وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

العنوان:

أحكام الحضانة بين مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في ميدان الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

من إعداد الطالبة :
* بلول خيرة

إشراف البروفيسور:
* لحرش أسعد المحاسن

السنة الجامعية:
(2018/2017)

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام الحضانة بين مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في ميدان الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

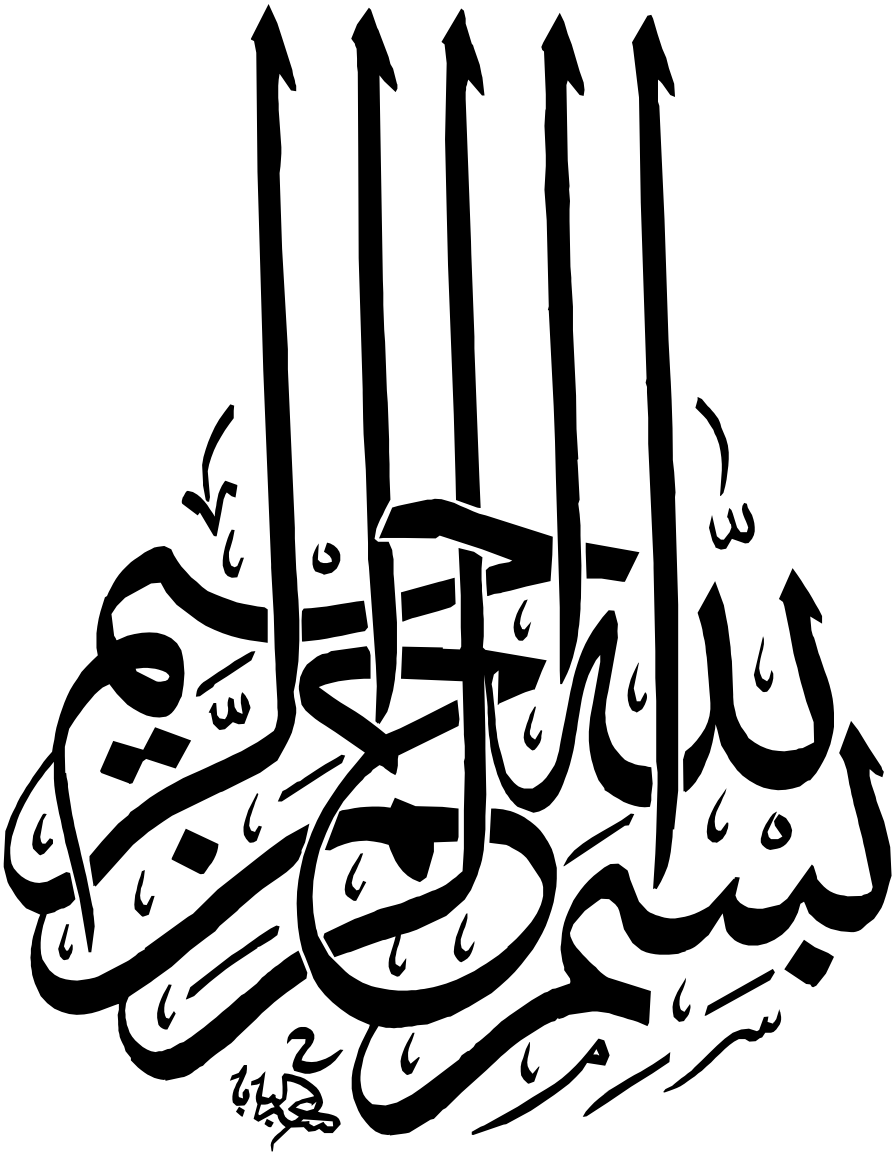
من إعداد الطالبة :
* بلول خيرة

إشراف الدكتور:
* لحرش أسعد المحاسن

أعضاء لجنة المناقشة

د/ شلالي رضا ..... رئيساً
د/ جمال عبد الكريم ..... عضواً مناقشاً
د/ لحرش أسعد المحاسن..... مشرفاً

السنة الجامعية:
(2018/2017)م – (1439/1438)هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

قول الصحابية الجليلة خولة بنت ثعلبة زوج الصحابي الجليل

أوس بن الصامت

فجاءت تشكو حالها إلى الرسول صلّى الله عليه وسلم:

«إنّ لي صبية صغاراً إن ضممتهم إليه ضاعوا،

وإن ضممتهم إلَيَّ جاعـــــوا».

رواه ابن ماجه (2063)، والحاكم في المستدرك (481/2)

وصححه ووافقه الذهبي، عن عائشة رضي الله عنها .

شكـــر وتقـــدير

الحمد والشكر لله تعالى الذي منّ عليّ بالصبر والإرادة لإنجاز هذا العمل

وعـــــرفـــــــانـــــــــا بـــــــالجميـــــــل:

يسرني أن أتقدم بالشكر والامتنان إلى أستاذي

ومشرفي: لحرش أسعد المحاسن الذي لم يتوانى عن مد يد العون لي من علمه ووقته

كما أتقدم بنفس درجة العرفان إلى كل أساتذتي: أعضاء لجنة المناقشة السادة المحترمين الموقرين على عنائهم في قراءة مذكرتي المتواضعة.

إهـــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

روح والدي ووالدتي وجعل مثواهم الجنة

كل أفراد عائلتي دون استثناء

إلى كل زملائي وزميلاتي في قسم الأحوال الشخصية

وأساتذتي الكرام

إلى كل من ساعدني في هذا العمل ولو بكلمة تشجيع

وإلى جميع القائمين على كلية الحقوق

قائمة المختصرات

أ: أعلى

س: سنة

ع خ: عدد خاص

م ح ش: مادة الأحوال الشخصية

د ت: دون تاريخ

ج: جزء

ط: طبعة

ع: عدد

غ: غرفة

م: مجلد

م: مجلس

ص: صفحة

ن ق: نشرة القضاة

إ ق: اجتهاد قضائي

ق ا ج: قانون الأسرة الجزائري

م ق: مجلة قضائية

م ع: محكمة عليا

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ج ر: جريدة رسمية

ملخـص

لقد عالجت في هذه المذكرة موضوع أحكام الحضانة بين مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي، حيث وجدت أن نظرة كل من هذه العلوم إلى أحكام الحضانة تتمركز حول عنصر أساسي هو المصلحة الفضلى للمحضون، فكانت الشريعة بمقاصدها العامة والخاصة سباقة في ذلك لما فيها من حفظ للمحضون في نفسه وماله وعرضه ودينه. وطبق المشرع من خلال قانون الأسرة كل هذه المقاصد بوضعها في إطار قانوني تخدمه نصوص مضبوطة وجبرية وفي حال إكمال نقص أو إيضاح غموض أو سكوت لسبب مبرر أو غير مبرر يلجأ إلى الشريعة من خلال نص المادة 222 ق.أ.ج بموجب الأمر رقم 02/05 فهي تسعى بذلك للإلمام بمشاكل الطفل وظروفه وحرصا على الحفاظ على حقوقه، ونظرا للمكانة التي يحظى بها المحضون فقد تطرقت من خلال الاجتهادات والقرارات القضائية إلى أهمية مكانة المحضون وأهمية الدور الذي يلعبه القاضي في هذا المجال.

Résumé

J'ai traité dans cette note font l'objet des dispositions de la pépinière entre l'application de la loi et de la famille et de la jurisprudence, où je trouve que chacune de ces sciences regard des dispositions de la pépinière centrée autour d'un élément clé est le meilleur intérêt de câlins, était la loi de ses fins publiques et privées proactives en raison de la conservation des câlins dans Lui-même, son argent, sa présentation, sa religion .

Le législateur a appliqué à travers toutes ces fins de droit de la famille en les plaçant dans un cadre juridique est défini et servir les textes de algébrique et dans le cas d'un manque de complet ou de clarifier l'ambiguïté ou le silence pour une raison justifiée ou le recours injustifié à la loi par le texte de l'article 222 Q.o.j en vertu du décret n° 05/02 il cherche à le faire au courant des problèmes de l'enfant et les circonstances et afin de préserver leurs droits, et en raison du prestige dont jouit l'enfant a touché par les décisions de jurisprudence et judiciaires à l'importance de l'état de l'enfant et l'importance du rôle joué par le juge dans ce domaine.

المقدمـــــة

المقـــدمة

إن وحدة المجتمعات وترابطها ورقيها وأمنها، يقاس بمدى وحدة كيان الأسرة، ومحافظتها على المعايير المؤهلة لوجود كيان أسري سوي، يخدم نفسه ومجتمعه باعتبار الأسرة هي اللبنة الأساسية لبناء كيان المجتمع، وهذه المعايير تنشأ بمجرد قيام العلاقة الزوجية، التي نوّه إليها الذكر الحكيم في كتاب الله العزيز بقوله تعالى: « وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» صدق الله العظيم.

فمن خلال المقاصد الشرعية لهذه الآية الكريمة نجد أن الله سبحانه وتعالى، لم يخلق الإنسان عبثا، وإنما خلق له ضوابط تسيره، وتجعل منه فردا صالحا سويا، في كل زمان ومكان، فأول ما أمر به الله تعالى الإنسان لبناء أسرة متماسكة وآمنة، هو التواد والتراحم بين الزوجين الذين هما دعامة للرابطة الزوجية، وهذا التماسك والتواد والتراحم لهما أثر فعال في نفس الأطفال وسلوكاتهم، وهذا من خلال ما تمنحه هذه العلاقة لهم من حقوق عظيمة وكثيرة وأعظمها حق الحضانة.

فالحضانة هي الكنف الذي تترعرع فيه باقي الحقوق الأخرى، وعلاقة الزواج هي المنشئ الأول لهذا الحق وتبدأ من يوم ازدياد الطفل، وهي رعاية الطفل وحمايته حتى يبلغ أشده، وهذا ما كرسته الشريعة السمحاء، والقوانين الوضعية التي تطرقت إلى كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية، فالأمثل لتنشئة الطفل، هو أن يتلقى الرعاية والعطف في كنف والديه، وأن يتعاونا في ذلك كونها مسؤولية مشتركة، لكن إذا شابت هذه العلاقة إختلالات تحول دون استمرارها، كالفرقة سواء بالطلاق أو بالفسخ أو بالموت، يكشف عن هذا الحق المتمثل

في الحضانة، والذي تشكل مفاهيمها لدى الطفل، بما فيها من قيم ومبادئ مكتسبة، وأثار سلبية ناجمة عن الفرقة، وهنا يأتي دور الحضانة، حيث يتدارك بها ضياع أو فوات حقوق الطفل، ويدفع ذلك إلى خسران المجتمع لطاقة نافعة، تساهم في بنائه، لهذا اعتبرت الحضانة من المواضيع المعقدة، التي اهتمت بها الشريعة السمحاء، من خلال مقاصدها الخمسة العامة والخاصة، كما تناول المشرع الجزائري أحكام الحضانة التي يحكمها مبدأ هام: هو مصلحة المحضون سواء عند إسنادها وما يحكمها من شروط عامة وخاصة وعند إسقاطها واسترجاعها في خمسة (05) مواد من المواد 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة.

ولا تقل أهميتها في نظر الاجتهاد القضائي، والعمل على حسن تطبيقها، وبالتالي من خلالها يظهر دور القاضي في تقدير هذه المصلحة، ومن خلال هذا ارتأيت أن أدرس الجانب النظري، والجانب التطبيقي من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية وإظهار دور القاضي، ومعياره في إسناد هذه لأحكام.

ونظرا لما سبق ركزت على أهمية الموضوع:

فوجدت أن من الضروري أن نركز كامل الاهتمام، حول الطفل وكيفية تنشئته تنشئة صالحة سوية، والأنسب لتحقيق هذه التنشئة هو كنف العائلة، لكن قد تشوب هذه العائلة صعوبات ومشاكل تحول دون بقائها متماسكة، ما يفرض صب كل الاهتمام على الطرف الضعيف، ألا وهو الطفل من خلال أحكام الحضانة، الذي يعتبر الحل الأسلم لمصلحة الطفل، كما أن موضوع الحضانة من أكثر المواضيع تعقيدا لذا تتطلب دراسة شاملة من خلال القانون برجوعه إلى الشريعة الإسلامية الشريعة الإسلامية من خلالها مقاصدها وأحكامها، في حال عدم وجود نص قانوني أو غموضه أو السكوت عنه، وتظهر نفس أهمية الموضوع من خلال تطرق القاضي بتقديريه الأصلح للمحضون في قراراته وأحكامه الاجتهادية.

*** ولهذا نهدف من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى:**

- إظهار أهمية الحضانة في حياة الطفل، كونها الحل الأسلم لتلك المهمة، بقراءتها من خلال ما تنشده مقاصد الشريعة وكذلك النصوص القانونية التي أوجب المشرع صرامتها، كما يَظهر هذا الاهتمام من خلال تطبيقات القاضي التي تراعي مصلحة المحضون قبل كل شيء.

- إظهار مكانة الطفل كمركز قانوني تترتب له حقوق جمة.

- إظهار الانسجام في هذا الموضوع من خلال مقاصد الشريعة، وكيف قننها المشرع، وحرص على تطبيقها من خلال القاضي بمنحه السلطة التقديرية لذلك.

*** ومن خلال هذا الطرح نستخلص صيغة الإشكالية وهي كالتالي:**

ماهي ضوابط وآليات أحكام الحضانة من خلال مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي؟ وما مدى فعاليتها في تحقيق مصلحة المحضون؟

*** ولهذا اعتمدت المنهج التالي:**

لقد اعتمدت المنهج الوصفي: الذي يهدف إلى دراسة شاملة أسرد من خلالها مفهوم الحضانة والوقوف على سرد أحكامها ووصفها كظاهرة يكون ضحيتها الطفل بالدرجة الأولى وفي نفس الوقت تكون مصلحة المعيار الوحيد الذي نستند من خلاله.

كما اعتمدت المنهج التحليلي: لتحليل ما ورد فيها من مقاصد ونصوص قانونية، وموقف القضاء منها.

أسباب اختياري للموضوع:

هو تعلقي شخصيا بهذه الفئة الضعيفة، وما يتركه الطلاق من بصمة مؤلمة في نفسها وسلوكاتها، وما من سبيل لحمايتها سوى الحضانة، للتكفل بها من الضياع، وحماية مصالحها وإحاطتها، بكل الرعاية، من خلال الشريعة التي أثبتت ذلك، والإشراف عليها قانونا وقضاء.

*** ولقد واجهتني بعض الصعوبات وإن كانت لم تجعلني أتوانى عن البحث وأذكر منها:**

– قلة المراجع في المكتبة، وأغلبها إصدارها قديم.

– التطابق إلى حد بعيد بين أحكام الحضانة في الشريعة وفي قانون الأسرة.

إطار الدراسة:

تناولنا موضوع أحكام الحضانة، من خلال مقاصد الشريعة، في مقاصدها العامة والخاصة المتمثلة في الفقه، وارتباطها بأحكام قانون الأسرة الجزائري، خاصة نص المادة 222 منه التي نرجعها إلى الفقه، كلما تطلب الأمر ذلك كما سلطنا الضوء على تطبيقها على أرض الواقع وتجسيدها، بما يخدم مصلحة المحضون من خلال اجتهاد القاضي، بسلطته التقديرية مراعاة لهذه المصلحة بالدرجة الأولى، وهذا نظرا لمرانة معظم نصوص قانون الأسرة الجزائري.

*** وللإجابة على إشكالية بحثي فقد ارتأيت أن أقسم الموضوع إلى فصلين:**

الفصل الأول: ماهية الحضانة .

