض الكفايات عند تعدّد الحواضن، وقد يتعيّن إذا لم يوجد للطفل أي حاضن، على الأم في حولي رضاعه إن كان لا يقبل ثدي غيرها، وليس له أب ولا مال، كما يتعيّن على الأب والجد⁽⁴⁾.

* و من أدلتهم على ذلك:

1 . قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾⁽⁵⁾.

(1) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي [203 وما بعدها]، مدونة الفقه المالكي وأدلته: الدكتور الصادق الغرياني [156/3 وما بعدها]، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله [356 وما بعدها]، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام: بدران أبو العينين بدران [323 وما بعدها]، [178 وما بعدها]، أحكام الطلاق: الدكتور نصر سلمان والدكتور سعاد سطحي [228 وما بعدها]،

(2) لسان العرب: ابن منظور [123/13]، أساس البلاغة: الزمخشري [87].

(3) أسهل المدارك: الكشناوي [45/2]، مواهب الجليل: المغربي [214/4].

(4) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: النفراوي [1072/3].

(5) البقرة: 233

2 . قوله تعالى: ﴿ ذُلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ ۚ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴾⁽⁶⁾ ، فاقترع زكرياء عليه السلام مع قومه في كفالة مريم، فقال لهم زكرياء: "ادفعوها لي فإن خالتها تحتي"، فقالوا: "لا تطيب أنفسنا" فاقترعوا معه، فقرعهم زكرياء فكفلها.

3 . قوله تعالى حكاية عن أخت موسى عليه السلام أنها قالت لآسية زوجة فرعون: ﴿ وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ فَرَدَدْنَاهُ إِلَىٰ أُمِّهِ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ ۚ وَلَنَعْلَمَ أَنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ وَلَكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴾⁽⁷⁾.

4 . 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، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"⁽⁸⁾.

5 . لقد انعقد الإجماع على مشروعية الحضانة لمصلحة الولد، ولذلك وجبت إنجاء للطفل من الهلكة⁽⁹⁾.

6 . ومن المعقول: إن الله تعالى خلق الإنسان ضعيفا، وأمر الوالدين بوجوب رعايته والعناية به في كل شؤونه حتى يكبر، ويتحمل مسؤولية نفسه، وهذا لا يتحقق إلا بالحضانة، فدل ذلك على وجوب الحضانة⁽¹⁰⁾.

ثالثا . حكمة مشروعية الحضانة: ومن حكيمها:

. إن الصغير في هذه المرحلة محتاج لمن يعتني به، ويقوم على حفظه، وتدبير شؤونه لكونه عاجزا في هذه المرحلة عن القيام بمصالح نفسه، وغير مدرك لما ينفعه ويضره، ولذلك أناطت الشريعة الإسلامية الحضانة بأب الصغير من حيث تربيته، ورعاية شؤونه، وبوالده من حيث التصرف في نفسه وماله، وقد تنتقل الحضانة لغيرهما في بعض الحالات كالوفاة، أو الطلاق.

. في الحضانة تحقيق لمقاصد الشريعة الإسلامية الخمسة؛ حيث فيها حفظ للمحضون في دينه وعرضه وبدنه وعقله وماله⁽¹¹⁾.

(6) آل عملران: 44

(7) القصص: 13/12

(8) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم الحديث [2276].

(9) المقدمات الممهدة: ابن رشد الجد [562/1].

(10) أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي: فاطمة الحمادي [19].

(11) أحكام الأعمى في الأحوال الشخصية [الزواج والطلاق] دراسة فقهية مقارنة: حسن بسام اللحام [63/62].

رابعاً . ترتيب درجات الحواضن أو مستحقي الحضانة⁽¹²⁾:

1 . الأصل أنّ كل طفل ينعم بحضانة والديه، وفي ظل الجو الأسري، والدفع العائلي الذي يغمره من أبيه وأمه على السواء، وتلك هي الحضانة الحقيقية السوية، فإذا تعرّضت الحياة الزوجية للاهتزاز بالطلاق مثلاً فإنّ حق الصغير في الحضانة لا يسقط، بل يستمر، فمن هو أحق الناس بحضانته؟

2 . هناك خلاف بين المذاهب في ترتيب الحواضن:

أ . عند الحنفية: القاعدة عندهم أنّ الحضانة يقدّم فيها النساء المحارم، ثم العصابة من الرجال، ثم الرجال المحارم من غير العصابات⁽¹³⁾.

