جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كليةالحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

إشكالات الحضانة في الإسناد والسقوط

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبتين:

- *إيناس داود*
- *صورية بوفنش*

تحت إشراف:

- *د. منصور رحماني*

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د. كوثر مجذوب	أستاذة محاضرة	رئيسا
أ.د منصور رحماني	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا
أ. محمد لمين مسيخ	أستاذ مساعد	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2019 – 2020

شكر وعرفان

أولا وقبل كل شيء الحمد لله عزوجل الذي أنار عقولنا على العلم ووفقنا في إنجاز هذه المذكرة.

نتقدم بجزيل الشكر إلى كل من قدم لنا يد المساعدة سواء بالقليل أو الكثير وأخص بالذكر:

الأستاذ المشرف منصور رحماني على كل النصائح والتوجيهات ودعمه ومساعدته طيلة فترة إعداد المذكرة، حيث كان له الفضل الكبير في الإشراف والتشجيع فجزاه الله عنا كل الخير.

كما نتوجه بالشكر والتقدير إلى لجنة المناقشة لقبولها مناقشة المذكرة وتخصيصهم جزءا من وقتهم لتقييمها، هذا تفضلا منهم لترقية وتشجيع البحث العلمي وهذا اعترافا لجهدهم.

كما لا ننسى كل الأساتذة الذين أسهموا في تكويننا العلمي وكانوا سببا لوصولنا لهذا المستوى.

الإهداء

إلى...

من قال فيهما الرحمان عزوجل "وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا".

إليك...

يا سندي حفظك الله وأطال في عمرك (أبي).

إلى...

الحنان الذي لا يضاهيه حنان (أمي).

إلى...

فخري في الحياة إخوتي حفظهم الله (منال وزوجها أحمد، خالد، فوزي، سمير).

إلى...

بهجة البيت (محمد).

صورية

الإهداء

إلى...

أمي الغالية نبع الحنان أطال الله عمرها وأدامها تاج فوق رأسي.

إلى...

أبي الغالي قدوتي في الحياة الذي دعمني ماديا ومعنويا في كل خطوة من حياتي.

إلى...

أخواتي البنات (أسماء، مريم وهذيل).

إلى...

عصافير الجنة (أيهم وعبد الرحيم).

إيناس

مقدمة

مقدمة

الأصل أنّ الطفل يترعرع وسط جو عائلي مترابط ومتماسك يسوده الدفء الأسري من قبل والديه معا حتى ينشأ نشأة سليمة، تمكنه من تطوير نفسه وتكوين شخصيته ويصبح فردا ناجحا في المجتمع.

لكن قد يحصل ما يفكك هذا الاستقرار يضطر معه الزوجان إلى حل الرابطة الزوجية، وهنا يثار موضوع حضانة الأولاد لاعتباره من المواضيع المهمة أثناء انحلال الرابطة الزوجية التي تؤثر بصفة مباشرة على الطفل.

فعند دراسة الحضانة دراسة سطحية نجد الموضوع بسيطا لا تشوبه تعقيدات، إلّا أنّه بعد التعمق والبحث نجد عدّة إشكالات تخص مصلحة المحضون بالدرجة الأولى وهذا راجع لعدم نضجه سواء من الناحية الجسمية أو العقلية.

فكان لزاما على المشرع تنظيم أحكام الحضانة التي نجده حصرها بين المادة 62 والمادة71 من قانون الأسرة، حيث تناول من خلالها أصحاب الحق في حضانة الأولاد والشروط القانونية الواجب توفرها فيهم لاستحقاقها، كما أشار إلى الحالات التي يسقط فيها حق المطالبة بالحضانة.

ولكثرة الإشكالات المتعلقة بموضوع الحضانة، جعلت المشرع يرجع إلى الفقه الإسلامي استنادا لنص المادة 222 التي تقر بأنه في حالة عدم وجود نص في القانون نرجع للشريعة الإسلامية.

و باعتبار الحضانة نابعة من عمق الواقع الاجتماعي، هذا يدفعنا إلى معالجتها من خلال طرح الإشكال الآتي:

ماهي أبرز إشكالات الحضانة عند إسنادها وعند سقوطها؟ وهل وفق المشرع في معالجة هذه الإشكالات ؟

وانطلاقا مما تقدم فإن الدراسة تثير عدة تساؤلات نسعى للإجابة عليها أهمها:

1_ فيما تتمثل أهم الإشكالات المتعلقة بإسناد الحضانة؟

2_ كيف عالج المشرع الإشكالات المتعلقة بإسقاط الحضانة؟

3_ هل كان للقاضي دور في معالجة هذه الإشكالات؟

أولا: أهمية الدراسة

تكمن أهمية الموضوع في :

1_ يعتبر هذا الموضوع لصيقا بحياة الناس وحاجاتهم، لأن كل أسرة معرضة لأحكام الحضانة ومسقطاتها لكثرة المشاكل الأسرية.

2_ التعرف على منهج المشرع الجزائري في تحقيق مصلحة المحضون، والحفاظ على حقوق الأطراف حتى بعد حل الرابطة الزوجية.

3_ الطفل يمثل الطرف الضعيف في الأسرة لكنه مركز قوة في المستقبل، فالحضانة أمر ضروري للطفل لحماية مصالحه وتأمين حاجاته الأساسية حتى ينشأ نشأة صحيحة ويكون له دور فعال في المجتمع.

ثانيا: أهداف الدراسة

1_ تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على الإشكالات التي تثيرها الحضانة ومعالجتها من خلال إبراز دور القاضي في هذه المعالجة ومدي توفيقه في ذلك.

2_ التعرف على الآليات القانونية المتبعة لحماية الطفل المحضون.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

من أهم الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع إشكالات الحضانة في الإسناد والسقوط هي كالآتي:

1_ أسباب ذاتية

_ إثراء الرصيد العلمي.

_ بصفتنا نساء نميل بطبيعتنا للمواضيع التي تمس بالأسرة بصفة عامة، وموضوع الحضانة بصفة خاصة كوننا سنصبح إنشاء الله أمهات في المستقبل.

_ الشعور بأهمية الموضوع في مجتمعنا.

2_ أسباب موضوعية

_ نظرا لكثرة النزاعات حول الحضانة بشكل كبير كان لزاما علينا دراسة هذا الموضوع لمعالجته، والوصول إلى حلول إذ لا نقول تقضي نهائيا إلّا انها تقلل من هذه النزاعات التي تهدد كيان الأسرة.

_ إبراز قصور المشرع فيما يتعلق بأحكام الحضانة.

رابعا: المنهج المعتمد عليه

اعتمدنا في دراسة موضوع إشكالات الحضانة في الإسناد والسقوط على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية، بالاستناد إلى آراء الفقهاء بخصوص إشكالات الإسناد والسقوط لمعرفة أهم الأحكام المتعلقة بها لإيجاد حلول مناسبة تخص مصلحة المحضون.

خامسا: الدراسات السابقة

من خلال بحثنا في موضوع إشكالات الحضانة في الإسناد والسقوط وقفنا على بعض الدراسات المهمة في موضوع الحضانة والتي كانت مرجعا مهما لنا نذكر منها:

1_ أطروحة دكتوراه للباحثة زكية حميدو بعنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، تمت مناقشتها بكلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، خلال السنة الجامعية 2004- 2005.

2_ مذكرة ماجستير للباحث كمال صمامة بعنوان مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، تمت مناقشتها بجامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، خلال السنة الجامعية 2014- 2015.

سادسا: الصعوبات

الصعوبة الأساسية التي واجهتنا في إنجاز البحث هي جائحة الكورونا(covid19)، والتي بدورها خلقت العديد من الصعوبات أهمها:

1_ غلق جميع المكتبات.

2_ عدم التواصل المباشر مع المشرف.

3_ صعوبة اللقاء مع زميلتي بسبب الحجر المنزلي، والاكتفاء بالتواصل عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

سادسا: الخطة

لقد اقتضت طبيعة الموضوع محل الدراسة جعل هذا البحث في: مقدمة، وفصلين، وخاتمة، وجاء ذلك على النحو التالي:

مقدمة: تضمنت إشكاليّة البحث، أهمية الموضوع، أهدافه، أسباب اختياره، المنهج المتبع في دراسته، الدّراسات السابقة له، صعوباته.

الفصل الأول: جاء فيه إسناد الحضانة وذلك من خلال:

المبحث الأول: درسنا فيها شروط إسناد الحضانة في مطلبين:

المطلب الأول: الشروط العامة لإسناد الحضانة.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لإسناد الحضانة.

المبحث الثاني: درسنا فيه أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في مطلبين:

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الثاني: ترتيب الحاضنين.

الفصل الثاني: جاء فيه سقوط الحضانة وذلك من خلال:

المبحث الأول: درسنا فيه السقوط الاختياري في مطلبين:

المطلب الأول: التنازل الصريح.

المطلب الثاني: التنازل الضمني.

المبحث الثاني: درسنا فيه السقوط غير الاختياري في مطلبين:

المطلب الأول: أسباب السقوط غير الاختياري.

المطلب الثاني: استرداد الحضانة.

خاتمة: بيّنّا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال الدراسة، وبعض التوصيات والمقترحات التي يمكن الخروج بها للدارسين والباحثين فيما يتعلق بموضوع الدراسة.

الفـــصـــــــل الأول إســـنـــــــــاد الحضـــانـــــــــة

الفصل الأول

إسناد الحضانة

تعتبر الحضانة من الآثار غير المالية لفك الرابطة الزوجية، وعند حدوث طلاق مع وجود طفل أو عدة أطفال تثار مسألة وضع ذلك الطفل في يد من هو أقدر على الاهتمام به و العناية بشؤونه، إذ قد يتساوى النساء والرجال في أهليتهم للحضانة لكن يختلفون في الترتيب.

هذا ما سنتناوله من خلال هذا الفصل الذي قسمناه إلى مبحثين، (المبحث الأول) سنتناول فيه الشروط الواجب توفرها في الحاضن ليكون أهلا للحضانة، أما (المبحث الثاني) سنخصصه لأصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم.

المبحث الأول

شروط إسناد الحضانة

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري في المادة 62 نجد أن المشرع تناول شرطا واحدا وهو أهلية الحاضن دون التفصيل فيها بقوله: "...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

وللتفصيل أكثر في هذه الشروط ينبغي الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

سنتناول في هذا المبحث مطلبين نتطرق من خلالهما للشروط العامة لإسناد الحضانة في (المطلب الأول)، ثم الشروط الخاصة بالنساء والشروط الخاصة بالرجال في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشروط العامة لإسناد الحضانة

نظرا لكون المشرع الجزائري لم يفصل في شروط إسناد الحضانة، ولم يفرق بين النساء والرجال، فحجم المسؤولية الواقعة على الحاضن في الرعاية والاهتمام بمصلحة الطفل المحضون كبيرة جدا لكونه غير قادر على رعاية شؤونه بنفسه، وقد فصل الفقه الإسلامي في الشروط العامة لإسناد الحضانة المشتملة على النساء والرجال معا.

وهذا ما سنتناوله بالتفصيل من خلال تقسيم المطلب إلى أربعة فروع.

الفرع الأول

البلوغ

يقصد بالبلوغ هنا هو بلوغ الحلم أو الحيض أو بلوغ سن الخامسة عشر إذا لم يحصل بلوغ أحدهما، وقد روعي في ذلك أنّ الرّجل أو المرأة ببلوغهما هذا العمر يمكن أن يقوما بواجبات الحضانة ويؤتمنا على الصّغير، هذا كان رأي الأئمّة الثّلاثة الشّافعي وأحمد ابن حنبل ومالك [1]، كما أضاف هذا الأخير أن الصغير العاقل غير المضيّع للمال كذلك يستحق الحضانة [2].

---

[1]- عبد التواب معوض، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2001، ص511.

[2]- عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2014- 2015، ص 269.

واشترط الحنفية بلوغ الحاضن لاعتبار الحضانة ولاية ولا أهلية لمن لا ولاية له، لأن ناقص الأهلية لا يستطيع القيام بشؤون غيره فقد حدّدوا الحد الأدنى بالنسبة للذكر باثنتي عشرة سنة والبنت بتسع سنوات [1].

كما سئل العلّامة الرّملى عن مراهق طلب الحضانة فأجاب: له ذلك إذا ادعى البلوغ ولم يوجد من هو أحق بها منه، كما نجد ابن عابدين في حاشيته فيما يخص هذا الشأن يقول: إن بعض المتأخرين أفتى بأن المراهقة لها حق الحضانة استنادا إلى قول العينى: أحكام المراهقين أحكام البالغين في سائر التصرفات، وقال: إن هذا يكون عندما تدعي المراهقة البلوغ وإلا فهي في حكم القاصر، واستحقاق المراهقة للحضانة فلأنها بالغة حكما فلو ادعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة مادام الظّاهر يشهد بصدقها [2].

أما في القانون فإذا لم يكن الحاضن بالغا سن الرشد القانوني المقدر ب 19 سنة لا يستطيع رعاية الصغير وبالتالي لا يحق له حضانته [3]، فالشخص الذي لم يبلغ سن الرشد هو كذلك بحاجة إلى من يقوم برعاية شؤونه [4]، فالحضانة لا تسند لغير البالغ بغض النظر إذا كان رجلا أو امرأة [5].

لكن في هذه الحالة نكون أمام إشكال، فبالرجوع إلى نص المادة 1/7 من قانون الأسرة نجدها نصت بأنه: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19سنة، وللقاضي أن يرخص

---

[1]- محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، الطبعة1، دار محمود، القاهرة، 2015-2016، ص 21.

[2]-عبلة عبد العزيز عامر، الرضاع والحضانة فقها وقضاء، بدون طبعة، دار النّهضة العربية، القاهرة،2011 ص92،93.

[3]- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص "أحوال شخصية"، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015، ص31.

[4]-عبد العزيز دخان، حق الأبوين في رؤية ولدهما أثناء الحضانة وبعدها، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة، العدد10، ص99.

[5]-عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: المسؤولية المهنيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص118.

بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة..." فالنفرض أن المرأة تزوجت وهي قاصر وطلقت ولا تزال قاصرا أي لم تكتمل بعد السن القانوني لتكون أهلا للحضانة، فكيف تسندالحضانة لقاصرة على قاصر؟

إن قانون الأسرة الجزائري لم يحدد شروط ممارسة الحضانة كما أنه لم يميز بين الحاضنة الراشدة والحاضنة القاصرة، فالاعتراف بكامل آثار ال الزواج التي من بينها إنجاب الأطفال في غير السن القانوني للزواج، ومن ثم فإن هذا الأخير يلزم الزوجين بحضانة أطفالهما حتى لو وقع طلاق فالالتزام لا ينعدم ليفصل القاضي في الأخير إلى إسناد الحضانة للأم حتى لو لم تبلغ سن الرشد القانوني، كما أن المدونة المغربية في المادة 173 اشترطت الرشد القانوني لغير الأبوين واستثنت الأبوين سواء تزوجا قبل بلوغ السن القانوني إما في بيت الزوجية أو بعد فك الرابطة الزوجية، هذا راجع لعدة أسباب منها أنه من غير المنطقي حرمان الأم من ممارسة الحضانة بسبب قصورها إذا كان لا ضرر فيه [1].

الفرع الثاني

العقل

كما ذكرنا سابقا بأن الحضانة ولاية فلا ولاية لمن لا عقل له كالمجنون الذي لا يستطيع أن يقوم بشؤون نفسه ولا شؤون الطفل المحضون، ولا فرق فيما إذا كان الجنون جنونا مطبقا أو جنونا متقطعا لأن فيه ضررا على الطفل المحضون [2].

فقد جاء في نهاية المحتاج أن الجنون لو كان متقطعا ولو قليلا كيوم في السنة فإنه يتجه ثبوت الحضانة في هذا اليوم، كما ورد في التاج بأن الجنون المتقطع مانع بحيث يخاف على الولد حتى نزوله فإن الحضانة تبقى له رغم جنونه المتقطع، إلا أن عبلة عبد

[1]-عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص269،270،271.

[2]-محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص22.

العزيز ترى أن هذا الأخير ينبغي أن يكون مانعا للحضانة لأن فيه ضررا للمحضون لكونه قد يرد في أي وقت كذلك المعتوهة تأخذ حكم المجنونة والصغيرة لأنها بحاجة إلى رعاية الغير[1] كما أنه لا حضانة لطائش أو لمن علمت قسوته إذا كانت هذه القسوة فيها ضرر للولد [2].

ونجد الحنابلة اشترطوا في الحاضن العقل والبلوغ ولم يشترطوا الرشد، لأنه ليس الهدف من الحضانة القيام بالشؤون المالية للطفل المحضون بقولهم: " ولا حضانة لمجنون ولا لمعتوه ولا لطفل" [3]

هذا ما نستشفه أيضا من المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: " من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو الجنون، أو العته، أو السفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"

فالعقل وحده لا يكفي ليكون الحاضن أهلا للحضانة، لابد أن يقترن بالإدراك والوعي بحجم المسؤولية المنصبة عليه في مواجهة جميع الصعوبات للقيام برعاية الطفل المحضون[4].

---

[1]-عبلة عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص93.

[2]-الشيخ محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر العلّامة خليل، الجزء الثالث، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، دون سنة نشر، ص269.

[3]- عبد الرحيم وجنات الميمني، لمن الحضانة؟، مجلة جامعة أم القرى للعلوم الشرعية واللغة العربية وآدابها، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الجزء15، العدد27، 1424هـ، ص380.

[4]-فاطمة حداد، حق الطفل في الحضانة والكفالة، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، الجزائر، العدد3، 2016، ص163.

الفرع الثالث

القدرة

يقصد بالقدرة هي أن يكون الحاضن قادرا على الاهتمام بالطفل وصيانته خلقيا وصحيا بتدبير كل شؤونه وكذلك الحفاظ والسهر على سلامته الجسدية والخلقية، فالمقصود بها هنا: القدرة الجسدية والقدرة المادية [1].

كما أنه يجب أن يكون الحاضن قادرا على القيام بشؤونه بنفسه، فلا حضانة للعاجز أو المتقدم في السن، كذلك لا تكون الحضانة للمرأة المحترفة التي تقضي معظم وقتها خارج البيت ويترك هذا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي [2]، فمثلا المرأة التي تمارس مهنة الطب أو التعليم ينبغي بقاء حق الحضانة لها إذا كان عملها وخروجها من البيت لا يتسبب في ضياع الولد، لأنّ الكثيرات منهنّ قبل الخروج للعمل تعهد بالولد إلى من تنوب عنها في ملاحظته والإشراف عليه بين الحين والآخر، وقد جاء في مجلة المحاماة الشّرعية للسنة العاشرة قضاء محكمة أسيوط الشّرعية في 1947/7/15 بأنّه: "إذا كانت ظروف العمل لدى الحاضنة التّي تقوم بالتدريس تسمح بإرضاع ولدها في الأوقات الواجبة وكان لها خادم يقوم بخدمة الرّضيع اعتبرت قادرة على صيانته" [3]

فليس من المعقول بقاء الحاضن إلى جوار الصغير طيلة الوقت للقيام به بنفسه [4]

---

[1]-حنان بن داود، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أبوبكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، العدد2019،2، ص234.

[2]- عصام أنور سليم، حقوق الطفل، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001، ص138.

[3]-بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السّنية والمذهب الجعفري والقانون الزواج والطلاق، الجزء الأول، بدون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت–لبنان، دون سنة نشر، ص551.

[4]- عبد التواب معوض، مرجع سابق، ص512.

فيضع من ينوبه لتولي احتياجاته بصفة مؤقتة إلى حين رجوع الحاضن حتى لا يضيع الولد.

هذا ما جاء في الفتاوى الهندية: " ولا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة" أما الحنابلة فلا تقر للطفل ذكرا كان أو أنثى لمن لا يصونه ولا يصلحه، لأن وجود من لا يصونه ولا يصلحه كعدمه فتنتقل عنه إلى من يليه هذا ينطبق على الحاضن سواء كان رجلا أو امرأة [1].

إلا أن القول بعدم أحقية الحاضن للحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب شرعي مع مراعاة مصلحة المحضون [2]، فلا يصلح لحضانة الصغير إذا كان مريضا بمرض يشغله عن غيره [3] كالحاضنة المريضة بمرض معدي لوجود خطر على حياته هنا تنتزع منها الحضانة لعدم قدرتها على القيام بشؤون المحضون.

