جامعة زيان عاشور

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الطبيعة القانونية للحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الاتفاقيات الدولية

مذكرة تخرج ضمن متطلبات لنيل شهادة ماستر

تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبتين:

بن رعاد فاطمة

عبد الصمد فاطنة

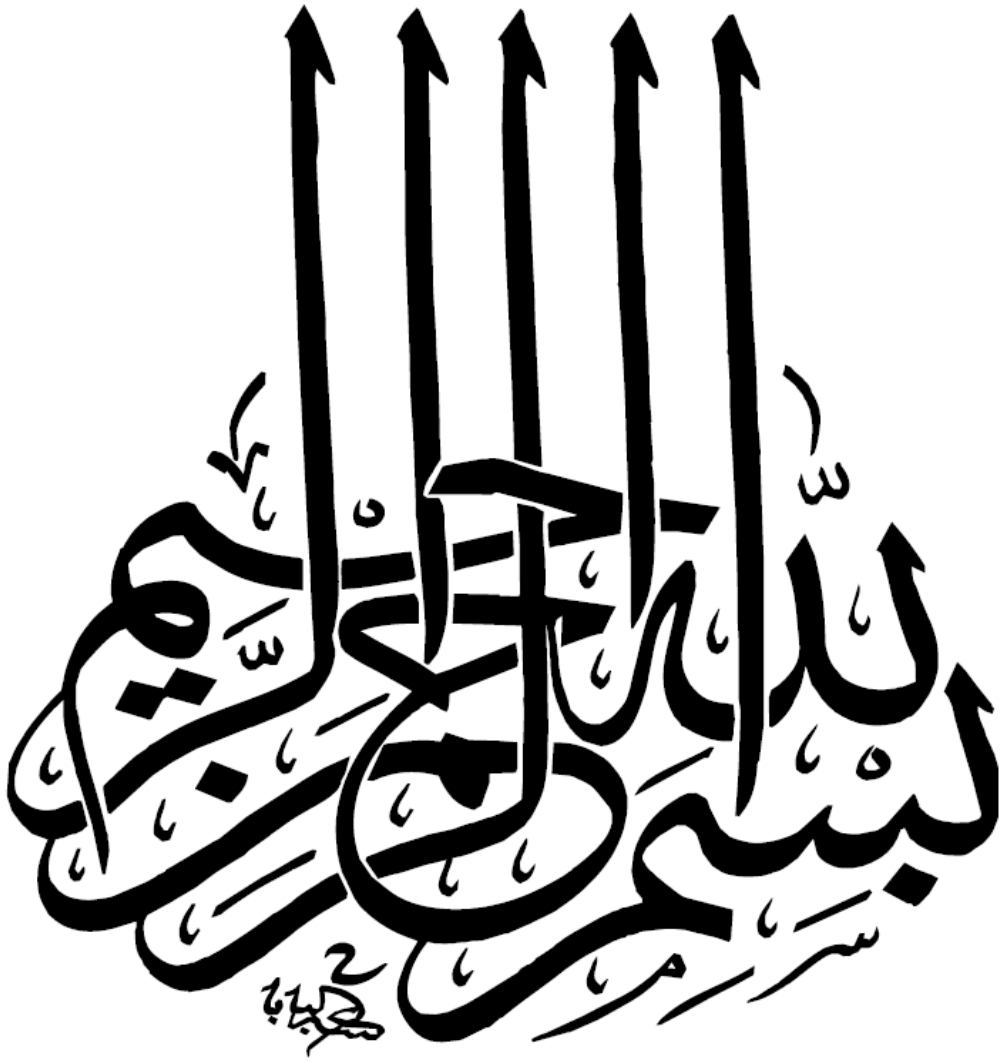
تحت إشراف الدكتور :

بن مصطفى عيسى

لجنة المناقشة:

- الأستاذ : بورزق أحمد..... رئيسا
- الأستاذ : بن مصطفى عيسى..... مشرفا مقررا
- الأستاذ: صدارة محمد..... عضوا مناقشا

الموسم الجامعي 2018/2017


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى هبة الرحمن.. إلى من قال فيهما المنان:

﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا﴾

الإسراء الآية: 23

إلى نبع الحنان والعطاء، إلى الذي كان لهما الفضل الكبير إلى ما وصلت إليه اليوم والديا أطال الله في عمرهما سأبقى لكم مدينة طوال حياتي مهما قلت لا تكفي لا الكلمات ولا العبارات أن تصف امتناني لكما

إلى كوكب السماء أخي و قرة عيني " أحمد" الذي كان هو سببا لهذا الجهد كله

إلى من كان عونا وسندا لي إلى زوجي

و إلى فلذات كبدي أولادي

إلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم مذكرتي.

أهدي ثمرة جهدي هذا

بن رعاد

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الذي تفانيت واجتهدت في إعداده إلى:

والدي العزيزين الذين لم يبخلا علي بالعون والدعاء وكانا لي نعم السند في

إنجاز هذا العمل.

إلى كل إخوتي وأخواتي.

إلى كل الزملاء والزميلات

إلى كل الأصدقاء الذين ساعدوني من قريب أو من

بعيد في انجاز هذا العمل دون استثناء.

عبد الصمد

شكر و تقدير

اللهم لك الحمد حتى ترضى و لك الحمد بعد الرضا و لك الحمد إذا رضيت، الحمد لله الذي يسر لنا طريق العلم ووفقنا إلى إنجاز هذا العمل

أتوجه بجزيل الشكر و الامتنان إلى كل من ساعدني من بعيد أو قريب على إنجاز هذا العمل و في تذليل ما واجهته من صعوبات

و أتقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير بالأخص الدكتور المشرف بن مصطفى عيسى بما أداه بكل سعة و صدر رحب.

كما أتوجه بجزيل الشكر لكل الأساتذة الذين كان لي الشرف أن أدرس عندهم " الدكتور هلالي مسعود" و " الدكتور معيزة" و " الدكتور شريط" و " أخي الدكتور عززو محمد" و ابن أختي " هزيل عيسى " اللذان ساندني طول مدة الدراسة ، و أيضا أتفضل بالشكر لأعضاء اللجنة المناقشة لقبولهم أن يكونوا جزءا من هذا العمل و إثراءه

المقدمة

إن الحضانة من المواضيع التي اهتم بها المشرع الجزائري عناية خاصة، وشغل هذا الموضع فكر الكثير من الباحتين القانونيين، فكانت الحماية القانونية للطفل محل دراسة في عدة مؤلفات وبحوث، منها ما تناول الحماية على المستوى الداخلي سواء في قانون الأسرة أو في القانون الجزائي، ومنهاما تناول حماية الطفل في الاتفاقيات الدولية

حيث الأصل أن تتبلور شخصية الطفل في كنفا أسره الصغيرة، وفي مكان يسوده الاستقرار والطمأنينة، ولكن هذا الاستقرار قد لا يتوفر دائما، ففي كثير من الأحيان يحدث أن يحرم الطفل الصغير من أحد والديه، أو كلاهما، فقد يفقدهما بالموت، أو بالطلاق .

فلابد أن يتوفر من يحل محل الأبوين في رعاية الطفل ويعوضه عن هذا الحرمان، و الحضانة شرعت للتخفيف من حدة الآثار المترتبة عن انتهاء العلاقة الزوجية كنوع أنواع من التكفل الاجتماعي، والنفسي، والتربوي بالطفل، ولمساعدته على تحمل الوضع الجديد والقاسي، ومساعدته على التأقلم .

وأحكام الحضانة يحكمها مبدأ هام هو مبدأ مراعاة القاضي لمصلحة الحضانة سواء عند إسناد الحضانة أو عند إسقاطها عمن أسندت إليه، وقد أشار إليه المشرع الجزائري في خمسة(5) مواد من أصل إحدى عشر (11) مادة تتناول فيها أحكام الحضانة من المواد 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة .

ونظر لأهمية مصلحة المحضون في أحكام الحضانة نجد أن معظم الأحكام القضائية الخاصة بإسناد الحضانة و إسقاطها وتحديد آثارها تشير إلى إعمال هذا المبدأ و العمل على حسن تطبيقه، وبالتالي فإن أحكام الحضانة كلها اجتهادية، فمن خلالها يظهر لنا مفهومها لا معيار تطبيقها .

لذلك ارتأينا خلال مرحلة إعداد البحث النط بين الجانب النظري، والجانب التطبيقي، من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية الصادر من المحكمة العليا.

أهمية الموضوع:

1.يعتبر الطفل ثروة مهمة في المجتمع يتعين على هذا الأخير أن يوفر له الحماية الكافية لتنشئته تنشئة صالحة و توفير بيئة صحية و مناسبة له، و تعتبر العائلة البيئة المثالية لتنشئة الأطفال، غير أن العلاقة الزوجية التي تقوم عليها الأسرة كثيرا ما تنتهي بالطلاق مما يخلفا تشتت العائلة، وهو ما يفضى ضرورة البحث عن حلول تضمن للطرف الضعيف في الأسرة أي الطفل قدرا من الحماية و تعتبر أحكام " الحضانة " الحل القانوني والسليم لذلك.

2. إن المواضيع المتعلقة بالأسر عموما لا يمكن أن تدرى بالاعتماد على القانون وحده، بل لابد من الرجع إلى الفقه الإسلامي الذي يعتبر مرجعا مهما لا يمكن إغفاله، نظر لأهمية الحلول التي يعطيها والتي يعتمد عليها القاضي في حال عدم وجود نصى قانوني، و من ثم فإنه من الأهمية بمكان أن تبين مواطن النقص والغموض في النص القانوني والذي يتطلب الرجوع إلى الفقه الإسلامي.

3. إن موضع الحضانة من أكثر المواضيع التي تطرح أمام القضاء في حال انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق خاصة وان المشرع ترك أمر تقدير مصلحة الطفل المحضون للقاضي، مما يفضى علينا البحث عن موقف القضاء من بعض المسائل المتعلقة بالحضانة.

و تهدف داستا إلى:

1. البحث في مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان الحماية للطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، والآليات القانونية التي وضعها المشرع لتوفير هذه الحماية.

2 بحث الإشكالات العملية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وبيان الحلول التي اعتمدها القضاء الجزائري في حال غموض النص أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة، وما إذا كانت هناك إشكالات عملية فرضها الواقع وأهملها النص وتصدى لها الاجتهاد القضائي.

. الوقوف على مكانة موضع حماية الطفل المحضون من الدراسات القانونية في مجال حماية الأسر.

. الوقوف على مدى الانسجام بين قانون الأسرة و غيره من فرع القانون من جهة وأحكام الشرعة الإسلامية في هذا المجال.

ومن هنا نطرح من خلال هذه الدراسة الإشكالية التالية:

هل الحضانة تعتبر حق أو واجب و على من ؟

تندرج تحت هذه التساؤلات الفرعية التالية :

. ماهي الشروط الواجب توفرها في مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ؟

. كيف كرس المشرع الجزائري معيار مصلحة المحضون من خلال الأحكام المتعلقة بإسناد الحضانة، وحالات سقوطها؟

. ما هي الإشكالات العملية التي تعترض القضاة عند النظر في قضايا الحضانة ؟

. ماهي مواطن النقص و الغموض في الأحكام القانونية للحضانة في التشريع الجزائري ؟

المنهج المعتمد :

وسنحاول الإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية من خلال الاعتماد على المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية التي تهدف إلى التعرفة عل موقف المشرع من بعض المسائل القانونية، كما استخدمنا أيضا المنهج التحليلي باعتباره أكثر المناهج اعتمادا عند تحليل النصوص القانونية، وهو منهج رأيناه مناسبا عند البحث في موقف القضاء من مسألة الحضانة.

أسباب اختيار الموضوع : إن أهم ما دفعني للبحث في هذا الموضع هو خطورة الطلاق على الأطفال عموما، خاصة وان المطلع على أحكام القضاء يجد أن أكثر قضايا الأسرة التي تطيح أمامه متعلقة بالآثار المترتبة عن الطلاق كالنفقة الزيارة وغيرها، مما ينعكس سليا على الجانب النفسي للطفل الذي ينشد العيش في عائلة يسودها الاستقرار لا الصراع الدائم.

صعوبات الدارسة :

. الدراسات المتعلقة بالأسرة عموما تمتاز بجمعها بين الجانب القانوني والجانب الشرعي لدرجة عدم إمكانية الفصل بينهما، مما يفرض على الباحث توسيع بحثه .

. تميز كتب الفقه القديمة بصعوبة الأسلوب و غموض العبارات.

خطة البحث:

وللإجابة على إشكالية الدراسة قسمنا الموضع إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول إلى مفاهيم حول الحضانة حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الحضانة و تطورها التاريخي و أما المبحث الثاني المبحث الثاني : الحضانة في الاتفاقيات الدولية

أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه الحضانة في القانون الجزائري، تناولنا فيه في المبحث الأول طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، بينما تناولنا في المبحث الثاني دعاوى و حالات سقوط الحضانة.

الفصل الأول :

مفهوم الحضانة و تطورها التاريخي

المبحث الأول : مفهوم الحضانة .

إن الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على بدنه ، وعقله ، ودينه ، وحمايته من عوامل الانحراف وطوارئ الانحلال بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه مما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات ، و الحكمة من مشروعيتها هي عجز الصغير عن إقامة مصالحه و تدبير شؤونه، واحتياجه إلى من يقوم له بهذه الأمور ويتعهده بالعناية والرعاية حتى يشب قادرا على القيام بأمور نفسه بنفسه [1] من اجل الحفاظ عليه من التشرد والضياع [2]، ومدتها تتحدد بقدر حاجة المحضون إليها تحقيقا لمصلحته [3].

المطلب الأول : مفهوم الحضانة

كانت الحضانة هي ضرب من هذه الرعاية و العناية بالطفولة وجب التطرق الى تعريفها ، وكما هو معلوم أن التعاريف تأخذ وجهين؛ الأول دلالته في اللغة، والآخر دلالته من حيث الاصطلاح ، الفقه الشرعي و من الجانب القانوني .

الفرع الأول: التعريف اللغوي

الحضانة في اللغة مصدر الفعل (حضن)، واسم الفاعل منه (حاضن) للرجل ، (حاضنة) للمرأة وكلمة الحضانة مأخوذة من (الحضن) . بكسر الحاء وهو ما دون الإبط إلى الكشح[4] وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان[5]

---

[1] – احمد نصر الجندي، مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 277 .عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الإشعاع القانونية، مصر، 1998، ص 135.احمد ابراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، مصر، 2009، ص 124.

[2]– براهمي حنان، أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007، ص 49.

[3]– نبيل صقر، قانون الآسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2006، ص 247.

[4]– الكشح: ما بين الخاصرة و الضلوع ، المعجم الوسيط، مادة (كشح)

[5]– لسان العرب، مادة (حضن)

الحضانة لغة مأخوذة من الحَضْنِ و حَضَنَ الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه و كذلك المرأة إذا ضمت ولدها[1]، فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه.

الحضانة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحضن وهو الجنب ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه[2].

وحضن الصّبيّ يحضنه حضنا : ربّاه أي أنها ضم الولد و تربيته[3] .

كما أنها بفتح الحاء هي ضم الشيء إلى الحُضْنِ في قولنا تعيش الذئاب في حُضْنِ الجبل أي في عمقه و عند الإنسان يطلق على المرأة التي تضم ولدها إلى صدرها و هي تعتنقه وتلتصق بـه فتعني هذه الكلمة معاني ضم الشيء و حفظه[4] . ويقال حضن الصبي حضنًا وحضانة أي جعله في حضنه ورباه ، كما تطلق عند الإنسان وصفا لعملية الحنان حين تضم الأم ابنها و تعنقه وتلتصق به .

---

[1]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، الطبعة الثامنة، بيروت، لبنان، 1987، ص 301.

– محمد شتا، الحضانة و الرؤية في ضوء القانون رقم 4 لسنة 2005، دار المجد للنشر والتوزيع – الإسكندرية مصر، الطبعة الثانية، 2008، ص 7 .

– وفاء معتوق حمزة فراش، الطلاق و أثاره المعنوية و المالية في الفقه الاسلامى، دار القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2000، ص 446 .

– لحسين بن الشيخ اث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة (تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر في 22–02– 2000، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات و الخدمات التعلمية، الجزائر، العدد الثاني ،سبتمبر،2008، ص 69 .

[2]– أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج 13، المرجع السابق ،ص 122– 123

[3]– رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام عقد الزواج في الإسلام ،مكونات العقد – حقوق وواجبات الزوجين، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية مصر، (بدون سنة نشر)، ص 169 .

– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005 .ص 379 .

[4]– عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار –عنابة –، الجزائر، عدد 15 ديسمبر 2005. ص 184،– احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه و القضاء و القانون، الجزء الاول الزواج والطلاق وآثارهما، المكتبة القانونية، بغداد، 2008 .ص 387 .،– المنجد في اللغة و الإعلام، الطبعة العشرون، دار الشروق، بيروت، 1969، ص 139.

وللحضانة ثلاثة معانٍ لغوية:

الضم: يقال حضن الطائر بيضه أي ضمه إلى نفسه تحت جناحه[1].

المنع: يقال حضنت الرجل عن هذا الأمر إذاً نحيته عنه وصرفته ومنعته.

التربية: يقال حضن الصبي حضنًا وحضانة أي كفله ورباه وحفظه[2].

والحاضن هو الذي يضم الشيء، إلى نفسه ويستره ويكنفه، يقال:احتضن الرجل الطفل، إذا جعله في حضنه، ومنه الحديث الشريف: انه – يعني النبي صلى الله عليه وسلم – خرج محتضنا أحد ابني ابنته[3] أي حاملا له في حضنه[4].

والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه ، وحضن الصبي يحضنه حضنا: رباه[5] وفي هذا الصدد قال ابن فارس: الحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته، فالحضن ما دون الإبط إلى الكشح، يقال: احتضنت الشيء، جعلته في حضني ، و نواحي كل شيء أحضانه ، و من الباب حضنت المرأة ولدها ، وكذلك حضنت الحمامة بيضها ... [6] ، ويمكن استنتاج أن المعنى اللغوي للحضانة أنها الرعاية ، والتربية ، والحفظ، والصيانة، وهي تشمل المرأة والرجل كذلك ففي مختار الصحاح: حاضنة الصبي: التي تقوم عليه في تربيته. وحضن الرجل الصبي: رعاه ورباه [7] ، وفي المعجم

[1]– لسان العرب، لابن منظور، المصباح المنير، للرافعي، مختار الصحاح، للرازي، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة مادة (حضن).

[2]–ابن منظور:لسان العرب،ج13ص123،الفيروز أبادي:القاموس المحيط،ج4ص217

[3]– رواه أحمد في مسنده 409/6 ، و الترميذي في سننه، كتاب البر و الصلة، باب ما جاء في حب الولد، 317/4 برقم 1910، و فيه (محتضن) بدلا " محتضنا" و ضعفه الآلباني في ضعيف سنن الترميذي، ص 205

[4]– لسان العرب، مادة (حضن)

[5]– لسان العرب، المصباح المنير، مادة (حضن)

[6]– معجم مقاييس اللغة ، لأبن فارس، 72/2

[7]– مختار الصحاح، مادة : (حضن)

الوسيط: احتضن هذا الأمر تولى رعايته والدفاع عنه. وفيه أيضا الحضانة هي الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه[1].

جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة: الحضانة: تربية الطفل في مرحلة ما قبل الدراسة بهدف تنميته جسميا، وعقليا، وصحيا، وغذائيا، وعاطفيا، واجتماعيا، وغرس العادات المستحسنة فيه.والحضانة *: هي* الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

عرف الفقهاء الحضانة 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 [2] ، وهي التعهد بتربية الصغير حتى التمييز، أما بعد البلوغ فتسمى كفالة، والحضانة هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه وتربيته بتعهده في طعامه وشرابه، وهي على من تلزمه نفقته فالولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأنه يكون عاجزا في حياته الأولى عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وينفعه ، والشارع الحكيم قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير لأنهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة و وزع الأعباء عليهما آل فيما يصلح له أما عن تربيته ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى فقد جعلها للأم ، وأما عن ولاية التصرف في نفس الولد وماله فقد جعلها للأب .

يرى الامام أبو زهرة أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات الأولى ولاية التربية ، الثانية ولاية النفس ،و الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له مال أمّا الولاية الأولى :فهي ولاية التربية فالدور الأول يكون فيها للنساء وهي ما يسمى بالحضانة ، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممّن لهنّ الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم

[1]– المعجم الوسيط مادة (حضن) ، مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط،/لا ط، لات، مادة " حضن" ، ح1؛، ص 181 والصحاح للجوهري، المادة نفسها .

[2]– البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 180/4، حاشية الدسوقي 226/2، مغنى المحتاج، 344/2، و 453/3 ، المغنى 82/6

محارمه من النساء ، فبمجرد ولادة الطفل حيا تثبت له ولاية التربية، حيث يكون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المدة التي تعتبر مرحلة حرجة في حياته ، فلا يمكن الاستغناء عن وجود النساء في جانبه خاصة وقد عرفها بقوله الحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء من لهم الحق في تربيته شرعا، وهي حق الأم، ثم لمحارمه من النساء[1]

وفي نفس السياق عرفها الشيخ زكريا البري الحضانة بقوله يراد بحضانة الصغير: تربيته ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته، في المرحلة الأولى من عمره[2]

و يرى الأستاذ صالح جمعة أنّ الولاية على النفس هي القيام و الإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه و تزويجه ، و يدخل في نطاقها ثلاث ولايات أوّلها ولاية الحفظ و الرعاية ، و تبدأ منذ ولادة المولى عليه حتّى بلوغه سنّ التّمييز ، و هي ما تسمى بالحضانة ، ثانيها : ولاية التربية و التأديب و التهذيب ولاية التزويج ولعل أهم ولاية هي ولاية التربية باعتبار أن الطفل في هذه المرحلة لا يمكنه الاستغناء عن خدمة حاضنه فهو بحاجة الى من يرعى شؤونه من تدبير طعامه، وملبسه، ونومه، وتنظيفه، ووقايته مما يهلكه آو يضره"[3] بسبب عجزه لصغره أو لإصابته بعاهة الجنون أو العته"[4] في سن معينة ممن له الحق في الحضانة"[5].

ومن خلال ما سبق يمكننا القول أن الحضانة هي وظيفة شرعية وإنسانية مشتركة بين الزوجين حال قيام الزوجية ،فيجب على كل منهما القيام بدوره الشرعي لتنشئة أبنائهما التنشئة الصالحة ورعايتهم حتى البلوغ، أين يكون الأبوان ملزمان بها قانونيا واجتماعيا، ولا

[1] الأحوال الشخصية ، لأبي زهرة، دار الفكر العربي – القاهرة، ص 404

[2] – أحكام الولاد في الإسلام ، لزكريا البري، الدار العربية للطباعة و النشر ، 1964، ص 39

[3] – محمد مصطفى شلبي، أحكام الآسرة في الإسلام، دار النهضة العربية بيروت، ط2، 1977 ، ص733

[4] – عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التجارية الكبرى / 1969 ، ج4، ص4و5

[5] – عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 1976 ، ص 191، وهو يذكر حاشية ابن عابدين ج2، ص561. وانظر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 455/3.

تظهر المشاكل المرتبطة بها إلا مع انحلال تلك الرابطة عن طريق الطلاق[1] وهنا وجب وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه بحيث يكفل له التربية الصحية والخلقية السليمة فأحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة[2] وهو ما اثر إيجابا على التشريعات الوضعية [3].

المطلب الثاني : الحضانة في الشرع و القانون

الفرع الأول : الحضانة في الشرع

تباينت تعريفات الفقها، القدامى والمحدثين للحضانة لفظا وان اتحدت معنى باتفاقها جميعها على المقصود الأعظم من تشريع الحضانة، وهو حفظ المحضون وصيانته مما يؤذيه، وتربيته لينمو،أو هي تربية من لا يستقل بآموره بما يصلحه ويقيه عما يضره[4]، ويعرفها الشيخ الدردير بقوله: هي حفظ الولد والقيام بمصالحه[5] وذلك بعمل ما يصلحه، وتعهده بطعامه وشرابه، وغسله، وغسل ثيابه، ودهنه ،و تعهد نومه ويقظته، ونحو ذلك، وهذه جملة من التعريفات التي تتضح بها حقيقة الحضانة شرعا:

01/- عرف المالكية الحضانة بأنها: حفظ الولد والقيام بمصالحه [6] وهذا التعريف وإن أفصح عن المقصود الأعظم من الحضانة، وهو حفظ الولد ورعايته وتحقيق مصالحه، إلا أنه أشار ضمنا إلى الحاضن، والأولى أن يصرح به ، لأنه يمكن لأي شخص أن يقدم هذه الخدمات للمحضون ، أما الحاضن فيجب أن تتوفر فيه شروط وقيود معينة كي يستحق الحضانة كما عرفوهم بقولهم " : الحضانة هي حفظ الولد في بيته وذهابه ومجيئه والقيام

---

[1]- عبد النور إدريس، الضوابط السوسيولوجية والقانونية للحضانة بمدونة الأسرة المغربية، ص 01 والذي يرى " أن الحضانة أثر من آثار الزواج لكنها أثر من آثار الطلاق أيضا" http://saaid.net/Doat/abu_sarah/86.htm

[2]-هرنان عبد الرحمان، الحضانة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص،جامعة الجزائر 1978 ص86

[3]- باديس دياني، أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض – نفقة – عدة – حضانة – متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2008. ص 49.

[4]- الخطيب الشربيني ، الأقناع في جل ألفاظ أبي شجاع، بدون طبعة ، ج2، ص 148

[5]أحمد الدردير ، الشرح الكبير ، م.س.ج2، ص 526-

[6]- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد عرفة الدسوقي، دار الاحياء للكتب العربية، سوريا، بدون نسنة النشر، ، 527/2

بمصالحه[1]، أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه[2] ، وفي تعريف آخر عندهم هي حفظ الولد والقيام بمؤونته ومصالحه إلى أن يستغني عنها بالبلوغ أو يدخل بزوجته[3].

، وقد عرفها الإمام مالك بأنها: تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء

أما بعض فقهاء الشافعية يعرفونها بأنها " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ، بما يصلحه ويقيه ما يضره " ويرى إبن القيم أن الولاية على الطفل نوعان : نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح ، ونوع تقدم فيه الأم و هي ولاية الحضانة و الرضاع ، و قدم كل من أبويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد.

02/- **عرف الحنفية الحضانة** بأنها: تربية الولد لمن له حق الحضانة[4] وهو تعريف عام وشامل يتفق مع المعنى اللغوي، حيث ذكر طرفي الحضانة، و هما : الحاضن ، والمحضون ء ولفظ (التربية) في التعريف يشمل التربية بجميع أنواعها: الجسمية ، والعقلية ، والاجتماعية والأخلاقية.

03/- ثالثا: عرف الشافعية الحضانة بأنها: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه[5] وذلك بالقيام بحفظه وتربيته بما يصلحه ووقايته[6] لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك[7]. وهذا التعريف قد نص على بعض خصائص المحضون، بأنه لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، ويفهم من هذا أن

---

[1] الدردير: الشرح الكبير ،ج2ص526

[2] -الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي، ج 2، ص 526

[3] - بو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك ،ج2 ، دار الكفر لبنان، ص205

[4] - حاشية رد المحتار، لابن عابدين، 555/3

[5] - مغني المحتاج على متن المنهاج ، للشربيني الخطيب، 452/3، دار احياء التراث العربي

[6] - النووي: روضة الطالبين،ج9ص98

[7] -مغني المحتاج، ج 3 ، ص 452

الحضانة تشمل كذلك المجنون والمعتوه، ونحوهما لعدم استقلالهم بأمور أنفسهم، ولهذا عرف بعض الشافعية الحضانة بأنها: القيام بحفظ من لا يميز، ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يهلكه[1] ،وتسمى الحضانة الكبرى[2]

رابعا: عرفه الحنابلة الحضانة بنحو تعريف الشافعية فقالوا: حفظ من لا يستقل وتربيته حتى يستقل بنفسه[3]. وفي هذا التعريف بداية الحضانة ونهايتها أي انها حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو المختل العقل عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم : كغسل رأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه، وكدهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحه[4]

وما يُلاحظ أيضًا أن الشافعية والحنابلة قد توسعوا في تعريفهم للحضانة لتشمل بالإضافة إلى الصغار الكبار العاجزين عن القيام بشؤونهم كالمجانين ونحوهم ، وقد اتفق أصحاب المذاهب الاربعة على أن حكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يُهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه و إنجاؤه من المهالك وتعهّده في المدّة التّي لا يستغني فيها عمّن يقوم بشؤونه[5]،

[1]– عبد الكريم بن محمد الرافعي ، ، العزيز شرح الوجيز، تحقيق علي معوض – عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997، 87/10

[2]– محمد بن محمد الخطيب الشربيني شمس الدين ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية ، 2004، 148/2

[3]– موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، تحقيق : محمود الأرناؤوط

[4]– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج 3،عالم الكتب ، ص 325–326

[5] – الإمام محمّد أبو زهرة: "الأحوال الشخصيّة"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 406

وهي بصفة عامة ; الكفالة و التربية، والقيام بأمور المحضون، وفي قول الباجي[1]: حفظ الولد في مبيته ومؤنة و لباسه ومضجعه وتنظيف جسمه، وهي واجبة إجماعا لأن في تركها تضييعا للولد[2]و عند ابن رشد هي فرض كفاية إن قام بها قائم سقطت عن الباقين

الفرع الثاني : التعريف القانوني للحضانة

نصت المادة 62 من قانون الأسرة " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

وعرّفتها المادة 163 من مدونة الاسرة بانها حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الاجراءات اللازمة لحفظ المحضون و سلامته في جسمه و نفسه و القيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي وفي حالة الضرورة اذا خيف ضياع مصالح المحضون .

أولا : تعليم الولد

ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس ، وما دام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وامكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي

[2]– علي بن عبد السلام التسولي أبو الحسن ، البهجة فى شرح التحفة ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1998، 638/1

ثانيا : تربية الولد على دين أبيه

يجب أن يربىّ الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا ، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة ، ولا ينكره عليها أبدا ، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل.

ثالثا : السهر على حماية المحضون

إذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لايكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب و التخويف و الشتم ، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا و عاطفيا ، و ليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب و أن لا يُؤدّب آلما استدعت الحاجة ، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه.

رابعا : حماية الطفل من الناحية الخلقية

و يكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق و تهذيبه و إعداده لأن يكون فردا صالحا سويا و أن لا يُترك عرضة للشارع و رفقاء السوء.

خامسا : حماية المحضون صحيا

يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة ، خاصة في السنوات الأولى من حياته ، و ذلك بأن يتلقى كل التّلقيحات اللازمة و الدورية ، و أن يُعرض على طبيب كلّما استدعت الحاجة.

المبحث الثاني : تطور الحضانة التاريخي

ظلت تربية الأطفال من البساطة لفترة طويلة من الزمن إلى أن ظهرت فكرة المحلات التعليمية، و المدارس النظامية نتيجة لنطور المجتمعات البشرية و تزايد مطالبها ، و كان ذلك في القرن الرابع الميلاد[1]، و سنتطرق إلى الطفل في الاتفاقيات الدولية ، حيث سنتاولهما في المطلبين التاليين

المطلب الأول : الحضانة في العصر القديم

ظلت تربية الأطفال من البساطة لفترة طويلة من الزمن إلى أن ظهرت فكرة المحلات التعليمية، و المدارس النظامية نتيجة لنطور المجتمعات البشرية و تزايد مطالبها ، و كان ذلك في القرن الرابع الميلاد[2]

و نأخذ بعض النماذج من تربية الطفل و رعايته في الفترات التاريخية المختلفة في العصر القديم لبيان ملامح هذه الفترة الزمنية

الفرع الأول : الحضانة في العهد اليوناني و الروماني

في العهد اليوناني ، مرحلة ما قبل المدرسة الابتدائية ، و تبدأ هذه المرحلة من الولادة حتى السابعة من عمره ، و القت التربية اليونانية القديمة، مسؤولية تربية الطفل من عمر ، و القت مسؤولية التربية الطفل على عاتق الوالدين حتى السابعة من عمره، و على أن يتعود الطفل على المشقة و الخشونة و الرياضة، و تحمل الآلام ، و الاتصاف بأخلاق الرجال من سنواته الأولى ، قم يؤخذ بعد ذلك من بيته حيث يوضع تحت رعاية المشرفين على التربية في المرحلة الثانية

[1]– هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الحوال الشخصية و الإتفاقيات الدولية ، دراسة تحليلية لامقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 125

[2]– هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الحوال الشخصية و الإتفاقيات الدولية ، دراسة تحليلية لامقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 125

أم التربية الرومانية فقد كانت مشابهة إلى حد كبير للتربية اليونانية في تربية الطفل في سنواته الأولى، حيث وضعت مسؤوليته على البيت، حتى يبلغ السابعة من عمره.[1]

على أن تقوم الأم بتربية مباشرة ، دون تركه لدى المربيات من الأمهات، كما كانت الحالة في التربية اليونانية

من خلال سرد هذين النموذجين تظهر لنا الصورة البدائية لتربية و رعاية و حضانة الطفل، حيث لم تكن الرعاية و التربية مؤسسية بل كان دور الأم هو الدور الكبير الواسع في هذا المجال ، كما أن الحياة لم تتطور و لم تتعقد لذلك في هذه الفترة لم نجد مؤسسة دور الحضانة بالصورة الموجودة اليوم .

اما في حضارة وادي الرفدين فيمكننا أن نعتبر الأعمال التي مارستها المرأة في الحضارات القديمة على نوعين : منها ما يتعلق بواجباتها المنزلية كأم و زوجة، و منها ما كانت تمارسا خارج نطاق العائلة، كمهنة الغناء و العزف و الكهنوت... الخ، حيث تعتني الأم بطفلها من بعد الولادة و تقوم برضاعته لوحدها أو بمساعدة المرضعة، كانت الأم قديما، كما هي عليه الحال الأن، تقوم بتربية أطفالها و تضحي بوقتها و صحتها في سبيلهم، و قد انعكس ذلك في المثل السومري القائل " تغوض البقرة في المستنقع (الطين) لكي تجعل عجلها يمشي على أرض صلبة[2].