ب . عند المالكية: والقاعدة عندهم: الأم وقرباتها من أصول الإناث يقدّمن على الأب وقرباته، ثم الأب وقرباته، فإذا انعدمت القربات انتقلت إلى الولي ثم إلى العصابات⁽¹⁴⁾، فهي كآلتي: الأم/الجددة لأم/الخالة/الجددة لأب و إن علت/الأخت/العمة/بنت الأخ/الوصي/الأفضل من العصابة.

ج . عند الشافعية⁽¹⁵⁾: يرون أنّ الحق في الحضانة يكون على حسب الحال؛ فإمّا انفراد الرجال، أو إنفراد النساء، أو اجتماع الرجال والنساء.

* عند انفراد الرجال: فتثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث.

* عند انفراد النساء: الأم/أم الأم/أم الأب/الأخت الشقيقة/الأخت لأم/الأخت لأب/الخالة/بنات الأخت/بنات الأخ/العمات...

* عند اجتماع الرجال والنساء: فالأحق بالحضانة الأم ثم أمهاتها المدليات بنات، وإن علون، ثم الأب على الصحيح في المذهب.

(12) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي [203 وما بعدها]، مدونة الفقه المالكي وأدلته: الدكتور الصادق الغرياني [156/3 وما بعدها]، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله [356 وما بعدها]، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام: بدران أبو العينين بدران [323 وما بعدها]، [178 وما بعدها]، أحكام الطلاق: الدكتور نصر سلمان والدكتور سعاد سطحي [228 وما بعدها]،

(13) بدائع الصنائع: الكاساني [41/4 . 44].

(14) المقدمات الممهديات: ابن رشد الجد [565/1 . 568].

(15) مغني المحتاج: الشربيني [191/5 . 195]، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة: إسماعيل أبا بكر علي البامري [442].

د . عند الحنابلة⁽¹⁶⁾: تثبت للأم وأمهاتها القربى فالقربى بالاتفاق في المذهب.

قدّم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة لأنهن أشفق، وأهدى إلى التربية، وأصبر للقيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، ثم قدّموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة.

3 . وأما في قانون الأسرة الجزائري: فقد نصّت المادة 64 المعدّلة على: [الأم أولى بحضانة ابنها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة].

و بناء على هذه المادة يكون ترتيب الحواضن في قانون الأسرة الجزائري كالاتي: الأم/الأب/الجدة لأم/الجدة لأب/الخالة/العمّة/الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

و هذا الترتيب . كما يقول الدكتور عبد القادر بن حرز الله في كتابه [الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق] . [المستمد من الفقه الإسلامي عموما يقوم على أساس أنّ قرابة الأم مقدّمة على قرابة الأب عند اتحاد درجة القرابة، لأنّ الأم مقدّمة في الحضانة على الأب، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق، كما أنّ الجدة مقدّمة على الأخت مطلقا لأنّ اتصال الصغير بالجدة من طريق الولادة فهو جزء منها فكانت أولى بحضانتها.

و أمّا إذا تعدّد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كإخوة أو أعمام كان أولاهم بما أصلحهم للحضانة قدرة وخلقها، فإن تساوا كان أولاهم أكبرهم سنّا، وقد حوّل القانون للقاضي حق اختيار الأصلح على أساس مصلحة المحضون]⁽¹⁷⁾.

الفرع الثاني: مدة الحضانة وشروطها وأسباب سقوطها، وموقف المشرّع الجزائري منها

أولا . مدة الحضانة:

. ذهب الحنفية إلى أنّ حضانة الصغير تبقى إلى بلوغه سبع سنوات، والأنثى إلى تسع سنين⁽¹⁸⁾.