وبالتالي باتفاق الفقهاء فإن المرض يعد مانعا لاستحقاق الحضانة، لكن القضاء المصري كان متضاربا فيما يخص فاقد البصر هل تسند له الحضانة أم لا؟ وتفرعوا على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: لا يعد فقد البصر مانعا للحضانة مادامت الحاضنة تتوفر فيها صفات الأمانة والقدرة على تربية الصغير والمحافظة على مصلحته ولم تكن متزوجة بأجنبي.

الرأي الثاني: إن فاقدة البصر هي عاجزة وغير قادرة على حضانة الصغير لأنها هي نفسها غير قادرة على خدمتها فما بالك لصغير يحتاج لجهد وطاقة.

---

[1]-عبد الرحيم وجنات الميمني، مرجع سابق، ص 382.

[2]- إيمان معمري، مرجع سابق، ص31، 32.

[3]-محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص22.

الرأي الثالث: يقول بأنه يجب أن ينظر للعمى مثله مثل سائر الأمراض، إذ أنه قد يمنع التربية وقد لا يمنع تاركا الأمر للقاضي للنظر فيه حسب مايخدم مصلحة المحضون وحجتهم أن البعض ممن يصابون بالعمى يؤتيهم الله قدرة ونشاطا وبصيرة قد لا تتوافر فيمن يبصرون [1].

لكن الاجتهاد القضائي كان موقفه صارما فيما يخص فاقدة البصر حيث أصدر قرارا بتاريخ 1984/07/09 قضى بأنه: " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية" [2].

وأنا شخصيا أؤيد القرار أعلاه وأعتبر فاقدة البصر غير قادرة على حضانة الصغير حتى لو كانت تتوفر فيها صفة الأمانة، لأن فقد البصر يعجزها على مراقبة الصغير والعناية به مما يؤدي إلى عدم تحقق مقاصد الحضانة.

---

[1]-عبد التواب معوض، مرجع سابق، ص513، 514.

[2]- جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء 1، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر 2013، ص304.

الفرع الرابع

الأمانة

أجمع جمهور الفقهاء على أنه من شروط الحضانة أن يكون الحاضن مأمونا على تربية المحضون، لكنهم اختلفوا في مدى ما يكون الفاسق أهلا للحضانة.

فالحنفية تقر بأنه لا حضانة لفاسق يضيع معه الولد وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل فسق أمه فينتزع منها، وأيد المالكية الحنفية حيث جاء عنهم: " لا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام" وذلك أيضا ينطبق على رأي الشافعية بقولهم: " لا حضانة لفاسق" كما ذهب الحنابلة إلى أن الفسق مانع من الحضانة مطلقا لكونه غير موثوق به في أداء واجب الحضانة [1].

فالمقصود أن هذه الأفعال لم ترتكب مرة واحدة لكنها جرت منه مجرى العادة مما يرجح معه ضياع المحضون، ويرى البعض حتى المرأة تاركة الصلاة تعتبر فاسقة ولا تكون أهلا لحضانة الصغير[2]، إلا أن هذا مخالف لما أخذ به الإمام أبو زهرة حيث يعتبر الحاضنة غير المتدينة أهلا للحضانة إلا إذا كان فسقها فيه ضرر للمحضون وفي هذا الحال لا يكون أهلا للحضانة لا لعدم التدين بل لعدم الأمانة[3].

فالعبرة هي الأخذ بما يصلح للمحضون، فلو كانت كثرة العبادة والصلاة تشغل الحاضنة عن ولدها ولزم ضياعه ينتزع منها [4].

---

[1]-فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد4، العدد1 2018، ص 164، 165.

[2]- عبلة عبد العزيز، مرجع سابق، ص 94.

[3]- الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، بدون طبعة، دار الفكر العربي، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص407.

[4]- عبلة عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص94، 96.

كما جاء على لسان ابن القيم: " ليس من الصواب اشتراط العدالة في الحاضن، كون أن الرسول –صل الله عليه وسلم– ولا أحد من الصحابة منعوا فاسقا من تربية ابنه وحضانته له، كما أنه لو كان الفاسق مسلوب الحضانة لكان بيان هذا للأمة من أهم الأمور، واعتناء الأمة بنقله وتوارث العمل به مقدما على كثير مما نقلوه وتوارثوا العمل به..." [1].

بالاضافة إلى ذلك فالحاضنة المحترفة للدعارة أو السرقة أو تمتهن فن التمثيل والرقص تعتبر فاسقة ولا تكون أهلا لحضانة الصغير، لأن هذه الأعمال تخالف تعاليم الدين الإسلامي السامية وآدابه العالية.

وقد قدر الفقهاء بلوغ الصغير 7 سنوات حتى يخاف عليه من أن يألف ما تفعله حاضنته، لأن الطفل تنطبع فيه صور ما يراه في محيطه ويحاكيه فينشأ على أخلاقها السيئة فإذا لم يبلغ هذا السن بعد فلا تسقط الحضانة، كما أن الأب المعسر الذي لا صناعة له والسابق الحكم عليه بالحبس بسبب مخدرات غير مرة يكون فاسدا غير مأمون على ابنه الصغير [2].

وفي حالة كانت الحاضنة مشغولة عن الصغير إلا أنها استأجرت له من يرعاه تحت إشرافها أو كان فسقها مستورا غير ظاهر ولا يترتب عنه أي إهمال للصغير فلا يسقط حقها في الحضانة، فالحضانة أمانة ومن يدعي عكس ذلك عليه إثبات ما يدعيه[3].

---

[1]- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الأجزاء السادس، السابع، الثامن، التاسع، العاشر، الحادي عشر، الطبعة الثالثة دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، 1397ه/ 1977م، ص343.

[2]–العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة–الخطبة– الزواج– الطلاق– الميراث– الوصية، الجزء الأول(الزواج و الطلاق)، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون–الجزائر، 1994، ص384.

[3]–محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 26، 27، 28.

فنجد أن الاجتهاد القضائي سار على رأي الإمام أبو زهرة وابن القيم بحيث قد تسند الحضانة للأم المدانة بجريمة الزّنا متى تحققت مصلحة المحضون والتي تكون سلطة تقديرية للقاضي، هذا ما قضت به المحكمة العليا من خلال إصدار قرار بتاريخ 2010/07/15 [1].

فيجب على الحاضنة معرفة أن الطفل أمانة تلزمها مراعاته والمحافظة عليه، فإن شعرت أنها عاجزة عن التربية الكافية والرعاية التامة وجب عليها وضع هذه الأمانة في يد تقوى عليها فلا ينبغي أن تكون الأجرة التي تتلقاها هي الغاية من حضانته إذ أن صيانته هي الغاية المقصودة للشارع من الحضانة [2].

المطلب الثاني

الشروط الخاصة لإسناد الحضانة

بالإضافة إلى الشروط العامة التي تناولناها في المطلب الأول هناك شروط خاصة بالنساء وشروط أخرى خاصة بالرجال.

هذا ما سنتناوله بالتفصيل في هذا المطلب الذي سنقسمه إلى فرعين، يتمثل (الفرع الأول) في الشروط الخاصة بالنساء، أما (الفرع الثاني) سنخصصه للشروط الخاصة بالرجال.

---

[1]-جمال سايس، الجزء3، مرجع سابق، ص1505.

[2]-أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، طبعة جديدة، دار السلام دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص366.

الفرع الأول

الشروط الخاصة بالنساء

هي تلك الالتزامات التي تقع على عاتق المرأة الحاضنة طيلة مدة الحضانة الممنوحة لها والهدف من ذلك هو الحفاظ على مصلحة الطفل المحضون من جميع الجوانب.

أولا: أن لا تكون الحاضنة متزوجة بغير قريب محرم عن الصغير

تسند الحضانة للأم ما لم تتزوج في حديث الرسول –صل الله عليه وسلم– : " أنت أحق به ما لم تنكحي" أي أن الحضانة مرتبطة بالحاضنة غير المتزوجة وتسقط بمجرد زواجها من أجنبي عن الصغير، بمعنى المخالفة إذا تزوجت بقريب محرم للصغير تبقى الحاضنة أهلا للحضانة والحكمة من ذلك هي تحقيق مصلحة المحضون، لأن الأجنبي يكره صغير زوجته من غيره بحكم العادة مما تتضرر نفسية الصغير من المعاملة السيئة الواقعة عليه لكن هذه ليست بقاعدة فقد يكون زوج الأم مشفقا ومحبا للصغير والقريب قد يكون مبغضا ومؤذيا له، وفي هذا الصدد ذهب العلامة ابن عابدين إلى أن نفي أو عدم نفي إسناد الحضانة للأم إذا تزوجت من غير قريب محرم ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع مع مراعاة مصلحة المحضون [1].

ثانيا: أن لا تقيم الحاضنة في بيت من يبغضه

يعتبر الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير يضر به، كما اعتبروا أن شرط السكن الملائم من الضروريات لتربية الطفل في وسط ملائم له سواء من الناحية الصحية أو الخلقية [2]، فلا بد أن يكون السكن صالحا لإيواء المحضون بتفادي كل تأثير

[1]– محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 30،31.

[2]– فاطمة حداد، مرجع سابق، ص 165.

ناتج عن الظروف الطبيعية كالبرودة والحرارة وتوفير كل وسائل التدفئة والتبريد، كذلك يجب أن لا يكون السكن مجردا من الوسائل المساعدة للعيش والتي تعتبر من الضروريات كوسائل (الطبخ، الثلاجة، الأفرشة، الأغطية، الخزانات، الكراسي والطاولات) [1].

فالغاية من الحضانة هي حفظ الصغير وتربيته تربية صحية وسليمة، لذلك نجد المشرع الجزائري كان حريصا أشد الحرص على إبعاد المحضون عن كل ما يؤذيه حيث يتضح ذلك من خلال المادتين70، 72 من قانون الأسرة الجزائري [2].

نصت المادة 70 على أنه: " في حالة إذا سكنت الخالة أو الجدة مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم تسقط عنها الحضانة".

وجاءت المادة 72 بأنه: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار".

ثالثا: أن لا تكون الحاضنة مريضة بأحد الأمراض المعدية

أي أنه يجب أن تكون الحاضنة لا تحمل مرض يضر بالمحضون، يقصد بهذا المرض المضر هو المرض المعدي الذي ينفر منه المحضون ويسبب له أضرارا صحية تتعارض مع مصلحته، هذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية وقضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها [3].

---

[1]- عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013- 2014، ص246، 247.

[2]– أمال جدع، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، شعبة القانون الخاص، تخصص قانون "الأحوال الشخصية"، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة 2011–2012، ص 97.

[3]-محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات العدد 17، 2014، ص 201.

من هذه الأمراض البرص والجذام الذي من شأنه أن يضر بالمحضون أما خفيفها فلا يمنع، وقد اشترط القانون خلو الحاضن من الأمراض من خلال المادة62 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: "...وحفظه صحة" [1].

كما أن هناك أمراضا أخرى معدية أو مؤذية يحددها الطبيب ومن ثم يحكم القاضي على أساسها، فإن كان المرض بصفة مؤقتة وشفاه الله ترجع له الحضانة وإن كان لا يرجى شفاؤه ويستغرق وقتا طويلا حماية للمحضون ومراعاة لمصلحته تسقط الحضانة عنه [2].

فمن واجب الحاضنة وقاية الطفل من الأمراض المعدية وإبعاده عنها، هذا إجراء عام لا يخص الطفل فقد ورد في الحديث الشريف قول النبي –صل اللّه عليه وسلم– : " وفرّ من المجذوم كما تفر من الأسد " [3] وقال: " لا يورد ممرض على مصحّ" [4]، كذلك واجب عليها عند وقوع المرض المعالجة وعدم تركه فريسة للمرض حتى يهلك، " تداووا فإن اللّه عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء، غير داء واحد، قالوا : ما هو؟ قال: الهرم" [5]

---

[1]–أمال جدع، مرجع سابق، ص 94.

[2]–عبد الرحيم وجنات الميمني، مرجع سابق، ص 383، 384 .

[3]–البخاري محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الطبب أبالجدام، حديث رقم 5707، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، 2000، ص1747.

[4]– مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب السلام، باب لا عدوى ولا طيرة، حديث رقم2221، مجلد 1، الطبعة الأولى دار طيبة، الرياض، 2006، ص1058.

[5]–عز الدين كيحل،الحماية الجنائية للطفولة في الشريعة الإسلامية، مجلة الاجتهادالقضائي،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد السابع، ص26.

رابعا: أن تكون الحاضنة مسلمة

هذا الشرط واضح جليّا في قوله تعالى: " ولن يجعل اللّه للكافرين على المؤمنين سبيلا " فبما أن الحاضن حريص على تربية الولد على دينه حيث يصعب بعد كبره انتقاله عنه فقد يغيّره عن فطرة اللّه التّي فطر عليها عباده فلا يراجعها أبدا [1].

فأول شيء يلقن للطفل عقب ولادته هو ذكر اللّه سبحانه وتعالى، فعن ابن عباس رضي اللّه عنه عن النبي –صل اللّه عليه وسلم– قال: " افتحوا على صبيانكم أول كلمة بلا إله إلا الله..." [2]، فالتربية العقدية للمولود لا تقل عن التربية الجسدية بل قد تفوقها، لأن حياة الجسد تفنى بالموت لكن حياة الإيمان تستمر إلى ما بعد الموت والحفاظ على الفطرة السليمة للطفل وعقيدته مأمور به شرعا [3]، في قوله تعالى: " يا أيّها الذّين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها النّاس والحجارة عليها ملائكة غلاظ شداد لا يعصون اللّه ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون" (التحريم:6).

هذا واضح في قول أحمد محمد المومني الذي يقر بأنه لا حضانة لكافر، وإن كانت الأم كتابية كان لها حضانة ولدها ما لم يخشى عليه الخطر وسوء العاقبة من هذه الحضانة[4]، فالأم لها الحق بالولد مدة الرضاع وهي حولان سواء كان ذكرا أو أنثى إذا كانت

---

[1]–ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: "شريعة و قانون"، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة باتنة، 2004–2005، ص70.

[2]– رواه عبد الله بن عباس، نقله البيهي في شعب الإيمان وحكم عنه بأنه: متنه غريب .http://hdith.com/hdith

[3]– مليكة حمادي، أثر مراعاة المقاصد في أحكام الأسرة وتطبيقاتها المعاصرة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص "فقه وأصول"، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة باتنة1، ص143 1439هـ/2017 2018م ، ص 133.

[4]–أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، بدون طبعة، دار المسيرة، عمان، دون سنة نشر، ص171.

حرة مسلمة ولا حضانة للكافرة مع المسلم، وإذا فصل فالوالد أحق بالولد والأم أحق بالبنت حتى تبلغ 7 سنوات [1].

إلا أن المالكية والأحناف يرون أن إسلام الحاضنة ليس شرطا لممارسة الحضانة وذلك كون الحضانة لا تتعدى إرضاع الطفل وخدمته، هذا يجوز للمسلمة وغير المسلمة ومناطها الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، وللقاضي تقدير حول ما إذا كان هناك تأثير الحاضنة على دين المحضون أم لا إذ تبين أنه لا خوف على دينه تعطى لها حتى لو كانت كافرة [2].

ومن الأحكام التي ذهبت إليها المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكور للبلوغ وحضانة الأنثى في سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية".

ومن هذا نستنتج أنه ليس شرطا أن تكون الحاضنة مسلمة إلا إذا خيف على دين المحضون فيسقط حقها مراعاة لمصلحته [3].

إلا أنه ليس من مصلحة الصغير أن تكون حاضنته مرتدة لكونها تحبس عقوبة لها على الردة إلى حين عودتها للإسلام أو موتها وتكون بذلك غير أهل للحضانة، فذهبت دار الإفتاء المصرية إلى أن سقوط حق المرتدة في الحضانة ليس لذات الردة بل ما يترتب عليها من الحبس بالفعل وعدم تفرغها للصغير، إذا لم تحبس لا يتضرر الصغير فلا إشكال في

---

[1]-المولانا المحقق أبى القاسم الحلّي طاب ثراه، كتاب شرائع الاسلام في بيان مسائل الحلال والحرام، بدون طبعة، مطبع كادسته نشاط، بلدة كلكتهّ، جمادى الثاني 1255من الهجرة النبوية الموافق لسنة 1839من السنين المسيحية، ص303.

[2]-عبد الحكيم بوجاني، مرجع سابق، ص238 ،239.

[3]-محمد بجاق ، مرجع سابق، ص198، 199.

بقاء الحضانة لها بشرط أن يكون الصغير قد بلغ سن يعقل فيه على الدين ببلوغه السابعة فهنا تسقط عنها الحضانة لتضرره منها [1].

هل الذمية لها حضانة ابنها المسلم؟

إن الذمية كالحاضنة المسلمة ما لم يعقل الطفل دينا وينبغي تقديره ب7سنين لصحة إسلامه، أو إلى أن يخاف عليه من أن يألف الكفر وله فريقان فالأول أن يعقل الصغير الأديان فينتزع من الحاضنة الذمية سواء كانت أما أو غيرها، أما الفريق الثاني ألا يعقل الصغير الأديان وهنا نفرق بين أمرين، إذا كان هناك خوف من إلف الكفر مع أنّه لم يعقل الأديان بعد ينتزع من حضانتها، أما إذا لم يكن هناك خوف من إلف الكفر يبقى في حاضنة الذمية حتى يعقل الأديان [2].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده أحسن صنعا عندما ذكر في المادة 1/62 من قانون الأسرة الجزائري مسألة اتحاد الدين بين المحضون وحاضنته على أن تكون تربية الطفل المحضون على دين أبيه وهي مسألة أقرها الفقه الإسلامي كما أنّ المحكمة العليا في قرارها الصادر في 16أفريل1979 يتفق مع الأحكام الفقهيّة المتعلقة بهذا الموضوع [3].

فالمستقر في القضاء الجزائري هو منح الحضانة لأحد الوالدين الذي يقيم بالجزائر ولو كان غير مسلم مالم يخشى على دين المحضون، هذا ما أكّده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 05 أبريل1982 الذّي قضى بموجبه أنّ " العمل بالمجلس الأعلى فيما يخص الحضانة لا يميز فيها بين الأم المسلمة والأم المسيحية فلكليهما الأولوية فيها طالما كانتا تعيشان بالجزائر وغير بعيدتين عن أب أو ولي المحضون... وعليه مادامت أم البنتين

---

[1]- محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 32.

[2]-عبلة عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص106.

[3]- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص391.

مقيمة بهما في الجزائر فلا حق للطّاعن فيما يقول فإذا همّت بالخروج بهما فالعدالة بجانبه والطرق القانونية كفيلة بحمايته" [1].

الفرع الثاني

الشروط الواجب توفرها في الرجال

بالإضافة إلى الشروط العامة التي تخص الرجال والنساء على حد سواء وكذلك الشروط الخاصة بالنساء التي تخصهم دون سواهم، هناك شروط خاصة بالرجال والتي تعتمد على شرطين أساسيين.

أولا: أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى

هذا كون الأنثى لا يجب أن يختلط بها من ليس محرما لها فلا يؤمن عليها من كان أجنبيا عنها، أي أنه بعبارة أخرى يجب أن يكون الحاضن الذكر محرما للمحضونة الأنثى [2] ولقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها وإن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة والشهوة أعطيت له بالاتفاق [3].

فالمراد بالمحرميّة هي التي تكون من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة فابن العم المتزوج من أم المطلوب ضمّها بعد دخوله بها لا يجوز له أن يطلب ضم البنت إليه[4] كما

---

[1]-فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011 ص121.

[2]-حمزة بن حسين الفعر الشريف، أحكام الشريعة في ضوء المقاصد الشرعية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى مكة المكرمة، 1436هـ، ص 11.

[3]- سليمة صباطة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015- 2016 ص76.

[4]-عبد التواب معوض، مرجع سابق، ص512.

أنه ليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم المحرمية [1]، لأن حضانته لها قد تنقضي للفتنة والفساد وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه [2].

كما أنه قد يشترط في الحاضن الذكر إذا كانت المحضونة أنثى تطبيق الوطء أن يكون محرما لها ولو في زمن الحضانة بأن يتزوج أم المحضونة في زمن طاقتها، وإلا فلا حضانة له في زمنها ولو كان مأمونا ذا أهل عند مالك [3].