هكذا نرى أنه في العصر القديم كانت الأم هي المسؤولة عن تربيته و رعايته و حضانته و لم تكن هناك مشاكل و نزاعات قد ظهرت بعد بالصورة المألوفة في واقعنا المعاصر، كما لم تتطور المؤسسات الخدمية الاجتماعية لتنشئة الطفل في تلك الحقبة من التاريخ أما في القوانين القديمة، فنجد نصوصا غير مباشرة تشير ضمنا إلى مفهوم الحضانة ، منها ما جاء

[1]–هدى عصمت محمد أمين، المرجع السابق، ص 75،

[2]– ثلما ستيان، عقراوي، المرأة دورها في حضارة وادي الرافدين، منشورات وزارة الثقافة و الفنون، سلية دراسات رقم 142،ط1، دار الحرية للطباعة ، بغداد، 1978، ص 155

في قانون حمورابي في مادته الرابعة عشر من أنه " إذا إختطف رجل طفل (ابن) رجل فسوف يقتل" و تنص المادة 29 من نفس القانون على أنه " إذا كان الأبن طفلا و غير قادر على القيام بالتزام ابيه، فثلث الحقل و البستان سوف يعطى لأمه و أمه سوف تربيه[1].

الفرع الثاني : الحضانة في العصر الوسيط و الحديث

و في هذه المرحلة نذكر بعض النصوص الدينية التي اشارت إلى موضوع الحضانة حيث ساد الدين في هذا العصر و وردت أول إشارة تاريخية إلى الحضانة في العهد القديم جاء فيه: " قد دعوت كما في يوم موسم وخاوفي حوالي، فلم يكن في يوم غضب الرب ناج و لا بقى الذين حضنتهم و ربيتهم أغناهم عدوي"[2].

يبدو أن المسيحية قد أكدت على التربية الدينية منذ السنوات الأولى، و القت مسؤوليتها على الوالدين، حتى يبلغ الطفل سنه السادسة أو السابعة ، ثم يرسل بعد ذلك إلى معهد أولي، يلحق بالدير أو الكنيسة، و يتلقى فيه المبادئ الأولية للدين و القراءة من قبل الرهبان، و بمرور الزمن أدركت التربية المسيحية أهمية مرحلة الطفولة المبكرة، حيث أخذت الكنائس على عاتها تربية الأطفال الصغار و لاسيما اليتامى و الفقراء منهم ، و خصصت لهم محلات داخل الكنيسة لرعايتهم و توجيههم دينيا، و لعل القسيس الفرنسي (أوبرلين) أو من فكر في مثل هذه الرعاية داخل الكنائس و ذلك عام 1766 [3].

و لقد تطورت الحياة البشرية في العصر الحديث منذ عصر النهضة و نشوء الآلة و إنتشار الرأسمالية و عمل المرأة الواسع في المؤسسات و المصانع و المعامل و الهجرة من الريف إلى المدينة و ضرورة إيجاد توازن بين واجبات المرأة داخل منزلها و عملها خارج المنزل .

[1]– محمود سلام زناتي، قانون حمورابي ، مطبعة جامعة عين شمس 1971، ص 13–15

[2]– مونتسيكو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، ص 163

[3]– نجم الدين علي مردان، المرجع السابق، ص 69

و من هنا يمكننا القول بأن التطورات الاجتماعية من عمل المرأة و الهجرة الريف إلى المدينة و تطور دور المؤسسات الدولة في التربية قد أفرزت أمور كثيرة منها إيجاد مؤسسات إجتماعية و خدمية لتربية الطفل، كدور الحضانة و الإستعانة (الخادمة) لتربية الأطفال و استخدام وسائل منع الحمل و الإجهاض

بعد بيان الإطار العام للواقع المعاصر الذي أدى إلى ضرورة توفير مؤسسات لرعاية الأطفال، و يرجع نشأة الحضانة إلى عام 1908 من قبل الأخوات مكملان في لندن اللواتي. رغبن في تحسين الصحة و الخدمات الاجتماعية التي تقدم للأطفال في المناطق المختلفة من المدينة، و بعد ذلك ألتفت المربون إلى أهمية الدور الذي تلعبه مؤسسات هذه في خدمة الأطفال تربويا و إجتماعيا.

المطلب الثاني : الحضانة في الاتفاقيات الدولية

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى أبرز الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان، والتي تطرقت في نصوصها إلى حقوق الطفل و موقف الشريعة الإسلامية للحضانة وقد وتناولناها من خلال مطلبين.

الفرع الأول: الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل عام 1989

إن الإدراك الواعي بأن ثمة أطفالا في جميع بلدان العالم يعيشون ظروفا صعبة للغاية ويحتاجون إلى مراعاة خاصة، ومع الأخذ بعين الاعتبار تقاليد الشعوب وقيمها الثقافية لحماية الطفل ومع إدراك أهمية التعاون الدولي لتحسين ظروف حياة الأطفال ولاسيما في البلدان النامية، فإن هذه الاتفاقية المعتمدة من الجمعية العامة لأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20، قد تضمنت جميع المواد والنصوص الواردة لصالح الطفل في جميع ما

احتوته الإعلانات والعهود الدولية السابقة لها فجاءت لترسم للدول مناهج العمل الوطني للطفولة.[1]

وقد احتوت ديباجة اتفاقية 1989 على أربع وخمسين مادة مفصلة لكل منها عنوان خاص بها.

وتنقسم هذه الاتفاقية إلى ثلاثة أجزاء، أشتمل الجزء الأول منها على 41 مادة تحدثت عن أهم الحقوق والمبادئ المعلنة للطفل على والديه والمجتمع والدول والمنظمات العالمية الأخرى

أما الجزء الثاني فيشمل على 4 مواد من 42 إلى 45 والتي تبين الأولى منها كيفية نشو مبادئ الاتفاقية وأحكامها، وتبين الثانية كيفية إنشاء اللجنة الخاصة بحقوق الطفل ووظائفه، وتبين الثالثة كيفية وضع الدول الأطراف تقارير عما نقوم به من تدابير لتطبيق حقوق الطفل ونتائج هذا التطبيق أما الرابعة منها فتبين طرق عمل اللجنة ٠

أما بالنسبة للجزء الثالث من الاتفاقية فيشمل على تسع مواد من المادة 46 الى غاية المادة 54،و تبين فيها كيفية التوقيع على الاتفاقية (في المادة 46)، والتصديق عليها (المادة 47) والانضمام إليها (المادة 47) وبدء نفاذها (المادة 49) وتعديلها (المادة 50) والتحفظات عليها (المادة 51) والانسحاب منها (المادة 52) ومن تودع لديه (المادة 53) والنصوص ذات الحجية أي اللفات المعتمدة[2].

أولا: عرض لمحتوى اتفاقية حقوق الطفل

على العموم تقوم الاتفاقية على أربعة مبادئ أساسية تشكل فلسفتها العامة وهي:

[1]– عمر صدوق، دراسة مصادر حقوق الانسان، الجزائر: ديوان لمطبوعات الجامعية، سنة 1995 ، ص 116.

[2]– عمر صدوق، المرجع السابق، ص 116

1- لا بد من سماع آراء وأصوات الأطفال واحترامها ويعني هذا المبدأ أن آراء الأطفال مهمة ذات وجهات نظرهم وأصواتهم لا بد وأن تؤخذ بعين الاعتبار كما لابد من المشاركة في عمليات صنع القرار التي تؤثر عليهم، بطرق ملائمة لأعمارهم.

2- لا بد وان م كفالة حقوق الأطفال دون تمييز بفخر النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونه أو جنسه أو لفته أو دينه أو رأيه السياسي أو غيره أو أصله القومي أو الاجتماعي أو ثروته أو عجزه أو مولده أو أي وضع آخر.

3- يحق لأطفال البقاء والتطور في جميع مناحي حياتهم، بما في ذلك النواحي الجسمانية والوجدانية والنفسية الاجتماعية والفكرية والاجتماعية والقافية.

4- لا بد وأن تكون مصالح الطفل الفعلي الاهتمام الأول في جميع القرارات أو الأعمال التي تؤثر على الطفل أو على جميع الأطفال.

5- نطبق تلك القاعدة، سواء كانت القرارات تتخذها هيئات حكومية أو إدارية أو قضائية أو تتخذها الأسر نفسها[1].

أما محتوى الاتفاقية وكما سبق الإشارة إليه فيمكن تقسيمه إلى ثلاث أجزاء سنعرض فيما يلي محتواها بشكل عام:

أولا: الجزء الأول

يتضمن هذا الجزء إحدى وأربعين مادة أحاطت بتعريف الطفل وبحقوق الطفل واحتياجاته وحمايته ودور الأسوة والمؤسسات والدولة في تحقيق ذلك بدون اعتبار لتمييز بسبب اللون أو الجنسى أو اللغة أو الدين أو الرأي له أو لوالديه .

[1]- قضايا ومعلومات حول اتفاقية حقوق الطفل، ، اطلع عليه في 2018/05/12 على الساعة 10:30

الاتفاقية ستهل موادها بتحديد الأشخاص المعنيين بمضمونها، فتنص **المادة الأولى** على أن الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة من العمر، ما لم يبلغ سن الرشد قبلا، بموجب القانون المطبق عليه[1].

هنا تجدر الإشارة إلى أن التوصل إلى تحديد دولي مشترك لمرحلة الطفولة كان يعتبر قبل إصدار هذه الاتفاقية أمرا غير ممكن تحقيقه لذا يشكل مضمون هذه المادة، أي المادة الأولى إنجازا دوليا بالغ الأهمية، على الرغم مما تضمنته من ضعف في جزئها الثاني [11] ما لم يبلغ سن الرشد قبلا بموجب القانون المطبق عليه "

- **المادة الثانية:** تتكلم هذه المادة عن مبدأ عدم التمييز و**تقرر** بأنه يتعين على مبدأ عدم التمييز أن يؤدي الى ضمان واحترام كل حق من الحقوق في الاتفاقية ولا ينبغي أن يتم التمييز ضد أي طفل وعلى الدولة الوفاء بالتزام حماية الأطفال ضد أي نوع من أنواع التمييز
- **المادة الثالثة:** تنحن هذه المادة على أن اتخاذ الإجراءات التي تتعلق بمصلحة الطفل الفضلى في كل قرار وان تتعهد الدول بضمان الحماية اللازمة لرفاهيته، وأن تلتزم مؤسسات رعاية الأطفال بذلك أيضا.
- **المادة الرابعة:** وتتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للطفل وإجراءات الدولة لضمانها.
- **المادة الخامسة:** وتنص على احترام مسؤوليات وحقوق الراعي الشخصي للطفل.
- **المواد السادسة والسابعة والثامنة:** وتتحدث عن حق الطفل في الحياة وبذل الحد الأقصى لبقائه ونموه وحقه بالاسم والتسجيل والجنسية وفق القوانين الوطنية والحفاظ على هويته وجنسيته وتقديم المساعدة له لتحقيق ذلك إن لزم[1].

[1]– عمر صدوق، المرجع السابق، ص 117

المادتين التاسعة والعاشرة: تتضمن حماية الطفل من جميع أشكال العنف والإيذاء البدني والعقلي والاستغلال الجنسي وغيره ووجوب اتخاذ الدولة للإجراءات الكفيلة بمنع ذلك بما في ذلك تدخل القضاء.

- **المادة الحادية عشر:** بموجب هذه المادة، الدول مسؤولة عن حجز الأطفال بصورة غدر مشروعة أو احتجازهم خارج نطاق سلطتها وضمان ضمان استعادة هؤلاء الأطفال والتعهد بإعادة الأطفال المخطوفين الذين احضروا إلى نطاق سلطتها، وعلاوة على ذلك فان هذه المادة تشجع الدول على إبرام اتفاق متعدد الأطراف أو الانضمام إليه.

- **المادة الثانية عشرة:** هي المادة هي واحدة من المواد الرئيسية في الاتفاقية لأنها تغير المفهوم التقليدي للطفل وذلك بإقرارها بما يمكن تسميته حق الطفل في شخصية مستقلة، وتقدم هذه المادة المبدأ القانوني الذي ينحن على ممارسة الاستدلال الشخصي، أي حق أخذ قرارات المرء بنفسه، ولكن ذلك يعتمد على سن الطفل ونضجه.

- **المادة الثالثة عشرة:** وفقا لهذه المادة، فان للطفل الحق في حرية التعبير، علاوة على ذلك،وبضم هذه المادة إلى المادة 17 من الاتفاقية، فان لأطفال بصفتهم مستهلكين للمعلومات، الحق في الاطلاع على المعلومات التي جمعت المتعلقة بهم والحق في أن تعرف آرائهم حول تلك المعلومات.[2]

- **المادة الرابعة عشرة:** تعلن هذه المادة أنه يتعين على الدول الأطراف احترام حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين. إلا أن الاتفاقية تضع في الوقت عينه حدودا واضحة للمساحة المعطاة لتطبيق هذا الحق، فالفقرة الثانية تنحن على أنه

[1]- عمر صدوق، المرجع السابق، ص 118

[2]– عمر صدوق، المرجع السابق، ص 118

ينبغي على الدول الأطراف احترام حقوق وواجبات الوالدين في توجيه الطفل في ممارسة حقه.

- **المادة الخامسة عشرة:** تكمن أهمية المادة15 في تأكيدها على أن الأطفال هم مالكين للحقوق المدنية الأساسية بما في ذلك الحق في الجمعيات والحق في التظاهر السلمي، ولكن يمكن تقييد الحقوق في هذه المادة فقط وفقا للفقرة الثانية منها، والاتفاقية لا تقدم أي دعم لأية قيود تعسفية توضع على حقوق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وحرية الاجتماع السلمي.

- **المادة السادسة عشرة:** تنن هذه المادة على حق كل طفل في الحماية من قبل القانون ضد التعرض التعسفي أو غير القانوني لو في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله أو مراسلاته فضلا عن التهجم غير القانوني على شرفه وسمعته.

- **المادة السابعة عشرة:** تم التأكيد في هذه المادة على أنه يتعين على الدولة تشجيع وسائل الإعلام على نشر المعلومات والمواد ذات المنفعة الاجتماعية والثقافية للطفل وتشجيع وضع مبادئ توجيهية ملائمة لوقاية الطفل من تعرضه للمعلومات والمواد التي تضر بمصالحه.

- **المادة الثامنة عشرة:** بموجب أحكام هذه المادة، يتعين على القانون الاعتراف بأن لكلا الوالدين مسؤولية مشتركة. ولذلك، فان هذه المادة هي تأكيد على حقوق الأبوين أكثر من كونها تأكيد على حقوق الطفل و كما هو معترف به في الفقرة الثانية، فئه يتبغي أن توجه التدابير الحكومية لدعم وتشجيع قابلية الوالدين للعيش معا.

- **المادة التاسعة عشرة:** تطلب هذه المادة من الدول اتخاذ مجموعة من التدابير التشريعية والإدارية، والاجتماعية والتربوية لحماية الأطفال من كل أشكال العنف

عندما تتم رعايتهم من قبل الوالدين أو أشخاص آخرين، وتقدم الفقرة الثانية لائحة غير شاملة لتدابير وقائية معترف بها!.[1]

- **المادتين العشرون والواحد والعشرون:** وتتحدث عن تربية وكفالة الطفل المحروم من الأسرة بشكل مؤقت أو دائم وشروط التبني للدول التي تسمح بذلك وهي مادة تحفظ للدول المطبقة للتشريع الإسلامي.

- **المادة الثانية والعشرون:** وتتحدث عن حقوق الطفل اللاجئ وحقه في المساعدة الإنسانية والحرية وفق ظروفه، بما في ذلك البحث عن أفراد عائلته. كما يجب أن يعامل هذا الطفل بنفس الطريقة التي يعامل بها الأطفال الآخرون

- **المادة الثالثة والعشرون:** وتخص الطفل ذي الإعاقة وحقوقه وواجب الدولة تجاهه وقد فصلت في أربعة بنود تناولت المساعدة القطرية والتعاون الدولي لتامين تبادل المعلومات عن الوقاية والرعاية وفق البرامج المختلفة.

- **المادة الرابعة والعشرون:** تم تكريس هذه المادة من اتفاقية حقوق الطفل لحقوق الأطفال المتعلقة بالصحة، وتعكس الأحكام الرئيسية لهذه المادة التعريف العام للصحة وسلسلة من الإجراءات المحددة من اجل تعزيز الصحة ومعالجتها.

- **المادة الخامسة العشرون:** ففرض هذه المادة إجراء مراجعة دورية على معاملة الأطفال الذين تم يداعهم من قبل السلطات لأغراض الرعاية والحماية وعلاج صحتهم.

[1]- عمر صدوق، المرجع السابق، ص 119

ـ **المادتين السادسة والعشرون والسابعة والعشرون:** وتعرف بها الدول بحق الطفل في الضمان الاجتماعي وكفالته عند الاقتضاء بما يكفل نموه الصحيح ومساعدة والديه ووصيه عند الحاجة.[1]

ـ **المادتين الثامنة والعشرون والتاسعة والعشرون:** وتتحدث حول حق التعليم و الزاميته وتشجيعه حتى التعليم العالي والاستفادة من التعاون الدولي وبكل ما يلزم لنمو شخصية الطفل ومواهبه واحرامه وإشعاره بالالتزام الإنساني والبيئي وروح المسؤولية ودون التدخل في السياسات التعليمية الوطنية.

ـ **المادة الثلاثين:** وتتعلق بالحفاظ على الهوية الشخصية للطفل من الأقليات أو الدينية... الخ.

- **المادة الواحدة والثلاثين:** وتتناول الجانب الأساسي والهام في احتياجات الطفولة وهي حق اللعب والترويح وأنشطة ملء وقت الفراغ.

- **المادة الثانية والثلاثين:** وهي أساسية في حماية الطفل من الاستغلال الاقتصادي والعمل المبذر وهي مادة نكرت في العديد من التشريعات العمل الدولية والقطرية.

- **المواد 33-34-35-36:** وتتحدث عن حماية الأطفال من المخدرات واستخدامها وإنتاجها وحمايتهم من الاستغلال الجنسي و تفصيلاته كذلك الحماية من الخطف والبيع والاتجار بأشكاله.