المبحث الأول: مفهوم الحضانة .

المبحث الثاني: مشروعيتها وخصائصها.

الفصل الثاني: ضوابط و آليات أحكام الحضانة من خلال مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي الجزائري

المبحث الأول: مصلحة المحضون كضابط إسناد للحضانة .

المبحث الثاني: ضوابط أحكام الحضانة في كل من مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي الجزائري .

الفصـــــل الأول:

ماهيـــة الحضـانة

الفصــل الأول:

ماهيــة الحضـانة

تعتبر الحضانة أثر مهم من خلال انحلال عقد الزواج وبالتالي يصبح الطفل محل اهتمام بتطبيق الحضانة بجميع جوانبها من رعاية وعناية وتربية سليمة وقد وزعت هذا المضمون في مبحثين هما:

*** المبحث الأول: مفهوم الحضانة .**

المبحث الثاني: مشروعية الحضانة وخصائصها.

المبــحث الأول

مفهوم الحضانة

لكي تتضح أحكام الحضانة ومعالمها ونتصورها ذهنيا ونحيط بجميع جوانبها ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

*** المطلب الأول: تعريف الحضانة لغويا و مقاصديا وقانونيا.**

*** المطلب الثاني: تمييز الحضانة عن ما يشابهها من المصطلحات.**

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

يَتطلب الطفل عند انحلال الرابطة الزوجية نوعا من أنواع الرعاية، وتعتبر الحضانة، نوعا من أنواع الرعاية بحيث تكفل للطفل التربية الصحية. والخلقية السليمة، ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي، والتشريعات الوضعية بالطفل.[1]

ومن خلال هذا المطلب سأحاول أن أبين تعريف الحضانة في كل من مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي من منظوره التطبيقي، إلى التكلم عن ما يميزها عن باقي المصطلحات التي تشبهها، وتناولت في المطلب الثاني مشروعية الحضانة وخصائصها.

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغويا و مقاصديا وقانونيا

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الحضانة لغة وفقها وقانونا.

أ/ تعريفها لغة: الحَضَانة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحُضْن وهو الجَنْبُ، فالحَاضِنَةُ ترد إليه المحضون، وتنتهي في الصغر بالتمييز، ومنه الاحْتِضَان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حُضْنِكَ، كما تَحْتَضِنُ المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وحَضَنَ الطائر بيضه،أي ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حَضَنَتْ ولدها والحَاضِنُ والحَاضِنَةُ هم الموكلان بالصبي، يحفظانه ويربيانه [2] والحَاضِنُ اسم فاعل، والحاضِنَةُ الموكلة بالصبي تحفظه وتربيه والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة، وهي التربية.[3]

ونقول حَضَنَتْ الشيء أو احْتَضَنَتْهُ إذا ضممته إلى جنبك وحَضَنَت الأم طفلها أي ضمّته إلى صدرها.[4]

---

[1]– مذكرة نيل شهادة ماستر، تخصص أحوال شخصية بعنوان حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، أمينة ونوغي، ص8، سنة2015/2014.

[2]– ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج13، دار صادر، بيروت، لبنان 2003، ص122–123.

[3]– أبو الحبيب سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1988، ص23.

[4]– أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، منشأة المعارف، الإسكندرية 1988، ص220.

ب: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي: عُرِفَت الحضانة عند فقهاء الشريعة بعدة تعريفات استخدمت فيها ألفاظ تختلف في دلالاتها، فقد عرفها الكاساني بأنها "حضانة الأم لولدها ووضعها إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه عن أبيه ليكون عندها، تقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه"[1].

*** وعرفها فقهاء المالكية: بأنها الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون، ومصالحه وهي فرض كفاية، ولا يحل أن يترك الطفل بغير حضانة.[2]**

*** وعرفها الحنفية: بأن الحضانة شرعا تربية الولد ممن له الحق في الحضانة.**

*** كما عرفها الشافعية بأنها: هي تربية من لا يستقل بأموره وبما يصلحه.**

*** وقال الحنابلة: هي حفظ صغير عما يضره وتربيته بالقيام بمصالحه.[3]**

ومن خلال كل هذه التعاريف نجد أن الحضانة هي القيام بحفظ الصغير والصغيرة الذي لا يميز ولا يستقل بأموره، ووقايته مما يؤذيه وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا، كي يتصدى لمسؤوليات الحياة فكان تعريف المالكية والحنفية هو التعريف المختار.

ج: تعريف الحضانة قانونا: لم يختلف التعرف القانوني عن التعريف الفقهي، حيث عرفها المشرع الجزائري في المادة 62 ق.أ.ج "رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا" وإن غير لفظ الصغير بالولد.

حيث حدد المشرع الجزائري من خلال هذا التعريف نطاق الحضانة، ووظائفها الأساسية التي يتضمنها حق الحضانة.

---

[1]– عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص356.

[2]– المرجع نفسه، ص 357.

[3]– أحمد ناصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارها، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص586.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 ق.أ.ج يعتبر أحسن تعريف للحضانة، على الرغم من احتوائه أهداف الحضانة وأسبابها فهو تعريف شامل يتسم بالعمومية.[1]

وتظهر أهداف الحضانة من خلال التعريف في:

أولا: تعليم الولد: ويقصد به التعليم الرسمي والتمدرس الإجباري والمجاني.

ثانيا: تربية الولد على دين أبيه: حيث يجب أن يربى على قيم الدين الإسلامي.

ثالثا: السهر على حماية المحضون: فيجب أن لا يكون الطفل معرضا لأي اعتداء مادي كالضرب، أو اعتداء معنوي، مما يسبب له اضطراب نفسي أو عقلي.

رابعا: حماية الطفل من الناحية الخلقية: وذلك بتنشئته على الأخلاق ليكون بذلك فردا صالحا وسويا.

خامسا: حماية المحضون صحيا: حيث يجب أن يعنى به صحيا جسديا ونفسيا.

[1]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص21.

المطلب الثاني: تمييـزها عما يشابهها من المصطلحات

أ/ الفرق بين الحضانة والولاية القانونية

1/ الولاية على النفس: فهي تشبه الحضانة كونها تسمى ولاية التربية والحفظ وتثبت للولد منذ ولادته إلى بلوغه سن الحضانة والرضاعة.

والولاية على النفس تشمل تسميات هي الحضانة والكفالة وهي أشمل لأنها تعد ولاية تربية وحفظ[1] ولكن تختلف معها في كونها وظيفة بيولوجية بحتة بينما الولاية أشمل وهي التربية.

2/ الولاية على المال: هي ولاية مفوضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة والتخلي عنها لا يجوز إلا بحكم كما تثبت بقوة القانون وتتطلب الولاية شروط كالأهلية الكاملة لمباشرة التصرفات القانونية وهناك حالات توقفها كغياب الولي أو اعتقاله أو حبسه مدة تزيد عن سنة وفي هذه الحالة تعين المحكمة وصيا لإدارة أموال القاصر بنصوص المواد الآتية من قانون الأسرة 87 إلى 91 منه[2].

والولاية أسندت للأب، وفي حال وفاته تستند إلى الأم.

والفرق بينهما هنا، يَكمن في أن الحضانة تحمل معنى جسدي عاطفي محض، ومفادها أن الحضانة خدمة مادية، ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل.

وتلبية حاجاته المادية، كمنحه الطعام، وتنظيف جسمه. وفضلا عن العناية به، كضمه للصدر ومداعبته، أما الولاية على المال فتختص بالمال فقط وكيفية التصرف فيه، وحفظه.

كذلك تختلف الحضانة اختلافا جوهريا عن الولاية من حيث أصحابها، فالحضانة تستند للنساء بالدرجة الأولى، وثم إلى الأب عكس الولاية التي تقدم الأب، وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث.

---

[1]– عبد الرحمان الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص391.

[2]– باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص598.

حيث قضت المحكمة العليا "من المقرر قانونا، أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة.

ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب ودون إثبات مصالح القاصر ومصالح الولي، فإنهم خالفوا القانون، [1] **وهذا في نص القرار الصادرة بتاريخ: 14-01-2009 تحت ملف رقمه (176515).**

ب/ الفرق بين الحضانة والكفالة:

إن كلا من الحضانة والكفالة يحققان مقصدا ضروريا من مقاصد الشريعة، لما فيهما من حضن وضم للصغير ورعايته وحفظه، وهناك من الفقهاء من جعلهما متقاربين لتقارب مقصدهما، وأخذا بقول الذكر الحكيم: «... وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا...»[2].

لكـن المشرع الجزائري قال بغير ذلك فقد عالج موضوع الكفالة، في فصل النيابة الشرعية، من المادة (116) إلى غاية المادة (125)، وموضوع الحضانة في فصل الزواج وانحلاله من المادة (62) إلى المادة (72) إضافة إلى فروق أخرى نذكر منها:

1- **الحضانة تتعلق بصغار السن عن من هم في الكفالة فالحضانة تكون أقل من 07 سنوات أما الكفالة فهي بعد هذا السن**[3].

2- **الحضانة لا تستند إلا بحكم قضائي، أما الكفالة فتستند بقرار إداري.**

3- **الحضانة يجوز فيها للحاضن أن يتقاضى أجرة مقابل خدمة المحضون أما الكفالة فهي التزام عقدي يكون بدون مقابل.**

4- **الحضانة تطلق على الطفل الذي في حضانة أمه وأبيه، أما الكفالة فتكون على الطفل الذي ليس عند والديه.**

---

[1] **ملف رقم 176515 قرار بتاريخ 14-01-2009، م ق، الصادرة بالمحكمة العليا العدد 01، سنة 2009، ص265.**

[2] **سورة آل عمران، الآية (37).**

[3] **ابن قدامى، دار الكتاب العربي، بيروت، ص298.**

5- تنتهي الكفالة بطلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول وهذا بإنهاء عقد الكفالة، أما الحضانة فتنتهي ببلوغ الذكر عشرة سنوات، ويمكن تمديدها إلى ستة عشر سنة، أما الأنثى فبلوغها سن الزواج.

6- أشترط المشرع الجزائري الإسلام في الكافل، ولم يشترط هذا الشرط في الحاضنة، ما لم يكن الحاضن رجلا، أو أن يكون هناك إتحاد في الدين مع المحضون[1].

7- المحضون يطلق على الطفل معروف النسب، أما المكفول فلا داعي أن يكون معروف النسب.

جـ/ الفرق بين الحضانة والوصاية:

إن كلا من الحضانة والوصاية هي ولاية لكن اختلافهما يكمن في موضوع هذه الولاية.

فالفقه الإسلامي، خول لوالد الطفل أن يعين له وصيا مختارا، يدير أمواله، ولم يجعل له حق اختيار من يحضنه، بل جعل ذلك في حدود مصلحة المحضون.[2]

أما بالنسبة للقانون والقضاء، فإن من يقدر مصلحة المحضون هو القاضي غير أن الوصاية من خلال نص المادة 92 من قانون الأسرة "على أنه يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر، إن لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية".

---

[1] **زكية حميدو، "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية"، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، ص297-298.**

[2] **زكية حميدو، مرجع سابق، ص102-103.**

المبــحث الثاني

مشروعية الحضانة و خصائصها

ولقد تطرقت في المبحث الثاني أيضا إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: مشروعيتها وحكمـها

المطلب الثاني: خصائـصها

المبحث الثاني: مشروعية الحضانة وخصائصها.

سأتطرق في هذا المبحث، إلى مشروعية الحضانة ما يجعلها في إطار شرعي، يمنع المساس بها وبشرعيتها.

المطلب الأول: مشروعية الحضانة و حكمها .

لقد وردت الحضانة في العديد من الآيات القرآنية، تشير إلى رعاية وعناية الصغير، كما أجمع الفقهاء على وجوبها.

ونص المشرع الجزائري عليها في مواده من قانون الأسرة، من المادة 62 إلى المادة 72 ق-أ.

أ/ وجاء مشروعيتها من خلال:

1- القرآن الكريم بقوله تعالى: « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...»[1].

وشرح هذه الآية يتضمن أن الأم هي الأولى بحضانة أبنائها.

2- دليل مشروعيتها من السنة النبوية: فقد روى ابن داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وأن أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي".

3- أما دليل مشروعيتها من خلال مقاصد الشريعة: فقد حصر ابن القيم قضايا الحضانة التي قضى فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم، في خمس قضايا ذكرها في زاد المعاد [2] وهي المقاصد الخمسة.

---

[1] سورة البقرة، الآية (233).

[2] ابن القيم، إعلام الموقعين، نشر دار الكتب العلمية، بيروت1411، ج4، ص274.

ودليلها من خلال النصوص القانونية: فقد نص المشرع في مادته 62 من قانون الأسرة، التي تشمل كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية، وهذا ما أكده الأستاذ عبد العزيز سعد.

ب/ حكمـها:

إن الحضانة واجبة شرعا وقانونا وقضاءًا لأن المحضون يهلك بدونها وتعتبر حقا من حقوقه وإهمال هذا الحق يعتبر ضياعا وإهمالا له ويسبب له ضررا بالدرجة الأولى والضرر الذي يلحق المجتمع من جراء ضياع هذا الحق.

المطلب الثاني: خصائص الحضانة:

بعد أن تكلمت عن مفهوم الحضانة، ومشروعيتها وما يميزها عن ما يشبهها من مصطلحات، استخلصت أن الهدف من الحضانة هو رعاية المحضون، التي اعتبرت حقا يضمن له الاستقرار، والرعاية وعلى الحاضن القيام بهذا الحق على أكمل وجه، وهذا ما يجعلني أحدد خصائص الحضانة، وأبين طبيعتها في ضوء مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي، وذا من خلال:

أ: الحضانة حق: فهي حق للمحضون بالدرجة الأولى، وحق للحاضن، وحق للمجتمع.[1]

1 – الحضانة حق للصغير: لأن الصغير في المراحل الأولى من حياته يحتاج إلى الرعاية والنمو، فليس للأم أن تحضن الطفل في فترة الحضانة مقابل عوض تأخذه، كما أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الحق[2] كما أنه إذا تعينت امرأة لحاضنة الصغير، أجبرت عليها.

2– الحضانة حق للحاضن: للوالدين الحق في حضانة الصغير وحفظه، والنساء أولى بتربية وولاية الصغير، فالأم هي أقرب الناس إليه، وأشفق عليه، ولا يشاركها في القرب إلا الأب، فليس للأب أن يأخذ هذا الحق منها ويعطيه لمن دونها مرتبة لما فيه من تفويت لحقها، إلا

---

[1] زكية حميدو، مرجع سابق، ص103.

[2] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال ش، ط1، عمان، س1999، ص355.

بمبرر شرعي، كما أنه ليس له الحق في نقله من مكان الحضانة، الذي تقيم فيه صاحبة الحق.

3- الحضانة حق للصغير والحاضن معا: وهذا رأي الحنفية ويرون أن أقوى االحقين هو حق الصغير ومصلحته مقدمة على مصلحة أبويه.[1]

4- الحضانة حق للمجتمع: تقع على الدولة مسؤولية رعاية الأطفال في جميع المجالات، بتوفير جميع الخدمات الاجتماعية والعلاجية للأطفال، وفتح مؤسسات في حالة انعدام الحاضن، كما لو توفي الوالدان.[2]

وهذا ما عالجه المشرع الجزائري من خلال المادة (66 ق.أ.ج) "أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون". فهذه العبارة جمعت بين حقين: حق للحاضنة بالحضانة وحقها بإسقاطها عنها بالتنازل، وحق للمحضون وهو مراعاة مصلحته والمادة (2/67) التي تقول: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها".