ثانيا: أن يكون متحدا مع المحضون في الدين

ذلك أن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث فلا توارث بين مسلم وغير مسلم، ذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، أما إذا كان العكس أي أن الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم لا تصح حضانته لأنه لا توارث بينهما[4]، بمعنى آخر لا توارث بين المختلفين دينيا لكون الحضانة نوعا من الولاية ولا تجوز ولاية غير المسلم على المسلم [5] فمن له أخوان شقيقان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم والطفل مسلم فحضانته لأخيه المسلم هذا جميع الديانات غير الإسلام تعتبر دينا واحدا كما في الميراث [6].

---

[1] – سناء عماري، مرجع سابق، ص 27.

[2]- سليمة صباطة، مرجع سابق، ص77.

[3]– أمال جدع، مرجع سابق، ص 97، 98.

[4]–عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 140، 141.

[5]–عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار عنابة، ص 180.

[6]–بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص555.

ثالثا: أن يكون للحاضن من يصلح للحضانة

اشترط المالكية أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كالزوجة أو أم أو خالة أو عمة، لأن الرجال بطبيعتهم لا يتحملون وليس لديهم صبر على أحوال الأطفال كالنساء فإذا لم يكن عند الحاضن الرجل امرأة تصلح لحضانة الصغير فلا يحق له حضانة الصغير[1]، فلا يهم المرأة التي معه في البيت إذا كانت زوجته أو مستأجرة للخدمة أو متطوّعة لأنّه لا صبر له فإن عدم ذلك لا يحق له الحضانة [2].

المبحث الثاني

أصحاب الحق في الحضانة و ترتيبهم

الأصل أن الطفل يولد ويترعرع وسط جو عائلي مترابط ومتماسك تحكمه المحبة والألفة بحيث توفر له ظروف ملائمة تمكنه من تطوير مواهبه وتنشئه نشأة صحية ونفسية سليمة، لكن قد يحصل شقاق بين الزوجين ويؤدي إلى فك الرابطة الأسرية فيطالب كل من الأب والأم بضم الطفل إلى حضانته [3].

سنفصل في هذه المسألة تحت عنوان أصحاب الحق في الحضانة (المطلب الأول) وترتيبهم في (المطلب الثاني).

---

[1]– عبد الرحيم مقداش، مرجع سابق، ص 120.

[2]–عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار البصائر، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص206.

[3]–عبد الرحيم وجنات الميمني، مرجع سابق، ص372.

المطلب الأول

أصحاب الحق في الحضانة

أجمع الفقهاء الأربعة أن حضانة الصغير تسند للنساء قبل الرجال[1]، ذلك مراعاة لمصلحة المحضون كونهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها [2] كما قدم القريبات من جهة الأم عن الأقارب من جهة الأب كونهن أرحم على المحضون، وفي هذا الشأن يقول الناظم ابن عاصم الغرناطي في تحفته:

وصرفها إلى النساء أليق ***لأنهن في الأمور أشفق

كونهن من ذوات الرحم *** شرط لهن وذوات محرم [3].

ويتمثل أصحاب الحق في الحضانة في ثلاث:[4]حق الصغير(الفرع الأول)، حق الأم أو الحاضنة (الفرع الثاني)، حق الأب (الفرع الثالث).

فإذا أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه وإذا تعارضت قدم حق المحضون على غيره [5].

---

[1]- أحمد هلتالي، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد الحادي عشر، 2018، ص 379.

[2]-محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر، عمّان،2007، ص 361.

[3]- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية، ص 295.

[4]- أحمد نصر الجندى، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر،2004، ص12.

[5]- مروان إبراهيم القيمي، موسوعة حقوق الإنسان في الإسلام"المسيرة"، بدون طبعة، دار الكتاب الثقافي، دون مكان نشر 1435هـ/2014م، ص 381.

الفرع الأول

حق الصغير

تعددت التعريفات حول الحضانة لكن نجدها كلها تصب في معنى واحد وهو أن الحضانة هي تربية الصغير ورعايته والقيام بكافة شؤونه التي بها صلاح أمره [1].

وباعتبار أن الحضانة هي ولاية على النفس فقد عرفها الشيخ الزرقا بالقول: " سلطة على شخص القاصر لتنشئته وتطبيبه، وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه" [2].

فالحضانة هي حق للصغير لحاجته لمن يرعاه ويحفظه[3] ذلك بسبب عجزه وعدم قدرته على تدبير شؤون نفسه بنفسه، ويقدم حقه دائما على حق غيره.

حيث يرى الأحناف في مسألة المرأة التي تخلع زوجها بشرط أن تتخلى عن صغيرها عند الزواج، بأن الخلع جائز والشرط باطل، هذا دليل على أن حق الصغير في الحضانة أقوى من حق الأم، فإذا كانت مصلحته تكون بقربها وفي حضنها فلا تستطيع أن تبطله بشرط [4].

كذلك الحال بالنسبة للولد الرضيع فحتى لو امتنعت الأم عن إرضاعه فلا ينتزع منها لأن في هذه المرحلة يكون الرضيع بحاجة ماسة إلى حضن ورعاية أمه [5]، فمصلحة المحضون تسمو على مصلحة الأم.

---

[1]–ناهس العنزي، الموسوعة المبسطة في شرح قوانين الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دون دار نشر الكويت ، 2013–2014، ص 293.

[2]– نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان 1432هـ/2011م، ص39.

[3]– السيد سابق، مرجع سابق، ص 328.

[4]– أحمد نصر الجندى، مرجع سابق، ص12.

[5]– السيد سابق، المرجع السابق، ص339.

كذلك جاء المشرع الجزائري بتعريف للحضانة من خلال المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا "، وجاءت المادة 64من نفس القانون في معناه أن في حالة إسناد الحضانة لمستحقيها يجب مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

كما أصدرت المحكمة العليا العديد من القرارات التي تؤكد أحقية الطفل في الحضانة منها القرار الصادر بتاريخ 2011/03/10 قضى بأنه: " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة..." [1]

وفي قرار آخر قضت بأنه: "...فإن من قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية" [2]، إلا أن الاستعانة بالمرشدة الاجتماعية ليس أمرا ملزما على القاضي ذلك ما بينه القرار التي أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 2011/10/13 الذي قضى بأنه: " القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية، لتقدير مصلحة المحضون" [3].

فمن خلال قرارات المحكمة العليا أعلاه، نجد أن القاضي يضمن احترام مصلحة المحضون في إطار الأسرة [4].

وما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يتعرض للطفل الناتج عن علاقة غير شرعية لأن نص المادة 62 من قانون الأسرة تقصد الولد الشرعي الناتج عن زواج شرعي.

---

[1]– جمال سايس، الجزء 3، مرجع سابق، ص1592.

[2]– جمال سايس، المرجع نفسه، ص1527.

[3]– قرار المحكمة العليا، رقم الملف650014، بتاريخ 2011/10/13، مجلة المحكمة العليا،2012، العدد1، ص313.

[4]–Armelle Dunand, la notion d'ordre public en droit de la famille, Mais 2017, p 21.

فولد الزنا ينسب إلى أمه مثله مثل الولد الشرعي له حق الحضانة وتطبق عليه قواعد المادة 62 من قانون الأسرة [1].

وقد أشارت المادة 1/6 من قانون رقم 21 لسنة 2015 في شأن حقوق الطفل بالنسبة لدولة الكويت على حقوق الطفل عموما وأكدت على حقه في الحضانة خصوصا[2].

ولم يكتف القانون الداخلي والمقارن بالحديث عن حق الطفل في الحضانة باعتباره الطرف الأقوى وحقه يغلب على بقية الحقوق بل تعدى ذلك إلى القانون الدولي حيث تبنت اتفاقية حقوق الطفل معيارا وحيدا لإسناد الحضانة يتمثل في مصلحة الطفل [3].

كما تعرضت بعض المواثيق الدولية لمسألة حق الطفل في الحضانة أهمها:

_ إعلان مبادئ حسن ممارسة الحضانة والتبني بموجب القرار 85/41 الصادر في 3 ديسمبر 1986.

_ اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام 1989 في المواد:9، 3/9 و4/9.

_ الإعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته ونمائه لعام 1990 في فقرته 14 [4].

---

[1]– وسيلة نامة، المركز القانوني للإبن غير الشرعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص"أحوال شخصية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّه لخضر، الوادي،2014– 2015، ص49.

[2]– نصت المادة1/6 على أنه: "يتمتع كل طفل بجميع الحقوق وعلى الأخص حقه في الرضاعة والحضانة...".

[3]– نصت المادة1/9 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: " تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقا للقوانين و الإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين و يتعين إتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل...".

[4]– كهينة العسكري، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مذكرة ماجستير شعبه الحقوق والعلوم السياسية، تخصص: قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2015– 2016 ص89، 90، 91.

فمن خلال التعريفات السابقة يتضح لنا بأن الحضانة هي حق مكفول للصغير بحكم الشرع والقانون، فقيل أن الحضانة هي حق للمحضون فلو أسقطها سقطت [1].

الفرع الثاني

حق الأم

إن الطفل في أول أطوار حياته يحتاج إلى من يدبر أموره من طعامه وملبسه ونومه ونظافته وأمثال هذه الحاجات لا يقدر أحد القيام بها غير النساء [2].

روي عن امرأة قالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني فأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله –صل الله عليه وسلم– أنت أحق به ما لم تنكحي" [3]

فمن الطبيعي والعدل أن يكون للأم الحق في حضانة ولدها بعدما حملته وهنا على وهن[4]، كما أن الله عزوجل وضع فيها أسمى الصفات النبيلة المتمثلة في القوة والصبر على تحمل مشقات ومتاعب الحمل والولادة ثم التربية والرعاية.

وفي هذا المقام يقول محمد زيد الأنباني: "الأحق بتربية الولد أمه النسبية لا الرّضاعية لأنها أكثر الناس حنانا عليه وأشفقهم به فتصبر على خدمته صبرا لا يتأتى من

---

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للطباعة والتوزيع والنشر دمشق،1405هـ/ 1985م، ص719.

[2]– عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1971م، ص 200.

[3]–الإمام أبى عبد الله بن القيم الجوزي، زاد المعاد، المجلد الثاني، الجزء الثالث، بدون طبعة، دار الكتاب العربي بيروت– لبنان ص121.

[4]– أحمد نصر الجندى، مرجع سابق، ص 13.

غيرها" [1]، ومنه فأحق النساء بحضانة الصغير هي أمه مادامت أهلا لذلك، وإذا لم توجد الأم أو كانت غير أهلا للحضانة انتقلت حضانة الصغير لمن يليها في الترتيب.

والتساؤل الذي يتبادر لدينا، بما أن الأم لها حق الحضانة هل تستطيع أن تمتنع عن ضم صغيرها وقت ماتشاء؟ أم تجبر عليه؟

اختلف الفقهاء حول هذه المسألة وتفرعوا إلى فريقين، ففريق يرى بأن الأم تجبر على حضانة صغيرها مطلقا سواء وجد من يضمه من الحاضنات أم لا، هذا الفريق الذي يأخذ بأن الحضانة حق للصغير وآخرون يرون بأن الأم لا تجبر على حضانة صغيرها إذا وجد غيرها من الحاضنات ورضي بها [2]، وقيل في هذا السياق أن يكون عنده بدل أمه [3]، أما إذا لم يوجد من يربيه تجبر على حضانة صغيرها حتى لا يضيع، هذا الفريق يعتبر بأن الحضانة حق للأم [4].

وكخلاصة مستنتجة من آراء الفقهاء، فإن الحضانة حق للمحضون والحاضنة معا أي حق مشترك وتبقى دائما مصلحة المحضون مقدمة على مصلحة الحاضنة.

ونجد كذلك المشرع الجزائري معترفا بحق الحضانة للأم، حيث أعطى الأولوية لها عند إسناد الحضانة ذلك من خلال نصه على المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "الأم أولى بحضانة ولدها..."

---

[1]– محمد زيد الأنباني، مختصر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مطبعة الواعظ بشارع درب الجماميز، مصر، 1326هـ، ص 332.

[2]– محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص 558.

[3]– العلامة الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك امام دار التنزيل، الجزء الأول، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، دون سنة نشر، ص581.

[4]– محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ص558.

كما أقر القانون على حق تنازل الحاضنة على حضانة صغيرها ما لم يضر بمصلحة المحضون، بمعنى أن الأم لها حق التنازل عن الحضانة لكن بشرط أن يكون حاضن آخر يقبل هذا التنازل وأن يكون قادرا على الحضانة، هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بأنه: " إذا قررت أن تتنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفا لأحكام الحضانة" [1]

بما أن المشرع الجزائري أغفل عن توضيح مسألة ولد الزنا كذلك الحال ينطبق على الأم العازبة، ومنه نرجع لأحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة نجد أن الولد غير الشرعي ينسب إلى أمه فهي أحق بحضانته ولها الأولوية في ذلك، لكن يخلق الإشكال في حالة وفاة الأم العازبة، فلمن تكون حضانة الصغير؟

فعند وفاة الأم العازبة تنتقل الحضانة إلى أقارب الأم من الإناث بدءا من أم الأم ثم الأخت لأم ثم الخالة ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخ لأم ثم خالة الأم ثم عمة الأم، وهذا ما أخذ به الحنفية، ويختلف الترتيب من مذهب لآخر كما يعتبر هذا الأخير ليس على وجه الإلزام إنما يكون من باب الشفقة على الولد لأن معظم العائلات في مجتمعنا ترفض التكفل بولد الزنا ولا تعترف به وتعتبره وصمة عار للعائلة، فغالبا مايكون مصير ولد الزنا مؤسسات الطفولة المسعفة أو تتكفل به عائلة [2].

وحسب رؤيتي الشخصية مادام المشرع أغفل عن معالجة مسألة الأم العازبة وولدها فمقصوده هو خضوعها لنفس الأحكام العامة للحضانة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، إلا أنّ ذلك لا يكون منطقيا لأن الأم العازبة تعتبر حالة استثنائية.

---

[1]– كريمة محروق، إشكالية تقدير مصلحة المحضون بين أحكام القضاء و نصوص القانون، الملتقى الوطني الأول في شؤون الأسرة، إشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوث1955 سكيكدة، يومي 10–11 ماي 2017، ص33.

[2]– وسيلة نامة، مرجع سابق، ص 50.

كما اعتبرت القوانين الداخلية المغاربية أن الحضانة هي حق للأم وجعلت لها الأولوية في استحقاقها كمبدإ عام [1]، كما ورد حق الحضانة للأم في الاتفاقيات الدولية في إعلان حقوق الطفل لعام 1959 في المبدأ السادس وميثاق الطفل في الإسلام في المادة 16[2].

نستنتج مما سبق عرضه، بأن الحضانة هي حق خالص للأم كقاعدة عامة وتصبح واجبة في حال تنازلت الأم عن حضانة صغيرها وكان ذلك متعارضا مع مصلحة المحضون، أما غير ذلك فلا تجبر الأم على الحضانة.

الفرع الثالث

حق الأب

بما أن الصغير ينسب إلى أبيه ويحمل اسمه، فهذا الأخير يكون من حقه أن يضم حضانة ولده باعتبار أن الطفل كان ثمرة زواجهما [3].

فالأم تعتبر منبع الحنان والرأفة على صغيرها أما الأب هو المدبر والحامي لمصالح ولده[4] فدوره في الحضانة لا يقل شأنا عن دور الأم، فإذا كانت هذه الأخيرة تمارس الأمور المعنوية فالأب يمارس دور الاهتمام بالجانب المادي كالنفقة.

---

[1]– يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق(دراسة مقارنة) رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011–2012، ص235.

[2]– غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان نشر،2010، ص 48.

[3]– فاطمة حداد، مرجع سابق، ص 167.

[4]– الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 1971م، ص 205.

وبالرغم أن الحضانة مكفولة للأم شرعا وقانونا قبل الأب إلا أن هذا الأخير حقه في الحضانة يبقى قائما ومضمونا حتى لو أسندت الحضانة للأم بعد الطلاق.

فالحضانة تسند للأب عادة في حالة عدم وجود الأم أو إذا وجدت ولم تكن أهلا للحضانة، هذا كان واضحا من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/02/12 الذي قضى بأنه: " إنّ إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون" [1].

أما في حالة أسندت الحضانة للأم فالأب كذلك له الحق أثناء فترتها تعهد الولد وتعليمه والقيام على تنشئته، هذا ما لم تتزوج أمه و يدخل بها زوجها الجديد [2].

كما للأب الحق بزيارة صغيره فبقاء المحضون في يد حاضنته لا يمنع الأب من رؤيته [3]، وتنظيم حق الزيارة وتحديدها يكون من سلطة قاضي الموضوع [4] هذا ما أشارت إليه المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " نظرا للحاجة النفسية للأطفال والحفاظ على توازنهم عند رؤية والدهم [5] كما يجب على القاضي أن يراعي عند الحكم بالزيارة:

---

[1]– قرار المحكمة العليا، رقم الملف256629، بتاريخ 2001/02/12، المجلة القضائية 2002، العدد2، ص 421.

[2]– عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار البصائر للتوزيع والنشر، دون مكان نشر،2007، ص216.

[3]– حسن عبد الحليم عناية، شرح قانون محكمة الأسرة وقانون إنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة في ضوء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الخامسة، دار مصر للإصدارات القانونية، الجيزة، 2009، ص 31.

[4]– عباسية لعسري، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون سنة نشر، ص7.

[5]– غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، الطبعة الأولى، دار طليطلة، دون مكان نشر، 1432هـ/2011م، ص149.

_ الإجازات المدرسية.

_ إجازات العيدين.

_ عمر المحضون وحاجته لحاضنته.

_ وجود المناسبات لدى أحد الطرفين.

_ تعيين مكان الزيارة ومكان استلام المحضون وتسليمه.

_ تحديد من يحضر المحضون للزيارة ومن يأخذه وقت انتهائها.

كما يراعى كذلك حال الصحة والمرض ومسألة المبيت من عدمه [1].

فمن خلال نص المادة نلاحظ بأن حق الزيارة لا يقتصر على الأب فقط، فقد يحكم بها للأم كذلك في حالة إسناد الحضانة للأب حتى تبقى الصلة بين الأبوين قائمة حتى وإن كانا منفصلين بسبب الطلاق [2].

كما أصدرت المحكمة العليا قرارا بتاريخ 2006/01/04 قضى بأنه: "زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة" [3].

وبالتالي فحق الزيارة يثبت لأحد الأبوين المنفصلين الذي لم تسند له الحضانة بغض النظر إذا كان أب المحضون أو أمه.

---

[1]– عبد الله البهلال، الآليات القضائية المتبعة في إصدار وتنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ص 3.

[2]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، دار الخلدونية، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص254.

[3]–قرار المحكمة العليا، رقم الملف350942،بتاريخ2006/01/04، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد1، ص455.

المطلب الثاني

ترتيب الحاضنين

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الأم هي الأولى بحضانة صغيرها لأنها هي الأليق بالصغير والأشفق عليه [1]، واعتنق المشرع الجزائري هذا الرأي من خلال نصه على المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " الأم أولى بحضانة ولدها.."، كما أكدته العديد من قرارات المحكمة العليا.

لكن اختلف الفقهاء في ترتيب مستحقي الحضانة، وسنبين ذلك في (الفرع الأول) وترتيب مستحقي الحضانة حسب المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه

اتفق الفقهاء الأربعة على أن النساء لهن الأولوية في الحضانة مع الحرص على مراعاة تقديم جهة النساء من جهة الأم على النساء من جهة الأب، فهن مرتبات حسب درجة القرابة الأقرب فالأقرب للمحضون [2]، لكنهم اختلفوا في ترتيب هؤلاء بعد الأم وأم الأم [3].

---

[1]–محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 364.

[2]– آمال رواق، علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج والطلاق وآثارهما، (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون تخصص أحوال شخصية، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة،2015–2016، ص349، 350.

[3]–أحمد هلتالي، مرجع سابق، ص 379.