- **المادتين السابعة و الثلاثون والواحدة والأربعون:** وتحمي الطفل من الإجراءات العقابية أو الإعدام أو السجن المؤبد واحترام إنسانيته في يداعه الاحترازي ومساعدته قانونيا وحمايته لدى اتهامه بارتكاب مخالفات أو جرائم ضد القانون وذلك في تفصيل أوردته الاتفاقية في عدة بنود تناولت مرحلة الاتهام إلى الإدانة أو البراءة مع احترامه

[1]- عمر صدوق، المرجع السابق، ص 120

في كل مراحل الدعوى وفي كل الحالات، كذلك تعزيز مؤسسات الرعية وتأهيلها بالتعليم والتوجيه والتدريب وتحديد السن الأدنى لعدم أهلية الطفل لانتهاك القوانين وكما وعززت الاتفاقية الأحكام القطرية التي تؤدي إلى عطاء حقوق الطفل بسرعة أكبر.[1]

- **المادتين الثامنة والثلاثين والتاسعة و الثلاثون:** تناقش حماية الطفل في النزاعات المسلحة وعدم استغلالهم للحرب أو لحماية المدنيين وتقديم التأهيل البدني والنفسي والاجتماعي لأطفال ضحية الاستغلال والتعذيب أو المنازعات المسلحة.

ثانيا – الجزء الثاني[2].

- **المادتين الثانية والأربعين والثالثة والأربعين:** وتتحدث عن تعهد الدول الموقعة على نشر الاتفاقية وأحكامها والتعريف بها بين الكبار والصفار بكل الوسائل الملائمة والفعالة وتحقيق الآليات المؤدية إلى تنفيذها ومراقبة هذا التنفيذ على المستوى الدولي والإجراءات الناظمة لذلك ضمن إشراف مباشر لأمم المتحدة ومكتب امينها العام.

- **المادة الرابعة والأربعين:** وتتعلق بالتقرير القطري للدولة الموقعة على التدابير التي اتخذتها لوضع الاتفاقية موضع التنفيذ والمعوقات إن وجدت والبنود الناظمة للتعريف بإجراءات الدولة على المستوى القطري والدولي لتنفيذ الاتفاقية.

- **المادة الخامسة والأربعين:** وتتعلق بمساهمة الوكالات المتخصصة ومساعدتها ومنظمة الأمم المتحدة في التمثيل و إبداء المشورة في الخطط الوطنية وذلك ضمن فقرات تفصيلية.

[1]- عمر صدوق، المرجع السابق، ص 120

[2]– رباح غسان، حقوق الحدث المخالف للقانون أو المعرض لخطر الانحراف، بيروت، دون دار نشر، 2003، ص110.

ثالثا – الجزء الثالث

المواد من 46 الى 54: وتتضمن التوقيع على الاتفاقية وتصديقها وحفظ نصوصها لدى الأمين العام لأمم المتحدة والانضمام إليها وبدء تنفيذها واقتراح المشاركين لتعديل بعض بنودها والتحفظات عليها أو الانسحاب منها، ويعتبر الأمين العام لأمم المتحدة مؤتمنا على هذه الاتفاقية مع الأصل والنسخ باللغات الحية ومنها اللغة العربية.

ثانيا: دور لجنة الأمم المتحدة لحقوق الطفل في تطبيق الاتفاقية

تلزم الاتفاقية الدول الأطراف باتخاذ التدابير المناسبة كافة، لضمان تطبيق المبادئ المنصوص عليها وبمتابعة تنفيذ الموجبات ورفع التقارير دوريا إلى لجنة الأمم المتحدة لحقوق الطفل، مع الإفادة حول التدابير المعتمدة والتقدم المحرز بهدف تحقيق ما نصت عليه الاتفاقية.

لجنة الأمم المتحدة لحقوق الطفل كانت قد رأت أن الدول الأطراف هي بحاجة ماسة إلى اعتماد تقنيات ومؤشرات خاصة لقياس مدى تطبيق الاتفاقية، فأصدرت في شهر تشرين الأول / أكتوبر 1996 مجموعة مبادئ توجيهية حول كيفية إعداد التقرير الثاني، الذي يجب أن ترفعه الدول الأطراف إلى اللجنة في السنة الخامسة للانضمام إلى الاتفاقية، وتضمنت الوديقة المبادئ التالية:

1- أن تتضمن تقارير الدول الأطراف، معلومات كافية تتيح للجنة امكان التعرف بدقة إلى مدى وكيفية تطبيق الاتفاقية.[1]

2- إعداد التقارير فرصة لإعادة النظر بالقوانين المحلية والسياسات المتبعة لتحويل حقوق الطفل إلى واقع فعلي.

[1]- رباح غسان، المرجع السابق، ص 112

3- أن تشجع وتسهل آليات إعداد التقارير للمشاركة الشعبية والمتابعة العامة للسياسات الحكومية المتعلقة بالطفولة.

بالإضافة إلى هذه المبادئ الثلاثة، نصت الوثيقة الصادرة عن لجنة حقوق الطفل على ضرورة تضمين التقرير مجموعة وافرة من المعلومات لاسيما فيما يتعلق بالصعوبات التي تواجه الدول الأطراف أثناء التطبيق وبالتدابير المعتمدة لضمان إرساء نظام معلوماتي إحصائي حول مدى تأمين أو انتهاك حقوق الأطفال ومدى التعاون بين القطاعين الرسمي والأهلي.

من جهة أخرى دعت لجنة حقوق الطفل المجتمع الدولي، ولاسيما العاملين في مجال الأبحاث لدعم الجهود الرامية إلى تفعيل آليات التحقق القياسي من مدى تأمين أو انتهاك حقوق الأطفال في المجتمع وبالفعل، فقد استجابت لهذه الدعوة عدة مؤسسات لأبحاث أكدت أن استحداث مؤشرات ملائمة هو الحل الأنسب لتحديات ما يسمى بالمتابعة[1] .

وفي الملاحظات الختامية التي تصدر عن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الطفل حول أوضاع الأطفال في الدول المصادقة، كانت اللجنة تشدد باستمرار على ضرورة اعتماد آليات دائمة للمتابعة من شأنها توفير نظام فاعل لتطبيق الاتفاقية، لكن هذه الملاحظات كما تلك التي تضعها اللجان الأخرى التابعة لأمم المتحدة تبقى عامة وغير ملزمة، مما يفسح المجال أمام بعض الدول لعدم الاكتراث بها أو إعارتها أي اهتمام.

والتزاما بوثيقة المبادئ التوجيهية الموجهة إلى الدول الأطراف تضمنت التقارير المرفوعة إلى لجنة حقوق الطفل عددا كبيرا من العقبات والعوائق، التي تمنع حينا وتؤخر حينا آخر الدول الأطراف عن تطبيق كامل الاتفاقية أو جزء منها وبالتالي تطبيق التزاماتهم تجاه الأطفال.

[1]- رباح غسان، المرجع السابق، ص 111

وإحدى أبرز العقبات التي تذرعت بها الدول الأطراف في عدم تطبيقها للاتفاقية، هو التمسك بحرفية ما نصت عليه المادة الرابعة، أي أن تلزم الدول الأطراف بتطبيق الاتفاقية " إلى أقصى حدود مواردها المتاحة " ، فكانت الدول المتخلفة عن التطبيق تتذرع بأنها استنفدت الحدود القصوى لمواردها المتاحة

الفرع الثاني : حقوق الحضانة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

سنتناول في هذا المطلب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نظرا لكونه يعتبر أول عمل تشريعي في المنظمة الأممية والصادر في شكل لائحة عن الجمعية العامة لأمم المتحدة في 10ديسمبر 1948، وكان الإعلان ترجمة للطموحات الأمريكية فيما يتعلق بالمنظمة الأممية. ولقد اجتهد الأمريكان، بما لهم من حلفاء ومؤيدين، في حشد أغلبية كبيرة من الأصوات لصالح الإعلان. وبذلك حصلت اللائحة على 48 صوتا بدون أي صوت معارض وثمانية أصوات ممتنعة. كما أنه يعتبر المرجع العام والهام لحقوق الإنسان عامة بما فيها حقوق الطفل التي أشار إليها كما سنراه لاحقا.

أولا: حقوق الطفل في الإعلان العالمي لحقوق الانسان

أقرت الجمعية العامة لأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأعلنته في: 1948/12/10، وجاء الإعلان بمثابة الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية في الحرية والعدل والسلام كما جاء بمثابة الرفض لأعمال الهمجية والدعوة إلى انبثاق عالم يتمتع فيه الفرد بحرية القول والعقيدة ويتحرر من الفزع، إلى جانب سيادة القانون وحمايته لحقوق الانسان لكي لا يضطر المرء في آخر الأمر إلى التمرد على الاستبداد والظلم[1].

ويمكن أن نعدد أسباب الاهتمام بحقوق الإنسان في مختلف أنحاء العالم كالآتي[3]:

[1]– جليل وديع شكور، الطفولة المنحرفة، طبعة أولى، لبنان، الدار العربية للعلوم، 1998، ص 25

1- أن حقوق الإنسان لم تعد كما كانت في الماضي مسألة فردية تعالج في نطاق القوانين والأنظمة الداخلية، بل أصبحت اليوم قضية عالمية وإنسانية تهم كل إنسان وتهتم بكل إنسان.

2- إن حقوق الإنسان أصبحت، الشغل الشاغل لكل حكم أو نظام يطمح إلى تحصين نفسه بالشرعية وإبعاد تهمة الدكتاتورية والاستبداد عن ممارسته.

3.إن عظمة الدولة أو رفعتها تقاس اليوم بمدى احترامها لهذه الحقوق والتزامها بها وتوفير الضمانات القانونية والعملية لها.

4.إن فقدان الحقوق والحريات أو قمعها أو تكبيلها أو وأدها كان على مر العصور سببا من أسباب انهيار المجتمعات.

5.إن زعماء الثورات والانقلابات والحروب الأهلية يبررون أعمالهم في البداية بالرغبة في توفير الحقوق والحريات لجميع المواطنين، حتى إذا ما استتب الأمر لهم تحولوا إلى مستبدين لا يرعون حرمة لأي حق أو حرية.

6.إن انتهاك حقوق الإنسان في مجتمع ما يؤدي إلى إضعاف القدرة على الإبداع عند أفراده.[1]

7.إن انتهاك حقوق الإنسان تؤثر سلبا في النظام الاقتصادي العالمي وتؤدي إلى تعكير صغو العلاقات الدولية.

أولا – المبادئ العامة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان

يتألف الإعلان من تلاذين مادة تناولت كلا من الحقوق المدنية والسياسية إضافة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وتتمثل الحقوق المدنية والسياسة، التي نصت عليها المواد

[1]– جليل وديع شكور، المرجع السابق، ص 26

من 3 إلى 21، في حق كل إنسان في الحياة والحرية وسلامة شخصه وحقه في التحرر من العبودية والاسترقاق، وحقه في التحرر من التعذيب أو التعرض لأي شكل من أشكال المعاملة القاسية المهينة المنافية للكرامة الإنسانية، وحق كل إنسان في أن يعترف بشخصه أمام القانون، وحق كل الناس في حماية قانونية متساوية، وحق كل إنسان في الالتجاء إلى المحاكم عند أي اعتداء، وحقه في عدم القبض عليه أو حبسه، أو نفيه بدون سبب قانوني، وحق كل إنسان في محاكمة علنية أمام محكمة مستقلة نزيهة. كما تؤكد هذه الحقوق على اعتبار كل متهم بريئا حتى تثبت إدانته، وأن لكل إنسان حق التمتع بحرمة حياته الخاصة وحرمة أسرته وحرمة مسكنه، وحقه في اللجوء إلى بلاد أخرى والانتماء إلى أي جنسية، وحقه في الزواج وتكوين أسرة، وحقه في التملك وفي التمتع بحرية الفكر والضمير والدين، وحرية الرأي والتعبير وحضور الاجتماعات والاشتراك في الجمعيات، وحقه في الإسهام في شئون بلاده والالتحاق بالوظائف العامة على أساس من المساواة.

أما الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي نصت عليها المواد من 22 إلى 27 فتتمثل في حق كل فرد في الضمان الاجتماعي وحقه في العمل وحقه في الراحة وفي مستوى من المعيشة يكفل له الصحة والرفاهية، وحقه في التعليم وفي الاشتراك في حياة المجتمع الثقافية.

وبهذا المحتوى الشامل يتميز الإعلان عن الأفكار والنصوص التقليدية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تضمنتها دساتير وقوانين مختلفة خاصة في القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين[1]. ولعل هذه الخاصية هي التي جعلت، رئيس الجمعية العامة لأمم المتحدة يعقب، في الجلسة التي أقرت الإعلان بالقول بأن: "هذه هي أول مرة، قوم فيها، جماعة منظمة من الأمم بإعلان حقوق وحريات أساسية للإنسان، تؤيدها الأمم المتحدة

[1]– سليمان بن عبد الرحمان الحقيل، حقوق الإنسان في الإسلام والرد على الشبهات المثارة حولها، للمؤلف، الرياض، 1994، ص 70.

جميعا، كما يؤيدها الملايين من الرجال والنساء في جميع أنحاء العالم، وهم مهما يكونون على مسافات بعيدة، خليقون بأن يتجهوا إلى هذه الوديقة، يستلهمونها العون والرشاد"[1]

هذا ونشير إلى أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يبدأ بجملة من المبادئ الأساسية منها:

الحق في الحرية والمساواة، وإذن، عدم التمييز بسبب العنصر أو اللغة، أو الدين، أو بسبب الوضع السياسي، أو الاجتماعي. وهذا ما يستشف من نص المادة الأولى من الإعلان القائل بأن: " يولد الناس أحرارا، متساوين في الكرامة، والحقوق، وقد وهبوا عقلا، وضميرا، وعليهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء".

كما جاء في المادة الثانية، " أن لكل إنسان، حق التمتع بكافة الحقوق والحريات، والواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز بسبب العنصر، أو الدين، أو اللون، أو الجنس أو النوع أو الرأي السياسي، أو أي رأي آخرا.

وفي المواد الختامية للإعلان (28-30) جاء التأكيد على حق كل إنسان في التمتع بنظام اجتماعي تتوافر فيه الحقوق والحريات السابقة توافرا كاملا. كما تضمنت الواجبات والتبعات التي تقع على عاتق الفرد تجاه مجتمعه[2]

ومن خلال ما سبق يتضح أمامنا أن محاوره ركزت على مبادئ المساواة والعدالة والحريات

والحقوق في مختلف مجالات الحياة وفي كل ما يتعرض له الإنسان في حياته الشخصية وفي علاقاته مع الآخرين[3]

[1]- مفيد شهاب، حمق الإنسان في عصر التنظيم الدولي،القاهرة: مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية. سئة 1989، ص 78.

[2]- قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في ١القاذون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، الجزائر: دار هومة، 2002، ص 117.

[3]- عبد الله لحود وجوزيف مغيزل، حقوق الانسان الشخصية والسياسية، بيروت: منشورات عويدات، 1985، ص139.

كخلاصة يمكن القول بأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يعتبر أهم وثيقة عالمية عنيت بتكريس الحقوق والقيم الأصيلة للإنسان وعلى الرغم من أهميته فقد جرى التصويت عليه آنذاك شفهيا وبرفع الأيدي، دون أي توقيع خطى أو مصادقة رسمية ودولية عليه وبالتالي، لم يتمتع هذا الإعلان بصفة قانونية ملزمة ولم يشكل قط جزءا من القانون الدولي

2 – حقوق الطفل في الإعلان العالمي لحقوق الانسان

جاء في المادة الأولى من الإعلان يولد جميع الناس أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق،

وهم قد وهبوا العقل والوجدان، وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضا بروح الإخاء " إن مضمون هذا النص يشمل الإنسان عموما ولاسيما الطفل، إذ أن معظم الحقوق التي أقرها الإعلان في مواده الثلاثين، هي حقوق تكتسب منذ الولادة وفي سن الطفولة، لا بل بعضها يكتسب منذ ما قبل الولادة لذا يمكن الاعتبار أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ومن خلال هذه المادة قد تعرض فعليا لحقوق الطفل، ولو بصورة غير مباشرة ٠

على مستوى آخر شكلت المادة الأولى الفلسفة العامة التي ارتكز عليها الإعلان، والتي تبلورت بعد سلسلة مناقشات طويلة، أثيرت في اجتماعات اللجنة التحضيرية لإعداد الإعلان. ومما لا شك فيه أن كل المواد التي يتألف منها الإعلان ترتبط بشكل مباشر أو غير مباشر ارتباطا وثيقا بحقوق الطفل، لاسيما في ما أوردته هذه المواد من حقوق أساسية للإنسان، كالحق في الحياة والحرية والنماء والعمل والمساواة. أما المادة 25 فهي المادة الوحيدة التي تعرضت بشكل صريح ومباشر، لحق الطفل بالحماية والرعاية والمساعدة، فنصت في بندها الثاني على التالي: الأمومة والطفولة حق في رعاية ومساعدة خاصتين ولجميع الأطفال حق التمتع بالحماية الاجتماعية نفسها سواء ولدوا في إطار الزواج، أو خارج هذا الإطار"[1]

[1]– عبد الله لحود وجوزيف مغيزل، المرجع السابق، ص 42

وكخلاصة لما سبق نكره ومن أجل الإلمام بجميع الحقوق التي أقرها الإعلان للإنسان عامة وللطفل خاصة نجمل الحديث عنها كما يلي:

أ- **حقوق الطفل في الحياة والحرية والسلامة الشخصية:** نصت المادة الثالثة في الإعلان على أن لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامته الشخصية، كما نصت المادة الأولى على أن: " يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق!! وأشار في المادة الرابعة إلى أنه الا يجوز استرقاق أو استبعاد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها"

هذه المواد تعلن حقوق الإنسان في الحياة والحرية والسلامة والأمن، وهي حقوق يبدأ سريانها وفعاليتها جميعا من يوم مولد الطفل فهو بها أولى. ولنا بحاجة إلى إيضاح ما تعنيه عبارة "يولد الناس أحرارا" التي وردت بالمادة الأولى من التصاق الحق في الحرية بمولد الإنسان باعتباره حقا طبيعيا أزليا وأبديا قائما ذاته

وكذلك فإن حق الحياة تبدأ ممارسته من يوم بدء هذه الحياة وهي تبدأ من يوم ميلاد الطفل وذلك بوصفه حقا لا يمتح إلا من الخالق تبارك وتعالى، ويرتبط بالكائن الحي وجودا وعدما على أن الغرض من التحن عليه في الإعلان هو تأكيد للحق في البقاء و النمو و الحماية من أي خطر هدد هذه الحياة، وخاصة حياة الطفل باعتباره كائنا ضعيفا أعزل لا يملك شيئا من زمام نفسه.