. وتبدأ الحضانة بولادة المولود، وتنتهي عند الذكر بالبلوغ باستكمال تسع سنين قمرية، وأمّا حضانة الأنثى فكففتها تنتهي بدخول زوجها بها عند المالكية⁽¹⁹⁾.

(16) المغني: ابن قدامة [197 — 195/8].

(17) الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله [358].

(18) بدائع الصنائع: الكاساني [43/42/4].

. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنّ حضانة الصغير والصغيرة تبقى إلى بلوغه سبع سنوات⁽²⁰⁾.

* وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري: بمذهب المالكية في الذكر وخالفه في حق الأنثى، إذ حدّدت المادة 65: [سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر بـ 10 سنين، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدّد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّا لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهاها مصلحة المحضون].

و معنى هذا أنّ الحضانة يمكن أن تمتد إلى 16 سنة للذكور، و 19 سنة بالنسبة للإناث وهو سن الرشد و الزواج.

و يلاحظ . كما يقول الدكتور عبد القادر داودي في كتابه [أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري]. [أنّ تحديد سن انتهاء الحضانة الذي اعتمده المالكية، وحتى الذي اختاره المشرّع الجزائري يُعدّ سنا متأخرا جدا لا يتناسب و حقيقة الحضانة ومقصودها، لأنّ الحضانة إذا كانت هي حفظ الولد في مبيته ومؤنته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه، فإنّ هذه الوظائف يستطيع الولد القيام بها قبل هذا السن وخاصة بالنسبة للأنثى، لأنّها 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 نرى أنّ مذهب الحنفية أقرب إلى الصواب في تحديد سن انتهاء الحضانة لملاءمته لمعنى الحضانة والغرض منها، . عند الحنفية تنتهي الحضانة عند الطفل إذا أصبح يستغني بنفسه في الأكل والشرب واللباس وحده، وعند البنت إذا بلغت البلوغ الطبيعي [الحيض]، وحدّدها بعض المتأخرين: 07 سنين للذكر و 09 سنين للبنت .⁽²¹⁾

ثانيا . شروط الحضانة: هناك شروط عامة في النساء والرجال، وشروط خاصة بالرجال، وشروط خاصة بالنساء.

1 . الشروط العامة في النساء والرجال⁽²²⁾:

أ . البلوغ: فلا حضانة للصغير غير المميّز بالاتفاق⁽²³⁾، وأمّا الصغير المميّز فالجمهور⁽²⁴⁾ يلحقونه بغير المميّز خلافا للمالكية⁽²⁵⁾.

(19) الاستذكار: ابن عبد البر [292/7]، الشرح الكبير: الدردير [526/2].

(20) الحاوي الكبير: الماوردي [1156/1155/1132/11]، المغني: ابن قدامة [301/303//9].

(21) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري [206/205].

(22) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي [203 وما بعدها]، مدونة الفقه المالكي وأدلته: الدكتور الصادق الغرياني [156/3 وما بعدها]، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله [356 وما بعدها]، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام: بدران أبو العينين بدران [323 وما بعدها]، [178 وما بعدها]، أحكام الطلاق: الدكتور نصر سلمان والدكتور سعاد سطحي [228 وما بعدها]، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي: فاطمة الحمادي [23 وما بعدها].

(23) رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين [556/555/3]، نهاية المحتاج: الرملي [231/7].

ب . العقل⁽²⁶⁾: وهذا الشرط متفق عليه، فلا حضانة للمجنون والمعتوه.

. و اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيه مبدّر.

ج . القدرة على تربية المحضون: فلا حضانة للعاجز لكبر سن أو مرض أو شغل.

د . الأمانة: على الأخلاق، فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد كالفاسق⁽²⁷⁾.

. و اشترط المالكية أمن المكان: فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق.

2 . الشروط الخاصة بالنساء⁽²⁸⁾:

أ . ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم: فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمّه فلا يسقط حقها في الحضانة، لأنّ من تزوّجته له حق في حضانته.

ب . أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته، فلا حضانة لبنات العم بالنسبة للصبي لعدم الحرمية.

ج . ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يكرهه.