أولا: ترتيب مستحقي الحضانة عند الحنفية

أ_ ترتيب النساء:

الأم : فالأم هي أولى بحضانة صغيرها كونها الأشفق والأقدر على تربيته واستدل بحديث الرسول –صل الله عليه وسلم– " أنت أحق به " لكن يجب أن تستوفي جميع الشروط حتى تستحق حضانة صغيرها.

أم الأم: وذلك إذا انعدمت الأم أو وجدت ولم تتوفر فيها الشروط [1]، فتسند الحضانة لأم الأم وإن علت شريطة أن يكون زوج الجدة هو الجد [2].

الدليل على ذلك أن عمر بن الخطاب طلق جميلة بنت عاصم فتزوجت فأخذ عمر ابنه عاصما فأدركته أم جميلة، فأخذته فترافعا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه وهما متشبتان فقال لعمر خل بينها وبين ابنها فأخذته [3]، وفي حالة انعدام أم الأم أو أنها لم تستوفي الشروط اللازمة تنتقل الحضانة لأم الأب [4].

صحيح أن الجدتين استويتا في القرب لكن كل من يدلي بقرابة الأم كان الأولى بالحضانة [5]، ثم تنتقل الحضانة إلى الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم [6]، ثم الأخت لأب بنت الأخت الشقيقة أي بنت الأخت لأبوين، بنت الأخت لأم، الخالة لأبوين، الخالة لأم

---

[1]–محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 365.

[2]– ابن حزم، المحلى، الجزء العاشر، بدون طبعة، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دون سنة نشر، ص329.

[3]–عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، 1424هـ/2003م، ص 28.

[4]–محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 365.

[5]– الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، مرجع سابق، ص206.

[6]– السيد سابق، مرجع سابق، ص340.

الخالة لأب، بنت الأخت لأب، بنت الأخ الشقيق أي بنت الأخ لأبوين، بنت الأخ لأم، بنت الأخ لأب [1].

لكن اختلف أبو حنيفة حول الخالة مع الأخت لأب [2] أي منهما تتقدم عن الأخرى هل الخالة تتقدم عن الأخت لأب أم العكس؟

فمرة أخذ بأن الخالة تتقدم عن الأخت لأب ثم العمة [3]، وهذا ما أخذ به زفر حيث استدل في ذلك بحديث الرسول –صل الله عليه وسلم– " الخالة بمنزلة الأم" [4].

ومرة أخذ بأن الأخت لأب تتقدم عن الخالة ثم العمة، هذا ما اتبعه أبو يوسف[5] كون الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد وبالتالي الأخت أقرب فكانت أولى [6].

العمات: ذلك عند انعدام الخالة أو فقدت شرطا تنتقل الحضانة إلى العمة وأبوحنيفة يقدم العمة لأم على العمة لأب [7]، فالعمة الشقيقة أحق من العمة للأب والعمة للأب أحق من العمة لأم [8].

---

[1]– أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1427هـ/2006م، ص266،267.

[2]–الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، مرجع سابق، ص208.

[3]–ابن حزم، مرجع سابق، ص329.

[4]– عايدة سليمان أبو سالم، مرجع سابق، ص 32.

[5]– ابن حزم، المرجع السابق، ص 329.

[6]– الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 209.

[7]–محمود علي السرطاوي، مرجع سابق ، ص365.

[8]– ابن حزم، المرجع السابق، ص329.

ب_ ترتيب الرجال العصبات

في حالة عدم وجود حاضنات من النساء لرعاية الصغير تنتقل مباشرة الحضانة للعصبات من الرجال حسب ترتيبهم في الإرث[1]، ويكون ترتيبهم كالآتي:

الأب، الجد، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب، عم الأب الشقيق، عم الأب لأب، ويرى أبوحنيفة أن غير المحارم من العصبات ليس لهم حق حضانة الأنثى ولهم حضانة الذكر [2].

وفي حالة اجتمع الجدّان فالجد للأب أولى من الجد للأم، وهو رأي ابن قصار [3].

ج _ ترتيب الرجال من ذوي الأرحام:

فإذا لم يوجد أحد من الرجال العصبات انتقل الحق في الحضانة إلى ذوي الأرحام على الترتيب الآتي:

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم [4].

---

[1]– أمال جدع، مرجع سابق، ص 102.

[2]–محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 366.

[3]– محمد عليشى، منح الجليل، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار الفكر، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص 191.

[4]– محمود ربيع خاطر محمد عبد الحميد الألفي، قانون الأحوال الشخصية والمواريث وقوانين الأسرة، بدون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع كنوز مصر التشريعية، مصر،2018، ص100.

ثانيا: ترتيب مستحقي الحضانة عند المالكية

أ_ ترتيب النساء:

لا خلاف أن للأم الأولوية باستحقاق الحضانة عند المالكية مادام أنها مستوفية للشروط كاملة ولم تسقط عنها الحضانة لسبب من الأسباب، ثم يليها في الترتيب الجدة التي هي أم الأم وإذا انعدمت هذه الأخيرة تحل محلها جدة الأم وإن علت، ثم تنتقل إلى الخالة[1].

ب_ ترتيب الرجال العصبات:

نفس الترتيب لدى الحنفية فعندما تنعدم النساء تنتقل الحضانة إلى الرجال العصبات ويرتب المالكية الرجال العصبات كالآتي:

يتقدم العصبة من الرجال في الحضانة فأولى الحاضنين الوصي، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم الجد الأدنى، ولا يتقدم الجد الأعلى رغم أنه أولى من الأخ في مرتبة الميراث[2].

ثالثا: ترتيب مستحقي الحضانة عند الشافعية

جعل الشافعية لمستحقي الحضانة ثلاثة حالات ووضعوا لكل حالة ترتيب معين.

الحالة الأولى: تقدم الأم عن الأب، ثم أم الأم وإن علت.

الحالة الثانية: تكون عند إجتماع الإناث فقط فتقدم الأم، ثم أمهاتها ثم أمهات الأب، ثم الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة.

الحالة الثالثة: تكون إذا اجتمع الذكور فقط ويكون الترتيب كالآتي:

---

[1]– عايدة سليمان أبو سالم، مرجع سابق، ص30.

[2]– عايدة سليمان أبو سالم، المرجع نفسه، ص41.

الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم الأخ لأم [1].

رابعا: ترتيب مستحقي الحضانة عند الحنابلة

أ_ ترتيب النساء:

الأم، ثم أم الأم، ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب، وعن رواية أخرى عن الإمام أحمد أن أم الأب تقدم على أم الأم لأنها تدلي بعصبة، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة، ثم خالة الأم تقدم على خالة الأب، ثم العمة الشقيقة، ثم العمة لأب، ثم العمة لأم [2].

ب_ ترتيب الرجال العصبات:

الأب، الجد وإن علا، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب العم الشقيق، العم لأب، عم الأب الشقيق، عم أب الأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب هذا الأخير ليس له حضانة الصغيرة ورأي آخر قضى بأنه له حضانتها لأنه أولى من الأجانب وذلك إذا لم يكن بينهما رضاع محرم وإلا له حضانتها [3].

ج_ ترتيب ذوي الأرحام:

وفيه قولان:

الأول: يحق للرجال حضانة الأطفال لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند فقد من هو أولى منهم فيشبهون البعيد من العصبة.

---

[1]– أمال جدع، مرجع سابق، ص103.

[2]–عايدة سليمان أبو سالم، مرجع سابق، ص 33، 34.

[3]– عايدة سليمان أبو سالم، المرجع نفسه، ص39.

الثاني: لا يحق للرجال حضانة الأطفال فإذا ما فقدت حضانة العصبات انتقل الأمر إلى الحاكم، وذلك لأن الرجال لا يحضنون بأنفسهم وليس لديهم ولاية لعدم تعصيبهم فأشبهوا الأجانب، فعلى القول الأول في حال فقدت العصبات انتقلت الحضانة إلى أب الأم وأمهاته فيقدم على الخال لأن الخال يسقط بالميراث عند وجود أب الأم.

وفي تقديم أب الأم على الأخ لأم قولان كذلك: فالأول يقدم الأخ لأم على أب الأم لأنه وارث بالفرض يسقط الأرحام فيتقدم عليهم.

أما القول الثاني فيتقدم أب الأم وأمهاته على الأخ لأم لأن أب الأم يدلي بالأبوة في حين أن الأخ لأم يدلي بالبنوة، والأب يتقدم على ابنه في الولاية وكذلك في الحضانة لأنها نوع من الولاية [1].

الفرع الثاني

ترتيب مستحقي الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري

بعد دراستنا لآراء الفقهاء الأربعة حول ترتيب مستحقي الحضانة، سنحاول إبراز موقف المشرع الجزائري من هذه الآراء الفقهية ونستخلص أي مذهب سار عليه المشرع قبل وبعد تعديل قانون الأسرة الجزائري.

أولا: موقف المشرع الجزائري قبل التعديل 84-11

تنص المادة 64 من القانون 84-11 على أنه: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون".

[1]- عايدة سليمان أبو سالم، المرجع السابق، ص43.

من خلال نص المادة أعلاه نجد بأن المشرع الجزائري من خلال القانون 84-11 رتب الحاضنين ترتيبا مماثلا لترتيب الفقهاء، حيث أعطى أولوية الحضانة للأم وحافظ على تقديم جهة الأم على جهة الأب، وذلك كون النساء الأشفق والأرأف على المحضون بالإضافة إلى ذلك فإن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون بالضرورة قرابتها سابقة عن قرابة الأب في ترتيب الاستحقاق [1].

كما تجدر الإشارة أن القاضي عند إسناد الحضانة عليه أن يراعي مصلحة المحضون بغض النظر عن الترتيب الوارد بنص المادة، هذا ما أكدته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ2011/03/10 الذي قضى بأنه: " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع" [2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري بعد التعديل

نصت المادة 64 من الأمر05-02 على أنه: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك" وأيده المشرع المغربي من خلال نصه على المادة 171بقولها: " تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم للأم الأم..." [3].

---

[1]- حسينة شرون، جريمة الامتناع من تسليم طفل إلى حاضنه، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد السابع، ص 23.

[2]- قرارالمحكمة العليا، رقم القرار 613469، تاريخ القرار2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد1 ص285.

[3]- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص257.

وفي حالة تساوى المستحقون في درجة واحدة يقدم أصلحهم للقيام بشؤون الصغير[1] فنلاحظ من خلال المادة بعد التعديل أن المشرع الجزائري أبقى على أولوية الأم في حضانة صغيرها في حين نجده قدم مرتبة الأب عن مرتبة أم لأم (الجدة) وقام بإضافة العمة بالتالي فالمشرع بعد التعديل لم يتبع ترتيب الفقهاء، ومنه نطرح التساؤل التالي:

هل المشرع الجزائري بعد تعديل نص المادة64 من قانون الأسرة قد خرج عن أحكام الشريعة الإسلامية؟

تعرض الترتيب الوارد بنص المادة 64 من قانون الأسرة للنقد كون تم تقديم الأب عن الجدة والخالة، فالبعض اعتبروه مخالفا لجميع المذاهب الفقهية السنية لأن هذا المنحنى لم تأخذ به سوى الشيعة كما اعتبروه مخالفا لنصوص صريحة لأنه ثبت عن الرسول –صل الله عليه وسلم– أنه قضى في ابنة حمزة بخالتها وقال: " الخالة بمنزلة الأم" [2].

كما اعتقدوا بأن تقديم الأب عن الجدة والخالة التي عادة ما تكونا أعطف وأحن على المحضون من زوجة الأب سيكون الطفل بخطر عند إسناد الحضانة للأب وخاصة إذا كان سيعيش مع زوجة أبيه [3].

---

[1]– قدرى عبد الفتاح الشهاوى، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية ،بدون طبعة، منشأة المعارف جلال حزى وشركاؤه الاسكندرية، دون سنة نشر، ص 496.

[2]– جيلالي وحياني، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014–2015، ص106.

[3]– أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة) رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013–2014، ص446.

بالرجوع إلى الجريدة الرسمية للمداولات التي جاء فيها: "...وهذا ما برز في قانون الأسرة الصادر في 9 يونيو1984الذي استمد أحكامه من فقه الإمام مالك، كما استمد بعض أحكامه من المذاهب الإسلامية الأخرى، وبعض الآراء الإجتهادية..." [1].

بالإضافة إلى ما تعرضنا له سابقا كون الفقهاء اتفقوا على أن الحضانة أولى للأم، لكنهم اختلفوا في ترتيب ما بعدها وبعد أمها، فمثل ما أخذ به أحمد بن حنبل بأن أم الأب وأمهاتها يتقدمن في الترتيب على أم الأم، وبالتالي يكون الأب أولى بالتقديم لأنهن يدلين به ويرى الجعفرية أن الحضانة تثبت للأم ثم للأب [2].

ومنه نقول بأن المشرع الجزائري في تعديل المادة 64 من قانون الأسرة لم يخرج على أحكام الشريعة الإسلامية[3]، فهو سار على رأي الجعفرية كما أن المادة 222 من قانون الأسرة واضحة بخصوص الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في حال لم يرد نصا في قانون الأسرة إذ لم تقم بتقييد القاضي باتباع مذهب معين، ومنه فلا إشكال في الأخذ بأي مذهب من المذاهب.

بالإضافة إلى ذلك فتعديل نص المادة 64 جاء من أجل معالجة الواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية لا سيما فيما تعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة، فكان الأب في ظل القانون القديم 84-11 يعتبر حقه مهضوما لأن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها [4].

---

[1]-محمد لمين مسيخ، منهج المشرع الجزائري في سن قانون الأسرة وأثره في تحديد معالم النظام العام فيه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، المجلد الأول، العدد التاسع، 2018، ص610.

[2]- لمين لعريض، حماية الطفل المحضون كأحد مكونات الأسرة بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، جامعة الوادي، يومي24 و25 أكتوبر 2018، ص146.

[3]- أحمد شامي، مرجع سابق، ص446.

[4]- جيلالي وحياني، مرجع سابق ص 106.

فتقديم الأب عن الجدة أراه أمرا منطقي، فالجدة عادة ما تكون امرأة كبيرة في السن مما يصعب عليها العناية بالطفل من تنظيف وغسيل... إلخ، ومنه فالجدة تكون غير مستوفية لشرط القدرة.

أما بالنسبة للخوف على المحضون من زوجة الأب فالمشرع لم يلزم القاضي باتباع الترتيب الوارد بنص المادة 64 من قانون الأسرة، وبالتالي متى رأى القاضي أن مصلحة المحضون لا تتحقق مع الأب فلا تسند له لأن هذا الترتيب ليس من النظام العام [1]، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/03/10 الذي قضى بأنه: " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع" [2].

كما اكتفت نص المادة على أن القاضي يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون من الأقارب الموجودين، فإن لم يوجد له أقارب أصلا عين له حاضنة تقوم بتربيته كما يرى البعض أنه دفعا للفتنة فإنه على القاضي أن يعين حاضنا للمحضون الذكر وحاضنة للمحضون الأنثى، بشرط توفر عنصر الثقة ويتأكد من قدرتهم على الحضانة، ولابأس في ذلك إن استعان بمرشدة اجتماعية تحقيقا لمصلحة المحضون [3].

بالرغم من الانتقادات الموجهة للمشرع بخصوص تعديل ترتيب الحاضنين بموجب الأمر 05-02، إلا أنّ ذلك لا يمنع من وجود عدة مزايا لهذا التعديل.

كما أثبت بأن المشرع أشد الحرص على تحقيق مصلحة المحضون في ظل وجود تفكك أسري وكذا محاولته للموازنة بين الحقوق لتحقيق المصلحة العامة لجميع الأطراف.

---

[1]-أحمد شامي، مرجع سابق، ص446.

[2]- جمال سايس، الجزء3، مرجع سابق، ص1592.

[3]- لمين لعريض، مرجع سابق، ص 148، 149.

ملخص الفصل الأول

نستخلص مما تقدم في هذا الفصل حول إسناد الحضانة أنها حق ثابت لكل من الطفل والأم والأب بموجب الشرع والقانون، مشارا دائما بأن مصلحة المحضون تسمو على الكل، فتثار مسألة الحضانة عند تنازع الأبوين حول أحقية ضم الصغير، لذلك نجد الفقه نظم هذه المسألة بشكل مفصل ودقيق حيث وضع شروط مشتركة بين الزوجين، وأخرى تخص كل واحد على حدى ومتى توفرت تلك الشروط في أحدهم استحق حضانة الصغير كما نستخلص أيضا أن الفقه لم يكن له رأيا ثابتا فيما يخص الشروط، فهناك شروط كان متفق عليها وأخرى كانت محط اختلاف وطبعا كل وجهة نظر لها حجتها.

أما بالنسبة للناحية القانونية فالمشرع لم يوضح موقفه من هذه الاختلافات الفقهية تاركا المجال واسعا لقاضي الموضوع، حتى بالنسبة لترتيب الحاضنين بموجب آخر تعديل لم يقيد القاضي بإتباعه إنما تركها كسلطة تقديرية له باعتبار مسألة ترتيب الحاضنين ليست من النظام العام.

غير أنه نجد الاجتهاد القضائي لم يغفل على بعض المسائل التي كانت غامضة ومبهمة في نصوص القانون.

الفصـل الثـــانـــي سقـــوط الحضـــانـة

الفصل الثاني
سقوط الحضانة

بعد التطرق في الفصل السابق إلى شروط ممارسة الحضانة العامة التي تجمع بين النساء والرجال والخاصة بالنساء لوحدهم والرجال لوحدهم، كما بينا أصحاب الحق فيها وصولا إلى ترتيبهم حسب الأولوية من أجل تحقيق مصلحة المحضون، حيث تكون للقاضي سلطة تقديرية في إثبات هذا الحق أو إسقاطه عن الحاضن.

فالهدف من الحضانة هو رعاية المحضون لمن له الحق في حضانته، إلّا أن هذا الحق ليس مؤبدا قد يختل ويسقط باختلال الشروط الواجبة فيه، فإن أدى ما عليه من التزامات يبقى له الحق فيها أما إذا أخل بالتزاماته يسقط عنه هذا الحق.

فمتى تسقط الحضانة ؟ وماهي أسباب سقوطها ؟

وعلى ذلك تم تقسيم الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: السقوط الاختياري.

المبحث الثاني: السقوط غير الاختياري.

المبحث الأول

السقوط الاختياري

يقصد بالسقوط الاختياري هو حالة تنازل الحاضن عن الحضانة بكامل إرادته مع أنه لم يكن له سبب يستحق تنازله عنها.

ولهذا السقوط نوعين يتمثل الأول في التنازل الصريح الذي سنعالجه في (المطلب الأول)، وقد يكون سقوط الحضانة بالتنازل الضمني الذي سنتناوله في (المطلب الثاني).

فما هي الحالات التي يستطيع الحاضن فيها التنازل عن الحضانة؟

المطلب الأول

التنازل الصريح

أجاز المشرع الجزائري للحاضن بالتنازل عن الحضانة لكنه قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بمصلحة المحضون بالدرجة الأولى، أي أنه على القاضي عند الموافقة على التنازل مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

هذا ما سنحاول معرفته في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين: سنتناول في (الفرع الأول) التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة، أما (الفرع الثاني) سنتناول فيه التنازل عن الحضانة باتفاق الأطراف.

الفرع الأول

التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة

تتمثل الصورة الأولى التنازل الصريح عند التنازل عن حق الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن التي أقرتها المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يسقط...بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

فإن كان التنازل عن الحضانة ناتج عن تصرف الحاضن وبناء على رغبته وإرادته الاختيارية، فحقه هنا في الحضانة لا يعود له مطلقا خاصة إذا كان الأب يمارس الحضانة الفعلية للأولاد لمدة أكثر من سنة وتمدرس الأولاد عنده فنظرا لمصلحتهم سقطت الحضانة عن الأم[1].

وأكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1989/03/27 الذّي جاء فيه: "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازل لها عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع أولادها".

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإنّ قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاة برجوع المطعون ضدها أم الأولاد في تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون فمراعاة لمصلحته إذا كان هناك إضرار ناتج عن تنازل الحاضن بإرادته المنفردة لا تستجيب له المحكمة.

---

[1]– مبروكة غضبان، حقوق الطّفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر1، 2017–2018، ص116.

هذا واضح في قرارها بقولها: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة " [1].