ولقد جاء انتهت أغلب مواده بعبارة: "مراعاة مصلحة المحضون" أي أن الحضانة اعتبرت حقا للمحضون.

وهذا ما أكد عليه القضاء أيضا، حيث أصدر المجلس الأعلى الجزائري، قراره بتاريخ: 1968/12/25، في قوله: "الحضانة حق وواجب في آن واحد".[3]

فالقضاء اعتبر الحضانة حق مزدوج. وإن غلب حق المحضون على الحاضن.

وأكدت المحكمة العليا لذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ: 2002/07/03 بقولها: "حيث أن عمل الحضانة، لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها".[4] ما لم يثبت العكس.

---

[1] المرجع نفسه إبر اهيم عبد الرحمان ابراهيم ، ص354-355.

[2] هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص62.

[3] م أ. غ م، قرار بتاريخ: 1968/12/25، ص136.

[4] م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ: 2002/07/03، ملف رقم 274207، غير منشور.

ب : الحضانة التـزام:

إن الحضانة في حد ذاتها التزام، لأنها ضم للمحضون، وهي التزام مزدوجا بين الأب والأم بحفظه وتربيته.

والحضانة اعتبار لما جاء في أقوال الفقهاء ورجال القانون، بأنها حق إلا أنها واجب أكثر من الحق، فهي واجب كفائي في حال وجد حاضن غير الأم سواء الأب أو غيره، مما وجب تعينه، وهي واجب تعيني على الأب حتما.

وكخلاصة لخصائص الحضانة وطبيعَتها، نقول أنها حق لكل من الحاضنة والمحضون، وإن كان حق المحضون أقوى. وفي حال وجود حاضنة واحدة يكون واجبا لا مجرد حق، وفي حال تعدد الحاضنات أصبحت حقا لمن كانت في المرتبة الأولى، لا يقبل إسقاطه، إلا إذا وجد من هو أهلا لذلك.

الفصـــل الثـــاني:

ضـوابط وآليات أحكـام الحضانـة

من خلال مقاصد الشريعة وقانون الأسرة

والاجتهـــاد القضائـــي الجزائري

تمهيد:

تتجه الشريعة الإسلامية من خلال مقاصدها، وكذلك التشريعات الحديثة من بينها التشريع الجزائري، قانونا و قضاءًا، إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، فكانت بذلك مصلحة الطفل هي القاعدة التي يسلط عليها الضوء، من أجل حمايته ورعاية حقوقه، وعلى ضوئها يفصل القاضي حسب سلطته التقديرية وهذا ما سنتطرق له من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مصلحة المحضون كضابط إسناد للحضانة

المبحث الثاني: ضوابط أحكام الحضانة من خلال مقاصد الشريعة، وقانون الأسرة، والتطبيقات القضائية.

المبحث الأول:

مصلحة المحضون كضابط إسناد للحضانة

لقد حضي مفهوم مصلحة المحضون بعناية كل من الفقه والتشريع والعمل به تطبيقا، وإعمالا للقاعدة الشرعية: "درأ المفسدة مقدم على جلب المصلحة"[1]

ولهذا ارتأيت أن أقسم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

المطلب الثاني: ضوابط وآليات مصلحة المحضون.

[1] طعيبة عيسى، مرجع سابق، مذكرة ماجستير "سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي " كلية الحقوق سنة 2011 ص60.

المبحث الأول: مراعاة مصلحة المحضون كضابط إسناد للحضانة

المطلب الأول: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

إن مصلحة المحضون هي اعتبارات فقهية، لم تصب في قواعد قانونية، ولم يعطى لها تعريفا مضبوطا، فهي قاعدة عامة وعملية وهي قاعدة متغيرة غير ثابتة، وذاتية ، تختلف باختلاف الظروف الخاصة بالطفل من حيث سنه، وحاجياته وبيئته التي يترعرع فيها.

وبالتالي قاعدة مصلحة المحضون هي قاعدة مرنة تتأقلم مع الظروف الزمانية والمكانية، وباختلاف الأطفال.

المطلب الثاني: ضوابط ومصلحة المحضون

لقد تناولتها الشريعة الإسلامية، من خلال مقاصدها الخمسة العامة، وكذلك من خلال مقاصدها الفقهية الخاصة، لكن وإن سكت المشرع، عن تقديم تعريف دقيق لها، إلا أن ذلك لم يمنعه من اقتراح ضوابط يستعين بها القاضي، في تقديرها ليحقق بذلك العدالة ومن بين هذه الضوابط نذكر:

أ/ المعيار المعنوي:

يؤكد الفقهاء والقانونيين العنصر المعنوي الروحي للمصلحة، فهو عنصر مهم في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية، وخاصة في حياته الأولى، ودرء المخاطر عنه وعن المجتمع ككل لأن الحرمان العاطفي، يؤثر على سلوك الطفل ويؤدي به إلى الانحراف، وهذا ما جعل القضاة بدورهم يؤيدون بشدة هذا الطرح، من جهة ولسد ثغرات سكوت القانون من جهة أخرى.

وكخلاصة لهذا المعيار فيجب مراعاة مصلحة المحضون المعنوية، من خلال اختيار الحاضن الأصلح له، ليهيئ له الاستقرار الروحي والأمني[1].

---

[1]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014، ص418.

ب/ المعيار المادي:

إن شعور الطفل المحضون بالاستقرار، والحماية إلا من خلال استقرار الأسرة وعليه، فإن ما توفر الضابط المادي للطفل بتغطية حاجياته الضرورية، وهي تكاليف ضرورية، ولابد منها من خلال مقاصد الشريعة والنصوص القانونية، ويركز عليها القاضي من خلال تطبيقه.

وهي تشمل كل العناصر المادية: من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك.

جـ/ مِعْيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته

إن الطفل إنسان يحس، ويفضل لكنه يحتاج إلى توجيه في اختيار حَاضنه ولهذا لا غرابة في إعطاء الطفل فرصة، في تحقيق مصلحته بنفسه.

*** وكخلاصة لهذا القول فالمعيار المادي، هو معيار ضروري ومقصد حاجي لا يمكن فصله عن المعيار المعنوي، ولا من الغرابة استشارة الطفل في تقدير مصلحته، مع التوجيه والإرشاد من القاضي.**

المبحث الثاني:

ضوابط وآليات أحكام الحضانة من خلال مقاصد الشريعة وقانون الأسرة، والاجتهاد القضائي الجزائري

لقد ارتأيت في هذا المبحث، أن أخرج كل هذه القواعد والضوابط من التجريد، إلى الواقع التطبيقي سواء كان من خلال وضعه في نصوص مقاصدية، أو نصوص قانونية إلى تطبيق على أرض الواقع، وهذا من خلال مطلبين هما:

المطلب الأول: ضوابط استحقاق الحضانة ومدتها

المطلب الثاني: ضوابط إسقاط الحضانة وعودتها

المبحث الثاني: ضوابط أحكام الحضانة من خلال مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي

لقد أولت كل من مقاصد الشريعة والنصوص القانونية وكذلك قضاء المحكمة العليا عناية كبيرة انطلاقا من القاعدة العظمى وهي قاعدة مصلحة المحضون وإن تركت لهذه الأخيرة السلطة التقديرية وعدم تقديم المعايير التي تساعدها في هذا التقدير فجعلتها تجتهد في كل موضوع يخص الحضانة لِتَجِد المصلحة الفضلى للمحضون وتقرها، وتظهر هذه الضوابط من خلال:

المطلب الأول: ضوابط استحقاق الحضانة ومدتها

إذا كانت الحضانة تعني الحفظ ورعاية الصغير أو لمن لا يستطيع الاستقلال بنفسه فإن هذا الأمر وثيق الصلة بالمقاصد الشرعية القطعية الخمسة إذ فيها حفاظ على النفس ودين ومال وعرض ونسل المحضون حيث يصبح أهلا للولادة والتناسل وهذا ما تحققه المقاصد الضرورية في الشريعة ولم يختلف مفهوم الحضانة عن مقاصد الشريعة والفقه الإسلامي حيث عرفها قانون الأسرة في مادته (62) ق.أ بأنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[1].

أ/ ضوابط استحقاق الحضانة:

لقد كانت الشريعة السمحاء سباقة في وضع هذه الضوابط لأحكام الحضانة وحذت حذوها النصوص القانونية وجسدها القاضي في تطبيقاته، ويمثل هذا الحق من حيث ترتيب الحواضن وذكر الشروط المؤهلة لذلك.

[1]– المادة 62 من القانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، رقم15.

1/ أصحاب الحق من حيث الترتيب:

*** لقد تناولت المقاصد الحاجية من هو الأحق بالحضانة حيث أكدت أن وجود المحضون مع أمه أو أقرب الناس إليها أو من هو الأحق بعدهم وذلك من أجل دفع المشقة عنه وتيسير أمر نشأته ورعايته حتى يتمتع بالحنان والشفقة وحتى لا يضار بوضعه عند من لا يشفق عليه.**

فقد ذكر الفقهاء من خلال مقاصدهم الخاصة أن الحضانة نوعان نوع يقدم فيه الأب على الأم، وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم عن الأب، وهي ولاية الحضانة والرضاع.

وفي هذا ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص (أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء وإنّ أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم: «أنت أحق الناس به ما لم تنكحي»[1].

ويدل هذا الحديث على أن الأم أحق من الأب ما لم يوجد في الأم مانع يمنع تقديمها، وقال الكساني: «الأصل فيها للنساء، لأنهن أشفق وأرفق إلى تربية الصغار»[2].

وقد ذكر عن الثوري عن عاصم عن عكرمة قال: خاصمت امرأة عمر إلى أبي بكر –رضي الله عنه– وكان طلقها، فقال أبو بكر –رضي الله عنه–: الأم أعطف وألطف وأرحم وأرأف هي أحق بولدها ما لم تتزوج[3].

وسبب تقديم الإسلام للأم عن الأب في رعاية الصغير كونها أعرف بأحواله النفسية وما يحتاجه من عاطفة ولها من الصبر ما ليس للرجل[4].

---

[1]– حسن بن عودة الحواشي،الموسوعة الفقهية في الكتاب و السنة ج5 ، بيروت ، سنة 2014.

[2]– الكساني، مسعود بن أحمد، بدائع الصنَائع، نشر الكتب العلمية، س 1406 هـ، ج4، ص41.

[3]– الألباني، السلسلة الصحيحة، ج1، ص709.

[4]– موسوعة النابلسي الإسلامية

وقد أكد على هذه الأسبقيّة للأم المشرع الجزائري فالأم لها حق الصدارة وهذا من خلال نصوصه في قانون الأسرة سواء القديم: قانون (11/84)، أو القانون الجديد المتمم والمعدل (02/05) في مادته 64 منه على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها".

وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري حيث أكد على أسبقية الأم في الحضانة على غيرها [1]، فقد أقر المجلس الأعلى، في قراره الصادر في 1968/06/12 أن: "من المقرر شرعا بأنه حرصا على مصلحة الولد، تسند الشريعة الإسلامية حضانته إلى الأم أولا، ما لم يسقط حقها فيها، بسبب من الأسباب التي حددها المشرع" وكذلك قضاء المجلس الأعلى في قراره الصادر في 84/04/02 الذي يدلي بنفس الأحقية للأم [2]، وفي قضية: (ب خ) ضد (ج أ) بالمحكمة العليا، فقد صدر لها قرار بتاريخ: 1993/03/13، تقول فيه: "من المقرر شرعا وقانونا، أن الأم أولى بحضانة ولدها...".[3]

* ويأتي مستحقو الحضانة بعد الأم:

إن مجمل الفقهاء يتفقون على أحقية النساء من الرجال بالحضانة وسأتطرق إلى اختلافهم في ترتيب القريبات بعد الأم:

فالمذهب المالكي: يرتب القريبات من المحارم، ابتداءًا من الأخت، وتقدم الشقيقة على التي لأم، وهذه الأخيرة على التي لأب، ثم عمته ثم عمة أبيه، وأخت الجدة ثم خالة أبيهم وبنت الأخ الشقيق ثم التي لأم، وبعدها التي للأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأم، وتليها التي لأب.[4] وإذا اجتمع هؤلاء، يقدم منهن الأصلح للحضانة وبعضهم رجح بنات الأخ على بنات الأخت.

---

[1]– م أ، غ م: قرار بتاريخ 1968/06/12، سنة 1968، ص240.

[2]– م أ، غ أ ش: قرار بتاريخ 1984/04/02، في الملف رقم (32594)، م ق، 1989، ص77، عدد01.

[3]– م ع، غ أ ش: بتاريخ: 1993/03/13، العدد الأول، م ق 1993، ص48.

[4] عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج2 ، سوريا ، سنة 1979

أما المذهب الحنفي: فيرتب القريبات الحاضنات، بداية بأخوات المحضون ثم بنات الأخوات ثم الخالات، ثم بنات الإخوة، ثم عمات المحضون، فخالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات الأم، فعمات الأب، وتقدم دوما الشقيقة على التي لأم، والتي لأم على التي لأب.[1]

أما المذهب الحنبلي: فقد قدم الأم وأمهاتها، والأب وأمهاته، ثم الأخوات بدءا بالشقيقة فالخالة فالعمة ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخواته، ثم بنات إخوته ثم بنات أعمامه، ثم بنات أخواته.

وأخيرا المذهب الشافعي: فقد ذهب إلى أن الأم أولى بحضانة ابنها، أما عن القريبات من المحارم، فهن الأخت ثم بنت العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب على التي لأم.

2/ مستحقي الحضانة من الرجال:

وقيل فيها أنه إذا لم يوجد من النساء، محرم للصغير أو الصغيرة، انتقل الحق إلى المحارم من العصبة على حسب ترتيبهم في الإرث. فيقدم الأب ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم الأخ لأم وما نزل. وإذا انعدمت العصبات آل حق الحضانة للمحارم ذوي الأرحام [2] وإذا لم يكن للمحضون محارم ذوي الأرحام انتقلت الحضانة لأقربائه غير المحارم، ولا يحق للإناث في حضانة الذكور، كما أنه لا يحق للرجال في حضانة البنات، لكن في حال وجدت أنثى محضونة عند ابن عم لها ولا قريب لها، هنا القاضي يفصل بالأصلح لها[3].

---

[1] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص260.

[2] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار ثالة، الجزائر، س2000، ص268.

[3] أمينة ونوغي، مذكرة ماستر، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، س2015/2014، ص20.

3- مستحقي الحضانة في القانون الجزائري ومن خلال الاجتهادات القضائية:

لقد ذكر المشرع مستحقي الحضانة في المادة (64) من قانون الأسرة الجزائري "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربين درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون، وعلى القاضي عند إسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

فالمشرع من خلال نص المادة، منح للأب حق الحضانة بعد الأم مباشرة وتليه أم الأم ثم الأب.[1]

وقضت المحكمة العليا "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها، ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر إلى البلوغ، وحضانة الأنثى الزواج".

ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضو ا بتعديل الحكم المستأنف لديهم، بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة من جديد، وإسنادها إلى الأب، فإن بقضائهم هذا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبارهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطؤوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة والمادة (64) من ق.أ.ج[2].

كما قضت في حكم آخر، أن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب، اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية فقد طبقوا صحيح.[3]

وقضت في حكم آخر أن "الحضانة لا يجوز تجزئتها دون مبرر، وأنّ الأولاد الأربعة هم صغار السن، غير مميزين وضمهم لأمهم أولى، وهذا ملائم لمصلحة المحضون"[4].

وإذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من الفئات سابقة الذكر لوجود مانع، نص المشرع في المادة (64) من (ق.أ) على أن للقاضي أن يختار من يراه الأصلح، ولو كان من الأقارب،

---

[1] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص226.

[2] ملف رقم 5221 قرار بتاريخ: 1989/03/13، م ق، صادرة عن: م.ع، ع01، س1993، ص48.

[3] ملف رقم 15364 بقرار بتاريخ: 1997/02/18، م ق، صادرة عن م.ع، عدد01، س1997، ص39.

[4] ملف رقم 32594، قرار بتاريخ: 1984/04/02، م ق، صادرة عن م.ع، ع01، س1989، ص77.

الذين ليست لهم أحقية الحضانة كابن العم. وعلى القاضي في غموض نص المادة حيث لم يحدد مراتب استحقاق الأصلح للمحضون، واكتفى باختيار من يراه الأصلح.

هنا يجب الرجوع إلى نص المادة (222) من ق.أ.ج، التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وأن يبحث في ترتيب المستحقين للحضانة غير المذكورين في قانون الأسرة في الكتب الفقهية، بالرغم من اختلاف الترتيب عندهم إلا أن القاضي سيراعي دوما مصلحة المحضون.

وكخلاصة للقول: أن المشرع الجزائري والقاضي في تطبيقه لم يخرج عن المذاهب الفقهية من حيث مستحقي الحضانة وترتيبهم ماعدا الاختلاف الكامن في تقديم الأب وجعله في المرتبة الثانية بعد الأم، وغير هذا قد وافق المذاهب الفقهية تشريعا وقضاء، وذلك من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة في حال الغموض، أو عدم وجود نص في المادة (222) من قانون الأسرة.

ونظرا لدراسة الاستحقاق والترتيب لمن أسندت إليهم الحضانة فقد قيدها كل من المذاهب الفقهية والتشريعات الوضعية والجزائرية منها بشروط، وهي شروط عامة تخص كل من النساء والرجال، وشروط خاصة تخص النساء على حدى، وكذلك الرجال.

فقد فصل فقهاء الشريعة في هذه الشروط، أما المشرع الجزائري وإن لم يُفَصِل فيها ولم يخص لها نص معين، إلا أنه اكتفى في المادة (62) من القانون الجزائري المعدل والمتمم 02/05 في فقرتها الأخيرة بقوله "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"[1]

[1] قانون رقم 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27 يتضمن قانون الأسرة الجزائري.

4/ شروط استحقاق الحضانة في كل من مقاصد الشريعة وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي:

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، وإن تقدمت النساء في ذلك بحكم الفطرة وقدرتهن على رعاية الصغير وحفظه، ولاستحقاق هذه الحضانة لابد من توفر هذه الشروط الأتي ذكرها:

أولا: الشروط العامة:

1/ الأهلية: الحضانة حق يتطلب توفر الولاية، بحيث يشترط في الحاضن البلوغ [1]، ومعنى البلوغ هو بلوغ سن الرشد فقد نص فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة، أنه لا حضانة لصغير، واستثنى المالكية ما لو كان الصبي رشيدا في المال ويكون ذلك الصغير مع حاضنه حاضنين لذلك المحضون، فغير البالغ يحتاج إلى من يرعى شأنه فكيف يتولى شؤون غيره.

وقد حدَّدَ الحنفية: سن البلوغ باستكمال 15 سنة للإناث، الذكور 18 سنة.

وقال المالكية: بأن الصبي بلوغه 18 سنة، أو الحلم، أو الحيض، أو الحمل أو الإثبات.[2]

أما الشافعية: بلوغ الذكور 15 سنة، و 9 سنين للإناث، وفي رواية أخرى للإناث مثل الذكور.[3]

والحنابلة: متفقون على تحديد سن البلوغ، 15 سنة للذكر والأنثى.[4]

*** وقد نص المشرع الجزائري على أن سن البلوغ هو سن الرشد، وفقا للقانون الجزائري هو تمام 19 سنة حسب المادة 40 من (ق.أ.ج)[5] وبعد تعريفه لها في المادة 62 من (ق.أ.ج) في فقرتها الثانية على أنه: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".**

---

[1]– محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء "دراسة لقوانين الأحوال الشخصية"، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص149.

[2]– الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص599.

[3]– الرملي، مصدر سابق، ج3، ص212، وهبة الزحيلي ج7، ص171.

[4]– ابن قدامة، دار الكتاب العربي، بيروت، ج8، ص297.

[5]– الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان 1393 الموافق لـ 1975/09/26 المتضمن القانون المدني.

2/ العقل: إن الحضانة ولاية وغير العاقل يحتاج إلى رعاية شؤونه في حد ذاته فكيف له أن يتولى هذه المسؤولية العظيمة.

فقد أكد عليه الفقهاء بالنص، والتأكيد عليه وهو أهم شرط ففاقد العقل لا يقدر على تمييز النفع والضرر اللّذان تقومان عليهما مصلحة المحضون فقد قال:

الأحناف: على أنه يشترط من الحاضنة، أن تكون حرة، بالغة، عاقلة[1].

وقال المالكية: يشترط في الحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى العقل فلا حضانة لمجنون[2].

وقال الشافعية: فلا حضانة لمجنونة، أطبق جنونها أو تقطع، ولا حضانة لمعتوه وهو ناقص العقل.

وقال الحنابلة: فقد منعوا حضانة المجنون، والمعتوه[3].

وبهذه الآراء أعتبر شرط العقل مهما في تمييز ما هو خير للمحضون.

*** وقد اتفق المشرع الجزائري مع الفقهاء كامل الاتفاق في هذا الشرط وذكر ذلك في مواد الولاية من القانون المدني[4] وما أكدت عليه المادة 62 فقرة 02 من (ق.أ.ج).**

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 2002/02/13: "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني، ومخالفة للقانون ينجر عنها النقص دون إحالة"[5].

3/ القدرة: تعتبر من الشروط المختلف فيها وإن كان مقصدها واحد هو حفظ حياة المحضون فقد جاءت أقوال الفقه فيها ما يلي:

---

[1]– ابن عابدين،حاشية رد المختار، القاهرة، مصر، ج3، ص555.

[2]– الدسوق، مصدر سابق، ج2، ص599.

[3]– ابن قدامى، مصدر سابق، ج8، ص597.

[4]– القانون المدني الجزائري في مواده 42،43،44.

[5]– قرار رقم 265727 صادر في 2002/02/13، م ق، 2002، ع2، ص432 عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1193.

قال الحنفية: يقصد به القدرة على الرعاية والإنفاق، فلو اجتمعت قدرة البدن وسلامته، مع القدرة المالية كان أفضل.

وقال المالكية: اشتَرطوا الكفاية، ومعانيها عندهم كثير منها: عدم الإضرار بالمحضون، والخلو من المرض، والسن المشغل، والعاهة المانعة، كالعمى والحرس والصمم.[1]

وقال الشافعية: في شرط القدرة، أنه لا حضانة لفاقد القدرة، كمن به مرض لا يرجى شفاؤه، وهو ما قاله الباجوري[2].

وقال الحنابلة: اشترطوا القدرة البدنية، كعدم العجز، والخلو من عاهة مانعة، كما ورد في كشف القناع، إذ يقول: "ولا حضانة أيضا لعاجز عنها، كأعمى ونحوه فإذا كان بالأم مرضا، أو جذام سقط حقها في الحضانة، كما أفتى ابن تيمية".

ولقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة (62) من ق.أ.ج بقولها "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا" ويقصد بالقدرة هنا: رعاية الصغير في خلقه وصحته، فلا حضانة لكفيفة، ولا لمتقدمة في السن.

والقضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر الشرط، يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي[3]، فلا حضانة لعاجز لكبر أو لمرض أو شغل، لكن القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة، يجب أن يكون مبررا بسبب شرعي [4] وهذا من خلال قرار، رقمه (178086) صادر في 1997/12/23.

---

[1]– الإمام مالك، بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، م2، ج3، ط1، بيروت، س1995، ص357.

[2]– الباجوري إبراهيم، حاشية الباجوري، ج2، طبعة دار الكتاب القاهرة، ص200.

[3]– قرار رقم 33921 صادر في 1984/07/09، م ق، 1991، ع4، ص99، عن سايس جمال الاجتهاد القضائي (أحوال شخصية)، ج1، مرجع سابق، ص304.

[4]– قرار رقم 178086 صادر في 1997/12/23، ن ق، 1999، ع56، ص33، عن سايس جمال مرجع سابق.

ولأن عمل الأم الحاضنة، لم يشكل عملها سبب السقوط عنها، ما لم يتوفر الدليل لثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية، وهذا من خلال المادة 2/67 من الأمر 05-02: "أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة".

وهذا ما جاء في قرار المحكمة الصادر في 2002/07/03 م ق. رقم الملف (274207) وفي جميع الحالات يجب مراعاة مصلحة المحضون[1].

4/ شرط الإسلام: يعتبر هذا الشرط مهما جدا في تكوين الطفل، ومعتقداته بالرغم من هذا اختلف الفقهاء نذكر منها:

فقال الحنفية: حيث قال في اشتراط الإسلام للحاضن، قال ابن عابدين: تثْبت الحضانة للأم النسبية، ولو كانت كتابية أو مجوسية، أو بعد الفرقة، إلا أن تكون مرتدة حتى تسلم[2].

وقال المالكية: بإتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ولم يعتبروا الإسلام شرطا في الحاضن إلا إذا خيف إفساد المحضون. [3]

وقال الشافعية: عندهم يجوز أن يكون الحاضن مسلما، والمحضون كافرا أما العكس فغير جائز.

وقال الحنابلة: باشتراط الإسلام، فاتخذوا بإتحاد الدين، وهذا لقول ابن قدامة: "إنها ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم"[4].

وقد ظهر أثر مقصد حفظ الدين، في أن كثيرا من الفقهاء منعوا حضانة الكافر للصبي المسلم، ومن أجازها منهم فقيدها بعدم التأثر بدين المحضون، فمنعه من إطعامه الخنزير، أو سقيه الخمر، واستدلوا بمنع الكافر من حضانة الطفل المسلم، بقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ»[5].

---

[1]- قرار رقم 274207 صادر في 2002/07/03، م ق، 2004، ع1، ص263.

[2]- ابن عابدين، مصدر سابق، ج1، ص365.

[3]- الدسوقي، مصدر سابق، ج1، ص208.

[4]- ابن قدامة، مرجع سابق، ج11، ص520.

[5]- سورة التحريم الآية (6).

أما المشرع الجزائري: فقد نص في مادته 62 من قانون الأسرة على القيام بالتربية على دين أبيه، فقد اشترط من خلال نص هذه المادة على إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، فلا تعقل لغير المسلمة أن تحضن الولد، وكانت العبارة مطلقة من غير تفصيل، لهذا كان لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة، دون تحديد لمذهب معين.

أما القضاء: فلم يجد قضاء المحكمة العليا أن هناك مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة بل أعطى لها الأولوية حفضا، ومراعاة لمصلحة المحضون، خاصة إذا كانت الأم تقييم بالجزائر إلا إذا خشي على دينه [1]، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/11/07، في ملف رقمه (50876).

وكذلك في قرارها الصادر بتاريخ: 1990/02/19، في ملف رقمه (59013) [2]، حيث أكد من خلاله أنه إذا كانت الأم قاطنة في بلاد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب، فإن ذلك يعد خرقا للقانون، ولذا يجب أن تراعى مصلحة المحضون.

5/ شرط الأمانة: وهو شرط ومقصد أعظم وهو تعهد المحضون والشفقة عليه وإن اختلف الفقهاء في تحيد مفهومها، فهي لفظ ضد الخيانة أو عدم الخروج وترك الصغير فيضيع، وسنعرض أقوالهم كالتالي:

1) رأي الحنفية: رأي أعتبر شرط الأمانة من ملزمات الحضانة ومنها قول ابن عابدين، الذي عبر عنها بالفسق الذي يلزم منه ضياع الولد.

والقول الثاني لم يأخذ بشرط الأمانة كون الأم أحق بالولد ورعايته.

---

[1]– ملف رقم 50876 بتاريخ 1989/11/07، م ق، صادر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، ع03، س1991، ص48.

[2]– ملف رقم 59013 قرار بتاريخ: 1990/02/19، مرجع سابق، ص138.

2) رأي المالكية: عبروا عن الأمانة بالثقة، وفاقد ذلك لا حضانة له فقال الإمام مالك رحمه الله، في ذلك "فرب جدة لا تؤمن على الولد، ورب والد يكون سفيها سكيرا، يخرج من بيته ويدع الولد"[1].

فالحضانة عند المالكية لا تتحقق في السكران والسفيه والذي يكثر خروجه من البيت.

3) رأي الشافعية: أجمعوا على أن الأمانة شرط لازم ووصفوها بالثقة، والعفة وعدم الفسق. فقال الشافعي رحمه الله: «إن كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة، أولاهما به بغير تخيير»[2].

4) رأي الحنابلة: قالوا لا حضانة لمن لا أمانة له، وعبروا عنها بالعدالة وعدم الفسق فقد جاء لابن قدامة: أن الحضانة لا تكون لفاسق لأنه ينشأ عن طريقته.[3]

أما القانون الأسرة الجزائري، فلم يأتي بنص صريح لشرط الأمانة ولكن يفهم من خلال نص المادة (62) من (ق-أ-ج) فلا تثبت الحضانة لفاسق لأن ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا وهذا يتضمنه شرط الأهلية إلا أنه وفي التطبيقات القضائية ما أكد على هذا الشرط.

فجاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا، بتاريخ: 1997/09/30 بقولها: "حيث أن المادة 62 وما اشترطته في فقرتها الأخيرة على أن يكون أهلا للقيام بالحضانة.

حيث أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة والإحالة لنفس المجلس.[4]

ما يفهم من هذا القرار، أن المرأة الزانية، غير أمينة على محضونها.

---

[1]- الإمام مالك، بن أنس الأصبحي، برواية سحنون عبد الرحمان، بيروت 1995، ج3، ص 357.

[2]- الإمام الشافعي، عبد الله محمد بن إدريس، ط1، بولاق، مصر، س 2000، ص93.

[3]- ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص297.

[4]- م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ: 1997/09/30، ملف رقم 171684، م ق2001، ص169.

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء:

أكد كلا من الفقهاء والمشرع الجزائري على تعهد النساء بحضانة الصغير ورعايته، والعناية به، خاصة في مرحلته العمرية الأولى فهو بحاجة لمن ترضعه وتعطف عليه، فهن في ذلك أولى من الرجال، لهذا وضعوا شروطا تنفرد بها النساء على الرجال.

وهذه الشروط كالتالي:

1/ الخلو من زوج أجنبي للمحضون: لقد قال الأئمة الأربعة بما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به، ما لم تنكحي"[1].

فقال الحنفية: أن الحضانة تسقط، في حال تزوج الأم برجل أجنبي، فقال المرغيناني، (وكل من تزوجت من هؤلاء، سقط حقها)[2].

وقال المالكية: نفس ما ذكره جمهور الفقهاء في سقوط حضانة الأم بزواجها من رجل أجنبي، وهذا ما ذكره الدسوقي في حاشيته.[3]

وقال الشافعية: تسقط الحضانة على الأم بزواجها، واشترطو ا الدخول، وقال أبو المواهب: اتفقوا على أن الحضانة تثبت للأم، ما لم تتزوج، وإذا تزوجت ودخل بها زوجها، أسقطت حضانتها.[4]

أمّا المشرع الجزائري: فاشترط عدم الزواج، كي لا تسقط الحضانة إلا في حالة مرور سنة، ولم يطلب صاحب الحق فيها بالحضانة فلا تسقط حضانتها.