أما النص على خطر الاسترقاق، و تجارة الرقيق، فإنه و إن كان نصا عاما، قصد به الإنسان عموما، فإنه يصن أول ما يصن الطفولة، ذلك لأن الاسترقاق و تجارة الرقيق، تتجه إلى الأطفال باعتبارهم سلعا بشرية، لا حول لها ولا قوة، في الوقت الذي يكونون فيه تحت سلطان آبائهم و ذويهم أو من يقعون في حوزتهم.

ب. حق الطفل في الاعتراف بشخصيته القانونية

نصت المادة 6 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه الكل إنسان أينما وجد أن يعترف بشخصيته القانونية[1]

إذا كان هذا النص يعنى الإنسان عموما، فائه يعنى الطفل بوصف كونه صورة للمرحلة الأولى من الحياة عند الإنسان، حيث يبدأ تطبيق الاعتراف بالشخصية القانونية، أول ما يبدأ بالإنسان مند ولادته، بل وقبل ولادته وهو جنين في بطن أمه، و الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية يتجسد في وقائع ملموسة، تتشكل من هذه الشخصية وترتكز على الاعتراف بمولده، اسمه، نسبه وجنسيته وهي الركائز التي يقوم عليها وجوده القانوني، وتتميز بها شخصيته عن غيره من الأفراد والرعايا من مواطنيه داخل بلده أو خارجها.

و لا شك أن أهمية الاعتراف بالشخصية القانونية تكمن في أنه كحق يعتبر أصل الحقوق جميعا ومصدرها الأول، فعلى أساس الوجود القانوني للطفل يكون له الحق في الحياة و البقاء والحرية أو بعبارة أخرى، حمايته من أي خطر يهدد حياته وبقائه، وحريته

ج. الحق في التعلم

نصت الفقرة الأولى من المادة 26 من الإعلان على أنه الكل شخص الحق في التعلم و يجب أن يكون التعليم في مرحلته الأولى والأساسية على الأقل بالمجان، وأن يكون التعليم الأولي إلزاميا..."

جاءت هذه المادة لتضفي الصفة الدولية لهذا الحق الدستوري للفرد أو الطفل في التعليم و جعله إلزاميا وبالمجان.[2]

[1]- حسني نصار، مرجع سابق، 63

[2]- حسني نصار، مرجع سابق، 63

ثالثا: حقوق الطفل في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

سنتناول أولا حقوق الطفل في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ثم الى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

1 — في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمدت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة هذا الميثاق في 16 ديسمبر 1966، بالقرار رقم 2200 ووصل عدد الدول المصادقة عليه حتى العام 2000 إلى 142 دولة. يتألف هذا الميثاق من خمسة أقسام:

- **القسم الأول:** الحق في تقرير المصير.
- **القسم الثاني:** تحديد طبيعة موجبات والتزامات الدول الأعضاء المنضمين إلى الميثاق
- **القسم الثالث:** تعداد وتحديد الحقوق الأساسية.
- **القسم الرابع:** الية التطبيق الدولي.
- **القسم الخامس:** إجراءات ختامية ذات طبيعة قانونية.

ويمكن تلخيص الحقوق الأساسية التي تضمنها هذا الميثاق والتي تعرضت لحقوق الأطفال بشكل مباشر كما يلي:

أ- الحق في الحماية

لقد ورد هذا الحق في المادة العاشرة من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،

وبناء على هذه المادة يمكن إجمال هذه الحقوق بوجوب متح الأسرة أوسع حماية ومساعدة ممكنة، وضرورة أن يتم الزواج بالرضا الحر لأطراف المقبلة عليه، ووجوب متح الأمهات حماية خاصة خلال فترة معقولة قبل الولادة وبعدها، وكذلك وجوب اتخاذ إجراءات خاصة لحماية ومساعدة جميع الأطفال والأشخاص الصفار دون أي تمييز لأسباب أبوية أو غيرها، ويجب حمايتهم من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي، والاتفاق بمنع استخدام الأطفال القصر في أعمال تلحق أضرار بأخلاقهم، أو بصحتهم، أو تشكل خطرا على حياتهم أو من شأنها إعاقة نموهم الطبيعي، ويؤكد هذا الميثاق على وضع حدود للسن بحيث يحرم استخدام العمال من الأطفال بأجر أو يعاقب عليه قانونا إذا كانوا دون السن[1].

ب- الحق في التعليم والصحة:

نصت المادة الثالثة عشرة في البند الثاني منها على جعل التعليم الابتدائي إلزاميا وإتاحته للجميع بصورة مجانية، ونصت في الفقرة (ب) منها على " تعميم التعليم الثانوي بجميع فروعه بما في ذلك التعليم الثانوي التقني والمهني، وإتاحته للجميع بكل الوسائل اللازمة، ولاسيما منها التطبيق التدريجي لمجانية التعليم"

كما نصت المادة 14 على تعهد الدول الأطراف التي لم تتمكن بعد من تطبيق إلزامية ومجانية التعليم الابتدائي القيام في غضون سنتين،بوضع واعتماد خطة عمل مفصلة للتنفيذ الفعلي والتدريجي لمبدأ إلزامية التعليم ومجانيته للجميع، خلال فترة معقولة تحدد في الخطة.

أما بالنسبة للحق في الصحة فقد نصت المادة 12 في البند الثاني منها (الفقرة أ) على أن تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف اتخاذها خفض معدل الأطفال الموتى أثناء الولادة، وخفض معدل وفيات الأطفال الرضع، وتأمين نمو الطفل نموا صحيحا [2]

[1]- حسني نصار، مرجع سابق، 64

[2]- غازي حسني صباريني. حقوق الانسان وحرياته الأساسية، طبعة ثانية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص201

2- في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

بتاريخ 16 ديسمبر 1966، اعتمدت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة هذا الميثاق بالقرار رقم 2200 (أ) وقد وصل عدد الدول المصادقة عليه حتى العام 2000 إلى 144 دولة. أقر هذا الميثاق بشكل مفصل وموسع المبادئ نفسها التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمتعلقة بالحقوق المدنية و السياسية، وتميز عن الإعلان بتمتعه بالإلزامية القانونية وهي الصفة التي تفتقر إليها الإعلانات وتتمتع بها حصرا الاتفاقيات والمواثيق والعهود.

وفيما يتعلق بحقوق الطفل، تضمن الميثاق جملة مواد تطرقت بشكل مباشر إلى مصالح الأطفال وحقهم بالحماية وهي المواد التالية:

- **المادة السادسة:** حظرت في البند الخامس منها، فرض عقوبة الإعدام على الجرائم التي يرتكبها أشخاص دون الثامنة عشرة من العمر، وكذلك على النساء الحوامل.
- **المادة العاشرة:** تصت في البند الثاني منها (الفقرة ب) على وجوب الفصل بين الراشدين والأحداث المتهمين، وعلى وجوب تقديم الأخيرين للمحاكمة، بأسرع وقت ممكن كما نصت في البند الثالث على وجوب الفصل بين الراشدين والأحداث المحكومين، ووجوب إخضاع هؤلاء الأحداث للتأهيل المناسب لأعمارهم ولأوضاعهم القانونية.
- **المادة الرابعة عشرة:** نصت في البند الأول منها على إمكانية خرق مبدأ علنية المحاكمة، إذا استدعت ذلك مصلحة الأحداث المعنيين كما نصت في البند الرابع على وجوب أن تأخذ الإجراءات الجزائية بعين الاعتبار السن والرغبة في إعادة التأهيل، عندما يكون المتهمون أحداث.

- **المادة الثالثة والعشرون:** نصت في البند الرابع منها على وجوب أن تأخذ الدول الأطراف في الميثاق، الإجراءات المناسبة لتأمين المساواة في حقوق وواجبات الزوجين عند انعقاد الزواج وإثناءه وعند انحلاله وفي الحالة الأخيرة وجوب اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال[1].

- **المادة الرابعة والعشرون:** نصت في الفقرة الأولى منها، على أن لكل طفل ودون أي تمييز بسبب العرق و اللون والجنس، أو اللغة والدين، أو الأصل الوطني والاجتماعي والملكية أو الولادة، الحق في تدابير حمائية مناسبة ووضعه كقاصر تؤمنها العائلة أو المجتمع أو الدولة.

ونصت في الفقرة الثانية، على حق كل طفل، مباشر بعد الولادة بالقيد في سجل رسمي وفي الحصول على اسم، كما نصت في الفقرة الثالثة، على حق كل طفل في الحصول على جنسية.

أخيرا تبقى الإشارة إلى أن " الميثاق الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية "، لم يعرف عبارة الطفل ولم يحدد سني الطفولة بشكل واضح وصريح، مما أبقى الإبهام قائما حول مرحلة ما قبل بلوغ سن الرشد وبالتالي حول الأشخاص المعنيين بأحكام هذا الميثاق، ولا سيما بأحكام المادة الرابعة والعشرين منه المتعلقة بحقوق الأطفال

[1]- غازي حسني صباريني، المرجع السابق، ص 201

الفصل الثـاني :

الطبيعة القانونية للحضانة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي

المبحث الأول : طبيعة القانونية للحضانة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي .

إن الطبيعة القانونية تعني نوع الواقعة من وجهة النظر القانونية الذي يحدد طبيعة هذه الوقائع ، و في هذه الدراسة نريد أن نعرف طبيعة الحضانة في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، و قد تناولناه في المطلبين التالين

المطلب الأول : طبيعة القانونية الحضانة في الشريعة الإسلامية

لمعرفة من له الحق في الحضانة هل هو الصغير أو الحاضن ، فان كان حقا للصغير وجب على الحاضن القيام بالحضانة قضاء و يجبر عليها ان امتنع و اذا كان حقا للحاضن فإنه يكون غير واجب عليه القيام بالحضانة قضاء و من ثم فلا يجبر عليها إذا امتنع و عند مراجعة أحكام الشريعة الاسلامية حول طبيعة الحضانة كونها حقا ام واجبا نرى ثلاثة اتجاهات مختلفة اضافة الى آراء أخرى توفيقية نلخصها كما يلي :

الفرع الأول: الحضانة حق للأم

مؤدى هذا الاتجاه أن الحضانة حق للأم، فلا تجبر عليه و لها الامتناع عن القيام بها فهي بهذا حق خاص يسقط بالإسقاط و قال الهمام (الام أحق بالولدن و النفقة على الأب، و لا تجبر الأم عليه)[1]، و في الهداية اذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالود، أما السرخسي فيقول : " وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهم في ذلك مع الشفقة و قدرتهم على ذلك بلزوم البيوت و الطاهر أن الأم أحق و أشفق من الأب على الولد فتتحمل في ذلك من المشقة ما لا يتحمله الأب، و في تفويض ذلك غليها زيادة منفعة للولد، و يرى ابن عابدين أن الأم أحق بالولد

[1]- الكمال بن همام، شرح فتح القدير، ج3، ط1، المطبعة الاميرية، مصر، 1316هـ، ص 314

و الحضانة حق موضوعي تسطتيع المرأة اسقاطه متى شاءت لأنه ليس حكما و الدليل على ذلك (التعليق على مشيئتها و التعبير بالأحقية، بل ظاهرها كون هذه الحقية مثلها في الرضاع ، و حينئذ لا يكون ذلك واجبا عليها ، و لها اسقاطه و المطالبة بأجرته

الفرع الثاني: الحضانة حق للصغير

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحضانة حق للصغير ، فليس لها أي للأم الامتناع عن حضانة طفلها و تجبر عليها فالحضانة بهذا تصبح واجبا

و يرى الدكتور توفيق حسن فرج أن الحضانة حق للصغير، و يظهر ذلك واضحا في حالة طلاق الوالدين حيث تعتبر الشريعة الإسلامية حضانة الطفل حقا للطفل، لذا فإن للمرأة حق حضانة الطفل في صغره لتوقها على الرجل في هذه المهمة بينما يتولى الرجل الحضانة عندما يقارب الطفل سن البلوغ لأن الرجل هو في الغالب أقدر على رعاية الطفل في هذه المرحلة [1]

الفرع الثالث: الحضانة حق للأم و الصغير معا

يجمع هذا الاتجاه بين الاتجاهين السابقين في أن الحضانة حق للأم و الصغير معا فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، و إن لم نجد فليس لها الامتناع و حق المحضون أقوى و هذا القول هو المعول عليه

و في ذلك يقول الدكتور بدران أبو العينين بدران أن " حق الحضانة حق مشترك بين الصغير و الحاضنة، فليس حقا خالصا للأم، غاية الأمر أن حق الصغير أقوى لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبوية، و أنه يجب العمل بما هو أنفع و اصلح للصغير في باب الحضانة فإذا أسقطت الأم حقها بقى حق الصغير ، ذلك لأن من حق الولد أن يعني

[1]- هدى عصمت محمد الأمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية و الاتفاقيات الدولية ، دراسة مقارنة تحليلية، دار الكتب القانونية، ،2013، ص 65

به والده منذ ولادته ، و من هذه العناية حفظه و القيام بشؤونه و هذا ما يكون في الفترة الأولى من حياته واجبا على أم لانها أقدر على هذا من الأب [1]

و يرى ذلك أيضا الدكتور محمد حسين منصور حيث يقول " الراجح أنه حق للحاضنة و الطفل معا و أن أقوى الحقين هو حق الطفل و مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه[2].

و في العهد الثاني يثبت حق واحد لأبي الصغير و سائر عصبته المحارم ، و هو أن يكون الصغير عند أقرب هؤلاء إليه

و هناك من يرى أن الحضانة فيها ثلاثة حقوق معا[3] :

- حق المحضون
- حق الحاضنة
- حق الأب أو من يقوم مقامه

فعلينا التوفيق بين هذه الحقوق و إذا تعارضت نقدم حق المحضون على غيره ، و قد اتفق فقهاء الشافعية و الحنابلة و المالكية على أن للأم الحق في أن تتنازل عن حاضنتاها متى تشاء و لا تجبر عليه إذا امتنعت ، و أجمع العلماء بعدم الزام الحاضنة بالحضانة و الشرع لم ينص على ذلك ، لكن يدل ظاهر النصوص على أن الحضانة كالرضاع لها اسقاطها متى تشاء، و من يتبين لنا أن الحضانة حق للأم و ليست وابا عليها

[1]- بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 62
[2]- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مكتبة السعادة، مصر ، ط2، 1958، ص 411
[3]- محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجددية للنشر ، الإسكندرية، ط1، 2003، ص 354

و ذهب الحنفية و المشهور عند المالكية و الشافعية و الحنابلة أن الحاضنة لا تجبر ، و قيل أنها تجبر على الحضانة مطلقا ، و تجبر الأم إذا لم يكن للصغير ذو رحم محرم كيلا يضيع الولد [1].

و في حالة سكون صاحب الحق في الحضانة عن طلبها ذهب المالكية إلى سقوط حقه و ذلك عند توافر الشروط التالية :

1.أن يعلم بحقه في الحضانة الحق في الحضانة، فإن جهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله .

2. ان يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة فإن جهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهلخ

3. ان تمضي سنة من تاريخ عمله باستحقاقه الحضانة فلو مضى على عمله أقل من سنة و هو ساكت ثم طلبها قبل مضي العام قضى له االستحقاقها

و يترتب على كون الحضانة حقا لكل من الحاضنة و الطفل الأحكام التالية

1. إن الحضانة أما كانت أو غيرها إذا تعينت للحضانة ، بأن لم يوجد غيرها، أو وجد من يليها في استحقلق الحضانة لكنه لم يرض بحضانة الصغير أحبرت عليها، مراعاة لحق الصغير و حفظا له من الضياع

2. 2. إن الحضانة إذا لم تتعين للحضانة لا تجبر عليها، لأن الحضانة حق لها، و لا ضرر على الصغير في امتناع الحاضانة عن القيام بالحضانة، و ذلك لوجود من يحل محلها ، فيكون لها الحق في الامتناع عنها ، و تكون الحاضنة متعيسنةن إذا لم

[1]- رمضان علي الشرباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا،2002 ، ص 182

يوجد للصغير سوى الأم أو الجدة أو العمة من ذوات المحارم ، و تكون غير متعينة إذا وجد للصغير أكثر من حاضنة مثل الأم و الجدة و الخالة و العمة

3. ليس للأب أن ياخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة و يعطيها لغيرها إلا إذ كان هناك مبرر شرعي لأن في أخذ الصغير في الحالة تفويتا لحق الحاضنة و من المبررات أن تكون الحاضنة الأقل مرتبة متبرعة بالحضانة و صاحبة الحق تطلب أجرا ،أو تكون الأقل مرتبة ترضى بأجر اقل مما تطلبه صاحبة الحق في الحضانة و لو كان ما تطلبه أجر المثل

4. يجب على المرضعة إذا كانت غير حاضنة للولد أن تقوم بإرضاعه عند الحاضنة حتى لا يفوت حقها في الحضانة

5. إذا أراد الأب نقل الطفل من البلد الذي فيه حاضنة الصغير لا يجوز له ذلك لأن في نقله تفويتا لحق الحاضنة في الحضانة

6. إذا رغبت الأم التي لها حق الحضانة في مصالحة الأب على اسقاط حقها في الحضانة و تركه عند الأب مدة حضانتها له نظير مقابل من المال تأخذه منه، فإن مثل هذا الشرط يعد باطلا، مراعاة لحق الطفل، لأن في ذلك تفويتا لحق الصغير في الحضانة و اسقاطه و تفويتا لحق ما يلي الأم في الحضانة و هي لا تملك اسقاط حق غيرها[1] .