وكما جرت العادة يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم مع مراعاة مصلحة المحضون، فجاء قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية بقوله: "إن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، كما أن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة لها إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك، وبما أن المحضونة تعد في سن جد حساسة ومصلحتها تتطلب فعلا أن تكون مع والدتها، ومنه فإن طلب المستأنفة الرامي إلى إسقاط حضانة البنت عن والدها لها طلب مؤسس ومبرر، هذا ما يثبت أن قضاء المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون قد أخطئوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه" [2].

كما أن جمهور الفقهاء استقروا على أن الحضانة فيها ثلاثة حقوق: حق المحضون وحق الحاضنة وحق الأب، وأنه في حالة التعارض بين هذه الحقوق يقدم حق المحضون لمصلحته، حيث أنهم أجازوا للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة إذا كان هناك بديل لها

[1]- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص"أحوال شخصيّة "، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015، ص106.

[2]- كمال صمامة، المرجع نفسه، ص107.

أما إذا وجدت حاضنة غيرها لكنها رفضت أو كان الأب فقيرا لا يستطيع دفع أجرة الحاضنة غير الأم الحاضنة هنا راعى الفقهاء مصلحة المحضون حتى لا يتضرر بعدم الحضانة [1].

كذلك جاء في قرار المحكمة العليا في قضية أم حاضنة تنازلت عن حضانة ابنتها المريضة للأب حيث قرر المجلس أن هذا التنازل لا يلتفت إليه لأنه يضر بالبنت حسب المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري استنادا إلى شهادة طبية تثبت مرض الطفلة بمرض مزمن تحتاج فيه إلى رعاية الأم، لاسيما ملازمتها بالمستشفى وهو ما لا يمكن للأب أن يوفره لها بالنّظر إلى ظروف عمله [2].

وقد جاء محمّد الحبيب التجكاني برواية في هذا السياق، حيث سئل رضي اللّه عنه في رجل كانت له زوجة فطلقها وله منها ابنة، فتزوجت الزوجة تاركا الأب الابنة مع أمها بعد زواجها وبعد مرور ثلاث سنوات أراد أخدها منها، هل يحق له ذلك أم لا ؟

الجواب: إذا تركها عند أمها طيلة هذه المدة فهذا برضا منه ويكون بذلك قد سقط حقه في حضانتها، فالواجب أن ترد إلى أمها لحضانتها [3].

وجاء الاجتهاد القضائي مؤيدا لهذا الرأي، حيث أنه في قراره الصادر في1989/03/27 وكذا القرار الصادر في 1968/12/25، أسقطوا حق كل من تنازل عن الحضانة باختياره ولا يستطيع طلب استرجاع حضانة الأولاد، كما أضاف القرار الصادر في

---

[1]- أحمد نصر الجندى، شرح قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار الكتب القانونيّة، مطابع شتات، مصر، 2009 ص155.

[2]- محمد حيدرة، مراعاة مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، المجلد 4، العدد 2، 2018 ص17.

[3]- محمد الحبيب التجكاني، مسائل أبي الوليد ابن رشد [الجدّ] ، الطبعة2، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق الجديدة المغرب، 1993، ص271.

1988/12/19 بقوله: " تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن يقبلها وله القدرة عليها يعدّ مخالفا لأحكام الحضانة" [1].

كما قد أشار عبد الكريم بن محمد اللاحم إلى التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة وأعطى فيها رأيين، يتمثل الرأي الأول في إجازة التنازل لاعتبار الحضانة حق للحاضن ويجوز له الامتناع عنها كسائر الحقوق.

أما الرأي اثاني لم يجز التنازل عن الحضانة لأنها قد تؤدي إلى ضياع المحضون ولكن الرأي الأرجح هو عدم جواز الامتناع عن الحضانة لسببين، الأول باعتباره حقا للحاضن وحقا للمحضون، فإذا أسقط الحاضن حقه بالامتناع لم يسقط حق المحضون والسبب الثاني هو اعتبار حق المحضون في الحضانة كحقه في النفقة وحق النفقة لا يسقط بامتناع من هو عليه [2].

الفرع الثاني

التنازل عن الحضانة بسبب اتفاق الأطراف

يكون التنازل عن الحضانة بسبب اتفاق الأطراف إما باتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين (أولا)، أو بالتنازل عنها مقابل الخلع (ثانيا)، أو يكون بالتنازل عنها في الطلاق بالتراضي (ثالثا).

هذا ما سنعالجه في هذا الفرع.

---

[1]- جمال سايس، مرجع سابق، ص53،411، 430.

[2]- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، فقه الأسرة، الطبعة1، دار كنوز إشبيليا، المملكة العربية السعودية، 2010، ص414.

أولا : اتفاق الأطراف مع أحد مستحقي الحضانة

يكون هذا التنازل باتفاق صاحب الحق في الحضانة لفائدة أحد مستحقي الحضانة لكن يكون هذا الاتفاق مراعيا لمصلحة المحضون، فحسب ما ينص عليه القضاء الجزائري من خلال قضاء المحكمة العليا الذي جاء بأنه: يجوز لهم الاتفاق والقاضي يصادق على الشروط ولا يجوز الرجوع فيه، كما أيده مجلس قضاء تيزي وزّو بتاريخ 1994/06/08.

ثانيا: التنازل عن الحضانة مقابل الخلع

نجد في التنازل عن الحضانة مقابل الخلع فريقين:

الفريق الأول: يقول بصحة الخلع وبطلان المقابل المشتمل على الحضانة المتعلقة بحق الغير.

الفريق الثاني: يرى عدم جواز الخلع على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها[1].

نجد أن مؤيدي الرأي الأول كثر، فالخلع يعتبر صحيحا في الأحوال التي يكون فيها بدل الخلع فاسدا فيبطل البدل، إلا أنه يبقى للقاضي تقدير البدل المناسب والبدل الفاسد وهذا الأخير ليس مقوما [2]، كما أنه لا يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أوحق من حقوقهم [3]، ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاقا بائنا وحكمه غير قابل للطعن فيه [4].

---

[1]- كمال صمامة، مرجع سابق، ص113 .

[2]-محمد عبد الهادي عبد الستار، طارق جمعه السيد راشد، الوجيز في شرح قانون الأسرة القطري رقم 22 لسنة 2006 (الجزء الأول- الزواج وفرق الزواج)، بدون طبعة، lamar، دون مكان نشر، 2018-2019، ص216.

[3]-عبد الغفور محمد إسماعيل البياتي، القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية، موسوعة شاملة للقواعد الفقهية في فقه الأسرة، (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة)، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، دون سنة نشر، ص737.

[4]-محمد التهامي عبد الكريم، موسوعة العقود والدعاوى القانونية وإجراءاتها العملية، معلقا عليها بالدفاع والدفوع القانونية والمستندات والرسوم المستحقة على كل دعوى وفقا لأحدث التعديلات، الجزء الثالث، بدون طبعة، دار العدالة، القاهرة 2014-2015، ص297.

والسبب في عدم اشتمال التنازل حقوق صغار الزوجين من نفقة وحضانة ورؤية وغيرها راجع لاعتبارها حقوقا غير خاصة بالزوجة [1] وتتعارض مع حق الولد ومضيعة له فإن كان لها إبطال حقها فليس لها إبطال حق الصغير [2].

ثالثا: التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي

هنا يجب تطبيق المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقده ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

وقد أيده القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1985/12/30 الذي تم فيه طلاق الزوجين بالتراضي واتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة ابنها لأبيه، كما تبقى حضانة ابنتهما لها على نفقة أب البنت [3].

فما روي عن قصة زوجة بالحسن يؤكد ذلك بعد إصرارها على أن يطلقها زوجها وافق بالحسن واشترط أن تتنازل له عن ابنتهما رباب فكان له ذلك، مع التوقيع المرفق بالبصمة من قبلها على ورقة تتنازل فيها عن حضانة رباب على أن تسلم الورقة له بعد أن يرمي عليها يمين الطلاق مع تسجيل شريط كاسيت حتى يكون الإقرار خطيا وصوتيا، ثم تطلقا بالتراضي بقوله: (أنت يا زوجتي جميلة بنت سليم، طالق، طالق، طالق، طلاقا بالثلاثة لا رجعة فيه)، مع ذكر ساعة الطلاق [4].

---

[1]-محمد عزمي البكري، الخلع فقها وقضاء، الطبعة الأولى، دار محمود، القاهرة، 2015-2016، ص50.

[2]-محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص43.

[3]- كمال صمامة، مرجع سابق، ص114.

[4]-أحمد عصام عودة، أزواج السيدة الأولى، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دون دار نشر، لندن، دون سنة نشر ص219، 220، 221.

المطلب الثاني

التنازل الضمني

بعد أن أجاز المشرع الجزائري للحاضن بالتنازل الصريح للحضانة أجاز له كذلك بالتنازل الضمني الذي سنتناوله في ثلاثة فروع، (الفرع الأول) يتمثل في زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون، أما (الفرع الثاني) يتمثل في مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها، أما (الفرع الثالث) سنخصّصه لانتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي.

الفرع الأول

زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون

يرى جمهور الفقهاء أن المطلقة يسقط حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن الطفل، وأضاف الحنابلة أنها تسقط عن الذكر فقط أما الأنثى فلا تسقط عنها إلا بعد إكمالها سبع سنوات وإذا لم يكن أجنبيا فلا تسقط حضانتها، واستدلوا على قولهم لما رواه عبد الرزاق عن جريج أنه أخبره عن عطاء الخرساني عن ابن عباس قال:

"طلق عمر بن الخطاب امرأتها الأنصارية أم ابنه عاصم ولقيها تحمله بمحسر وقد فطم ومشى فأخذه بيده لينزعه منها ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى وقال أنا أحق بابني منك، فاختصما إلى أبي بكر فقضى لها به وقال ريحها وحرها وفراشها خير له منك وفي رواية أخرى "هي أحق به ما لم تتزوج" [1].

[1]-وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1915م، ص 448، 451.

كما أضاف الشيخ علاء الدين بن العطار بعد إقراره بسقوط الحضانة عن الأم بزواجها بغير قريب محرم، وأضاف استثناءا يجعلها تحتفظ بحضانة ابنها إذا تزوجت بجد الطفل أي أبا أبيه، أو عم الطفل أو ابن عمه أو غيرهم من لهم الحضانة من العصبات [1].

كما أيده أيضا الحسن البصري وما روي عن عثمان، في المقابل عارضهم ابن المنذر الذي أقر بأن الحضانة تبطل بالنكاح [2].

وخالفهم البعض في ذلك، فحسب الظاهرية فالمطلقة إذا لم تتزوج بزوج آخر غير الأب لا يسقط حقها في الحضانة سواء كان هذا الزوج أجنبيا أو غير أجنبي [3]، واتفق معه الزيدية في ذلك إلا إذا نازع الأم منازع الأب أو من يخلفه فعند عدم حصول نزاع يمكن أن تقوم الأم بولدها [4].

ولتجنب النزاع مع أبي المحضون أو أقاربه تلجأ الحاضنة في غالب الأحيان للزواج العرفي للاحتفاظ بمحضونها فلا توثق عقد زواجها، وفي حالة إذا رفع ولي المحضون دعوى فإنه لا يستطيع إثبات زواجها لأن الزواج غير موثق أي غير مسجل [5].

وبالرجوع للمالكية نجدهم قد وضعوا قيودا لسقوط الحق في الحضانة بالتزوج بأجنبي منها: أن لا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على الطفل المحضون من قبل أبيه

---

(1)-الشيخ علاء الدين بن العطار، فتاوى الإمام النووي المسماة: "بالمسائل المنثورة"، الطبعة6، دار البشائر الإسلامية بيوت–لبنان، 1996م، ص215.

(2)-العلامة صديق حسن خان، التعليقات الرضية على الروضة الندية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار ابن عفان القاهرة، 1423هـ/ 2003م، ص335.

(3)-وفاء معتوق حمزة فراش، مرجع سابق، ص448.

(4)- عبد الرحمان إدريس عبد الرحمان فضل الله، حقوق الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة الخرطوم، 2008، ص 526.

(5)-علاوة بوشوشة، الزواج بين العقد العرفي والعقد المدني وأثره على الأسرة مقاربة في ضوء الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري والتطبيقات القضائية لدى المحكمة العليا، مجلة آفاق العلوم، جامعة الجلفة، العدد السابع، مارس2017 ص361.

أو من قبل القاضي، كذلك إذا لم تفارق الحاضنة زوجها بطلاق أو موت الزوج أو طلق قبل مطالبة من يليها بحقه في الحضانة، فالحضانة هنا تستمر للحاضنة التي كانت متزوجة لأن العذر الذي يسقط حضانتها زال بطلاقها والولد لا يزال معها فتستمر على حقها [1].

كما أن عدم زواج الأم بأجنبي ليس شرطا لصحة حضانتها ولا يسقطها، هو قول محكى عن الحسن البصري وقول ابن الحزم اللذان استدلا بالآية الكريمة لقوله تعالى: "ربائبكم اللّاتي في حجوركم من نسائكم" (سورة الأحزاب: 23) .

دلت الآية على بقاء المحضون مع أمه حال زواجها، لأنّ النبي –صلى اللّه عليه وسلم– تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها، واستدل ابن الحزم بأن الأم حملت بالولد وهو في يدها وكان في حجرها مدة الرضاع لقوله تعالى: " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين" (البقرة:233) فلا يجوز نقلها عنه أو نقله عنها فيما ورد فيه نص، فلم يأتي نص صريح قط يقضي بأن الأم إذا تزوجت يسقط حقها في الحضانة [2].

والدليل المقدم عن زواج أم سلمة بالرسول –صلى اللّه عليه وسلم– ومعها ابنتها زينب دليل خارج ليس عن محل النزاع لأن النبي –صلى اللّه عليه وسلم– أولى بالمؤمنين من أنفسهم بنص الكتاب وليس كذلك غيره ولم يكن لأم سلمة ابن فقط بل ابن وبنتان، عمر وزينب ودرة أولاد أبي سلمة رضي اللّه عنهم [3].

---

[1]-محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429–1430هـ/الموافق ل 2008–2009م، ص674.

[2]– أشرف محمود بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة، دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة أم القرى السعودية، المجلد13، ملحق2، 2016، ص837.

[3]– عبد اللّه حسين الموجان، الحضانة في الشريعة الإسلامية على طريقة السؤال والجواب، الطبعة 2، شركة كنوز المعرفة، دون مكان نشر، 2001، ص50.

كما أنه قد ميزوا بين حضانة البنت وحضانة الولد، فمن حق المطلقة حضانة البنت إلى أن تتزوج هذه البنت أما الولد فحضانته من حقها حتى بلوغه 6 سنوات فتنتقل الحضانة للرجل [1].

وفي حالة إذا ادعى الزوج أن الأم تزوجت بزوج آخر وأنكرت فالقول قولها وإذا أقرت أنها تزوجت بزوج آخر لكن ادعت أنه طلقها وعاد حقها فان لم يعين الزوج فالقول قولها وإن عينت الزوج لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به ذلك الزوج [2].

كما تناول قانون الأسرة الجزائري زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون في المادة66 منه في قوله: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم...ما لم يضر بمصلحة المحضون".

من خلال المادة أعلاه نلاحظ أن المشرع جاء صريحا بحيث أسقط الحضانة عن الأم عند تزوجها بأجنبي عن المحضون عكس الأب فإذا تزوج من غير أم المحضون الأصل فيه لا تسقط الحضانة عنه شرعا [3].

إلا أنه يجوز بقاء المحضون عند الأم حتى لو تزوجت بأجنبي عنه إذا اقتضت مصلحته ذلك، واستدل أحمد رحمه اللّه تعالى على ذلك بقصة بنت حمزة فلما كان ابن العم ليس محرما لم يفرق بينه وبين الأجنبي في ذلك [4].

---

[1]- عبد اللطيف بن عبد الرحمن بن عبد اللّه الحسن، أثر العناصر الأجنبية في فكر بعض الشيعة الاثني عشرية، الطبعة الأولى، العبيكان، المملكة العربية السعودية، 1428هـ/2017م، ص114.

[2]-محمد أورنك زيب عالمكير، الفتاوى العالمكيرية في الفروع الحنفية، بدون طبعة، دار الامارة كلكته، الهند، 1223 من السنين الهجرية، ص729.

[3]- محمود إبراهيم محمود شتا، الحضانة والرؤية، طبعة حديثة، دار المجد للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2010، ص40 .

[4]-يسري السيد محمد، جامع الفقه(موسوعة الأعمال الكاملة للإمام ابن قيم الجوزية)، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الوفاء، دون مكان نشر، 1421هـ/2000م، ص 310.

ومن ناحية أخرى ليس بالضرورة أن يكون الأجنبي غير مشفق على الطفل فقد يكون الجو الأسري مناسبا لتربيته ونموه والعكس صحيح، فحتى لو كانت الأم لها كل الأحقية في حضانة صغيرها إلا أنه ربما لا تكون لمصلحة الصغير في العيش معها.

كذلك تتحقق مصلحته إذا لم تكن حاضنة سواها في قول ابن القيم: " هي أحق به من الأجنبي الذي يدفعه القاضي إليه، فتربيته في حجر أمه أصلح له من تربيته في بيت أجنبي لا قرابة بينهما".

وعند عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة في قول ابن القيّم : " ولا ريب أنه لا يحرم على المرأة المتزوجة حضانة ابنها إذا اتفقت هي وزوجها وأقارب الطفل على ذلك ولا ريب أنه لا يجب بل لا يجوز أن يفرق بينها وبين ولدها إذا تزوجت من غير أن يخاصمها من له الحضانة ويطلب انتزاع الولد أو حالة وجود الحاضن الذي يليها لكنه غير مأمون أو عاجز" [1].

وبالرجوع للقرارات القضائية فقد أيد جمال سايس في القرار الصادر في 1989/07/03 المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري [2].

وكذلك القرار الصادر في 1986/05/05، بقوله: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج..." [3].

---

[1]- أعراب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن "دراسة تأصيليّة" مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، العدد1، 1994م، ص51.

[2]- جمال سايس، الجزء2، مرجع سابق، ص565.

[3]- جمال سايس، الجزء1، مرجع سابق، ص257.

وبالرجوع لقانون الأقباط الأرثوذكس في مادته 124، نجده أيد ما جاء به قانون الأسرة الجزائري الذي أسقط الحضانة عن الحاضنة بالتزوج وانتقل هذا الحق إلى من يليها في المرتبة [1].

كما أيده قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المطبق في قطاع غزة في المادة 383 منه والقانون المطبق على الضفة الغربية في المادة 156 منه.

وبالرجوع للقانون الفلسطيني نجده اكتفى بمسقط واحد عن الحضانة ولم يتطرق للأسباب الأخرى المسقطة لها، لعل هذا راجع إلى أنهم ذكروا الشروط التي باختلالها تسقط الحضانة واستند في نصوصه على المذهب الحنفي [2].

كما أيده قانون الأحوال الشخصية العراقي بعد حكمه الجديد الذي يقضي ببقاء الحضانة للأم حتى لو تزوجت بأجنبي عن المحضون [3]، ووضع شروطا لذلك ذكرها في البند (ب) من الفقرة التاسعة كالآتي:

أ–ب– في حالة موت أب الصغير حتى وإن تزوجت بأجنبي عن المحضون من العراقيين بشرط:

1_ احتفاظ الأم ببقية الشروط الواجب توفرها في الحضانة.

2_اقتناع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع أمه.

3_تعمد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به.

---

[1]–محمد علي سكيكر، حقوق المرأة في الشرائع والتشريع، كتاب الجمهورية، بدون طبعة، دون دار نشر، دون مكان نشر دون سنة نشر، ص39.

[2]–عايدة سليمان أبو سالم، مرجع سابق، ص68.

[3]– نادية خير الدين، القواعد والضوابط الفقهية وحجيتها في قانون الأحوال الشخصية، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد 12، العدد44، 2010، ص 220.

ج: إذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (3) من البند (ب) فيكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة [1].

الفرع الثاني

مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها

وهي المساكنة التي تسقط حق الحضانة عن كل من سكنت بالمحضون مع من سقطت الحضانة عنها، اشترطوا ألا تقيم الحاضنة مع المحضون في بيت يبغضه ولو كان قريبا له لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الغير وسكناها عند من يبغضه يعرضه للأذى وإلحاق الضرر به فلو فعلت ولم تخرج إلى بيت آخر سقط حقها في الحضانة، أما الجعفرية فلا يجعلون ذلك مسقطا لحقها إذا كانت قادرة على حفظه وصيانته [2].