أمّا التطبيقات القضائية فجاء في قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ: 1989/07/03 بقوله: "من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالمتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[5].

---

[1]– سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج1، ص310.

[2]– المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن على ابن عبد الجليل، الهداية، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، ص37.

[3]– الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص600.

[4]– عبد الوهاب أبو المواهب، الشعراني الشاذلي، الميزان الكبرى، ج1، القاهرة، ص95.

[5]– م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ: 1989/07/03، ملف رقم 4353، م ق، ع1، س1992، ص45.

2/ أن تكون ذات رحم محرم للمحضون: كأم المحضون وأخته وجدته، فلا حق لبنات العم والعمة، وبنات الخال والخالة، بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث، ولا حق لبني الخال والخالة والعم والعمة، في حضانة الإناث، ولكن لهم الحق في حضانة الذكور.[1]

وهذا ما سأعرج عليه من خلال الآراء الفقهية وكذلك التشريع الجزائري والتطبيق القضائي.

1) الحنفية: الرحم المحرم، يعد قيدا للتحرز من الفتنة فالصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير ذي محرم، تحرزا من الفتنة.

2) المالكية: الرأي الراجح عندهم هو لا حضانة لغير الرحم المحرم، فهو مقيد بشرط التحرز من الفتنة.

3) الشافعية: أخذوا بالرحم المحرم، وقيدوه بالمحضونة الأنثى، فقال أبن أبي الدم: (لو كان العصبة ابن العم، وقلنا أنا الحضانة تثبت للعصبة، فإن كان الولد ابنا خير بنيه وبين الأم، وإن كانت بنتا، كانت عند الأم إلى أن تبلغ ولا تخيير لأن ابن العم ليس بمحرم، فلا يجوز تسليمها إليه)[2].

4) الحنابلة: أحذو بهذا الشرط فقال ابن قدامة، في حضانة ذوي الأرحام من الرجال: (احتمل وجهين: هم أولى لأن لهم رحما، وقرابة يرثون بها... كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم وجود من هو أولى بها منهم، والثاني: لا يحق لهم في الحضانة. ويبينون أن أخذهم بالرحم المحرم مختص بالصبية، التي تجاوزت سبع سنين.

أما عن قانون الأسرة الجزائري: فهذا الشرط جاء في نص المادة (66) من قانون الأسرة الجزائري بقوله: يسقط حق الحضانة، بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل حتى ولو كانت أمًا

---

[1]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الرائد العربي بيروت، س1980، ص408.

[2]– ابن أبي الدم، إبراهيم عبد الله المهذاني، أدب القضاء، ج2، ط1، وزارة الأوقاف بغداد، العراق، ص477.

مع الأخذ بمصلحة المحضون، وكان هذا الشرط ظاهرا ولا يمكن مخالفته قضاء ولم يترك مجالا للاجتهاد القضائي لأنه نص لا غموض فيه.

3/ عدم إقامة الحضانة بالمحضون في بيت يُبغِضهُ:

أختلف في هذا الشرط بين الفقهاء: فالشافعية والحنابلة لم يعتبراه شرطا في الحاضن عكس الحنفية والمالكية بأن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه والذكر لسن معينة، فإذا كان الحاضن في جهة غير مأمونة سقطت حضانته.[1]

أما المشرع الجزائري فقد جاء في نص المادة (70) من قانون الأسرة بقولها "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، وجاءت هذه المادة مؤكدة على مصلحة المحضون ليتربى تربية سوية.[2]

أما القضاء فقد جاء القرار الصادر بتاريخ 1998/03/17 عن المحكمة العليا ما يلي: "أن القضاء بإسناد الحضانة للأخت من الأب، رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية ورعايتهم، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون"[3]

4/ الامتناع عن الحضانة مع إصرار الأب:

اختلف أيضا الفقهاء في هذا الشرط، فقد قالوا بعدم اشتراط مثل هذا الشرط، ماعدا الحنفية فقالوا بلزومه، وحسب رأيهم أن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا، عند إعسار الأب، مسقط للحضانة وعدم الامتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة. [4] فإذا كان الأب مصرا على إعساره، وقبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة.[5]

---

[1] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار التراث العربي، بيروت لبنان 1969، ص598.

[2] صالح بوغرارة، الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013، ص115.

[3] قرار رقم 179471 صادر في 1998/03/17، س2001، ع خ، ص172 عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج2، مرجع سابق، ص1069.

[4] الباهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر بيروت، ج5، ص497.

[5] ابن قدامى، مصدر سابق، ج7، ص623.

أما المشرع الجزائري: فلم يذكر هذا الشرط، بحكم إنْ لم يجد نصا يرجع إلى الفقه المالكي وله واسع النظر في أن يأخذ بهذا الشرط أو يستبعده.

ثالثاَ: الشروط الخاصة بالرجال:

لم يُقيد استحقاق النساء فقط بشروط فكذلك قد خص الرجال الحاضنون بشروط تتفق وطبيعتهم ومن هذه الشروط:

1/ أن يكون ذا رحم محرم:

في الحقيقة لا يوجد في موضوع الحضانة فيما يخص حضانة الرجال للمحضون الذكر إشكالا، لكن الإشكال يطرح فيما يخص حضانتهم للمحضون الأنثى، ولهذا ميز الفقهاء بين مرحلتين:

فقال الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف والمالكية [1] لا يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للأنثى، طالما أنه غير مأمون عليها.

أما قول الأحناف: يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم لكن إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها، فالقاضي يبقيها عنده إذا كان

أمينا.

أما في التشريع الجزائري: فقد نص صراحة بهذا الشرط صراحة وفيما يخص القاضي فعليه أن يجتهد الرأي بأخذ من رأي الفقه ما يراه أنسب، مع مراعاة الرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة.

2/ أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء: لم يقل جمهور الفقهاء بهذا الشرط ماعدا:

المالكية: إذا لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء، كزوجة أو خادمة، فلا حق له الحضانة.[2]

---

[1] الباهوتي، المصدر السابق، ج3، ص364.

[2] الصاوي أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، القاهرة، مصر، د–ت ،ج1، ص529.

أما المشرع الجزائري: فهو بدوره لم يورد نصا في ذلك وقال بالرجوع إلى نص المادة (222) من قانون الأسرة.

أما القاضي: فعليه الأخذ بالأنسب من أراء الفقهاء.

وخلاصة القول: في كل ما سبق من أراء في الشروط بين الفقهاء والمشرع الجزائري والقضاء فكانت أراء متقاربة جدا وما لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة فكان يلجأ إلى نص المادة (222) من قانون الأسرة، ويحمل القاضي على الاجتهاد بالأخذ بآراء الفقهاء وأخذ الأنسب والأصلح منها للمحضون، في القضايا المعروضة عليه.

ب: مدة الحضانة فقها وقانونا وقضاءًا:

إن مدة الحضانة، هي الفترة الزمنية الممتدة من وقت ولادة الطفل أو الصغير حيا إلى نهايتها. سواء ببلوغ المحضون السن المقدر لانتهائها، أو بسقوطها لسبب ما.

1/ مدة الحضانة في المقاصد الخاصة:

إنّ مدة الحضانة تتجلى بوضوح، من خلال المقاصد الكلية الثلاث الضرورية منها والحاجية والتحسينية، التي تكفل الحضانة الحقَّة منذ ولادة الصغير، إلى انتهائها، وقد أخذ منها الفقهاء هذا فاتفقوا بأن الحضانة على الصغار تبدأ منذ الولادة على الرغم من أنهم اختلفوا في الوقت الذي تنتهي فيه حال افتراق الزوجين.[1]

فعند الحنفية: سواء كانت الحاضنة أما أو غيرها أحق بالغلام، حتى يستقل بنفسه في الأكل والشرب واللبس، وقدر زمن استقلاله بسبع سنين، لأنه في الغالب لقوله صلى الله عليه وسلم: "مروا أولادكم بالصلاة لسبع" فالأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة وقيل بتسع سنين[2].

وعند المالكية: فقد ذهبوا أن الحضانة للصبي حتى البلوغ، وللبنت أن تنكح ويدخل بها زوجها.

---

[1] نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009، ص101.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق.

وعند الشافعية: أن الأم أحق بولدها إلى بلوغه سن التمييز سواء للذكر أو الأنثى.

وعند الحنابلة: قالوا بأن سن الحضانة هو الميلاد إلى سبع سنين عند الذكر والأنثى وبعدها يخير الصبي، أما الأنثى حتى تتزوج.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: (وأما الصبي المميز فيخير تخيير شهوة)

وقال ابن قدامة: إن الغلام إذا بلغ سبعا، وليس بمعتوه خير بين أبويه.

وقال أيضا: وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع لاختياره لها، كان عندها ليلا، ويأخذه الأب نهارا ليسلمه في مكتب، أو في صناعة، لأن القصد حظّ الغلام وحظه في ما ذكرناه.[1]

أما موقف المشرع الجزائري: إن مدة الحضانة تنتهي ببلوغ سنها المحدد، وهي تختلف من الذكر إلى الأنثى [2]، لتباين نفسي وعقلي وجسدي، لكل واحد منهما، فذكر المشرع بأن الحضانة عند الذكر تنقضي مدتها ببلوغه 10 سنوات، والأنثى بسن الزواج أي 19 سنة، طبقا لنص المادة 65 قانون أسرة.[3]

وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار صادر في 1989/03/13 قضى "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"[4].

وكما أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/03/19 "المقرر قانونا أنه تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، والقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني".

---

[1] ابن قدامه، المغني، ج8، ص238.

[2] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ص157–158.

[3] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، ص51.

[4] م أ، غ أ ش، قرار بتاريخ 1989/03/13، في الملف رقم (52221)، مجلة ع1، ص48.

ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما لم يوضح عمر الأولاد فقد خالف القانون.

ومتى كان ذلك استوجب، نقض القرار لمطعون فيه.[1]

وفيما يخص تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون

فقد رأى فقهاء المالكية: أن سن الحضانة هو سن البلوغ وعندهم هو 16 سنة، وحدد انتهاء حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج، إلا أنه لم يكتفي بالزواج بل اشترط الدخول.

وما أخذ به المشرع الجزائري: تكون الفترة الممتدة بين 10 و16 سنة فترة بلوغ فالقانون حدد مدة الحضانة في المادة (65) بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة (10) سنوات، ويجوز في حالات استثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك، ولا تتجاوز سن التمييز (16) سنة، طبقا للمادة (42) من القانون المدني.

لذا أجاز المشرع للقاضي تمديد الحضانة للذكر 16 سنة وذلك لدفع الضرر ومراعاة مصلحته، وإذا رغب الحاضن باستمرار الحضانة له التمسك بهذا الحق عن طريق:

1/ أن يرفع طلبه إلى المحكمة لإصدار حكم بتمديد الحضانة حسب ما جاء في نص المادة (68) من قانون الأسرة "صاحب الطلب ملزم بتقديم الطلب خلال سنة من تاريخ نهاية الحضانة"، وإلا رفض طلبه، لفوات الأجل القانوني.

2/ أن لا تكون الأم متزوجة، لأن هذا يسقط أصلا حقها في الحضانة إلا إذا كان من محارم المحضون.

3/ يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى، فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن، طلب تمديدها.[2]

4/ أن تكون الأم وحدها لها الحق في تمديد الحضانة بعد 10 سنوات أما على صعيد القضاء فيجوز للقاضي أن يمدد الحضانة للولد الذكر من 10 سنوات إلى 16 سنة، وطلب الحاضن

---

[1] قرار رقم 59156 صادر في 1990/03/19، م ق، 1991، ع2، ص76 عن سايس جمال، مرجع سابق، ص481.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص154.

التمديد متوافرا على كل الشروط السابقة التي حددها المشرع للقاضي، وأهمها أن يكون التمديد يخدم مصلحة المحضون.[1]

ولهذا قضت المحكمة العليا، في قرارها الصادر في 2002/07/03 بقولها: "حيث أنه فعلا ثبت أن الأم منذ الحكم لها بالحضانة تمارسها، وأن المحضون بقي يعيش عند والده، ولما بلغ 10 سنوات طالب الوالد بالحضانة، فحكم القاضي له بالحضانة مراعاة لمصلحة المحضون لأن هذا الأخير تعوّد على العيش مع أبيه طبقا لنص المادة (64) من قانون الأسرة الجزائري، وهو حكم سليم وأن تمديد الحضانة إلى 16 سنة هو استثناء إذا كانت في الحضانة مصلحة، ولما انعدمت المصلحة في تمديدها، فإن قضاة الاستئناف يكونوا قد أخطأوا في قرارهم بإلغاء الحكم المستأنف، مما يتعين معه نقضه وإبطاله وبدون إحالة"[2].

كما قضت المحكمة العليا أيضا في قرار لها بتاريخ 2011/02/10 بقولها: لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي، والحضانة غير ملزمة بالتمديد في حال تجاوز سن المحضون 10 سنوات، وتبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بحقوق المحضون[3]

2/ الحالات الغير عادية: التي لا تحدد سنا معينا لانتهاء الحضانة، فقد حددها الفقهاء حيث: أن الحضانة توجد بعض أحكامها بعد سن البلوغ في حق من لا يستقل بخدمة نفسه كالمجنون والمشلول، ويظهر ذلك في كونها "حفظ من لا يستقل بحاجاته، وتربيته، وتعهده بما يصلحه" وهي حاجات ضرورية.

وقد صرح بعض علماء الشافعية والحنابلة: بتسمية رعاية الكبير والمجنون والمعتوه حضانة، فالمحضون هو كل صغير ومجنون ومختل وقليل التمييز.

---

[1] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، ط1، الإسكندرية 2013، ص150.

[2] قرار رقم 260702 صادر في 2002/07/30، محكمة عليا، نقلا عن حميدو زكية، مصلحة المحضون، مرجع سابق، ص64.

[3] قرار رقم 599850 صادر في 2011/02/10، م م ع، 2012، ع1، ص281 عن سايس جمال، مرجع سابق، ج 3، ص1589.

وقال ابن قدامة: "ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه"[1]

وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى: بتاريخ 1987/07/03 بقوله: "حيث أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا مزمنا وتحتاج إلى رعاية أكثر والذي يوفر هذه العناية الأم فقط"[2].

المطلب الثاني: ضوابط إسقاط الحضانة وعودتها

من خلال ما سبق من ضوابط تحكم استحقاق الحضانة، وما تتضمنه من أحكام تضبطها شروط، فإذا اجتمعت أسندت الحضانة لطالبها، أما إذا تخلف شرط منها أسقطت عنه، كما قد تطرأ ظروف على الحاضن، تمنعه من استمرار الحضانة وسيترتب عليها إسقاط هذا الحق عنه ولا يتم ذلك إلا باللجوء إلى القضاء واستصدار حكم بإسقاطها.

أولا: ضوابط إسقاط الحضانة فقها وقانونا وإجتهادًا:

إن أول ما يذهب إليه الفقهاء، والتشريع الجزائري قانونا وقضاءا عند إسقاط الحضانة هو مصلحة المحضون التي يعتبرها كلا منهم ضابطا ومعيارا أساسيا وجوهريا يؤسس عليه كل أحكام الحضانة، ولهذا لابد من التطرق إلى أسباب الإسقاط التي يتعرض لها هذا الحق.