[1]- هدى محمد عصمت الأمين، المرجع السابق، ص 70

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للحضانة في القانون الوضعي

الفرع الأول : حق الحضانة

أولا : الحضانة حقا:

إن أول ما قيل في ذلك هو أن الحضانة حقا، و لكن اختلف في هل أن الحضانة حقا للصغير أو حقا للحاضن أو حق للحاضن و المحضون أو أنها حق للمجتمع

أ. فالحضانة حق للصغير

باعتبار أن للصغير الحق في البقاء و النمو كما تعتبر حقا للصغير لأنها تخول سلطة على شخص الصغير، و لكن هذا الحق ليس حقا مطلقا بل يقابله واجب

و يتفرع على ان الحضانة حق للصغير ما يلي :

1.ليس لأم الصغير أن تصالح اباه على إسقاط حقها في حضانته فتتركه عنده مدة حضانة النساء في مقابل عوض تأخذه منه، فلو وقع هذا الصلح بينهما فهو باطل ، لما في ذلك من تفويت حق الصغير في الحضانة و اسقاطه، و الإنسان يملك إسقاط حقه و لا يملك اسقاط حق غيره .

2. إذ خالعت الأم زوجها على أن يبقى عنده ولدها الصغير الذي هو سن الحضانة في المدة المقررة لحضانة النساء ، فالخلع صحيح و الشرط باطل لا يعمل به، لأن بقاء الصغير في يدها مدة حضانة النساء حق له، فلا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الحق

3. إذا تعينت امرأة لحضانة الصغير، بأن لم توجد حضانة سواها من محارمه، و امتنعت عن حضانته، أجبرت عليها محافظة على الصغير، و إذا لم تتعين للحضانة فلا تجبير

عليها، فلو امتنعت عن حضانته اعتبرت كأنها غير موجودة، و يقبت حق الحضانة لمن تليها في المرتبة من الحاضنات[1]

ب. الحضانة حق للحاضن (الأم أو من يقوم مقامها)

إن للوالدين الحق في تربية الصغير و حفظه باعتباره امتداد لهما و لا شك أن النساء هن أولى الناس بولاية تربية الولد في الدور الأول من أدوار حياته، الذي لا يمكن فيه الاستغناء عن رعايتهن له و النظر في قضاء حوائجه، و لا شك فيه أيضا أن الأم هي أحق الناس بحضانة ولدها لأنها أقرب الناس إليه و أشفقهم عليه، و لا يشاركها في القرب إلا أبوه و لكنه ليس له مثل شفقتها، و هو عادة لا يتولى فيه الحضانة بنفسه و إنما قد يدفعه إلى زوجته أو إحدى قريباته، و الأم بالطبع أحق به منهن

و يتفرع على أن في الحضانة حقا للحاضنة ما يلي :

1.ليس للأب أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة و يعطيه لمن دونها في المرتبة ، لما في ذلك من تفويت حقها، إلا بمبرور شرعي، كما إذا كانت من دونها متبرعة بالحضانة، و صاحبة الحق تأبي الحضانة بدون اجرة أو ترضى من دونها في المرتبة بأجر اقل مما تطلبها صاحبة الحق في الحضانة ، و لو كان ما تطلبه أجر المثل

2. ليس للأب أن ينقل بالصغير من البلد مكان الحضانة الذي تقيم فيه صاحبة الحق في الحضانة لما ترتب على ذلك من تفويت حقها في الحضانة

3. لو كانت للصغير مرضعة غير حاضنته يجب عليها أن ترضعه عندها في مكان الحضانة ، حتى لا يفوت حقها في الحضانة

[1]- هدى محمد عصمت الأمين، المرجع السابق، ص 75

ج. الحضانة حق للصغير و للحاضنة معا

أخذ هذا الرأي من المذهب الحنفي الذي يري أن الحضانة حق للصغير و للحاضنة معا و أن أقوى الحقين في الحضانة هو حق للصغير ، و أن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، و أنه يجب العمل بما هو الأصلح و الأنفع للصغير في باب الحضانة[1].

د. الحضانة حق للمجتمع

للمجتمع أيضا حق في حفظ النفس الإنسانية للمحضون بإحيائها و رعايتها و لذلك (تقع على الدولة مسؤولية رعاية الطفل)[2]، في جميع المجالات، عندما يوجد هناك حاضن فيقع على الدولة توفير الخدمات الاجتماعية و العلاجية للأطفال و فتح مؤسسات لمساعدة الأمهات في تربية أولادهم ، أما في حالة انعدام الحاضن كوفاة الوالدين و عدم قبول الأقارب بحضانة الأطفال فهنا يظهر الدور الكبير للدولة و هذا ما أدى إلى فتح دور للأحداث في دول كثيرة

ثانيا : الحضانة التزام

يرى الأستاذ الدكتور صلاح الدين جمال الدين ، إن الحضانة في حد ذاتها باعتبارها ضم و تربية الصغير هي الالتزام بينما تكون الحضانة ملتزمة و الصغير ملتزما له أو صاحب الحق ، حيث أن سلطة الحاضنة و الأب على الصغير هي أثر للالتزام بالحضانة ن و ليست هي الحضانة ذاتها، كما أنه لا يمنع هذا من أن يكون الالتزام بالحضانة و ليست هي الحضانة ذاتها، كما أنه لا يمنع هذا من أن يكون الالتزام بالحضانة مزدوجا متبادلا بين الأب و الأم ، و ولاية تربية و ولاية حفظ

[1]- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، الطلاق و آثاره، ط5، المطبعة الجديدة ، دمشق، 1979، ص 239

[2]- باقر شريف القرشي، نظام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة ، دار الأندلس ، النجف الأشرف، بدون سنة نشر، ص 101

و لقد وصل الدكتور محمد عليوي ناصر في نتائج رسالته إلى أن للحضانة مع ما فيها من حق أورده الفقهاء و رجال القانون، إلا أنها واجب أكثر منها حقان و تتحدد بين الواجب الكفائي و الواجب التعيني ، فلو وجد الأب أو وجد حاضن غير الأم و لم ترغب هي بالحضانة اكتفينا بهم عن الأم ، و إلا تعينت لتعين الواجب على عاتقها أما الأب فهي واجب تعييني عليه حتما [1].

و يرى كذلك الأستاذ محمد مصطفى شلبي في معرض مناقشته هل الحضانة حق أو واجب ، حيث يقول إذا نظرنا إلى شخص معين كالأم مثلا نقول إنها أحق الناس بحضانة طفلها ما لم يمنع من ذلك ، فإذا تمسكت به أجيبت إليه، و غذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل، و هذا يعني أنه حق لها ، و إذا لم يوجد من يصلح له أجبرت عليه، و إذا استعضت عنه بشيء لا يصح ، و هذا يعني أنه واجب عليها

و على هذا نستطيع أن نقول أنه حق لكل من الحضانة و المضحون و غن كان فيج انب المحضون أقوى، لأنه يجب توفره له في كل جال سواء وجدت حاضنة واحدة أو تعددت الحاضنات كانت حقا لمن كانت في المرتبة الأولى لا يقبل منها إسقاطه إلا إذا وجد من يقوم به ممن تأهل للحضانة .

و هنا أن الحضانة أما كانت أو غيرها إذا تعينت للحضانة عليها محافظة على الصغير، كما إذا لم توجد له سوى أمها أو جدتها، أو عمتها من ذوات المحارم ، و يجبر الأب على أخذ ولده بعد استغنائه عن حضانة النساء ، و تظهر هذه الحالة حين ترفض الأم حضانة وليدها فيجب على الأب القيام بهذه المسؤولية و دفع الطفل إلى المرضعة أو لمن يتمكن من أداء هذه المهمة.

[1]- محمد ناصر عليوي، الحضانة بين الشريعة و القانون، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، 2002، ص 284

أما غذا تتعين الحاضنة فلا تجبر على الحضانة أو لا تلزم بها، كما غذا وجد للصغير اكثر من حاضنة مثل الأم و الجدة و الخالة، و العمة، فإن حقه في هذه الحالة أن تحضنه واحدة من هؤلاء فلا تجبر الأم على أن تقوم بحضانة ولدها، لأن حقه في الحضانة لم يتعلق بها على التعيين، متى أمكن أن تحضنه غيرها من الحاضنات اللاتي هن أهل للحضانة فإذا امتنعت عن حضانته أجبرت الأم عليها لأنها تعينت لحضانته حين لم توجد غيرها تقوم بحضانته[1].

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للحضانة في بعض القوانين الدول العربية

إن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 قد اجريت عليه ثلاثة تعديلات حول الحضانة و من خلال قراءة نصوص الحضانة في هذا القانون نرى أنه لم يحدد صلاحية الطبيعة القانونية للحضانة بل لابد من قراءة فقرات المادة 57 جميعا لبيان موقف القانون العراقي من الطبيعة القانونية للحضانة ن و إن كنا نجد صراحة استخدام لفظ أحق في الفقرة الأولى من المادة 57 و ان كان لفظ أحق يختلف عن حق و عن التزام أو الواجب

لقد جاءت تعديلات نصوص الحضانة بأحكام جديدة و من يهما هو أن التعديل الثاني للقانون الصادر بموجب قانون رقم 21 لسنة 1978 كان تعديلا شاملا حين تم إلغاء نصوص الحضانة بجميع فقرات المادة 57 و حلت محلها 9 فقرات جديدة حيث راعى في هذا التعديل دائما مصلحة المحضون .

نصت الفقرة الأولى من المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية على أن الأم احق بحضانة الولد و تربيته، حال قيام الزوجية و بعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك ن و نصت الفقرة السابعة منها على أنه في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة إلى ألب ن إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، و عندها تنتقل الحضانة

[1]- محمد ناصر عليوي، المرجع السابق، 203

إلى من تختاره المحكمة، و نصت الفقرة الثامنة منها على أنه اذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأوبين ، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين، كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها [1]

يفهم من نصوص هذه الفقرات أمور عديدة منها

1.ما يتعلق بترتيب الحاضنين عند المشرع العراقي :

إن حكم القانون في ترتيب أصحاب الحق بحضانة الود جاء حصرا في :

أ. الأم حال قيام الزوجية و بعد الفرقة، و لم تفقد شرطا من شروط الحضانة

ب. الأب عند وفاة الأم أو فقدانها شرطا من شروط الحضانة

ج. من تختاره المحكمة ممن تراه أصلح للمحضون ن قريبا كان له أو أجنبيا عنه، ذكر أو أنثى، أن العبرة بالأمان و الصلاح دون قرب الحاضن أو جنسه لأن للمحكمة أن تودع الصغير دور الحضانة المعدة من قبل دور الدولة ايضا تحقيقا لهذه الغاية[2]

2. نجد أن الفقرة الأولى من المادة 57 قد ذكرت أن الأصل هو أن الأم (احق) بحضانة الولد و تربيته في حال قيام الزوجية و هذا يعني أن القانون العراقي اعتبر في هذا النص أن الحضانة حق من حقوق الطفل حيث اشار النص غلى حال قيام الزوجية، و لم يقتصر النص عند هذا الحد بل تعدى ذلك إلى ما بعد الفرقة

3. استخدام المشرع العراقي في هذه الفقرة لفظ احق حيث من المعلوم أنه يختلف عن لفظ حق فيعني به أن الأم أولى بحضانة الطفل لاعتبارات عديدة

[1]- محمد ناصر عليوي، المرجع السابق، ص 206

[2]- أحمد علي الخطيب و آخرون، شرح قانون الأحوال الشخصية، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، جامعة بغداد، ط1، 1980، ص 215

4. على الرغم من اعتبار المشرع العراقي أن الأم أحث بحضانة الولد إلا أن هذا الحث ليس مطلقا بل هو مقيد بمصلحة المحضون حيث ذكر ذلك صراحة بقوله ما لم يتضرر المحضون من ذلك

5. و قد اوردت الفقرة استثناء حيث يفهم منه بأن هذا الحق يسقط لو تضرر منه المحضون

6. و يفهم منه ايضا بأن الأم لو تنازلت عن هذا الحق و تضرر المحضون بتنازلها التزمت بالحضانة فعدته واجبا عليها

7. كما نجد أن الفقرة 2 من المادة 57 أشارت إلى أنه و لا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، فتدل أيضا على أن الأم حتى لو كانت مطلقة أحق بحضانة ولده

أما عن قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 100 لينة 1985، الذي يعد أول مدونة قانونية عربية للأحوال الشخصية أخذ بإثبات حق الحضانة للام مع قيام الزوجية أو بعد الفرق يقول الأستاذ أحمد إبراهيم " و ثبت للأم حق الحضانة حال قيام الزوجية و بعد الفرقة حتى يستغني الود عن خدمة النساء"[1].

كما أن القانون الكويتي قد أخذ بإثبات حق الأم في الحضانة مع توافر الشروط فيها مراعاة لمصلحة الصغير (م/189)[2]، و جاءت في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة من ان الم أحق الناس بالحضانة ، سواء كانت متزوجة لأب الصغير أو مطلقة، و السبب في ذلك، حسبما جاء في المذكرة المذكورة، أن الأم أشفق و أقدر على تحمل مشاق الأولاد و تربيتهم و السهر عليهم، فكان في تفويض الحضانة إليها تحقيقا لمصلحة الصغير

[1]- أحمد ابراهيم، الأحكام الشرعية للحوال الشخصية، ط3، ص 135
[2]- المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51، لسنة 1984

و في مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية[1] جعل الحضانة تبعا لحالة الزوجية و عمر الصغير، فالحضانة واجبة على الأبوين سوية مع قيام الزوجية أما بعد الفرقة اذا كان الصغير رضيعا فالأم ملزمة بالحضانة و ليس لها تركها، و اذا كان المحضون خارج سن الحضانة فهي ألأم و هي لها هنا الاختبار فهي اذن حق لها، و الدليل أن مشروع القانون المذكور قد نص على عبارة نلزم في حالة الرضاعة و هي تدل على الوجوب و أما في غير الرضاع فيدل اللفظ و معنى العبارة على الاختيار.

[1]- المادة 137 من مشروع القانون المذكور، جا فيها أن الحضانة واجب الأبوين عا ما دامت الزوجية قائمة بينهما فإذا افترقا فهي للام ثم الأب ، ثم الأقرباء....

المبحث الثاني : دعاوى و حالات سقوط الحضانة في القانون الجزائري

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر ، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة. لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي ، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى اسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق . كما أن دعوى اسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون، حيث تطرقنا في هذا الجزء إلى مطلبين التالين:

المطلب الأول: الدعاوى الحضانة

نتناول في هذا المطلب الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة وهي : كل من دعوى إسناد الحضانة وتمديدها ، ودعوى إسقاطها وحالاتهما والإجراءات المتبعة.

الفرع الأول دعوى إسناد الحضانة

يقتضي الأمر اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية: حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق أو خلع ، وحالة الوفاة أو حالة الفقدان

أ – حالة الطلاق وما في حكمه :

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج ، أو حالة الطلاق بالتراضي ، أو إذا رافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 من قانون الأسرة أو خلعها حسب المادة 54 من نفس القانون ؛ ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى. ذلك أنه متى تم فك رباط الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا لم يعد ثمة بقاء لبيت الزوجية وكان لزاما الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كنف سيعيشون ؟ مراعيا دائما في حكمه مصلحة المحضون[1]

[1]- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر 1999، ص 75

وبتطبيق القواعد الشرعية الفقهية والقانونية حسب ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة فإن الأم دوما تكون أولى وأحق بإسناد الحضانة لها ، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى هذه الحالات التي تسقط عنها هذا الإمتياز والمحددة قانونا وشرعا .