وفي حالة سكن الجدة الحاضنة مع الصبي مع أمه في حجرة واحدة، نطرح التساؤل التالي: هل تسقط حضانة الجدة أم لا؟

وقعت هذه المسألة بقرطبة في رجل طلق امرأته وله منها ابن وتزوجت وهي ساكنة مع أمها في دار واحدة، فجاوب ابن العواد: قرأت السؤال ووقفت عليه إذا كان الأمر كما

---

[1]- فاروق عبد اللّه كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بدون طبعة، طبع هذا الكتاب على نفقة جامعة السليمانية ،العراق، 2003، ص273، 274.

[2]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون) الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1397هـ/1977م، ص745.

وصفت فلا حضانة للجدة من أجل سكناها مع ابنتها وزوجها، هذه الرواية مشهورة عن مالك وأصحابه وبها العمل [1].

كذلك نص قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات على هذه الجزئية، فالمادة 70 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه : " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، نجد أن هذه المادة تشترك مع المادة 66 في علة واحدة وحكم واحد وهي إمساك المحضون في بيت المبغضين له، فهنا تسقط الحضانة عن صاحبها ولكن تختلف معها في أنها تتكلم عن الحاضنات فقط وهما الجدة والخالة والمادة 66 تشمل كل الحاضنات، كما أن حالة الإسقاط هذه لا تعتبر مكررة للمادة 66 من ذات القانون، بل جاءت مكملة لها، هنا يقع الخلط الذي يجعل المحضون عند مساكنته مع أمه المتزوجة بأجنبي حتى لو كانت حاضنته الجدة أو الخالة كأنه في حضانة أمه [2].

كما أن إسقاط الحضانة على إحدى الحاضنتين ينبغي أن تتوفر فيه شروط وهي:

1_ أن تكون الحاضنة أما لأم المحضون أو خالته.

2_أن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة.

3_أن تكون الأم متزوجة مع قريب محرم.

---

[1]-الحبر النبيل والعيلم الجليل الشيخ الشريف الحسني أبي عبد اللّه محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل الفلالي السجلماسي، فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد المشتهر بكتاب العمليات العامة، الطبعة الأولى، مطبعة الدولة التونسية المحروسة، دون مكان نشر،1190 ، ص116.

[2]- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة(دراسة مقارنة) رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2004 – 2005، ص544، 545.

أما إذا أقامت الحاضنة بمحضونها عند أمه بصفة مؤقتة كما في حالة الزيارة أو في العطل المدرسية لا يسقط حقها في الحضانة [1].

وقد أيدت المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري الفصل 63 من المجلة التونسية بقوله: "من انتقل لها حق الحضانة بسبب غير العجز البدني بالحضانة الأولى لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الأولى إلا برضا ولي المحضون وإلا سقطت حضانتها" [2].

حيث أن الاجتهاد القضائي الجزائري أكد على أن سكن الحاضنة مع من سقطت عنها الحضانة يسقط عنها هي كذلك حضانتها، هذا واضح في القرار الصادر في 1988/06/20 بقوله: "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي" [3].

كما أنه في إحدى قرارات المجلس الأعلى المغاربي الصادر في 1981/11/25 قضى بأنه: سقوط حق الجدة في الحضانة بدلالة أنها تعيش مع ابنتها التي اختلعت بالتنازل عن حضانة ولديها" [4].

الفرع الثالث

انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي

من صور التنازل الضمني هو انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي، في هذا الصدد قال ابن القيّم أنه إذا كان أحد منهما مسافرا لحاجة ثم يعود، أي سفره مؤقت والثاني مقيم، فهو أحق لأن السفر بالمحضون خاصة إذا كان رضيعا فيه ضرر له، ولم يستثنوا أي

---

[1]- كمال صمامة، مرجع سابق، ص128.

[2]- الفصل 63، مجلة الأحوال الشخصية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، العدد 66، 17 أوت 1956، ص16.

[3]- جمال سايس، الجزء1، مرجع سابق، ص468.

[4]- كمال صمامة، المرجع السابق، ص129، 130.

سفر حتى لو كان السفر الهدف منه هو الحج، حتى ولو ينتقل للبلد الأجنبي من أجل الإقامة الدائمة وفيه قولان: إذا كان الطريق مخيف تسقط حضانته عن المحضون وإذا كان الطريق آمن فيه قولان، هما روايتان عن أحمد رحمه اللّه فالأولى تتمثل في أن الحضانة للأب لتربيته وتأديبه وتعليمه وهو قول مالك والشافعي رحمهما اللّه وقضى به شريح، والثانية الأم أحق.

أما القول الثالث إذا كان المتنقل هو الأب فالأم أحق به، أما إذا كانت الأم هي المتنقلة هنا نميز بين أمرين: إذا انتقلت إلى البلد الذي حدث فيه النكاح فهي أحق بالمحضون، أما إذا كان البلد الذي تود السفر إليه غير ذلك فالحضانة للأب وهو قول أبي حنيفة رحمه اللّه الذي حكوا عنه رواية أخرى، فهو ميز بين إذا كانت تنتقل من بلد إلى قرية هنا يسقط حقها وتنتقل الحضانة للأب، أما إذا كان السفر من بلد لبلد فهي أحق به [1].

وكذلك ميزوا إذا كانت الحاضنة أم الصغير وله حالتين: الأولى إذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين والد الصغير فليس لها ذلك لأن مبارحتها لمسكن الزوجية يعد نشوزا والثانية أن تكون مطلقة ولا تزال في العدة هنا لا يمكن لها السفر حتى تنقضي عدتها إلا بعذر مبيح لأن فيه اعتداء على حق الشرع وحق المطلق سواء، قال اللّه تعالى وهو أصدق القائلين: "يا أيّها النّبي إذا طلّقتم النّساء فطلّقوهنّ لعدّتهنّ واحصوا العدّة واتّقوا اللّه ربّكم ولا تخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن إلاّ أن يأتينّ بفاحشة مبينة"، وبعد العدة لا يجوز لها الانتقال لبلدها الأصلي بغير إذن مطلقها لأن في ذلك مصلحة لها ولصغيرها ليكون دائما تحت إشراف أبيه، أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلا يجوز لها الانتقال به إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه[2].

---

[1]- السيد سابق، مرجع سابق، ص687.

[2]-أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، النصوص، الفقه، ومبادئ النقض، الجزء1، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص416، 417.

كما أنه لا يستطيع أن يخرجه إلى دار الحرب، كما وضع المتولّي شرطا في البلد المتنقل إليه إذا كان صالحا للإقامة، وهل يجوز أن يسافر به في البحر أم لا ؟

قيل أنه يشترط مسافة القصر بين البلد المنقول عنه وإليه [1]، وفي قول آخر نقل عن أبي جعفر الطوسي أنه ليس لها الانتقال إلى محل تقصر فيه الصلاة فقوله قريب من مذهب الحنفية [2]، ويلزم كذلك ألّا يخرجه إلى بلد ليس وطنا لها ولا يقع النكاح فيه إلا أن يكون قريبا بحيث لو خرج الزوج إلى الولد أمكنه أن يبيت عند أهله، وحكم القريتين كالبلدتين ولها أن تخرجه من القرية إلا البلد القريب دون العكس [3].

إن حق الأم في الحضانة ليس على إطلاقه، فكما قال ابن تيمية رحمها للّه : أن الولد مطلقا إذا تعين أن يكون في مدينة أحد الأبوين دون الآخر وكان الأب ساكنا في مصر والأم في مصر آخر فالأب أحق بهم مطلقا، سواء كان ذكرا أو أنثى عند عامة العلماء كشريح القاضي ومالك والشافعي وأحمد وغيرهم الذين قالوا بأن الأب إذا أراد سفر نقلة لغير الضرر إلى مكان بعيد فهو أحق به لأنه أصلح لرعاية شؤونه[4].

لكن لا يعني هذا أنه يستطيع إخراجه من البلد الذي فيه الأم إلا برضاها، لأن حق الحضانة ثابت لها إلا إذا طلقها وتزوجت بغير رحم محرم عن الصغير فيسقط حقها ويصبح من حقه السفر به إلى أن يعود حق أمه أو من يقوم مقامها، وغير الأب في الحضانة من العصبات حكمه كحكم الأب [5].

---

[1]- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة المعاني ألفاظ المنهاج، الجزء5، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2000، ص201.

[2]-أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص509.

[3]- المولى شمس الدين محمد الخراساني القهستاني، جامع الرموز، شرح مختصر الوقاية المسمي بالنقاية، بدون طبعة مظهر العجايب، كلكته، سنة 1858،عيسوية، ص 317.

[4]-مروان إبراهيم القيمي، مرجع سابق، ص370،371.

[5]-محمد زيد الأنباني، مرجع سابق، ص341.

وإذا أراد الولي السفر فهو مسقط للحضانة في جميع الأحوال، إلا في حالة انتقالها مع المحضون وتصير ساكنة معه في نفس البلد المتنقل إليه فإن حضانتها لا تسقط [1].

كذلك الحال إذا أخده الأب بافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت الحضانة للأم وغيرها ممن لهم الحق في الحضانة [2].

والسبب الذي يجعل الولي أولى بالمحضون عند الحنابلة هو التأديب والتعليم وكذا سهولة الإنفاق، أما الشافعية كان تبريرهم هو حفظ النسب، والفقهاء اجتهدوا وبنوا هذه المسألة على العرف والعادة لذا جعلوا مسافة القصر هي الحاكم، أما الآن فقد يسر العلم الانتقال السريع المريح مع مراعاة مصلحة المحضون والأبوين معا [3].

لكن هذه الأقوال تفتقر للصواب لأنها لا تهم بقدر ما تهم مصلحة الطفل المحضون وما هو أنفع له، هل بالإقامة أو النقلة [4].

كذلك دارت أمثلة عديدة في هذا الموضوع المتعلق بانتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي دون النظر إذا كانت الحاضنة أما أو غيرها وسافر إلى موضع على قرب أو بعد السؤال المطروح هنا: هل ترجع حضانتها أم لا ؟ وكيف إذا كان خروجها للصيفة ثم ترجع هل لها ذلك أم لا ؟

الجواب: لا يسقط حقها في الحضانة ولها أن تأخذ ابنها إذا رجعت من السفر، كما إذا تركت

---

[1]-العلامة الشيخ محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون سنة نشر، ص129.

[2]-ابن قدامة، معجم الفقه الحنبلي، الجزء الأول، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1971، ص302.

[3]-زينب طه العلواني، الأسرة في مقاصد الشريعة (قراءة في قضايا الزواج والطلاق في أمريكا) الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، بيروت–لبنان، 1434هـ/2013م، ص278.

[4]- السيد سابق، مرجع سابق، ص687.

حضانتها لأبيه لانقطاع لبنها أو لمرضه [1].

فيم يتمثل أثر انتقال الحاضنة إلى بلد منعت من الانتقال إليه؟

أجاب على هذا السؤال كل من الحنفية والجعفرية، فالحنفية كل ماورد عنهم هو المنع لم يرد عنهم نص صريح بإبطال حق الحضانة أو إبقائه والقضاة فيم اجتهدوا أن من حق أب الصغير أو وليّه منعها أو طلب العودة به لبلد الحضانة، على عكس الجعفرية الذين منحو اللأم الحق الخالص في الانتقال به مطلقا بغض النظر إذا رضي أبوه أم لا، أو إذا كان البلد قريبا أم بعيدا، مصر كانت أم غيرها بشرط عدما لإضرار بالوالد أوالولد، ومستند هذا الرأي قوله تعالى: " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده" [2].

كما أن أهم القرارات التي تناولت سقوط الحضانة بالانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/12/26 التي قضت من خلاله بسقوط الحضانة بسبب المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الولد في الجزائر كما أنه لا تسقط الحضانة إذا كان المحضون وأمه يقطنان في نفس البلد الأجنبي، هذا ما جاء به قرار المحكمة العليا في 2002/05/08 [3].

كما أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 61 تتكلم عن سفر الحاضنة بقولها: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو محضونه سقطت حضانتها".

---

[1]- محمد الحبيب التجكاني، مرجع سابق، ص 1221، 1222.

[2]-أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 458، 757.

[3]- جمال سايس، الجزء3، مرجع سابق، ص1229، 1255.

أما المادة الموالية له تكلمت عن سفر المحضون بقولها: "يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلا برضاها مادامت حضانتها قائمة، ما لم تقتضي مصلحة المحضون خلاف ذلك" [1].

يفهم من المشرع التونسي أنه لم يفرق بين السفر داخل التراب الوطني والسفر خارجه إنما اتخذ معيارا آخر المتمثل في عسر المراقبة تجاه المحضون سواء كان داخل تونس أو خارجها [2].

كما منع المشرع المغربي السفر بالمحضون خارج المغرب لكونها تثير الكثير من المشاكل الاجتماعية أو النفسية التي تلحق الأم في حالة سفر الأب بالمحضون دون عودته والشيء نفسه بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج فكم من رجل ترك زوجته وهاجر بأبنائه دون عودة الأمر الذي جعل المشرع يوكل للنيابة العامة منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي، لكي لا ينفصل الطفل عن جذوره وكذا الحفاظ على هويته خصوصا الدينية منها [3].

وأيده قرار المجلس في حكمه الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المسؤول بمقتضاه منع حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا لأن هذا يبعدهما عن دينهما وعادات قومهما كذلك لا يعتبر من قواعد النظام العام، فضلا على ذلك حق الأب في الرقابة عليهما وبهذا تسقط الحضانة عن بعد المسافة [4].

---

[1]- الفصل 61، 62، مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص16.

[2]- كمال صمامة، مرجع سابق، ص137.

[3]-محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة السابعة، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2015، ص27.

[4]-سنينات عبد اللّه، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2008-2009 ص112.

وبالرجوع للمشرع الجزائري نجده لم ينص على مسافة معينة ينتهي عندها حق الحاضنة باصطحاب المحضون، كما نص على سفر المحضون في المادة 69 بقوله:

"إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"، بمعنى أنه إذا كان الممارس لحق الحضانة بموجب حكم قضائي يقيم داخل التراب الوطني ويريد أن يدخل بالمحضون لبلد أجنبي خارج الجزائر والإقامة فيه يجب طلب ذلك من القاضي ورفع دعوى ضد الطرف الآخر قصد الإذن له بالانتقال فإن شاء أبقى له حق الحضانة والقاضي له سلطة تقديرية مع مراعاة مصلحة المحضون في إبقاء الحضانة أو إسقاطها.

ويراعي القاضي عدة اعتبارات قبل الحكم بالسفر من عدمه كتفحصه لأحوال البلد الأجنبي المرغوب السفر إليه بالمحضون وضمان مصلحته وفي الأخير وبعد وضع مصلحة المحضون بالدرجة الأولى يصدر حكما إما بإسناد الحضانة له والسماح بالسفر أو رفض دعوى الحاضن والحكم بإسقاط حقه في الحضانة في حالة إصراره على الانتقال للبلد الأجنبي [1].

وقد أيدت عبلة عبد العزيز عامر الرأي القائل بأنه إذا كان السفر من قرية إلى بلد فيجوز السفر بالمحضون، أما إذا كان العكس كالسفر من مصر إلى قرية فليس لها ذلك.

وأشارت كذلك للسفر الذي يمنع من إمكان الذهاب لرؤية المحضون والعودة في نفس النهار فلا يمكن لها السفر به، كذلك إذا كانت الحاضنة غير الأم كالجدة مثلا فليس لها

[1]- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائيّة، بدون طبعة، دار هومة الجزائر، 2013، ص 187، 188.

الانتقال بالولد دون إذن أبيه أومن له الحق في حضانته من الرجال، كما أنه إذا لم تكن الحضانة للأب فليس له الانتقال به مهما قرب المكان [1].

كما قد جاء قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المطبق في قطاع غزة أيضا في مادتيه 393، 394، حيث أن المادة 393 تقر بأنه:" لا يجوز للأم الحاضنة السفر بالمحضون قبل انقضاء العدة وبعد انقضائها يجب أن تأخذ إذن أبيه حتى لو كان الوطن الذي تريد الانتقال له وطنا لها، فليست مجبرة على أخذ رضا أب المحضون حتى لو كان بعيدا عن إقامته"، كذلك المادة 394 تتكلم عن الحاضنات غير الأم فلا يحق لهن السفر بالمحضون إلا بإذن أبيه.

والقانون المطبق على الضفة الغربية في المادتين 164 و166 يفرق بين السفر داخل المملكة فلها الحق في ذلك دون إذن، أما إذا كان السفر خارج المملكة فلا يسمح، ولم تسمح للحاضنة بالسفر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحة المحضون [2].

[1]- عبلة عبد العزيز عامر، الرضاع والحضانة فقها وقضاء، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 210، 212 .

[2]-محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الطبعة1، دار الثقافة ،الأردن، 2008 ص404 .

المبحث الثاني

السقوط غير الاختياري

يقصد بالسقوط غير الاختياري للحضانة هو ذلك السقوط الخارج عن إرادة صاحب الحق في الحضانة، في حين أنه إذا زال سبب السقوط غير الاختياري تمكن الحاضن من استرجاع حقه في ضم صغيره، هذا ما جاء في نص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

وأكده قرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري طبقوا صحيح القانون"[1].

وانطلاقا من نص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري سنخصص هذا المبحث لدراسة أسباب السقوط غير الاختياري في (المطلب الأول)، واسترداد الحضانة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أسباب السقوط غير الاختياري

لاخلاف في أن الحضانة حق خالص للأم لكن في بعض الحالات قد تفقد الأم حقها وينتزع منها صغيرها لعدة أسباب.

هذا ما سنفصل فيه من خلال الفرع الأول (الأسباب القانونية)، والفرع الثاني (الأسباب المتعلقة بالحاضنة).

[1]– كريمة محروق، مرجع سابق، ص 40.

الفرع الأول

الأسباب القانونية

حصر المشرع الجزائري اسقاط الحضانة عن الأم إجباريا في سببين:

الأول: انتهاء المدة القانونية للحضانة.

الثاني: عندما لا يطالب صاحب الحق في الحضانة في مدة تفوق سنة، كما يطلق عليه (السقوط بالتقادم).

أولا: انتهاء مدة الحضانة

الحضانة ليست بحق مؤبد وإنما حق يستمر لفترة زمنية معينة حددها فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، سيتم التفصيل فيها فيما يلي:

أ- مدة انتهاء الحضانة في الفقه:

لا خلاف بين الفقهاء على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل، لكنهم اختلفوا فيبقائها لغاية بلوغ سن التمييز [1]، والحكمة من ذلك هي تكوين الطفل المحضون ليصبح قادرا على القيام بشؤونه بنفسه ويستقل عن أمه من حيث المأكل والملبس وغيرهما.

وخلال فترة ما بين الولادة إلى أن يصبح قادرا على تدبير أموره بنفسه يمر الصغير بمرحلتين، تتمثل المرحلة الأولى في احتياج الصغير لمن يخدمه ويقوم برعايته أما المرحلة الثانية فيحتاج إلى من يقوم بتأديبه وتثقيفه، وبالتالي فالمرحلة الأولى تكون الأم هي الأقدر عليها إذا كانت أصلح وأنفع للطفل أما المرحلة الثانية يكون فيها الأب هو الأقدر عليها لمساعدته وتوجيهه في أمور الحياة [2].

---

[1]-وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص742.

[2]- محمد إبراهيم محمود شتا، مرجع سابق، ص42.

لكن في بعض الحالات يختلف الأمر سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى، فقد يكون من الأصح أن تبقى الأنثى عند الأم حتى بعد بلوغها سن التمييز [1] طبعا إذا كان ذلك فيه مصلحة للمحضون.

وربما الحكمة من ذلك أن الأنثى في هذه المرحلة من حياتها تكون حرجة نوعا ما وتحتاج لفهم أمور النساء، فلا نقصد بهذا إنكار أهمية وجودها بحضانة أبيها لاعتباره القادر على حماية وصيانة سمعة وشرف البنت.