وكذلك دراسة الحالات التي يَعود فيها هذا الحق بعد إسقاطه.

1- أسباب سقوط الحق في الحضانة:

يقصد بالأسباب هنا، هو وجود مانع من استحقاق الحضانة، بزوال الشروط الواجب توفرها في الحاضن.

فقد ذكر الفقهاء هذه الأسباب وربطها باختلال الشروط التي يجب توافرها في الحاضن، مراعاة لمصلحة المحضون وقد وقع خلاف في بعض هذه الشروط.

---

[1] **ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص239.**

[2] **المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 1989/07/03، ملف رقم (54353)، م ق 1992، ع1، ص45، نقلا عن جمال سايس، ج2، المرجع السابق، ص565.**

أ/ فقد نص فقهاء: الحنفية والمالكية والحنابلة أن اشتراط البلوغ في الحاضن لا بد منه، فغير البالغ يحتاج للراعية فكيف يكون مسؤولا عن غيره. كما أتفق الفقهاء على أنه لا حضانة لمعتوه ولا مجنون [1]، واشترطوا الإسلام فلا حضانة لكافر على مسلم وهذا قول الشافعية والحنابلة[2] وقال الحنفية، الذمية أحق بولدها المسلم، ما لم يعقل دينا وكذلك قال المالكية، لأن الكافر يعلمه الكفر وهو ضرر عظيم.

ومن هذا كله، كان رأي الشافعية والحنابلة أرجح، لأن فيه حفاضا على دين المحضون وخلقه.

• كما أن القدرة والكفاءة: شرطان مهمان في الحفاظ على مصلحة المحضون، فلو كانت الحاضنة كبيرة، أو مريضة مرضا دائما، أو بها مرض معد كجذام أو برص، أو كانت مريضة بعمى، أو كثيرة الخروج، فبهذا يختل شرط القدرة فيها إلا إذا وجد من يساعدها في تولي شؤون المحضون.

• والأم وإن انشغلت بعمل عن رعاية ولدها إذا كانت منفصلة عن زوجها وإن لم تكن متزوجة، تسقط حضانتها لانشغالها وبعض الفقهاء يرون أن اشتراط القدرة في الحضن تكون بالقيام بشؤون المحضون فلا حضانة لمن كان عاجزا، لكبر سن أو مرض أو عاهة كالعمى والخرس والصمم، أو كانت تخرج كثيرا لعمل يسبب ضياعا للولد.

كما أنه في عهد النبي (ص) علق سقوط الحضانة على زواج المرأة فقط. فقد دل ذلك على أن انشغال المرأة بالعمل لا يعد مبررا لسقوط حقها في الحضانة.

• وفيما يخص شرط عدم الفسق، فقال المالكية والشافعية والحنابلة فقد اعتبروه شرطا في استحقاق الحضانة من عدمها. والحنفية لم يعتبروه كذلك إلا إذا كان فسقا يضيع الولد كأن تكون الأم زانية.

---

[1] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5، ص253.

[2] ابن قدامى، المغني، مصدر سابق، ج9، ص398.

• أما فيما يخص الشروط المتعلقة بالنساء التي تمنحهم حق الحضانة، وأولها خلو المرأة من الزوج، واختلف الفقهاء في سقوط الحضانة بالنكاح، فالمالكية والشافعية والحنفية قالوا السقوط بالزواج مطلق، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى واستدلوا في ذلك بحديث: «أنت أحق به ما لم تنكحي» لأنها تشتغل بحقوق الزوج الأجنبي منه.

فالمقصد العام في الحضانة هو صيانة الطفل، والمقصد الخاص هو تكليف المرأة بالحضانة لشفقتها على وليدها.

أما إذا تزوجت بقريب محرم للمحضون، فلا تسقط حضانتها إذا وافقها في ذلك، لأن قرابته للمحضون تدفعه إلى حسن المعاملة والرأفة بالمحضون، وعدم التفريق بينهما وهذا فيه مصلحة للمحضون.

• وفيما يخص حضانة الرجل فيشترط لعدم إسقاطها عنه، أن يكون عنده من الإناث من يصلح للحضانة من النساء، وهذا ما اشترطه المالكية وأن يكون الرجل محرما.[1]

• وذكر جمهور الفقهاء أن مسقطات الحضانة وإن اختلفوا فيها كالسفر بالمحضون فقال المالكية والشافعية والحنابلة أن إذا كان انتقال الأب إلى بلد آمن سواء كان مسافرا أو مقيما فهو أحق به إلا أن الحنابلة قيدوه بعدم انتزاع الولد منها، وقول الحنفية أنه إذا أرادت الأم الانتقال به إلى بلد آخر فالأب أحق به، أما إذا كان المكان قريبا يُمَكِنْ الأب من رؤية ولده ونفس القول للأب.[2]

• أما التنازل عن حق الحضانة بعوض وبغير عوض: قال الفقهاء إن تركت الأم الحضانة على عوض أو بدون عوض، يكون لها أن ترجع فيها. كما أجازوا أن تترك حقها في حضانة ولدها على مال يعطيه إياها، إذ لا فرق بين الموضعين».[3]

---

[1] المرغيناني، الهداية، مصدر سابق، ج4، ص370.

[2] ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص272،273.

[3] د.أفنان بنت محمد عبد المجيد، مستحقو الحضانة وموجبات نقلها، جامعة أم القرى، ص40.

وما قرره ابن رشد المالكي، ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية حيث قال: «وقياس المذهب عندي جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره».[1]

وينبغي تقييد هذا الجواز في التنازل عن حق الحضانة بعوض أو بدون عوض مراعاة لمصلحة المحضون كما ذكر معظم الفقهاء.[2]

كخلاصة القول: أن جمهور الفقهاء ومراعاة للمقاصد العامة من الشريعة للحضانة هو الحرص على مصلحة الصغير.

ب: المشرع الجزائري قد نص:

اعتبر المشرع بدوره أن أسباب سقوط الحضانة هو فقدان أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص جملة من الشروط، التي يجب أن يتصف بها الحاضن، إذا اختل أحدها يسقط حق الحاضن في ممارسة الحضانة.[3]

كما نص المشرع في المادة (67) من نفس القانون، في فقرتها الأولى على التربية والرعاية الصحية والخلقية، فإذا افتقر الحاضن للقدرة وتربية المحضون على دين أبيه يسقط حقه في الحضانة.[4]

وتطبيقا لهذا المبدأ، قضت المحكمة العليا أن الحاضنة إذا فقدت البصر، تعد بذلك عاجزة، عن القيام بشؤون أولادها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية.[5]

- كما أن جريمة الزنا: تعتبر سببا مهما من أسباب السقوط، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون، فنجد المشرع الجزائري نص على السلوك المشين، في المادة (67) من قانون الأسرة بقولها: "تسقط الحضانة، باختلال الشروط المنصوص عليها، في المادة (62)، حيث

---

[1] د. أفنان، نفس المرجع والصفحة.

[2] حاشية ابن عابدين، ج5، ص359.

[3] صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص100.

[4] كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير (غير منشورة) جامعة البويرة، كلية الحقوق 2013.

[5] قرار بتاريخ 1997/09/30، ملف رقم (171684)، الاجتهاد القضائي، ع1، مرجع سابق، ص169.

تسقط الحضانة على الحاضن الذي غير أهل لذلك"، وترك بذلك المجال واسعا للقضاء ليتحرى مصلحة المحضون.

• فقد صدر قرار للمجلس الأعلى يقول فيه: «من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عَن الأم لفساد أخالقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط حق أمها في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما معًا» [1]، ويعد إسناد الحضانة للأم مع قيام هذه الجريمة مخالفا للقانون، ولأحكام المادة (62) من قانون الأسرة.

• وفيما يخص عمل المرأة: نجد أن المشرع الجزائري اعتبره غير مسقط للحضانة فبالرجوع إلى نص المدة (67) فقرة ثانية: «ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب السقوط، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون، وخاصة في تعديله الجديد، فإن استطاعت المرأة أن توفق بين عملها كموظفة، وعملها كحاضنة، بحيث لا تضيع المحضون.

• فجاء قرار مجلس قضاء المدية: إن استناد الطاعن في دعوى إسقاط الحضانة على عمل الحاضنة غير مؤسس.[2]

• وقضت المحكمة العليا: "أن عمل المرأة الحاضنة، لا يوجب إسقاط حقها في الحضانة إلا إذا وجد دليل، على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية"[3].

• وخلاصة القول: أن المشرع الجزائري والاجتهادات القضائية، اعتمدت على مقاصد الشريعة الإسلامية، فلا يحق للمرأة الاحتفاظ بالحضانة إذا كانت مهملة للمحضون بسبب عملها.

• وقال المشرع في شرط زواج الحاضنة بأجنبي:

فقد نصت المادة (66) من قانون الأسرة "يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون" أما إذا كانت متزوجة بقريب محرم للطفل كعمه فلا يسقط حقها فيها.[1]

---

[1] م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1984/01/09، ملف رقم 31997، م ت 1989، ع01، ص73.

[2] مجلس قضاء المدية، غ أ ش، بتاريخ 2002/04/06، رقم الجدول 1268، 2001، فهرس 2002/50.

[3] قرار بتاريخ 2002/07/03، ملف رقم 74207، نبيل صقر وقمراوي عز الدين، مرجع سابق، ص132.

• وهذا ما قضت به المحكمة العليا: في قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/13، إذا كان القاضي أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق، إذا تم زواجها بغير قريب محرم[2]

• ومن خلال نصوص القانون، والتطبيقات القضائية نجد أن:

1/ الزواج بغير قريب محرم مسقط للحضانة سواء كانت الحاضنة الأم أو غيرها.

2/ لا تسقط الحضانة في هذا الخصوص إلا بحكم قضائي، يثبت بعقد رسمي وهذا ما جاء في نص م 68 ق أ.

3/ ويطبق إسقاط الحضانة، لهذا السبب على المحضون، سواء كان ذكرا أو أنثى.

4/ المبدأ العام في اعتبار الزواج بغير قريب محرم، سببا مسقطا للحضانة ولم يرد عليه استثناءات، تراعى من خلالها مصلحة المحضون، كأن يكون هذا الأخير، ذا عاهة أو يحتاج إلى رعاية مستمرة من طرف أمه.

فالقاضي هنا سلطته مقيدة، لأن المشرع لم يتدارك هذا الفراغ في المادة (66) من قانون الأسرة، وجعل إسقاط الحضانة بالزواج مبدأ عام، وكاستثناء عليه، هو مراعاة الأصلح للمحضون، كما يجب تحديد الوقت التي تسقط فيه الحضانة، فهل تبدأ من تاريخ إبرام عقد الزواج، أو من تاريخ الدخول بها، وهذه التساؤلات من أجل معرفة المتقاضي، اللجوء للقضاء لاستصدار حكم بإسقاط الحضانة.

2/ التنازل عن الحضانة:

أ/ رأي الفقهاء في التنازل عن الحضانة: لقد استقر الفقهاء على جواز التنازل للحاضنة، عن حقها في الحضانة ما لم يتم تعيينها لوحدها للحضانة، كأن توجد حاضنة بعدها ورفضت

---

[1] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص270.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 2005/07/13، ملف رقم (341320)، ن ق 2008، ع62، ص385، نقلا عن جمال سايس الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص1469.

الحضانة، أو كان الأب معسرا، ولا يستطيع دفع أجر الحَاضنة غير الأم، في هذه الحالات أقر الفقهاء بمصلحة المحضون.

ب/ قول المشرع والاجتهاد القضائي، في موضوع التنازل، فقد ذهبا إلى ما أقرته مقاصد الشريعة وأراء الفقهاء.

• فالمشرع الجزائري أعطى حق التنازل للحاضنة، بشرط وجود حاضن آخر تسند له الحضانة، ويكون أهلا لذلك وهذا من خلال نص المادة (66) من قانون الأسرة.

• أما المحكمة العليا فقد أكدت ذلك، في قرارها المؤرخ في 1998/08/21، من "المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة، إذا أضرّ بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن قضاة، لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنهما مراعاة لمصلحتهما فإنهم طبقوا صحيح القانون[1]

كما أن القرار الصادر بتاريخ 1999/04/20 قضت بأن "تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين (66) و(67) من قانون الأسرة"[2]

• وهناك التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة: وهو تنازل صريح حيث أقره المشرع الجزائري في نص مادته (66) قانون أسرة صراحة، في فقرتها الثانية، وهذا التنازل لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها، بل اشترط أن يكون هناك حاضن آخر، تسند له الحضانة، وتتوفر فيه الشروط المطلوبة قانونا [3]، فيسقط حق الحضانة، إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا، ولا يقبل طلب استرجاعها.[4]

---

[1] قرار بتاريخ: 1998/21/07، م ق، صادرة عن قسم المستندات النشر بالمحكمة العليا، ع خاص، س 2001، ص175.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1999/04/20، في الملف رقم (257741)، م ق 2003، ع1، ص363، نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، ج2، ص1074.

[3] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال ش، ج1، ط3، دار هومة الجزائر، 2011، ص474.

[4] صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص134.

• وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1989/03/27، حيث جاء فيه "من المقرر فقها وقانونا، أن المتنازل عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها، ولا يقبل منها طلب استرجاعها، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها، دون إرغامها على ذلك، فإن قضاة الاستئناف، الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم، والقضاء برجوع الأم المطعون ضدها، عن التنازل عن حقها في الحضانة، وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم خالفوا الفقه والقانون".[1]

• وهناك التنازل باتفاق الأطراف:

1/ اتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين: شريطة أن يكون هذا الاتفاق لا يتعارض مع مصلحة المحضون، فيمكن الاتفاق عن التنازل لفائدة أحد مستحقي الحضانة.

• وجاء في قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، بتاريخ: 1994/06/08 والمؤيد بدوره حكم محكمة الرويبة، الصادر في: 1993/08/11، القاضي بموافقة على العريضة المشتركة بين الطرفين، والمتضمنة إسناد حضانة البنت إلى أمها.[2]

• وقد صدر قرار آخر للمحكمة العليا: متى حصل الاتفاق بين الطرفين (الأم والأب) فإن القاضي يصادق على شروطه، ولا يجوز بعد ذلك لهما بالرجوع فيه.

2/ التنازل عن الحضانة مقابل الخلع:

• اختلف الفقهاء في هذا التنازل الإتفاقي فمنهم من يقول بإسقاط الحضانة بالخلع كالمالكية وانتقالها للأب بشروط منها عدم الإضرار الصغير بمفارقة أمه، وأن يكون الأب قادرا على حضانته، وإلا يقع الطلاق ولا يسقط حق الحضانة[3].

ومنهم من يراه غير جائز لأن الحضانة حق للصغير ولا يمكن قبول هذا التنازل مقابل الخلع.

---

[1] م ع، غ أ ش،قرار بتاريخ: 1989/03/27، ملف رقم 53340، م ق 1990، ع03، ص85.

[2] م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ: 1996/07/09، ملف رقم: 138949، م ق 1996، ع1، ص73.

[3] سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، س1986، ص379.

• أما المشرع في هذا الشرط لم يشر للخلع، في حق الحضانة، وإنما أشار إليه في المادة (54) فقرة 02، من قانون الأسرة بقوله: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

• وهذا ما قالت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ بتاريخ: 1982/02/08 "على أن المقرر شرعا، أنه للطلاق على مال، لا يفرض على الزوجة، كما يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات عدم قدرة الزوجة فيها على البقاء مع زوجها، فتعرض عليه مالا لمفارقتها، ولم يعرج على الحضانة في هذا الموضوع.