حيث أكدت هذا المبدأ غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية عندما ألغت حكم درجة أولى قضى بإسناد حضانة الطفل إلى أبيه على أساس أنه يزاول دراسته بمدرسة قريبة من سكن الوالد ، وحتى لا يقع له ارتباك في الدراسة ، إلا أن الغرفة رأت أن هذا التبرير غير مقنع ومصلحة الطفل تقتضي أن يكون عند والدته إلى غاية إثبات العكس[1]

وهذا الإتجاه أكدته نفس الغرفة في قرار لها عندما طالب والد المحضونة أمامها من جديد بإسناد الحضانة له على أساس أنه عندما توجه إلى زيارة ابنته لم يجدها ، وقدم محضر عدم وجود حيث اعتبرت الغرفة أن هذا الطلب الذي يعتمد على مثل هذا المحضر غير مؤسس[2] وهو نفس المذهب الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها في ما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحة المحضون حيث جاء في إحدى قراراتها أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة حيث جاء فيه : " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه ، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية . ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها للأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين ، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية و المادة 64 من قانون الأسرة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت"[3]

[1]- بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 75

[2]- زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، مطبعة الكاهنة، سنة 2000، ص 92

[3]- الدكتور فيلالي علي – الإلتزامات ، العمل المستحق للتعويض للنشر و التوزيع ، الجزائر 2002 ص 33

وما يلاحظ على هذا القرار هو أخذه بما ذهب إليه كل من المالكية والحنفية في عدم اشتراط الإسلام في الحاضن ، بشرط أن تقوم هذه الأخيرة بتربية الولد على دين أبيه . ولهذا أسقطت الحضانة عن حاضنة مسيحية عندما حاولت تربية الولد وفقا لديانتها كما رأينا ذلك في قرار للمحكمة العليا عندما تطرقنا لشروط الحضانة

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون مثلما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا : " من المستقر عليه قضاءا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"[1]

دائما في إطار مراعاة مصلحة المحضون قررت المحكمة العليا أن تسليم الأم البنتين للأب مؤقتا بعد الطلاق لعدم وجود مسكن الحضانة ، ثم العودة بمطالبة الحضانة بعد خمس سنوات ، فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون

ب – حالة الوفاة أو الفقدان:

رأينا أن مسألة إسناد الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق ، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه ، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له . لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار حكم به.

[1]- فضيل سعد – شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج و الطلاق – المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2009، ص 79

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات ، و الأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كنف أي شخص يعيش ، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة . وهذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة :" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج..." ، إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل ، عندما أضافت : "وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. "

إذن يستخلص من هذا النص أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره ، وهذا ما من شأنه إستبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون .

جاء في قرار المحكمة العليا :" من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة "[1]

وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق واسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه : " أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"

[1]- سعد عبد العزيز - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري – الطبعة الثالثة – دار هومة. 2013، ص 55

كما أنه و في إطار نظر المحكمة للدعوى المطروحة أمامها ، يجوز للقاضي حسب نص المادة 63 من قانون الأسرة قبل أن يصدر حكمه في الموضوع أن يسمح للأم بناءا على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو إجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني ، وذلك في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه . لكن من هو القاضي المختص بإعطاء هذا الترخيص ؟ هل يرجع الإختصاص إلى قاضي الأحوال الشخصية الذي ينظر في موضوع الدعوى؟ أم إلى قاضي الإستعجال باعتبار أن المادة لم توضح ذلك ...؟ لكن الأرجح في هذه الحالة أن يعود الإختصاص إلى القاضي الإستعجالي وذلك بناءا على طلب تقدمه الأم إلى رئيس المحكمة ، هذا الأخير يسمح لها بالتوقيع على الوثائق التي تخص الطفل بموجب أمر على ذيل عريضة

–وقد ورد في المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة في المادة 75 مكرر : أنه يجوز لرئيس المحكمة الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع الإجراءات المؤقتة ولا سيما تلك المتعلقة بالنفقة وحضانة الأطفال والزيارة والمسكن

وجاء في عرض الأسباب لهذه المادة أنها تعطي لرئيس المحكمة إمكانية الفصل على وجه السرعة و بموجب أمر على ذيل عريضة في المسائل المتعلقة بالنفقة و حضانة الأطفال و الزيارة و المسكن و هي الأمور التي تقتضي السرعة للفصل فيها[1].

–قد يطرح إشكال يتمثل في سكوت الزوجين عن إثارة مسألة الحضانة بمناسبة دعوى طلاق ،تطليق أو خلع . حيث أن قانون الأسرة في نهاية المادة 64 نص بأن على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

[1]- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 57

إذن يفهم من هذه الفقرة أن القاضي عندما ينظر في مسألة الحضانة يفصل في حق الزيارة بقوة القانون ، لكن القضية تتعقد نوعا ما إذا لم يثر أي من الطرفين المتخاصمين مسألة إسناد الحضانة ...؟ ! في هذه الحالة يجد القاضي نفسه أمام حلين

•أن يتصدى لمسألة الحضانة من تلقاء نفسه ، فيسندها لمن توافرت فيه الشروط الشرعية والقانونية كأن تكون الأم مثلا مع أنها لم تطالب بها ، ويكون بذلك قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم .

•أن يصدر حكمه من دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقيدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم ، ويكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون ... ! ؟

ليس هناك إتجاه موحد بين القضاة في لحل هذه الإشكالية ؛ فهناك من يقول بأنه ومتى سكت الزوجان بمناسبة دعوى طلاق عن إثارة مسألة الحضانة فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال التطرق لهذه المسألة ،لأنه و متى لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به و إلا كان مخلا بمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلب منه.

و هناك فريق آخر من القضاة يرى بأن التقيد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون ، كما أن الحضانة و إن كانت حقا فهي أيضا واجب و المحكمة مكلفة بأن تحمِّل صاحب الواجب واجبه و هيمن النظام العام ، و على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه ، و إلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحضانته؟

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر ، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة. لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي ، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى اسناد الحضانة التي

غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق . كما أن دعوى اسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون.

فما هي أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة باسقاط الحضانة ؟

–لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهي :

الحالة الأولى : نصت على هذه الحالة المادة 66 من قانون الأسرة حيث جاء فيها : يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل مل لم يضر بمصلحة المحضون .

أ – زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون : في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو : هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا عن الحضانة أم غير اختياري وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري

جاء في قرار للمحكمة العليا مفاده :" أنه من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون " [1]

[1]-- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 56

. ما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة[1] ، وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه :" ومتى كان مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما ، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة "

إلا أنه وقع تطور في موقف و اتجاه المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة ، حيث جاء في أحد قراراتها

"من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، ومتى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون

وتأكد هذا التغير في موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازل غير اختياري عن الحضانة ، ومن ثمة فإن طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 من نفس القانون، حيث جاء فيه : إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون

ب- التنازل عن الحضانة : يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه ، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم

[1]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 88

مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها . بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة :" أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها وله القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها "[1]

كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون[2]

وعادة يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم . هل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به ؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه الحجية وبسبق الفصل وتهدر بذلك مصلحة المحضون ؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية ؟

جاء في قرار صدر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها ، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك ، وبما أن المحضونة تعد في سن جد حساسة ومصلحتها تقتضي فعلا أن تكون مع والدتها ومنه فإن طلب المستأنفة الرامي إلى إسقاط حضانة البنت عن والدها ومنحها لها طلب مؤسس ومبرر ولا يوجد مطلقا ما يمنع من الاستجابة إليه[3]

[1]- حسيني عزيزة – الحضانة في قانون الأسرة ، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي . مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر بن عكنون 2001. ص 123

[2]- بن ملحةالغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ،د ت.ص 62

[3]- حسين عزيزة، الحضانة في قانون الاسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن .عكنون الجزائر، 2011 ، ص 125

وجاء في قرار آخر صادر عن نفس الغرفة بأن مسألة إثبات التنازل لا يمكن أن يكون إلا بموجب حكم أمام القاضي ، وأن المحضر الذي يستند عليه المستأنف والمجسد على حد تعبيره لتنازل المستأنف عليها عن حضانة الولدين والمؤرخ في 22/ 1997/05 لا يمكن الاعتماد عليه البتة في إثبات التنازل هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فإن الأم وإن تنازلت عن الحضانة يبقى دائما دور القاضي في استشفاف المصلحة الخاصة بالولدين لأن الحق هو حقهما كما يقول الإمام مالك في المدونة الكبرى : وما إناطتها بالأم إلا لحسن الرعاية . وهو عين ما توخته أحكام المادة 62 وما يليها من قانون الأسرة[1]

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا:" أنه من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيه لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسنادها لها ، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك"[2]

إذن لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون ، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل ، أو يوجد لكنه يمتنع أو لا تتوفر فيه الشروط القانونية . لكن كيف يكون الحل إذا كانت الأم التي ستجبر على الحضانة هي ذاتها لا تتوفر فيها الشروط القانونية؟

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدّد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة التي تقضي بإجبار الأم حتى ولو كانت تنقصها الشروط مثل تلك التي لا تؤثر على مصلحة المحضون[3]

[1]- نجم محمد صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن .عكنون، الجزائر، 2016، ص 63

[2]- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 96

[3]- عصمان نسرين إناس، "مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري"،رسالة ماجستير، .جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009، ص 162

كما يرى أنه في حالة التنازل عن الحضانة فإن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في شأن إسقاط الحضانة في مثل هذه الحالة بناءا على من له حق الحضانة هو فقط حكم مقرر لها وليس منشأ [1]

ومنه نستنتج أن ما ذهبت إليه غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء المدية والمحكمة العليا يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به ، 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 فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناءا على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بأن تتولى حضانته أمه

الحالة الثانية : 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.

أ – سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر :

تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر .

[1]- عصمان نسرين إناس ،المرجع السابق، ص 165

بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا ومنها على سبيل المثال :

•أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص اللذين لهم الحق في الحضانة، ويرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون.

•إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه ولا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها .

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها :" من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"[1]

وجاء في قرار آخر أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها[2]

كما 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 الأم

[1]- عبد العزيزسعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، سلسلة تبسيط القوانين 02/05، ط3، دار هومة ، الجزائر، 2011، ص 49

[2]- طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2014، ص 79

و هي لا زالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون "[1]

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

ب – 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 متوفرة ، متى سكنت وهي متزوجة مع ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضنة . وهنا تعود الحضانة إلى الأب طبقا للترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة . 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 .. ؟ ! الحالة الثالثة : تسقط الحضانة عن الحاضن الذي فقد أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 من قانون الأسرة ، كما يمكن للقاضي أن يسقط الحق فيها في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن في بلد أجنبي كما نصت على ذلك المادة 69 من نفس القانون .

أ – سقوط الحضانة عند إختلال شروطها : إذا إختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 سواء تعلقت بأهلية الحاضن ، أم إتصلت بالإلتزامات المتعلقة بالحضانة . ونصت على هذه الحالة المادة67 من قانون الأسرة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية ، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحة المحضون . وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص

[1]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 81

بأنّه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ، ومتعارضة مع مصلحته ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق حيث الحاضنة فاقدة للبصر :" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي "

كما أن عدم توفر شروط الحضانة في الجدة (أم الأم) تسقط عنها حيث يشترط فيها أن تكون غير متزوجة وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت : بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها ، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا

كما اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة ، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون وأحكام المادة 62 من قانون الأسرة

وجاء في قرار لغرفة الأحوال الشخصية بالمدية اعتبرت أن إستناد الطاعن في دعوى اسقاط الحضانة على عمل الحاضنة غير مؤسس لاَ به يعمل ولا عليه يعول

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها أن ما استقر عليه القضاء ، أن عمل المرأة الحاضنة لا يعد من مسقطات الحضانة[1]

[1]- المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 2

وهذا ما أكد عليه أيضا المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة ، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية حق المرأة في الحضانة وحقها في العمل.

ب – سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي : المسألة هنا جوازية للقاضي ، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه . ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية [1]

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه من المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط [2]

إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة

وهو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار سابق للقرار الأول حيث جاء فيه:" أنه من المستقر فقها وقضاءا أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثرمن ستة برود

كما أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري، هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي

[1]- حسين عزيزة، المرجع السابق، ص 129
[2]- بن عصمان نسرين إناس، المرجع السابق، ص 113

و منه نستنتج في الأخير أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة و إنما هو أداء أوجبه القانون ، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون و القواعد الشرعية بذلك ، بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة ، و إن أخل بالالتزامات المتعلقة بها أو فقد شرطا من شروطها وجب إسقاطها عليه

و نود أن نشير في نهاية هذا المطلب إلى إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة:

فلا بد أن تتوفر في المدعي الصفة و المصلحة و الأهلية كمبدأ عام طبقا للمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية ، و يعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 من قانون الأسرة ،أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن ترعى هي مصلحة المحضون و يكون الاختصاص لمحكمة مكان ممارسة الحضانة ، و للقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعده في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط ،مع الإشارة أنه لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير

المطلب الثاني : أسباب سقوط الحضانة

إذا حصل طلاق بين الوالدين يلتحق الطفل بمن يقدر على رعايته من أحد الأبوين، وذلك إذا اجتمعت الشروط الواجبة قانونا، إلا أن هناك ظروفا قد تمنع من إتمام ممارسة الحضانة، فتسقط عن الحاضن فيلجأ صاحب الصفة إلى رع دعوى إسقاط الحضانة فلا حكم قضائي لتشر ذلك وتكي دعوى الإسقاط دعوى أصلية بخلاف دعوى إسنادها.

و بالرجوع إلى القانون الجزائري نرى أن المشرع قد أورد حالات وسباب إسقاط الحضانة عن صاحبها وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال الفرع التالية مع الآراء الفقهية بهذا الشأن.

الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 62 و 68 من قانون الاسرة الجزائري

تسقط الحضانة عن الحاضن إذ فقد أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 من قانون السرة كالقدرة على الرعاية والحفظ، كما تسقط إذا لم يطالب من له حق فيها بها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، حسب نص المادة 68 من قانون السرة الجزائري وأيضا من أسباب سقوط الحضانة بالتقادم.

أول: إختلال أحد الشروط النصوص عليها في المادة 62 القانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 62 على جملة من الشروط التي يجب أن يتصف بها الحاضن، إذا اختل أحد هذه الشروط يسقط حق الحاضن في ممارسة الحضانة.[1] كما أن المادة 67 من قانون الأسرة تصت في فقرتها الأولى على التربية والرعاية الصحية والخلقية التي يوفها الحاضن للمحضون، فإذا افتقر للقدر على رعاية المحضون وعلى تليته على دين أبيه يسقط حقه في حضانة[2]، ومن المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدر على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء يقرر ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي.

وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة العليا " إن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجا عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية"

كما أن جربة اليا تعتبر من أهم مسقطات الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون.[3]

[1] . صالح بوغرر، المرجع السابق، ص 100 .

[2]- كربال سهام، المرجع السابق، ص 95

[3]- نبيل صقر و قمراوي عزالدين، المرجع السابق، ص 149

وقضت المحكمة العليا " إن عمل المرة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في الحضانة ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حقا للحاضنين فقط، وانما هي حق للمحضون أيضا، كما في الفقه ولاجتهاد"[1] ، وهذا ما أكده المشرع الجنائني في نص المادة 67 من قانون الأسر. أما الفقه الإسلامي في هذا الشأن فاتجه إلى ثلاث آراء بخصوص عمل المرأة: فاتجه الرأي الأول إلى القول أن على المرأة التي تعمل خارج المنزل أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها، دون الإخلال بواجباتها الأساسية، غير أن الاتجاه الثاني يرى خلاف للرأي الأول فدور المرأة الأساسي هو رعاية الأسر والأطفال، ولا يحق لها العمل إلا استثناء، وفي حالة الضرورة القصوى التي تقدر بقدرها لما في ذلك من إخلال بواجبها الجوهري ودورها الطبيعي في الحياة.[2]

أما أنصار الاتجاه الثالث فيبيح عمل المرأة لعموم الآيات والأحاديث نبوية حيث يقول الله تعالى: " هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور"[3]، ويقول صلى الله عليه وسلم" خير الناس أنفعهم للناس"، ويقول تعالى "من عمل صالحا من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة "[4]. ومن هنا تقول أنه يجب تقديم مراعاة مصلحة المحضون التي نص عليها المشرع الجزائري، والاجتهادات القضائية والمعتمدة على ما جاءت به الشرعة الإسلامية، فلا يكون للمرة العاملة الاحتفاظ بحقها في الحضانة إلا أن تتحقق مصلحة المحضون[5].

[1]- ملف رقم 171684، قرار 1997/09/30، الإجتهاد القضائي، العدد 01، المرجع السابق، ص 169
[2]- حميدو زكية، المرجع السابق، ص 444
[3]- سورة الملك، الأية 15
[4]- سورة النحل ، الآية 97
[5]- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 681

ثانيا-زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

تنصن المادة 66 من قانون الأسر على " يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"، ففي حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي يسقط حقها في الحضانة، لكن هذا السبب لم يكن محل إجماع من طرف كل فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ منهم من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة، حتى ولو بالقرب المحرم.

ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الإطلاق، ومنهم من ينط الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون.

ففقهاء المالكية وكذلك جمهور الحنفية قيدوا سقوط الحضانة بالزوج بغير قريب محرم واستندوا فيما ذهبوا إليه بحديث روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال " كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل عنها زوجها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها فأنكحها الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: انكحني أبي رجلا لا أريده، و ترك عم ولدي، فؤخذ مني ولدي، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها فقال: أنكحت فلان فلانة ؟ فقال: " نعم، فقال: أنت الذي لا نكاح بك اذهبي انكحي عم ولدك. فلم ينكر. الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الولد منها لو تزوجت بالغير بل أنكحها عم ولدها لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم.

أما الشافعية فقد وسعوا في السبب المسقط وجعلوه يشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بقريب محرم، أما الظاهرية فلم يأخذوا بهذا السبب مطلقا.[1]

أما المشرع الجزائري فقد جعل زوج الحاضنة بغير قرب محرم للمحضون من أسباب سقوط الحضانة.