وبما أنه لم يتم تحديد الوقت الذي تنتهي فيه الحضانة لا في القرآن ولا في السنة نجد هناك اختلاف بين فقهاء الشريعة في انتهاء مدة الحضانة، سنوضح ذلك بالنسبة للصغير ثم للصغيرة فيما يلي:

1_انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للصغير:

إن المعيار المعتمد لتحديد انتهاء مدة الحضانة هو استغناء المحضون عن خدمة النساء حددها بعض الحنفية بسبع سنوات واتفق معه الحنابلة في الذكر واختلف معه في الأنثى، وهو السن الذي أمر فيه النبي –صل الله عليه وسلم– تعليم الأولاد الصلاة [2]، كما رأى البعض الآخر من الحنفية أن مدة الحضانة بالنسبة للذكر تنتهي ببلوغه تسع سنوات [3] اعتقادا منهم أن الطفل لا يستطيع أن يقوم بتدبير شؤون نفسه بنفسه قبل هذا السن.

أما المالكية والظاهرية أخذوا ببلوغ الذكر عاقلا بمعنى أنه لو بلغ الذكر وهو غير عاقل كأن يكون مريضا أو معتوها تبقى الحضانة للأم [4].

---

[1]– محمود السرطاوي، مرجع سابق، ص 375.

[3]– عبد الله حسين الموجان، مرجع سابق، ص 67.

[3]– محمد إبراهيم محمود شتا، مرجع سابق، ص 43.

[4]–محمد سمارة، مرجع سابق، ص 395، 396.

وبالنسبة للشافعية ذهبوا إلى أنه ليس للحضانة مدة معلومة [1]حيث أنه يبقى الطفل في حضانة أمه حتى يميز وبعدها يخير بين أبويه، وقال المغني في هذا الشأن: " إن الغلام إذا بلغ سبعا وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه، فمن اختاره منهما فهو أولى به"[2].

فإذا اختار الصغير الأم بقي عندها في الليل وعند أبيه في النهار وهذا في حالة التنازع عليه ويجوز الاتفاق على خلاف ذلك.

أما إذا اختار الولد الأبوين معا تجرى القرعة بينهما، وفي حالة لم يختر بينهما اقر الشافعية بإعطاء الحضانة للأم مباشرة [3].

وجاء في قول ابن عقيل الحنبليً: "وإن تنازع الأبوان في الصبي خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما مع السلامة من فساد الاختيار، فأما إن علم أنه يختار أحدهما ليمكنه من فساد ويكره الآخر للأدب لم يعمل بمقتضى شهوته".

ومن خلال رأي الحنبلي نلاحظ أن تخيير الولد بين أبويه مقترن بشرط أساسي وهو أن يكون الاختيار سليما ولا ضرر فيه، ويتحقق ذلك من خلال الاطلاع والتحقيق في سيرة كل من الأبوين للتأكد من صحة الاختيار [4].

2_ انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للصغيرة :

تنتهي حضانة الصغيرة عند الحنفية إذا بلغت سن تسع سنين أو إحدى عشر سنة[5] سواء كانت الحاضنة الأم أو الجدة، ثم بعد البلوغ تنتقل للعيش مع أبيها مادامت بكرا أما

---

[1]- محمد إبراهيم محمود شتا، مرجع سابق، ص 43.

[2]-عبد الرحيم وجنات الميمني، مرجع سابق، ص 389.

[3]- هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، بدون طبعة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2013، ص 156.

[4]-عبد الرحيم وجنات الميمني، المرجع السابق، ص 391.

[5]-هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 133.

الثيب تستطيع أن تسكن لوحدها إن آمنت الفتنة [1]، وعند المالكية تنتهي حضانة الصغيرة بالدخول [2].

لكن خالفهما في ذلك الحنابلة حيث حددوا انتهاء حضانة الصغيرة بنفس المدة التي تنتهي فيها حضانة الصغير والمقررة بسبع سنوات [3]، وبعدها يتم تخيير الولد كما وضحنا سابقا.

وبالرغم من اختلاف آراء الفقهاء حول تحديد مدة انتهاء الحضانة إلا أن البعض تماثلوا في نقاط معينة، فنجد مثلا الحنفية والحنابلة اتفقوا على سن واحد بالنسبة للذكر وهو سبع سنوات واختلفوا بالنسبة للأنثى.

كذلك نلاحظ أن المالكية والظاهرية اتفقوا أن الحضانة تنتهي بالنسبة للذكر بالبلوغ عاقلا كقاعدة عامة وأوردوا عليها استثناءات، وفي الأخير ما جاء به الشافعية والحنابلة في المسألة المتعلقة بتخيير الولد بعد سن التمييز.

أما الامامية أخذوا شقا مغايرا تماما لجمهور الفقهاء حيث ذهبوا إلى أن مدة الحضانة للذكر تنتهي بسنتين والأنثى بسبع سنين وبعدها تنتقل مباشرة الحضانة للأب، وعندما يبلغ كل من الأنثى تسع سنوات والذكر خمس عشرة سنة يتم تخييرهما بين أبويهما [4].

والملاحظ عند الامامية بشأن انتهاء حضانة الذكر نجد بأن المدة متلازمة مع انتهاء فترة الرضاعة والمقررة بسنتين لقوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"(البقرة:233).

وبالتالي نقول بأن الامامية خالفوا المبدأ الذي يقضي بأن مدة الحضانة تنتهي عندما يستطيع الولد الاستغناء عن خدمة النساء.

---

[1]- فضيلة الشيخ عبد العزيز بن صالح الرضيمان، الحضانة في الإسلام، ص 26.

[2]- عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 205.

[3]- مليكة هنان، مطبوعة محاضرات في قانون الأسرة، مخصصة لطلبة السنة الثانية حقوق وطلبة ماستر قانون الأسرة أستاذة محاضرة أ، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق الجامعي نور البشير، البيض، ص 179.

[4]- هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص 156.

فربما الحكمة من ذلك هي أن الذكر يجب أن يتعلم خصال الرجال منذ الصغر ويتربى على عاداتهم وثقافتهم وسحبه من ألف عادات النساء وأخذ طبائعهن.

ب- مدة انتهاء الحضانة في القانون:

نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

من خلال المادة أعلاه نستشف أن المشرع الجزائري فرق بين انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للولد عن البنت، فالولد تنتهي حضانته ببلوغ 10 سنوات والبنت ببلوغها سن الزواج المقرر ب 19 سنة حسب نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

كما قد تنتهي حضانة البنت قبل هذا السن إذا تزوجت بترخيص من القاضي حسب ما جاءت به المادة 7 من نفس القانون.

وبالتالي فالمشرع الجزائري اعتنق مذهب المالكية في الذكر دون الأنثى بعكس المشرع الكويتي الذي أخذ بالمذهب المالكي بالنسبة للذكر والأنثى معا حسب نص المادة 194 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، أما القانونين السوري والمصري فأخذا بمذهب الحنفية بالنسبة للولد والبنت [1].

ونلاحظ أن المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري جاءت باستثناء وهو جواز تمديد مدة حضانة الذكر إلى 16 سنة ذلك حسب مقتضيات مصلحة المحضون.

كما يتضح لنا بأن سلطة القاضي ليست بسلطة مطلقة إنما مقيدة بشروط:

_ خص المشرع التّمديد للذكر دون الأنثى.

_ الحد الأقصى للتمديد هو سن السادسة عشر.

[1]-هدى عصمت محمد أمين، المرجع السابق، ص 154، 155.

_ أن تكون الأم غير متزوجة [1].

وأنا شخصيا أؤيد رأي الأستاذ عبد القادر داودي عندما انتقد المشرع في مسألة مدة انتهاء الحضانة بالنسبة للأنثى حيث يرى بأن سن 19 الذي هو سن الرشد والزواج لانتهاء حضانة الصغيرة هو سن مبالغ فيه، لأن المقصود من انتهاء الحضانة هو أن يستطيع المحضون الاستغناء عن خدمة النساء لكن الأنثى في سن 19 هي قادرة على خدمة نفسها وغيرها كون أن سنها يسمح لها بالزواج، لذلك رجح الأستاذ مذهب الحنفية لأنه الأقرب للصواب ولملائمته لمعنى الحضانة والغرض منها [2].

بالإضافة إلى ذلك كان على المشرع الجزائري أن يعمل بمسألة تخيير المحضون بين أبويه بعد بلوغه سن التمييز على أن يراعى في ذلك دائما مصلحة المحضون.

كما وضحنا سابقا فإذا كان الاختيار لمصلحة المحضون اخذ به القاضي أما إذا كان اختياره ليس لمصلحته وفيه ضررا له استبعده القاضي، هذا ما سار عليه المشرع المصري فبعد تعديل قانون الأحوال الشخصية لم يعد الأمر متروكا للمحكمة وإنما أصبح على القاضي أن يخير الصغير بين أبويه وذلك بعد بلوغه سن 15 سنة وذلك بدون أجر [3].

ثانيا: سقوط الحضانة بالتقادم

لقد حدد المالكية مدة المطالبة باستحقاق الحضانة بسنة تمضي من تاريخ علمه باستحقاقها ويسقط حقه في المطالبة بشروط معينة وهي:

– أن يعلم بحقه في الحضانة وإذا كان عكس ذلك فسكوته عن طلب الحضانة لا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

---

[1]-نسرين ايناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان 2008–2009، ص 126.

[2]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 206.

[3]-محمد مجدي منيب، إسقاط الحضانة، أسباب سقوط الحضانة من الأم الحاضنة 2011،

Mohamedlawyer@live.com
Le 13 Mars 2020. 19:20

_أن يكون على دراية أن سكوته يسقط حقه في الحضانة.

_ أما في حالة زواج الحاضنة بأجنبي وتم الدخول وعلم صاحب الحق بزواجها والدخول بها وسكت عن المطالبة بحقه في الحضانة لمدة سنة كاملة من يوم علمه باستحقاقها سقطت حضانته وبقيت الحضانة عند الزوجة المدخول بها، أما إذا لم يكن يعلم صاحب الحق لا بالزواج ولا بالدخول لا يسقط حقه في المطالبة بالحضانة إلا إذا فارقت الزوجة زوجها بالوفاة أو الطلاق قبل مطالبته بالحضانة فتبقى الحضانة لها [1].

وقد بين المشرع الجزائري موقفه من خلال نص المادة68 من قانون الأسرة الجزائري "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

وأكدته المحكمة العليا بقولها:"من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارس هذا خلال سنة، ومن ثم فإن القرار يخالف هذا المبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية" [2].

بمعنى المخالفة أنه إذا لم يطالب صاحب الحق بالحضانة لمدة سنة مع وجود مبرر شرعي لذلك لا يسقط حقه في استحقاقها، هذا ما أخذبه المشرع التونسي الذي قضى بأنه إذا كان هناك مبرر شرعي تبقى الحضانة لمن أسندت له [3].

ونلاحظ كذلك من خلال المادة أعلاه أن المشرع الجزائري لم يوضح طبيعة العذر بل ترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

كما أنه لم يشر إلى تاريخ بداية سريان مدة السنة، لكن بالرجوع إلى المادة 222من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الفقه انقسم إلى فريقين:

---

[1]-مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص105.

[2]-كريمة محروق، مرجع سابق، ص 38.

[3]-كمال صمامة، مرجع سابق، ص99.

الفريق الأول: يرى بأنها تبدأ من تاريخ علم صاحب الحق في الحضانة باستحقاقه لها (مذهب المالكية)

أما **الفريق الثاني:** يرى بأنها تبدأ ببلوغ الطفل سن التمييز.

أما من الناحية القانونية يرى الأستاذ فضيل سعد أن مدة السنة تحتسب من تاريخ بلوغ المحضون 10 سنوات فعند انتهاء 11 سنة من عمره يسقط الحق في الحضانة ما لم يقم دليل بخلاف ذلك، فنظرا للغموض الموجود في المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري هناك عدة قرارات سدت ذلك الغموض منها القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/07/09 الذي قضى بأنه: "...أن الاجتهاد القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة" [1].

فبالتالي إذا لم يطالب صاحب الحق بحضانة الصغير لمدة سنة ولم يكن له سبب وجيه لذلك سقط حقه في الحضانة بقوة القانون، ويبقى لمن احتفظ بالمحضون الحق في حضانته بحكم الشرع والقانون [2].

والغرض من إسقاط الحضانة أن صاحب الحق نفسه غير مبالي بالطفل، فمن باب أولى إسقاط الحضانة عنه حماية للطفل [3].

الفرع الثاني

الأسباب المتعلقة بالحاضن

اشترط القانون عدة شروط تجمع بين النساء والرجال وأخرى خاصة بكل منهما حتى يكون أصحاب الحق في الحضانة أهلا لحضانة الصغير، وفي حالة عدم توفر هذه الشروط في الحاضن يسقط حقه فيها.

---

[1]- كمال صمامة، المرجع السابق، ص 100، 101.

[2]-كريمة محروق، مرجع سابق، ص38.

[3]-هشام ذبيح، أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة على حماية الأبناء، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 1، العدد2، 2018، ص 235.

سنبين من خلال هذا الفرع سقوط الحضانة لاختلال الشروط في الفقه(أولا) ثم في القانون(ثانيا).

أولا : سقوط الحضانة لاختلال أحد الشروط

أ_ حسب رأي الفقه

تسقط الحضانة عند المالكية إذا كان ضرر في جسم الحاضن كالجنون والجذام والبرص، كما تسقط الحضانة عن الحاضن الفاسق وغير المأمون على الصغير [1] كذلك أقر المالكية أن المرأة المسنة لا تسقط عنها الحضانة إلا إذا أقعدها سنها عن القيام بشأن المحضون [2].

وتسقط الحضانة عند الشافعية والحنابلة بالكفر[3] أي الخروج من الإسلام إذ قالوا: إن ارتداد الحضانة عن الإسلام يسقط الحضانة عن الأم [4] كما تسقط بالاتفاق بالجنون والعته[5].

ب_ حسب رأي المشرع الجزائري

نصت المادة 67 من قانون الأسرة على أنه: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه".

وبالرجوع إلى نص المادة 62 من نفس القانون نجدها عرفت الحضانة بأنها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، وفيما يخص الشروط اكتفت بعبارة: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

---

[1]– عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 1428هـ/2007م، ص 360.

[2]– ناهس العنزي، مرجع سابق، ص300.

[3]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 731.

[4]–العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري) الطبعة الأولى مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، 1434هـ/ 2013م ، ص 270.

[5]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص731.

لكن من خلال التعريف السابق للحضانة يمكن استخلاص أهم الشروط كأن تكون الحاضنة مسلمة لتعليمه وتربيته على دين أبيه، كذلك يجب أن تكون قادرة على السهر وحماية المحضون في صحته بحيث تكون خالية من الأمراض المعدية التي قد تضر به بالإضافة إلى ذلك يجب أن تتوفر فيها صفة الأمانة حتى ينشأ في جو آمن و يتربى على الخلق الحسن.

أما بالنسبة لشرط الأهلية فهي تشمل جميع الشروط العامة والخاصة التي يجب أن تتوفر في الحاضن والتي سبق دراستها في الفصل الأول بطريقة مفصلة، ومنه فإذا اختلت أحد هذه الشروط سقطت الحضانة بموجب القانون.

وبالرجوع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية نجد اختلاف في بعض الشروط فالبعض منهم اسقط الحضانة عن الأم باختلال هذه الشروط في حين أن البعض الآخر لم يسقطها.

والسؤال المطروح فيما مدى أخذ المشرع الجزائري بهذه الشروط عند إسقاط الحضانة؟

سنبدأ بعرض الشروط التي كانت محل اختلاف بين الفقهاء.

1_ البلوغ:

المشرع الجزائري اعتنق المعيار القائل بالبلوغ حكما كأن تكون المراهقة ظاهريا بالغة ببروز علامات جسدية عليها توحي بذلك، فهذه العلامات كفيلة لاعتبار المراهقة بالغة حتى لولم تبلغ سن الرشد بعد [1].

فالقاصرة تستحق الحضانة قانونا وبالتالي لا أحد يستطيع أن يطالب بإسقاط الحضانة عنها لأنها غير مستوفية لشرط البلوغ.

[1]- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون سنة نشر، ص57.

2_ القدرة:

وجوب أن يكون الحاضن غالبا قادرا ماديا وجسديا بمعنى أن يكون الحاضن خاليا من الأمراض التي قد تنقل العدوى للصغير [1] وإلا سقطت عنه الحضانة، بمعنى أنه إذا كان المرض خفيف ولا يعدي فيعتبر الحاضن قادرا جسديا ولا تسقط عنه الحضانة.

والقدرة هي قيام الحاضن بالتزاماته اتجاه المحضون كما يلزم لذلك تسقط الحضانة عن العاجز كالمتقدم في السن لصعوبة قيامه بالرعاية والمراقبة على الصغير فعادة المتقدم في السن يكون بحاجة لمن يخدمه، كذلك تسقط الحضانة عن الحاضن إذا انشغل بغيره كالمرأة التي لا تقيم في البيت أكثر النهار والليل [2].

3_ انحراف الحاضنة:

تسقط الحضانة عن الفاسقة غير أمينة على أخلاق الصغير كاحترافها الرقص أوالسرقة كما تعتبر ارتكاب الفاحشة كالزنا[3] من مسقطات الحضانة وذلك لسببين:

– عدم قيامها بشؤون الطفل وإهماله لأنها تكون منشغلة عنه طيلة الوقت بحكم العمل فيلهيها عن القيام بواجباتها كأم.

– الخوف على أخلاق الصغير [4] لأن الطفل تتطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه الذي يحتك به فينشأ على طباعها السيئة [5].

كما جاء المشرع واضحا بخصوص هذا الشرط حيث نص في المادة62 في الفقرة الأولى منها على وجوب حفظ الطفل صحة وخلقا، بمعنى أن تكون الحاضنة تتمتع بأخلاق حسنة وإلا سقطت عنها الحضانة.

---

(1)-أحمد نصر الجندى، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر،2009، ص 152.

(2)-الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص407.

(3)-مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص117.

(4)-محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص744.

(5)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، دون سنة نشر، ص 384.

كما أصدرت المحكمة العليا العديد من القرارات في هذا الشأن:

"إسناد الحضانة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء أخلاقها يعد مخالفا للقانون"، وأن "جريمة الزنا تعتبر من مسقطات الحضانة، ومخالفة لأحكام المادة62 من قانون الأسرة" وأن " الحكم على الزوجة بتهمة إبعاد قاصر وعقابها يعتبر من التصرفات التي تمس بحسن الخلق والتي يجب أن تتوفر في الحاضنة، وإن عدم إسناد الحضانة لها نظرا لمصلحة المحضون يعد تطبيقا سليما للقانون".

ويثبت فساد أخلاق الحاضنة من خلال إجراء بحث اجتماعي وإعداد تقرير عن ذلك وفي حالة ما إذا ارتكبت المرأة فعلا فاحشا وصفح عنها زوجها ذلك لا ينفي عنها الجرم وسقوط حقها في الحضانة، هذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه: " صفح الزوج عن الزوجة المدانة بجرم الزنا لا ينفي عنها الجرم وهي غير مؤهلة لممارسة الحضانة وتسقط عليها"، والملاحظ أن الاجتهاد القضائي استقر على إسقاط الحضانة عن المرأة الفاسقة، لكن إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي بقاؤه معها رغم فسقها حكم بذلك [1].

ثالثا: عمل المرأة

حتى يتسنى لنا الحديث عن عمل المرأة الحاضنة ما إذا كان يسقط حقها في الحضانة أم لا؟ ، يجب أولا التطرق إلى مسألة عمل المرأة بشكل عام.

يقول القرضاوي: "المرأة هي إنسان كالرجل، هي منه وهو منها، والإنسان كائن حي من طبيعته أن يفكر ويعمل وإلا لم يكن إنسانا" [2].

واستدل في قوله بالآية الكريمة:" فاستجاب لهم ربهم أنّي لا أضيّع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى"(آل عمران:195).

فمن خلال الآية نجد أن الشريعة الإسلامية لم تفرق بين عمل الرجل وعمل المرأة مادام أن الله عزوجل سيجزيهما خيرا لأعمالهما إذا كانت صالحة ومشروعة، ولا شك أن

---

[1]-مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص111، 112.

[2]– يوسف القرضاوي، فقه الأسرة وقضايا المرأة، الطبعة الأولى، الدار الشامية، تركيا، 1438هـ/2017م، ص 611.