3/ اتلنازل عن الحضانة بالتراضي:

إن الاتفاق بين الزوجين، انطلاقا من قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"

ففي القرار الصادر عن المحكمة العليا، جاء فيه "الخطأ في تطبيق المادة (67) من قانون الأسرة بدعوى أن القضاة اعتمدوا فقط على الاتفاق الذي تم بين الطرفين سنة 1996، فيما يخص تنازل الأم عن الحضانة دون أن يراعوا مصلحة المحضون، وفقا للمادتين (66) و(67) من قانون الأسرة"[1]

• فالمشرع الجزائري قال بمبدأ الاتفاق، وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما يمكن أن يسقط الحق بالتنازل، عن طريق نوعي الطلاق، سواء كان بالخلع أو بالتراضي، فكل هذا جائز، مع الأخذ في الحسبان بمصلحة المحضون.

3/ سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها:

إن سقوط الحضانة مقيد أيضا بمدة زمنية، وإن توافرت الشروط كلها في الحاضن، إذا لم يطالب بها، مدة تزيد عن سنة بدون عذر [2] ويعتبر سقوطا بقوة القانون وهذا ما نصت عليه المادة (68) من قانون الأسرة الجزائرية وما شملته من أعذار.

---

[1] م.ع، غ أ ش،قرار بتاريخ: 1999/04/20، ملف رقم 22047، م ق 2001، ع خ، ص183.

[2] المادة 68 من القانون رقم 84–11 مؤرخ في 1984/07/09 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم02/05 المؤرخ في 2005/02/27، ج ر، رقم15.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1984/06/25 "متى كان من المقرر شرعا، أن الحضانة تسقط عن من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، وإذا كان الثابت في قضية الحال. أن الجدة لأم بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة، فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم المحضون... ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

لكن التساؤل هو: متى يبدأ حساب مدة السنة، هل يبدأ من اليوم الذي أسقطت فيه الحضانة عن الحاضن السابق أو من تاريخ تبليغ الحكم الخاص بالطلاق.

ففي غياب النص التشريعي أو غموضه يجد نفسه مضطرا إلى سد الثغرات، فقضى المجلس الأعلى في 1979/02/05 "بأن طلب المطعون ضدها جاء متأخرا بمدة طويلة من تاريخ تنازل ابنتها أم الولدين، إذ وقع هذا التنازل عن حضانة ابنيها في 1972/08/30 ولم تحرك الجدة ساكنا حتى 1978/01/08، وهو التاريخ الذي عقدت فيه طلبها حضانة حفيديها، في حين أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو سقوط الحضانة عن مستحقيها، إذ لم يمارس ذلك الحق خلال السنة وبناء على ذلك، فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة، كانوا خالفوا ذلك المبدأ، وهذا ما يجعل قرارهم معرض للبطلان[2]

- **كما تأكد في قرار آخر صادر عن نفس المجلس بتاريخ 1984/07/09 إذ يقول: "...ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة"[3]**

---

[1] **قرار رقم 33636 صادر في 1984/06/25، م ق، 1989، ع3، ص45، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص281.**

[2] **قرار رقم 19303 صادر في 1979/02/05، ن ق، 1981، ع1، ص77، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ج1، ص131-132.**

[3] **قرار رقم 32829 صادر في 1984/07/09، م ق، ع 1، ص60، عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي، ج 1، المرجع السابق، ص339-340.**

وكخلاصة للقول أن هذه القرارات اتبعت المذهب المالكي في تحديد المدة بسنة من يوم تنازل الحاضن عن حضانته ومن يوم الفصل في الحضانة، آخذين بذلك خصوصية وقائع كل قضية.[1]

4/ سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

- **إن الفقهاء: في مفاد أحكامهم أن يقيم الطفل في نفس موطن أبيه، حتى يتمكن من ممارسة السلطة الأبوية والإشراف على المحضون، ورقابة سلوكه وتربيته.**
- **أما المشرع الجزائري: فقد نص في المادة (69) من قانون الأسرة الجزائري إذا انتقل الحاضن بالمحضون من بلد إلى بلد داخل الوطن من شماله إلى جنوبه فلا مجال للحديث عن السقوط.**

لكن إذا تم الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي يسقط الحق في حضانته لاستحالة ممارسة الرقابة من طرف الأب أو الولي، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته حتى ولو خرجت به إلى بلد أجنبي.[2]

- **فقد عالج المشرع الجزائري: مسألة السفر والانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي من خلال نص المادة (69) من ق.أ.ج والتي نصت على أنه "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة، أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".**[3]

فهذه المادة قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، وأن السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي، من أجل السياحة أو العلاج أو قضاء عطلة بصفة مؤقتة لا يخضع لأحكام المادة (69) من قانون الأسرة. [4]

---

[1] البغا، محمد الحسن مصطفى، تزوج الأم بغير الأب والسفر بالمحضون، مجلة جامعة دمشق، ع 2، م18، 2002، ص319.

[2] عبد العزيز سعد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص142.

[3] كمال صمامة، مذكرة ماجستير (مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية)، س2015/2014، ص133.

[4] كمال صمامة، مرجع سابق، ص133.

• كما قد عالجتها التطبيقات القضائية: حتى نعرف من خلالها المقصود بالبلد الأجنبي فقد صدر قرار عن المحكمة العليا، في هذا الصدد بتاريخ: 1989/01/02، حيث قضى: "بأن من المقرر قضاء في مسألة الحضانة، أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة...".

• فقد صدر قرار عن المحكمة العليا، في قرار صادر لها بتاريخ: 1990/02/19، بقولها: من المقرر شرعا وقانونا، أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه[1]

وفي قرار آخر للمحكمة العليا، بتاريخ: 1987/03/09 بقولها: "حيث أن السيدة الحاضنة تقييم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر".

وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي، فمتى رجعت الأم إلى الوطن أمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة. [2]

كما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1995/11/21 حيث جاء في محتواه ما يلي: "إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، وإسنادها إلى الأب، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه"[3]

• وخلاصة للقول: أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 69 من قانون الأسرة يؤكد أن البلد الأجنبي، هو مكان خارج التراب الوطني، فالانتقال إلى بلد مسلم لا يتعارض ومصلحة المحضون.

---

[1] م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ: 1990/02/19، ملف رقم 59013، م ق 1991، ع4، ص116.

[2] م ع، غ أ ش،قرار بتاريخ: 1987/03/09، ملف رقم 45186، غير منشور.

[3] قرار رقم 111048 صادر في 1995/11/21، ن ق، 1997، ع52، ص102، نقلا عن سايس جمال، الاجتهاد القضائي في م ح ش، ج2، مرجع سابق، ص860.

ولكن القضاء جعل البلد الأجنبي، هو الذي لا يدين بدين الإسلام، ولم يولي أهمية للمسافة وهذا مراعاة لمصلحة المحضون.

5/ مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها:

ومعنى هذا هو سكن الحاضنة بمحضونها، مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وهذا ما نصت عليه المادة (70) من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب حرم" وقد استقى هذه المادة من المذهب المالكي.[1]

وهذا مطابق لما جاء في نص المادة (66) من قانون الأسرة، وذلك بإسكان المحضون في بيت يبغضه، ولها نفس الحكم مع المادة 70 من نفس القانون.

• وقد تكلمت المادة (70) من قانون الأسرة، على أن الحاضنتين هما الجدة والخالة، وتسقط عنهما الحضانة بتوفر شروط:

1/ أن تكون الحاضنة أمًا لأم المحضون أو خالته.

2/ أن يسكنان مع أمْ المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

3/ أن تكون الإقامة بالمحضون بصفة مستمرة.[2]

• وتطبيقا لما جاءت به المادة (70) من قانون الأسرة، فقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1988/06/20، حيث قالت: "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة، أن تكون غير متزوجة، وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي، وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون، ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن شروط الحاضنة لا تتوفر في الجدة، وأنّ قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب، يكونوا قد راعو شروط الحضانة، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.[3]

---

[1] **زكية حميدو، مرجع سابق، ص545.**

[2] **عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص302.**

[3] **م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1988/06/20، ملف رقم 50011، م ق 1991، ع2، ص57.**

• وخلاصة للقول: لقد شرع المشرع الجزائري من خلال نص المادة 70 من قانون الأسرة بعدم مساكنة المحضون مع من يبغضه حفاظا عليه وحمايته من التضرر بذلك وقد حصر المساكنة في الخالة والجدة فقط ولم يبين قصده هذا من الحصر، إلا أن القاضي له السلطة التقديرية في مسألة المساكنة.

ثانيا: عودة الحضانة إلى مستحقيها:

وإن سقطت الحضانة لسبب من الأسباب سالفة الذكر، فيمكن أن يعود لصاحبه بزوال المانع وهو ما سأتطرق إليه في هذا المطلب.

أ/ قول الفقهاء في إمكانية العودة في الحضانة:

• قد ذهب الفقهاء وجمهور الحنفية والشافعية والحنابلة: إلى أنه إذا أسقطت الحضانة عن الحاضن لمانع ثم زال هذا المانع كأن يكون بالحاضن جنون، أو فسق أو مرض، فزال الجنون، وتاب الفاسق، وشفي المريض، عاد إليه حقه في الحضانة، عملا بالقاعدة الفقهية "إذا زال المانع عاد الممنوع"

أما المالكية: فقد ذهبوا إلى أنه إذا زالت الحضانة عن الحاضن بعذر اضطراري، كمرض وسفر ثم زال المانع، عاد الممنوع.

ب/ أما المشرع الجزائري: فقد فصل في العودة على حسب أسباب السقوط فذكر:

1/ إذا كان السقوط غير اختياري:

• إذا سقطت الحضانة على الأم بسبب زواجها بأجنبي ولكنها طلقت فقد زال سبب السقوط، وامتلكت بذلك سببا للعودة، أو توفي زوجها ولم تتزوج من شخص أجنبي.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ: 2000/02/21، أن 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 طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة الجزائري يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبب[1].

• أما إذا سقطت الحضانة بسبب المساكنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم فيعد في غير مصلحة المحضون ومخالفا لنص المادة (70) من قانون الأسرة، لكن إذا تطلقت الأم أو انتقلت الجدة أو الخالة من سكنها مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم إلى مكان آخر، وتعود إليها الحضانة بذلك.

2/ إذا كان السقوط اختياري:

ما هو متفق عليه قانونا وقضاءًا، أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها سواء كانت الحاضنة أمًا أو أبًا، أو غيرهم من الحاضنين وهذا ما نصت عليه المادة (71) من قانون الأسرة كما أنه لا يجوز الرجوع إلى المطالبة بها، بعد التنازل عنها.[2]

• فقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/02/27 أنه "من المقرر فقها وقانونا، أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها، ولا يقبل منها استرجاع الأولاد". ولما ثبت أن الطاعنة في تنازلت عن حضانتها باختيارها، دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها، إلى الأولاد رغم تنازلها عن حقها فإنهم بقضائهم هذا خالفوا الفقه والقانون.[3]

• وخلاصة للقول: أنه لا يجوز لأحد أن يطلب من المحكمة أن ترجع له حقه في الحضانة، بعد التراجع الاختياري عنها، أو التنازل عنها لغيره، وبالتالي عودة الحاضنة لا تكون إلا لمن كان أهلا لها، وبأمر من المحكمة وهو استثناء وارد على السقوط، لأسباب ومبررات شرعية.

---

[1] قرار رقم 252308 بتاريخ في 2000/02/21، نبيل صقر وقمراوي عز الدين، مرجع سابق، ص141.

[2] قانون رقم 84–11 مؤرخ في 1984/07/09 المتضمن لقانون الأسرة والمعدل والمتمم بقانون 02/05 المؤرخ في

[3] قرار بتاريخ: 1989/03/27، م ق، صادر عن قسم المستندات بالمحكمة العليا، ع3، سنة 1990، ص85.

الخاتمـــــة

الخـاتمة

من خلال ما استعرضته من دراسة مفصلة للحضانة وأحكامها سواء من جانبها النظري الذي أبرزت من خلاله، أهمية الحضانة واعتبارها الدرع المتين الذي تحقق به الحماية من كل جوانبها وبكل ما تحتويه من معنى والتعرف من خلالها على أهم الحقوق ومن هم أصحابها، وأهم الواجبات وعلى من تقع مسؤوليتها، أما الجانب التطبيقي فقد بينت من خلاله مدى تطبيق هذه الحماية وإخراجها من النصوص وتجسيدها على أرض الواقع، انطلاقا من مبدأ مصلحة المحضون.

وجدت أن هناك ارتباطا وثيقا بين مقاصد الشرعية للحضانة والنصوص القانونية وتطبيقاتها القضائية، فكل منهم كان هدفه الوحيد والأوحد مصلحة المحضون لا غير، وبالدرجة الأولى.

فهناك تعلقا للحضانة بالمقاصد الشرعية الثلاث:

- فالمقاصد الضرورية متحققة في كفالة المحضون بصيانة نفسه عن الهلاك ودينه من الضياع، وماله من التلف، وعرضه من الفساد.
- وكذلك المقاصد الحاجية من حيث حاجة المحضون لأمه أو أقرب الناس إليه، وكل ذلك من أجل دفع المشقة ورفع الحرج، برعايته وإحاطته بالحنان والشفقة كما يظهر هذا في سقوط حق الحضانة على من لا يقدر عليها كعجزه لمرض، أو سفر أو فسق.
- أما المقاصد التحسينية متحققة في التربية الحسنة لسلوك المحضون والتعهد باستقامته، ومعرفة ما يجب له وعليه.

فهناك ارتباط وثيق بين أحكام الحضانة بالمقاصد الشرعية لأنها أرفق بالمحضون وأشفق عليه وهذا مطابق لما جاءت به الشريعة الإسلامية في "تحصيل المصالح ودرء المفاسد".

وبالتالي اعتبرت الحضانة من مقاصد المكلفين الخاصّة ولهذا حرص المشرع الجزائري والقضاء على تكريس هذه المقاصد العظيمة من خلال نصوصه وتطبيقاته، فقد حرص على

حماية المحضون وتحقيق مصلحته خاصة عند حدوث الطلاق وخول بذلك المشرع للقاضي صلاحية الفصل فيها بمنحه السلطة التقديرية التي تخدم المحضون ومصلحته ونستخلص من خلال هذه الدراسة بعض النتائج:

1/ أن الحضانة بالدرجة شُرِعَت خصيصا من أجل حماية الطفل فاعتبرت بذلك حقا لا بد من مراعاته.

2/ إنّ تعريف الحضانة له علاقة وطيدة بالمقاصد الشرعية الكبرى الضرورية والحاجية والتحسينية للصغير، الذي لا يستقل بنفسه وكذلك المعتوه والعاجز وقد اقتبس منها المشرع الجزائري تعريفه للحضانة فكان بذلك تعريفه شاملا لأسبابها وأهدافها، التي تتمثل في رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحته وخلقا (م62)، وعلى هذا يقيس القاضي على هذه المبادئ في تطبيقاته لما فيها من حفاظ على مصلحة المحضون.

3/ كما تطرقت في دراستي إلى التمييز بين الحضانة، وما يشابهها من مصطلحات، كالولاية والكفالة والوصاية.