[1]- كربال سهام، المرجع السابق، ص 92

ثالثا- التنازل عن الحضانة:

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه بحيث اعتبارها المشرع الجزائري حقا له فإذا تنازلت الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها.[1] وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 21-08-1998 " من المقرر قانونا أنه لا يعتد التنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لامهما رغم تنازلها عنهما مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون"[2]

كما أن القرار الصادر بتاريخ 1999/04/08 بدعوى أن القضاة اعتمدوا فقط الاتفاق الذي لم تم بين الطرفين سنة 1996فيما يخص تنازل المطعون ضده عن الحضانة دون أن يرعوا مصلحة المحضون وفقا للمادتين 66-76 من قانون الاسر الجزائري مع أن الطاعنة دفعت أن الاب أعاد الزواج بإمرة أخرى واسناد حضانة البنت للأم لمصلحة البنت.

حيث أنه بالفعل فقضاة المجلس حكموا بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإسقاط حضانة البنت عن الاب واسنادها للأم، ومن جديد حكموا بنض الدعوى على أساس البحث الذي قاموا بإجرائه الذي استخلصوا منه أن الطاعنة تنازلت عن الحضانة ستة 1996 أثناء الحكم بالطلاق.

حيث أن تنازل الحاضنة لا يحرمها نهائيا من إعادة إستاد الحضانة لها، إذ مصلحة المحضون نتطلب ذلك، وهذا تطبيقا لأحكام المادتين 66-67 من قانون الأسرة، وبالتالي فقضاة المجلس باعتمادهم فقط على تنازل المطعون فيه عن الحضانة دون مراعاة مصلحة

[1]- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 101

[2]- ملف رقم 89234 قرار بتاريخ 1998/21/07، المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات النشر بالمحكمة العليا، عدد خاص ، 2001، ص 175

المحضون قد اخطئوا في تطبيق القانون مما جعل الفرع مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة، ودون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني.

ويثبت التنازل عن المحكمة بموجب حكم، لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة إستاد الحضانة إليه، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع المتنازل عن حقه في الحضانة.

ربعا- سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

من أسباب سقوط الحضانة أيضا مانصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: إذا لم يطلب من له حق في الحضانة ممارسة هذا الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.[1]

و هنا اشترط على المتقاضي للمطالبة بحق ما أن يحترم مواعيد محددة[2]، باعتبار أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي، فإن التاريخ المحدد لهذا السريان مدة سنة من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة.

وإن القاضي هو الذي يقدر الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تتناد عليها أو لم يتناد عنه، وهذه السلطة إستمدت بالخصوص من عبار بدون عذر التي توسع من سلطة القاضي، ولهذا فإنه لا يمكن أن نقول بأن حق الحاضن يسقط بقوة القانون[3]

كما أنهم اعتبروا السكوت بأنه بدون عذر في حالتين:

[1]- كربال سهام، المرجع السابق، ص 97
[2]- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 98
[3]- حميدو زكية، المرجع السابق، ص 507

–أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها وسكت عن المطالبة بها، إما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة، فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته. –أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا الأمر فرعي يعذر الناس بجهله[1].

الفرع الثاني: :أسباب السقوط الواردة في المادتين69 و70من قانون الأسرة الجزائري

جاء في نص المادة 69: " إذا أزد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

كما أن من مسقطات الحضانة أيضا المساكنة ويقصد بها مساكنة الحاضنة للمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة، وهي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 70 حيث نصت على تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"

ونستشف من هذه المادة أنها شبة من المادة 66 من قانون الأسر فلهما علة وحكم واحد، إلا أنهما يختلفان في أن المادة 66 نتكلم على الحاضنات ككل أما المادة 70 فقد خصصت الجدة والخالة.[2]

أولا : سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي :

يسقط حق الحضانة عند الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي بسبب استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الشابة، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة الطفل المحضون نتطلب أن يبقى مع

[1]- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 142
[2]- حميدو زكية، المرجع السابق، ص 545

حاضنته، بحيث يجوز للقاضي إنبات حق الحضانة للحاضن حتى ولو ضح به إلى بلد أجنبي.[1]

حيث جاء في **قرار** المحكمة العليا المؤرخ في 1993/02/23 "من المقرر قانون أنه إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن رجع الأمر للقاضي لإنبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع الشرط "[2]

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك من خلال حكم آخر لها جاء فيه: " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إستاد الحضانة يجب أن ترعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصفار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن دعا^ الأب، كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه.

وأن سكن الولدين معا في بلد أجنبي يسني تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن ثم فإن قضاة الموضع الذين قضوا بإستاد حضانة البنت والولد لأمهما طبق القواعد الشرعية وصحيح القانون"[3]

ومن هنا نستنتج أن هذا الحق ليس مطلقا، بل هو أداء أوجبه القانون، فإن أخذ الحاضن بما أورده الشرع والقانون لا يلغى حقه إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني لنهاية الحضانة، وان أخل بما أقره القانون أو فقد شرطا وجب إسقاطها و منحها من يليه بالرتبة مع تحليه بالشروط الواجبة لممارسة الحضانة كما ذكر سابقا.

[1]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 142
[2]- قمراوي عز الدين، المرجع السابق، ص 138
[3]- ملف رقم 56597 قرار صادر بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية ، العدد 03، 1995، ص 61

ثانيا: سقوط الحضانة إذا كانت الجدة أو الخالة مقيمة مع أم المحضون:

فإسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين ينبغي أن يتوفر فيه شروط وهي أن تكون الحاضنة أما لأم المحضون أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قرب محرم، و هذا ما قضت به المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري.

ونستخلص من هذه المادة أنه يشذرن في الجدة لأم أو الخالة المرد المساكنة معها أن تكون غير متزوجة بقريب محرم طبقا للمادة 66 السالفة الذكر، ويجب أن تكون المساكنة مستمر، فنجد نفس الأسباب التي من أجلها سقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا، لذا ينبغي أن يشملها نفس الحكم. فبخصوص هذه الحالة المشرع الجزائري لم يبين مرده من ذكر مثل هذا السبب و حصر بالذات في الجدة و الخالة و سكنهما مع أم المحضون في حالة زواجها مع غير قرب محرم.

الخاتمة

الخاتمة

يتبين من خلال دراستنا لموضوع الحضانة، أنه رغم المجهودات المبذولة من طرف المشرع

الجزائري لضبط كل الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع الحساس إلا أنه لا تزال ثغرات، فالمشرع الجزائري عند تعريفه للحضانة ركز أكثر على ذكر أهدافها، وهو ما دفعنا للجوء إلى التعاريف الفقهية، كما أنّ المشرع قد أهمل ذكر خصائص الحضانة، وكذا الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن، واكتفى فقط بمصطلح الأهلية للقيام بالحضانة، وحسب رأينا كان على المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات أن يخصص مادة مستقلة يتناول فيها الشروط الواجب توفرها في الحاضن.

كما يتضح من خلال دراستنا لموضوع الحضانة أنها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة

الحضانة ، فهذا المصطلح قد ذكره المشرع تقريبا في كل المواد المتعلقة بالحضانة، لكنه لم يعط لنا مفهوما لهذا المبدأ وترك ذلك خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي الفاصل في النزاع إلا أنه كان من المستحسن لو أن المشرع ضبط مفهوما لهذا المبدأ فلكل قاض مفهومه الخاص.

وما تجدر الإشارة إليه أيضا بخصوص سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر الذي حدده ب 10 سنوات فهو غير كاف حتى و ان منح المشرع حق تمديد هذا السن إلى 16 سنة في حالة كون الحاضن أم المحضون التي لم تتزوج مرة ثانية، فهذا السن غير كاف كما أنّ تقييد هذا الحق بأم المحضون فقط أمر يثير إشكال، وهو في حالة كون الحاضن غير أم المحضون.

فحسب رأينا فإنه من الأجدر رفع سن الحضانة إلى سن الرشد وهو 19 سنة، أين يكون المحضون كامل الأهلية و قادرا على تحمل مسؤولياته بنفسه، كما أنه يستحسن عدم تقييد حق تمديد الحضانة بأم المحضون فقط.

أما بخصوص المادة 64 التي تنص على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، فإن هذا الترتيب جاء مختصرا بعكس بعض التشريعات العربية الأخرى، خاصة عند النص على الأقربون درجة، فلم يحدد المشرع من هم الأقربون درجة بل ترك للقاضي، ولم يبين لنا الحل إذا تعدد مستحق أو الحضانة من درجة واحدة.

كما نلاحظ أن المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة، لم يقم بتحديد معناها والحالات التي يمكن للقاضي الحكم بإسقاطها.

وفي الأخير، ومن خلال درستنا هذه نؤكد أنه على المشرع إعطاء أهمية أكبر لموضوع الحضانة، وذلك إما بإعادة النظر في المواد المنظمة له، وتدارك الثغرات الموجودة فيه، وذلك إما بتخصيص مواد إضافية لضبط النقائص المتواجدة، و مراجعة الأحكام المتعلقة بها، ومنحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

أولا : الكتب

1. أبي زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي – القاهرة
2. احمد ابراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، مصر، 2009
3. احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه و القضاء و القانون، الجزء الاول الزواج والطلاق وآثارهما، المكتبة القانونية، بغداد، 2008 .
4. أحمد علي الخطيب و آخرون، شرح قانون الأحوال الشخصية، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، جامعة بغداد، ط1، 1980،
5. احمد نصر الجندي، مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 277 .عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الإشعاع القانونية، مصر، 1998،
6. باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض – نفقة – عدة – حضانة – متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2008.
7. باقر شريف القرشي، نظام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة ، دار الأندلس ، النجف الأشرف، بدون سنة نشر
8. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية، بدون سنة نشر
9. براهمي حنان، أحكام الحضانة في قانون الأسرة وتعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان 2007

10. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر 1999،
11. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005
12. بن ملحةالغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ،د ت.
13. بو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك ،ج2 ، دار الكفر لبنان،
14. ثلما ستيان، عقراوي، المرأة دورها في حضارة وادي الرافدين، منشورات وزارة الثقافة و الفنون، سلية دراسات رقم 142،ط1، دار الحرية للطباعة ، بغداد، 1978
15. جليل وديع شكور، الطفولة المنحرفة، طبعة أولى، لبنان، الدار العربية للعلوم، 1998
16. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد عرفة الدسوقي، دار الاحياء للكتب العربية، سوريا، بدون نسنة النشر
17. الخطيب الشربيني ، الأقناع في جل ألفاظ أبي شجاع، بدون طبعة ،
18. الدكتور فيلالي علي – الإلتزامات ، العمل المستحق للتعويض للنشر و التوزيع ، الجزائر 2002
19. رباح غسان، حقوق الحدث المخالف للقانون أو المعرض لخطر الانحراف، بيروت، دون دار نشر، 2003
20. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام عقد الزواج في الإسلام ،مكونات العقد – حقوق وواجبات الزوجين، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية مصر، (بدون سنة نشر)

21. رمضان علي الشرباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا،2002

22. زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، مطبعة الكاهنة، سنة 2000

23. زكريا البري ، أحكام الولاد في الإسلام ، الدار العربية للطباعة و النشر ، 1964

24. سليمان بن عبد الرحمان الحقيل، حقوق الإنسان في الإسلام والرد على الشبهات المثارة حولها، للمؤلف، الرياض، 1994

25. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، الطبعة الثامنة، بيروت، لبنان، 1987

26. طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2014

27. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التجارية الكبرى / 1969

28. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، الطلاق و آثاره، ط5، المطبعة الجديدة ، دمشق، 1979

29. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007

30. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 1976

31. عبد الكريم بن محمد الرافعي ، ، العزيز شرح الوجيز، تحقيق علي معوض – عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997

32. عبد الله لحود وجوزيف مغيزل، حقوق الانسان الشخصية والسياسية، بيروت: منشورات عويدات، 1985

33. علي بن عبد السلام التسولي أبو الحسن ، البهجة فى شرح التحفة ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1998

34. عمر صدوق، دراسة مصادر حقوق الانسان، الجزائر: ديوان لمطبوعات الجامعية، سنة 1995

35. غازي حسني صباريني. حقوق الانسان وحرياته الأساسية، طبعة ثانية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997

36. فضيل سعد – شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج و الطلاق – المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2009

37. قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في ١القاذون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، الجزائر: دار هومة، 2002،

38. الكمال بن همام، شرح فتح القدير، ج3، ط1، المطبعة الاميرية، مصر، 1316هـ

39. لسان العرب، لابن منظور، المصباح المنير، للرافعي، مختار الصحاح، للرازي، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة مادة (حضن).

40. محمد بن محمد الخطيب الشربيني شمس الدين ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية ، 2004

41. محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجددية للنشر ، الإسكندرية، ط1، 2003،

42. محمد شتا، الحضانة و الرؤية في ضوء القانون رقم 4 لسنة 2005، دار المجد للنشر والتوزيع – الإسكندرية مصر، الطبعة الثانية، 2008

43. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مكتبة السعادة، مصر ، ط2، 1958

44. محمد مصطفى شلبي، أحكام الآسرة في الإسلام، دار النهضة العربية بيروت، ط2، 1977

45. محمد ناصر عليوي، الحضانة بين الشريعة و القانون، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، 2002

46. محمود سلام زناتي، قانون حمورابي ، مطبعة جامعة عين شمس 1971
47. مفيد شهاب، حمق الإنسان في عصر التنظيم الدولي،القاهرة: مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية. 1989،
48. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج 3،عالم الكتب
49. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، تحقيق : محمود الأرناؤوط
50. نبيل صقر، قانون الآسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2006
51. نجم محمد صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2016.
52. هدى عصمت محمد الأمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية و الاتفاقيات الدولية ، دراسة مقارنة تحليلية، دار الكتب القانونية، ،2013
53. هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الحوال الشخصية و الإتفاقيات الدولية ، دراسة تحليلية لامقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011
54. وفاء معتوق حمزة فراش، الطلاق و أثاره المعنوية و المالية في الفقه الاسلامى، دار القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2000،

ثانيا : مذكرات التخرج

1. حسين عزيزة، الحضانة في قانون الاسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون الجزائر، 2011.
2. حسيني عزيزة – الحضانة في قانون الأسرة ، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي . مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر بن عكنون 2001.

3. عصمان نسرين إناس، "مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري"،رسالة ماجستير، . جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009
4. هرنان عبد الرحمان، الحضانة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1978

ثالثا : المجلات

1. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، سلسلة تبسيط القوانين 02/05، ط3، دار هومة ، الجزائر، 2011
2. عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار –عنابة –، الجزائر، عدد 15 ديسمبر 2005. ص 184،–
3. لحسين بن الشيخ اث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة (تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر في 22–02– 2000، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات و الخدمات التعلمية، الجزائر، العدد الثاني ،سبتمبر،2008

رابعا: القوانين و الإجتهادات القضائية

1. المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51، لسنة 1984
2. قرار صادر بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية ، العدد 03، 1995
3. قرار 1997/09/30، الإجتهاد القضائي، العدد 01، المرجع السابق
4. قرار بتاريخ 1998/21/07، المجلة القضائية، صادرة عن قسم المستندات النشر بالمحكمة العليا، عدد خاص ، 2001

قائمة المحتويات

إهداء .....
شكر و تقدير .....
المقدمة.....أ

الفصل الأول : مفهوم الحضانة و تطورها التاريخي

المبحث الأول : مفهوم الحضانة 8
المطلب الأول : مفهوم الحضانة.....8
الفرع الأول: التعريف اللغوي 8
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي 11
المطلب الثاني : الحضانة في الشرع و القانون 13
الفرع الأول : الحضانة في الشرع 13
الفرع الثاني : التعريف القانوني للحضانة 16
المبحث الثاني : تطور الحضانة التاريخي 18
المطلب الأول : الحضانة في العصر القديم.....18
الفرع الأول : الحضانة في العهد اليوناني و الروماني.....18
الفرع الثاني : الحضانة في العصر الوسيط و الحديث.....20
المطلب الثاني : الحضانة في الاتفاقيات الدولية.....21
الفرع الأول: الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل عام 1989 21
الفرع الثاني : حقوق الحضانة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 32

الفصل الثـاني : الطبيعة القانونية للحضانة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي

المبحث الأول : طبيعة القانونية للحضانة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي 45
المطلب الأول : طبيعة القانونية الحضانة في الشريعة الإسلامية.....45
الفرع الأول: الحضانة حق للأم 45
الفرع الثاني: الحضانة حق للصغير.....46
الفرع الثالث: الحضانة حق للأم و الصغير معا 46
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للحضانة في القانون الوضعي.....50
الفرع الأول : حق الحضانة.....50
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للحضانة في بعض القوانين الدول العربية.....54
المبحث الثاني : دعاوى و حالات سقوط الحضانة في القانون الجزائري 58

المطلب الأول: الدعاوى الحضانة 58
الفرع الأول دعوى إسناد الحضانة..... 58
الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة 61
الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة..... 63
المطلب الثاني : أسباب سقوط الحضانة..... 73
الفرع الأول: أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 62 و 68 من قانون الاسرة الجزائري..... 74
الفرع الثاني: :أسباب السقوط الواردة في المادتين69 و70من قانون الأسرة الجزائري 79
الخاتمة 83
قائمة المراجع 85
الفهرس 100
فهرس .....