3 . الشروط الخاصة بالرجال⁽²⁹⁾:

أ . أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أنثى.

(24) رد المختار على الدر المختار: ابن عابدين [556/555/3]، غاية المحتاج: الرملي [231/7].

(25) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: الدسوقي [528/2]، مغني المحتاج: الشريبي [195/5].

(26) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: الدسوقي [528/2]، مغني المحتاج: الشريبي [529/5].

(27) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: الدسوقي [528/2].

(28) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي [203 وما بعدها]، مدونة الفقه المالكي وأدلته:

الدكتور الصادق الغرياني [156/3 وما بعدها]، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله [356 وما بعدها]، أحكام

الزواج والطلاق في الإسلام: بدران أبو العينين بدران [323 وما بعدها]، [178 وما بعدها]، أحكام الطلاق: الدكتور نصر سلمان والدكتور

سعاد سطحي [228 وما بعدها]، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي: فاطمة الحمادي [34 وما بعدها].

(29) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي [203 وما بعدها]، مدونة الفقه المالكي وأدلته:

الدكتور الصادق الغرياني [156/3 وما بعدها]، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله [356 وما بعدها]، أحكام

الزواج والطلاق في الإسلام: بدران أبو العينين بدران [323 وما بعدها]، [178 وما بعدها]، أحكام الطلاق: الدكتور نصر سلمان والدكتور

سعاد سطحي [228 وما بعدها]، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي: فاطمة الحمادي [32 وما بعدها].

ب . أن يكون عند الحاضن من أب و غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم، إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن للرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة، وهذا شرط عند المالكية.

ثالثا . سقوط الحضانة⁽³⁰⁾: تسقط الحضانة بأربعة أسباب عند المالكية، وافقهم في أغلبها غيرهم:

- 1 . سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد، وهو مقدار [سنة برد فأكثر/حوالي 132 كلم]، فلو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر فللولي أخذ المحضون وتسقط حضانة الحاضنة إلا أن تسافر معه.
- 2 . وجود ضرر في بدن الحاضن كالجنون والجذام والبرص.
- 3 . الفسق أو قلة الدين بحيث يكون غير مأمون على الولد.
- 4 . إذا تزوّجت بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم ودخل بها، إلا أن تكون جدة الطفل زوجا لجده، أو تتزوج الأم عمّا له فلا تسقط لأنّ الجدّ أو العم محرم للصغير، فزواجها بذوي رحم محرم لا يسقط الحضانة وهو قول جمهور العلماء من الحنفية⁽³¹⁾ والمالكية⁽³²⁾ والشافعية⁽³³⁾، خلافا للظاهرية الذين قالوا بسقوط الحضانة بمطلق الزواج⁽³⁴⁾.

رابعا . موقف المشرّع الجزائري من الحضانة:

1 . حالات سقوط حق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

وقد حدّدت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري حالات سقوط حق الحضانة وهي:

أ . التزوّج بغير قريب محرم.

ب . تنازلها عن حق الحضانة ما لم يضر بالمحضون.

(30) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: الدكتور عبد القادر داودي [203 وما بعدها]، مدونة الفقه المالكي وأدلته: الدكتور الصادق الغرياني [156/3 وما بعدها]، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق: الدكتور عبد القادر بن حرز الله [356 وما بعدها]، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام: بدران أبو العينين بدران [323 وما بعدها]، [178 وما بعدها]، أحكام الطلاق: الدكتور نصر سلمان والدكتور سعاد سطحي [228 وما بعدها]، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي: فاطمة الحمادي [40 وما بعدها].

(31) فتح القدير: ابن الهمام [370/4].

(32) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: الدسوقي [530/529/2].

(33) نهاية المحتاج: الرملي [230/7].

(34) التكملة الثانية للمجموع شرح المهذب: المطيعي [329/18].

المادة 67: [تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكّل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع

الحالات مراعاة مصلحة المحضون].