4/ كما أنه وإن اختلف الفقهاء، في طبيعة الحضانة أهي حق للمحضون أو للحاضن، فأغلبهم أيّد فكرة أنها حق للمحضون لأنها شرعت لأجله وحق للحاضن معاً، كما أنها التزام في حال تعيين من أسندت له الحضانة فيتوجب عليه القيام بذلك الحق، وقد أخذ بهذا الرأي المشرع الجزائري من خلال نص المادة (66) (ق.أ.ج) ففي نصها جمع بين حقين: حق الحاضنة من خلال اللفظ صراحة بكلمة حق، وأن هذا الحق يسقط بالتنازل، وحق للمحضون بأن لا يضر بمصلحته، و م(67)، (68)، (71) كلها مواد تتكلم على أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معاً، أما القاضي الجزائري فكان في أغلب الأحوال يغلب مصلحة المحضون.

5/ وتطرقت إلى شروط الحضانة، فكانت مقاصد الشريعة سباقة في الحرص على هذه الشروط وتعدادها حرصا على مصلحة المحضون، فلا تسند إلا لمن كان أهلا لها بتمتعه بالإسلام والعقل والبلوغ والقدرة، أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بعبارة أن يكون أهلا لذلك (وترك بذلك) بحيث كان يجب أن يحددها ويضبطها كالشريعة الإسلامية، كما أنه لم يحدد للقاضي المعايير التي تمكنه من تقدير مصلحة المحضون من خلال تحديد لهذه الشروط.

6/ وفيما يخص استحقاق الحضانة فقد قدمت الأم في كل من الشريعة والقانون وسار على نهجهم التطبيق القضائي، لما تمتلكه من محبة وشفقة على أبنائها دون غيرها، ولكن نجدهم فصّلوا في ترتيب مستحقي الحضانة م 64 بعد الأم وقد اختلف الفقهاء في ذلك، وإن اتفقوا على تقديم الإناث والأكثر قرابة من الصغير، ويعتبر ترتيب مستحقي الحضانة وثيق الصلة بتوفر شروط الحاضن، فما إن اختلت هذه الشروط أو بعضها انتقلت لمن هو بعده في الترتيب. وأعطي للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

7/ أما بالنسبة للأسباب المسقطة للحضانة فكان متفقا عليها فقها وقانونا و قضاءًا، واشتملت تخلف الشروط التي يجب توافرها في الحاضن كلها أو بعضها منها الأمراض العقلية والجسدية، وكذلك السلوك المشين (الفسق)، وكذلك الاختلاف في الدين، وزواج الحاضنة من غير قريب محرم، ومرور سنة بدون عذر عن المطالبة بحق الحضانة، و المُساكنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، والتنازل عنها سواء بعوض أو من غير عوض، والسفر إلى بلد أجنبي ويحكم القاضي به انطلاقا من سلطته التقديرية ومراعاة ما هو أصلح للمحضون أما الاستثناء فكان عمل المرأة حيث لم يعتبر سببا مسقطا للحضانة في حال لم يتضرر منه المحضون.

8/ وفيما يخص تحديد مدة الحضانة فلم يخرج المشرع الجزائري عما هو مقرر في الفقه الإسلامي وهو البلوغ عند الذكر سن التمييز والأنثى إلى سن الزواج وإن اختلفوا في الزواج

بالدخول من عدمه، لكن ما يخص التمديد لهذه المدة في الفقه الإسلامي لم يذكر، أما المشرع الجزائري فقد مددها للذكر من سن 10 سنوات إلى 16 سنة .

9/ وعموما أنه عند عدم وجود نص في مادة الأحوال الشخصية، نرجع إلى الفقه الإسلامي عملا بنص المادة (222)، من قانون الأسرة الجزائري وعلى القاضي أن يختار المذهب الذي يراه مناسبا.

10/ وعليه يتضح لنا من خلال دراستنا للحضانة وأحكامها أنها قائمة على ضابط أساسي وهو مصلحة المحضون، في كل ما يتعلق بالحضانة في مقاصد الشريعة وفي كل النصوص القانونية إلا أن المشرع ترك تقدير مصلحة المحضون ملقاة على عاتق القاضي الذي تتراوح مهمته بين رجل القانون وباحث ودارسا في الشريعة الإسلامية أي عليه أن يكون قاضيا وفقيها في آن واحد.

قائمـــة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر:

1- القرآن الكريم:

- سورة آل عمران، الآية (37).
- سورة البقرة، الآية (233).
- سورة التحريم الآية (06).

2- السنة:

- سنن أبي داود، كتاب الطلاق، ج1.

3- الكتب الفقهية:

المالكي:

1/ الإمام مالك بن الأصبحي المدونة الكبرى، طبعة الأولى، بيروت لبنان 1995.

2/ الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، القاهرة، مصر (د ت).

3/ الصاوي أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، القاهرة، مصر، (د ت).

الشافعي:

1/ الإمام الشافعي عبد الله، مصر، سنة 2000.

2/ الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، بيروت، لبنان، سنة 1993.

3/ الباجوري إبراهيم، حاشية الباجوري، القاهرة، مصر، (د ت).

الحنبلي:

1/ ابن قدامى، موفق الدين، دار الكتاب العربي، بيروت، (د ت).

2/ ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، مجموع الفتاوى، الرياض، السعودية، سنة 2004.

3/ الباهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع، بيروت، لبنان، (د ت).

الحنفي:

1/ الكاساني أبو بكر ابن مسعود، بدائع الصنائع، دار الحديث، القاهرة، مصر، ج 4، سنة 1406هـ.

2/ ابن عابدين، حاشية رد المختار، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، (د ت).

3/ المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي ابن عبد الجليل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د ت).

4- الكتب اللغوية:

1/ ابن القيم، أعلام الموقعين، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1411هـ.

2/ أبو الحبيب السعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1988م.

3/ الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، لبنان، مكتبة لبنان، سنة 1989م.

4/ ابن قدامى، دار الكتب العربي، بيروت.

5/ ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، سنة 2003.

ثانيا: المراجع:

أ/ الكتب:

1/ أحمد فراج حسين، "أحكام الأسرة في الإسلام"، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1988.

2/ عبد القادر حرز الله، "الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق"، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2007.

3/ أحمد ناصر الجندي، "الطلاق والتطليق وآثارهما"، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004.

4/ عبد العزيز سعد، "الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، دار هومة، الجزائر، سنة 1996.

5/ عبد الرحمان الشواربي، "مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه"، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2001.

6/ باديس ديابي، "قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية"، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008.

7/ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، "الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية"، عمان، سنة 1999.

8/ هدى عصمت محمد أمين، "الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية"، الإمارات، سنة 2013.

9/ عبد الرحمان الصابوني، "شرح قانون الأحوال الشخصية السوري"، الطبعة الخامسة، دمشق، سنة 1979.

10/ عبد الفتاح تقية، "مباحث في قانون الأسرة الجزائري" من خلال أحكام الفقه الإسلامي، دار ثالة، الجزائر، سنة 2000.

11/ محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، مصر، سنة 2006.

12/ أحمد فراج حسين أحمد، "أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد"، الإسكندرية، مصر، سنة 1998.

13/ حسن بن عودة الحواشي، الموسوعة الفقهية في الكتاب والسنة المطهرة"، ج 5، بيروت، سنة 2004.

14/ موسوعة النابلسي الإسلامية.

15 عبد الوهاب أبو المواهب، "الميزان الكبرى"، ج1، القاهرة.

16/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الرائد العربي، بيروت، سنة 1980.

17/ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 1969.

18/ صالح بوغرارة، "الأولاد في النسب والحضانة"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013.

19/ الزحيلي وهبة ، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر"، دار الفكر المعاصر، سوريا، سنة 2000.

20/ نور الدين أبو لحية، "الزواج والطلاق وحقوق الأولاد"، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.

21/ سعد عبد العزيز، "قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد بعد التعديل"، الجزائر، سنة 2009.

22/ الدكتورة أفنان بنت محمد عبد المجيد، "مستحقو الحضانة"، جامعة أم القرى، (د ت).

23/ لحسن بن الشيخ آث ملويا، "المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية الجزائرية"، الجزائر، سنة 2011.

24/ سعد فضيل، "شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق"، سنة 1986.

25/ البغا، محمد الحسن مصطفى، جامعة دمشق، سوريا، سنة 2002.

26/ عبد الفتاح تقية، "قانون الأسرة دراسة مقارنة"، الجزائر، دار الكتاب الحديث، سنة 2012.

الرسائل الجامعية:

1/ أمينة ونوغي، مذكرة ماستر أحوال شخصية "حماية الطفل المحضون" في قانون الأسرة الجزائري، سنة 2015/2014.

2/ حميدو زكية، أطروحة دكتوراه "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية"، جامعة تلمسان، عدد (03)، سنة 2005.

3/ شامي أحمد، أطروحة دكتوراه "السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية"، جامعة تلمسان، سنة 2014.

4/ كربال سهام، مذكرة ماجستير "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، جامعة البويرة، كلية الحقوق، سنة 2013.

5/ كمال صمامة، مذكرة ماجستير "مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية"، سنة 2015/2014.

6/ طعيبة عيسى، مذكرة ماجستير "سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2011.

القوانين:

1/ القانون رقم (84-11) المؤرخ في 09/يونيو/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم (05-02) المؤرخ في 27/فبراير/2005، المتضمن قانون الأسرة.

2/ الأمر رقم (75-58) المؤرخ في 20 رمضان 1393هـ الموافق لـ 1975/09/26، المتضمن القانون المدني.

القرارات القضائية:

1/ قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 2009/01/14، ملف رقم (17615)، م ق.

2/ قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ: 1968/12/25.

3/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2002/07/03، ملف رقم (274207).

4/ قرار المجلس الأعلى، غرفة المجلس، الصادر بتاريخ: 1968/06/12.

5/ قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1984/04/02، ملف رقم (32594)، م ق، سنة 1989.

6/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1993/03/13، عدد 1، م ق، سنة 1993.

7/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1989/03/13، ملف رقم (5221)، م ق، سنة 1993.

8/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1997/02/18، ملف رقم (15364)، م ق، سنة 1997.

9/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 2002/02/13، ملف رقم (265727)، م ق، سنة 2002.

10/ قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1984/07/09، ملف رقم (33921)، م ق، سنة 1991.

11/ قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1997/12/23، ملف رقم (178086)، م ق، سنة 1999.

12/ قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 2002/07/03، ملف رقم (274207)، م ق، سنة 2004.

13/ قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1989/11/07 ، ملف رقم (50876)، م ق، سنة 1991.

14/ قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1990/02/19 ، م ق، سنة 1990.

15/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1997/09/30، ملف رقم (171684)، م ق، سنة 2001.

16/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1989/07/03 ، ملف رقم (4353)، م ق، سنة 1992.

17/ قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1998/03/17، ملف رقم (179471)، عدد خاص.

18/ قرار رقم (59156)، صادر بتاريخ: 1990/03/19، م ق، سنة 1991، نقلا عن سايس جمال (الاجتهاد القضائي)، ص481.

19/ قرار رقم (599850)، صادر بتاريخ: 2011/02/10، عن المحكمة العليا، عدد 1، نقلا عن سايس جمال، (الاجتهاد القضائي)، ص1589، سنة 2011.

20/ قرار رقم (260702)، صادر بتاريخ: 2002/07/30، عن المحكمة العليا، نقلا عن حميدو زكية (مصلحة المحضون).

21/ قرار رقم (54353)، صادر بتاريخ: 1982/07/03، عن المجلس الأعلى، م ق، سنة 1992، نقلا عن سايس جمال (الاجتهاد القضائي).

22/ قرار رقم (74207)، صادر بتاريخ: 2002/07/13، نقلا عن نبيل صقر وقمراوي عز الدين.

23/ قرار رقم (341320)، صادر بتاريخ: 2006/07/13، ن ق، سنة 2008.

24/ قرار رقم (257741)، صادر بتاريخ: 1999/04/20، عن المحكمة العليا، غ أ ش، م ق، سنة 2003.

25/ قرار رقم (53340)، صادر بتاريخ: 1989/03/27، عن المحكمة العليا، غ أ ش، م ق، سنة 1990.

26/ قرار رقم (138949)، صادر بتاريخ: 1996/07/09، عن المحكمة العليا، غ أ ش، م ق، سنة 1996.

27/ قرار رقم (220470)، صادر بتاريخ: 1999/04/20، عن المحكمة العليا، غ أ ش، م ق، سنة 2001.

28/ قرار رقم (59013)، صادر بتاريخ: 1990/02/19، عن المحكمة العليا، م ق، سنة 1991.

29/ قرار رقم (45186)، صادر بتاريخ: 1987/03/09، عن المحكمة العليا، غير منشور، سنة 1987.

30/ قرار رقم (50011)، صادر بتاريخ: 2000/02/21، عن المحكمة العليا، نقلا عن نبيل صقر وقمراوي عز الدين.

31/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ: 1984/06/25، م ق، سنة 1989، نقلا عن سايس جمال (الاجتهاد القضائي)، صفحة 2081.

32/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ: 1979/02/05، ن ق، سنة 1981، نقلا عن سايس جمال (الاجتهاد القضائي) صفحة 131–132.

33/ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ: 1984/07/02، م ق، سنة 1990، نقلا عن سايس جمال (الاجتهاد القضائي)، صفحة 339–340.

فهرس الموضوعات

العنـــــــوان الصفحة

شكر وتقدير

إهـــــــداء

قائمة المختصرات

ملخـــص

مقدمـــة ..... أ-ث

الفصـــــل الأول: ماهيـــــة الحضـــانة

المبحث الأول: مفهوم الحضانة 15

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغويا ومقاصديا وقانونيا..... 16

أ/ تعريفـــــها لغويا 16

ب/ تعريفها مقاصديا 17

ج/ تعريفهـــا قانونيا 17

المطلب الثاني: تمييز الحضانة عن ما يشابهها من المصطلحات..... 19

أ/ الفرق بين الحضانة والولاية القانونية 19

ب/ الفرق بين الحضانة والكفالة 20

ج/ الفرق بين الحضانة والوصاية 21

المبحث الثاني: مشروعية الحضانة وخصائصها..... 22

المطلب الأول: مشروعية الحضانة وحكمها..... 23

أ/ مشروعيتها 23

ب/ حكمـــها 24

المطلب الثاني: خصائص الحضانة 24
أ/ الحضانـــة حـــق 24
ب/ الحضانة التزام 26
الفصـــل الثـــاني: ضوابط وآليات أحكـــام الحضـــانة من خلال مقاصـــد الشريعـــة وقانـــون الأسرة والاجتهـــاد القضـــائي الجزائري
المبحث الأول: مصلحة المحضون كضابط إسناد للحضانة..... 29
المطلب الأول: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون..... 30
أ/ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية متغيرة 30
ب/ قاعدة مصلحة المحضون قاعدة مرنة 30
المطلب الثاني: ضوابط وآليات مصلحة المحضون..... 30
أ/ معيار معنوي 30
ب/ معيار مادي 31
جـــ/ معيار الاستماع للمحضون 31
المبحث الثاني: ضوابط وآليات أحكام الحضانة من خلا مقاصد الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي الجزائري 32
المطلب الأول: ضوابط استحقاق الحصانة ومدتها..... 33
أ/ ضوابط استحقاق الحضانة 33
ب/ ضوابط مدة الحضانة (فقهاً–قانوناً–قضاءاً) 49
المطلب الثاني: ضوابط عودة الحضانة..... 54
أ/ ضوابط إسقاط الحضانة فقهاً وقانوناً واجتهادا 54
ب/ عودة الحضانة إلى مستحقيها 67
الخاتمة 71
قائمة المصادر والمراجع 76
الفهرس