و في هذا التنصيص . كما يقول الدكتور عبد القادر داودي في كتابه [أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري] . [على عدم اعتبار عمل المرأة سببا من أسباب سقوط حق الحضانة ما قد يتناقض ومصلحة المحضون في بعض الحالات، لأنّ حقيقة الحضانة إنّما هي القيام بشؤون المحضون المتصرف بالعجز، فإذا كانت الحاضنة بعيدة عنه مدة طويلة أو مستمرة ساعات من النهار أو من الليل، فكيف يتأتّى لها تحقيق مصلحة المحضون، ومعلوم أنّ حق المحضون مقدّم على حق غيره عند التعارض، فحين يتعارض حق الحاضن مهما كان مع حق الطفل يقدم حق المحضون لأنّه المقصود، ولذلك وجب على القاضي النظر في طبيعة عمل المرأة، والنظر فيه هل يتعارض مع مصلحة الطفل أو لا؟، وإلا فما الفرق بين حضانة أم تقضي أكثر أوقاتها بعيدا عن بيت الحضانة وبين امرأة عاجزة عن القيام بالطفل والتي رأينا أنّها تمتنع من الحضانة أو التي تفتقر للكفاءة المطلوبة في التربية والرعاية، كما أنّ من أسباب تقديم الشرع للنساء على الرجال في الحضانة مكوثهن في البيوت واهتمامهن بالولد وعدم انشغالهن عنهم، فإذا تغيّر الحال لزم تغيّر الحكم وارتفع التقديم لارتفاع سببه المناسب له، وقد رأينا أنّ فقهاء المالكية اشترطوا لاستحقاق الأب أو غيره من الذكور حضانة الولد أن يوجد في البيت الذي يقيم به المحضون أنثى تقوم به، وإلا سقط هذا الحق، ولذلك نقول بأنّ المرأة التي لا تستطيع رعاية الولد والقيام به لسبب من الأسباب ولو كان عملا أو ظرفا صحيا أو سفرا... فإنّ مصلحة المحضون تقتضي انتقال الحضانة إلى غيرها من مستحقي الحضانة إذ لا يقتصر بالحضانة على الأم فقط مهما كانت ظروفها، لأنّ ذلك قد يؤدي إلى تضييع حقوق الطفل المقصود بالحضانة]⁽³⁵⁾.

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

و يسقط حق الجدة [أم الأم] و الخالة في الحضانة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم

على ما ورد في المادة 70].

المادة 71 من ق أ ج: [يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري].

2 . سكن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

⁽³⁵⁾ أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري [209/208].

المادة 72 من ق أ ج: [في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر فعله دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن].

و معنى هذا. كما يقول الدكتور عبد القادر داودي في كتابه [أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري]. [أنّ بيت الزوجية ستشغله المطلقة الحاضنة دون الزوج المطلق إذا عجز عن توفير السكن أو أجرته، ويستمر ذلك مدة الحضانة التي 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 أثبتته المشرع لأجل المرأة المطلقة أو لأجل الأطفال المحضون؟ أي هل المشرع راعى مصلحة الحاضن أو مصلحة المحضون؟ ولماذا التنصيص على حالة الطلاق بالضبط؟، وكيف يكون الحال لو حصل تطليق طلبته المرأة نفسها أو خلع وكان لها أولاد، وماذا لو كانت الحضانة لغير الأم كالجدة والحالة والعممة وغيرهن... هل يستفدن أيضا مما تستفيده الأم ما دمن حاضنات؟

لا شك أنّ المشرع نظر إلى معاناة كثير من المطلقات الحاضنات اللاتي لم يجدن بيتا يأويهن مع أولادهن بعد الطلاق، ولكن ينبغي أن ينظر إلى مصلحة الحاضنة أنّها تابعة لمصلحة المحضون، وليس للمرأة حق مستقل تنفرد بدونه ولا أن تستفيد بحق، لأنّها مطلقة فقط خاصة مع إقرار المشرع بفرض تعويض مالي على المطلق أو في حالة التطليق في حالة حقوق ضرر بالمطلقة، والتوسع في الإضرار خلاف الأصل قد يدفع الرجل إلى التحايل على عدم تطبيق أو تنفيذ الحكم القضائي وإطالة زمن المشكلة⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري [210/209].