أعظم عمل تقدمه المرأة هو تربية الأجيال حيث لا ينازعها فيه منازع ولا ينافسها فيه منافس[1].

فعمل المرأة في بيتها هو الأساس والأصل لاعتباره عبادة عظيمة تثاب عليه خير الجزاء من الله عزّ وجل، فعن السيدة خديجة رضي الله عنها حفظت بيتها وربت أبناءها واحتوت زوجها محمد –صلّى الله عليه وسلم– وآزرته في نفسها ومالها، فأرسل الله لها جبريل عليه السلام ليبشرها ببيت لها في الجنة [2] وهذا اكبر دليل على أن الإسلام يقدر عمل المرأة الصالح والنافع ويكافؤها عليه في الدنيا والآخرة بقوله تعالى:" من عمل صالحا من ذكر أوأنثى وهو مؤمن فلنحييه حياة طيبة" (النحل: 97).

وبمعنى المخالفة فإن عمل المرأة خارج بيتها يعتبر استثناءا، هذا ما ذهب إليه كل من الشافعية والحنابلة حيث أجازوا عمل المرأة خارج البيت في حالة إعسار الزوج [3]، لكن حتى لو اعتبر عمل المرأة خارج البيت عملا ثانويا إلا أنه يبقى جائزا مادام لا يوجد نص حرمه [4] فالقاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم ينص على حظرها.

ومع ذلك فإن عمل المرأة ليس بحق مطلق إنما تقيده ضوابط معينة يجب على المرأة العاملة الالتزام بها، وأهم ضابط هو أن لا يكون خروج الزوجة من منزل الزوجية فيه منافاة لمصلحة الأسرة [5].

وقد لقى عمل المرأة اهتماما واسعا على المستوى الداخلي والدولي حيث نجد دستور 1996 نص في المادة 55 منه على أنه: " لكل مواطن الحق في العمل" [6].

---

[1]-يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص611.

[2]-حنان احمد القطان، عمل الزوجة وأثره في نفقتها الشرعية، (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة1، دون دار نشر، دون مكان نشر، 1430هـ/2009م، ص 147.

[3]-حنان احمد القطان، المرجع نفسه، ص 157.

[4]- يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص612.

[5]- محمد ابراهيم محمود شتا، مرجع سابق، ص 34.

[6]- يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 130.

كما نصت المادة 11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بقولها: "الحق في العمل حق غير قابل للصّرف" [1].

كما طرح مركز البحوث الاجتماعية بالجامعة الأمريكية بالقاهرة على إمكانية إدماج المرأة في وظائف عديدة يتم فيها العمل عن بعد لا تربط المرأة بالتواجد في مكان العمل والعمل في أوقات محددة، مما يتيح للمرأة المرونة التي تمكنها من القيام بواجباتها الأسرية[2].

كان هذا تقديم مختصر عن عمل المرأة بشكل عام، أما الآن سنتكلم عن عمل المرأة الحاضنة بشكل خاص، ونوضح موقف المشرع الجزائري منه.

إن اقتحام المرأة عالم الشغل في شتى المجالات حتى أصبحت منافسة للرجل في العمل لكونه في بعض الحالات ضروريا حماية لها من المهانة [3] لكن قد يخلق لها إشكالا إذا كانت المرأة أما لأطفال وهو البعد عنهم المؤدي لضياعهم، لذلك كان المشرع الجزائري قبل التعديل يعتبر عمل المرأة سبب من أسباب إسقاط الحضانة عنها[4].

وبتعديل قانون الأسرة الذي تم بمقتضى (الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) جاء بنص المادة 2/67: " لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

---

[1]-سرور طالي، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان-الظروف العادية- بحث قدم لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999- 2000م، ص469.

[2]- مركز البحوث الاجتماعية، الجامعة الأمريكية بالقاهرة، القاهرة الجديدة، جمهورية مصر العربية، البرنامج البحثي حول " المرأة والعمل"، أوراق سياسية، نوفمبر 2009، ص60.

[3]- يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 130.

[4]- سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 146.

كما أن المحكمة العليا أصدرت العديد من القرارات في هذه المسألة نجد جميعها يصب في معنى واحد وهو أن عمل المرأة غير مسقط للحضانة [1].

والملاحظ بعد التعديل أن المشرع غير موقفه اتجاه عمل المرأة الحاضنة تماشيا مع التطورات العصرية بحيث أصبح المجتمع بحاجة لخبرة النساء مثلها مثل الرجل، كما أنه في بعض الحالات يحتاج لخبرتهن أكثر وذلك عندما يتعلق الأمر مثلا بتوليد النساء والأمراض الجلدية والباطنية.

نلاحظ كذلك من نص المادة 2/67 "...يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"، أي أن القاضي وحده من له سلطة إسقاط الحضانة عن المرأة العاملة فعليه أن يتحقق من مدى توفر شروط إجازة العمل كأن يتأكد أن عمل المرأة ليس مخالفا للنظام العام والآداب العامة وأن عملها خارج البيت لا يتعارض مع مسؤوليتها الكبرى تجاه بيتها [2].

والأصل أن عمل المرأة غير مسقط للحضانة شرعا وقانونا سواء كانت هي بنفسها قادرة على التوفيق بين عملها وصغيرها أو كان هناك من ينوبها في خدمة الصغير [3]، لكن إذا كان عملها يؤدي لضياع وإهمال المحضون فتسقط عنها الحضانة إجباريا.

رابعا: المطالبة بتجزئة الحضانة

يقصد بتجزئة الحضانة هو أن الأم تقوم بتفضيل حضانة البنات على الذكور أو العكس أو تختار الأصغر منهم سنا، مع أنها لها الحق في حضانة جميعهم [4].

وبالرغم من الأهمية البالغة لهذه المسألة في الحفاظ على الصغار إلا أنه نجد غياب نص قانوني يعالج ذلك والمحكمة العليا لم تغفل عن ذلك وأصدرت قرار بتاريخ1984/04/02 الذي قضت بأنه: " متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء

---

[1]- عيسى حداد، مرجع سابق، ص 189.

[2]- يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 130.

[3]- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 551.

[4]- عيسى حداد، المرجع السابق، ص196.

تستند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي"، مبررا ذلك بأن مصلحة الأطفال تقتضي وجودهم في جو عائلي مع أمهم [1].

ومن خلال القرار أعلاه أرى أن المحكمة العليا أصابت عندما لم تسمح للأم باختيار من تحضن من الأبناء لأن ذلك ليس من العدل فجميع صغارها بحاجة إليها دون استثناء إذ أن المحكمة العليا أجازت تجزئة الحضانة في حالة وجود سبب شرعي لذلك دون توضيح طبيعة السبب تاركة ذلك كسلطة تقديرية لقاضي الموضوع.

ومنه تعد تجزئة الحضانة سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم رغم أحقيتها في ذلك.

المطلب الثاني

استرداد الحضانة

إن استرداد الحضانة يكون بعودتها مجددا إلى يد من أسقطت عنه، لكن فيما يتمثل حكم الحاضن الذي تنازل عن حضانة الصغير بإرادته ودون وجود عذر شرعي؟

للإجابة على هذا التساؤل سنقسم المطلب إلى فرعين، نتناول في (الفرع الأول) آثار التنازل عن الحضانة، و(الفرع الثاني) السقوط بموجب القانون.

[1]- جمال سايس، الجزء1، مرجع سابق، ص 211.

الفرع الأول

آثار التنازل عن الحضانة

إذا تنازل الحاضن عن حضانة الصغير بقناعته الشخصية أي أنه لم يكن مجبرا على ذلك ولم يكن له سبب مقنع للتنازل، في هذه الحالة هل يستطيع الحاضن استرداد الحضانة؟

سنبين ذلك من خلال هذا الفرع الذي سنعرض فيه(أولا) رأي الفقه، و(ثانيا) موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة.

أولا: موقف الفقه

يرى المالكية أن الحضانة لا تعود إذا سقطت برغبة من الحاضن مثل تزوجها بأجنبي والدخول بها فحتى لو طلقت أو مات زوجها أو فسخ الزواج لفساد العقد لا تعود إليها الحضانة، أو تقوم بالتنازل عن الحضانة بدون سبب ففي هذه الحالات لا تعود الحضانة لمن أسقطت عنه [1].

كما اختلف الفقهاء في عودة الحضانة للأم في حال طلقت من زوجها الأجنبي، حيث فرقوا بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

1_ إذا كان الطلاق رجعيا:

يرى الشافعية والحنابلة أنه إذا طلقت الأم طلاقا رجعيا تعود لها الحضانة على الفور شريطة أن يرضى الزوج المطلق بمكوث الولد عنده [2].

بعكس الحنفية الذين رأوا بأنه إذا كان الطلاق رجعيا فلا تستحق الحضانة لقيام الحياة الزوجية فلا بد من انتهاء عدتها.

---

[1]– توفيق وزاني، حماية حقوق الأبناء القصر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 2016–2017، ص56.

[2]– عايدة سليمان أبو سالم، مرجع سابق، ص 73.

2_ إذا كان الطلاق بائنا:

حكم كل من الحنفية والشافعية والحنابلة بعودة الحضانة للأم بعد طلاقها طلاقا بائنا وخالفهم مالك برأيه أنه لا يعود حق الأم في الحضانة سواء طلقت طلاقا رجعيا أم بائنا لرضاها بتسليم الولد الصغير حين إقدامها على الزواج [1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

حتى نبين موقف المشرع الجزائري من مسألة التنازل عن الحضانة علينا أن نوضح رأي المشرع في الحضانة، هل يعتبرها حقا للحاضنة أم للمحضون؟

إن الأمور تختلف بحيث أنه لو أسقطها مستحقها سقطت عنه ولا تعود له بناء على أنه حق للحاضن أما إذا أسقطها مستحقها لا تسقط عنه وتعود له الحضانة بناء على أنها حق للمحضون [2].

ومن خلال المادة أعلاه نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية في عدم إرجاع الحضانة لمن أسقطت عنه لسبب اختياري كأن تتنازل الأم عن صغيرها بدون عذر أو تسقط عنها نتيجة إهمالها وتماطلها عن المطالبة بحقها في الحضانة لمدة سنة كاملة.

ذلك ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 53340 المؤرخ في 1989/03/17 الذي قضى بأنه: " إذا كان تنازل الأم عن الحضانة اختياري، فلا تعود إليها الحضانة " وخاصة إذا كان الأب يمارس الحضانة الفعلية للأولاد لمدة أكثر من سنة وتمدرس الأولاد عنده، تسقط الحضانة عن الأم نظرا لمصلحة المحضونين [3].

كما صدر قرار عن مجلس قضاء المدية أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد

---

[1]–عدنان آلكول، الخلاصة الفقهية في الأحوال الشخصية، بدون طبعة، Ilahiyat، دون مكان نشر،2019 ، ص 183.

[2]– مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن ، غزة، 1437هـ /2015م، ص 69.

[3]– مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص 116.

الحضانة لها إن كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وبما أن المحضونة تعد في سن جد حساسة ومصلحتها تقتضي إسقاط حضانة البنت عن والدها ومنحها لها طلب مؤسس ومبرر لا يوجد مطلقا ما يمنع من الاستجابة إليه [1].

فالأصل أن الحضانة لا تعود للأم التي تنازلت عنها بمحض إرادتها لكن تبقى مصلحة المحضون هي الأسمى والأقوى، فإذا كانت من مصلحة المحضون هي العودة للأم والعيش معها قضي بذلك.

إلا أن التنازل قد لا يحصل بإرادة الحاضن، ففي كثير من الأحيان ترغم الحاضنة على التنازل عن صغيرها بسبب إكراه والديها بسبب الخلافات العائلية أو لسبب عدم قدرتها على رعاية المحضون [2].

وبالتالي فالتنازل قد يكون اختياريا وقد يكون غير اختياريا، أي أن الحاضنة تجبر على التنازل بسبب ظروف قاهرة لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يوضح حكم التنازل غير الاختياري بالنسبة لعودة الحضانة.

نجد القضاء لم يغفل على هذه المسألة ففي قرار أصدره المجلس الأعلى بتاريخ27 فبراير 1978 الذي قضى بأنه: "إن المطعون ضدها لما تركت حضانة البنتين كانت مصابة بمرض خطير أرغمها على إجراء عدة عمليات جراحية وإقامتها طويلا على سرير المرض بالمستشفى وبدار والديها، وتركها حضانة بنتيها لوالدهما كان أمرا ضروريا ولما رأى القضاة أن شفاءها من المرض يعيد لها حقها في الحضانة حكموا لها بها...".

---

[1]- كريمة محروق، مرجع سابق، ص 40.

[2]- زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية(دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة) الجزء الأول، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دون سنة نشر، ص 237.

ومن خلال القرار أعلاه نجد أن القاضي هو المتكفل بدراسة ظروف التنازل ما إذا كان تنازلا اختياريا أم غير اختياريا لأن هذا الأخير يعتبر تنازلا مؤقتا، ومن ثم يعيد الحق في الحضانة لصاحبها بعد زوال سببه إذا كان مصلحة المحضون تقتضي ذلك [1].

الفرع الثاني

السقوط الإجباري

ويقصد به الحالات التي تسقط فيها الحضانة بسبب غير اختياري أي خارج

عن إرادة الشخص كما هو موضح سابقا، أما الآن سنبين من خلال هذا الفرع موقف الفقه(أولا) ثم موقف المشرع (ثانيا).

أولا: موقف الفقه

يرى المالكية إذا سقطت الحضانة عن الحاضنة لعذر كالمرض، أو خوفا من المكان أو لسفر لأداء فريضة الحج ثم زال العذر بشفائها من المرض وتحقق الأمن والعودة من السفر الاضطراري عادت الحضانة إليها، لأن المانع من الحضانة هو العذر الاضطراري وقد زال فإذا زال المانع عاد الممنوع.

على عكس ما أخذ به جمهور الفقهاء(الحنفية، الشافعية والحنابلة) حيث أن هؤلاء اعتبروا أن الحضانة تعود لصاحبها إذا زال المانع سواء كان اختياريا كالفسق والزواج أو إجباريا [2].

ونلاحظ أن المالكية خالفوا جمهور الفقهاء بحيث اعتبر المانع الاضطراري الخارج عن إرادة الحاضنة إذا زال عادت الحضانة، على عكس البقية الذين اعتبروا زوال المانع بنوعيه يعيد الحضانة لصاحبها.

---

[1]– زكية حميدو تشوار، المرجع السابق، ص 238.

[2]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 732.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

يتضح موقف المشرع من خلال نص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري التي جاءت بأنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

بمعنى أنه إذا زال المانع الذي أسقط الحضانة عن مستحقيها تعود إليه الحضانة مجددا شريطة أن لا يكون سبب السقوط غير اختياري، وإلا فلا يستفيد من المادة 71 أعلاه.

كما وضحنا سالفا أن من أسباب السقوط غير الاختياري هو أن يكون صاحب الحق في الحضانة غير مستوفيا للشروط كأن يكون مجنونا مثلا، لكن في حالة إذا شفي الشخص فيمكنه المطالبة باستعادة الحضانة من جديد طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة الجزائري، كما يجب أن يكون ذلك خلال أجل سنة من زوال المرض عنه، هذا ما اشترطته المادة 68 من نفس القانون [1].

ولضمان العناية بالمحضون صحيا وخلقيا استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في العديد من قراراتها على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زالت أسباب السقوط غير الاختياري كأن تكون غير قادرة على تربية ورعاية الصغير.

لكن نجد الاجتهاد القضائي كان متعارضا فيما يخص حق الأم في استعادة حضانة صغيرها بعد ما طلقت من زوجها الأجنبي، حيث اعتبرت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 5 فبراير1990 أن زواج الأم بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا وبالتالي إسقاط حضانتها لهذا السبب يعد تنازلا منها لا يعيد لها الحق في استرجاع حضانتها [2].

بعدها أصدرت المحكمة العليا قرارا قضى بأنه: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها

---

[1]- توفيق وزاني، مرجع سابق، ص 55.

[2] – زكية حميدو تشوار، مرجع سابق، ص236 ،237.

إستعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون" [1].

ملخص الفصل الثاني

نستخلص مما سبق عرضه أن سقوط الحضانة نوعين، سقوط اختياري وسقوط غير اختياري(إجباري) فالأول هو الذي يكون مصدره الإرادة الشخصية للحاضن ولهذا النوع من السقوط صورتين: التنازل الصريح سواء كان بالإرادة المنفردة أي أن التنازل عن الحضانة كان ناتج عن تصرف الحاضن وبناء على رغبته وإرادته الاختيارية أو كان التنازل باتفاق الأطراف كانهاء الأبوين العلاقة الزوجية بالتراضي واتفاق الأب مع الأم على تنازله لها عن حضانة صغيرها أو العكس، وكذلك الحال إذا اتفق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة عن التنازل أو في حالة الخلع بحيث أن التنازل عن المحضون يكون مقابل الخلع.

أمّا الصورة الثانية للتنازل تتمثل في التنازل الضمني عن الحضانة بحيث تقوم الحاضنة بفعل يوحي أنها لا تريد حضانة الصغير وهي متنازلة عن حقها فيها كأن تقوم بالزواج من أجنبي عن المحضون فاعتبرناه تنازل ضمني لأنها بمجرد إتمام هذا الزواج تسقط عنها الحضانة وهي على علم بذلك، كذلك الحال عند مساكنة الحضانة بالمحضون مع من سقطت حضانتها، وهذا أمر منطقي بما أنه خيف على المحضون أن يعيش مع من سقطت عنه الحضانة وهذا راجع لسبب معين فلا يجب أن يجتمعا تحت سقف واحدا حتى لو كان ليس بحضانته بالذات، وأخيرا عند السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي بغير مبرر شرعي تسقط الحضانة عن الحاضن.

أما النوع الثاني من السقوط وهو السقوط غير الاختياري الذي يكون خارج عن إرادة الحاضن ولا يد له فيه، وتتمثل أسباب هذا السقوط في أسباب قانونية وأخرى تتعلق بالحاضن نفسه.

[1]- كريمة محروق، مرجع سابق، ص 40.

والملاحظ هو وجود عدة فراغات قانونية ونصوص مبهمة نوعا ما، إلّا أن الاجتهاد القضائي سد ذلك الغموض مرات عديدة.

خاتمة

خاتمة

تعتبر الحضانة من أهم المواضيع المطروحة في المجتمع وعلى هذه الأهمية قمنا بالدراسة والتعمق لنصل بأنّ الحضانة موضوع لصيق بالأسرة بشكل عام وبالطفل بشكل خاص، لذلك يلقى موضوع الحضانة اهتماما كبيرا على المستوى الداخلي والدولي حيث تسعى التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية إلى حماية مصالح الطفل من الضياع من خلال التأكيد على وجوب تقديم مصلحة المحضون على باقي الحقوق.

ومن هذا المنطلق نستخلص مجموعة من النتائج وهي:

1_ إنّ المشرع لم يكن واضحا بالنسبة للشروط المتعلقة بالحاضنين، حيث اكتفى بالإشارة أن يكون الحاضن أهلا لاستحقاق الحضانة وترك المجال واسعا للاجتهادات القضائية.

2_ الإحالة التي لجأ إليها المشرع في المادة 222 من قانون الأسرة وسعت من السلطة التقديرية للقاضي، مما قد يخلق تعارضا في الأحكام القضائية على نفس الواقعة.

3_ تعتبر مصلحة المحضون هي محور موضوع الحضانة والركيزة الأساسية التي تؤخذ بعين الاعتبار في جميع الحالات دون استثناء.

4_ للقاضي دور فعال في الحضانة بحكم السلطة المخولة له قانونا عند إسناد أو إسقاط الحضانة.

5_ ذكر المشرع الحالات التي تسقط فيها الحضانة عن الحاضنة ومن بينها المساكنة مع من يبغض المحضون، فاقتصر السقوط عن الجدة والخالة فقط ولم يتعرض لبقية الحاضنات.

6_ جاءت المادة 71 من قانون الأسرة أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب السقوط غير الاختياري، لكن ما يعاب على المشرع أنه لم يذكر تلك الأسباب أو يحدد طبيعتها.

ومن خلال النتائج المتوصل إليها أعلاه تم تقديم جملة من التوصيات التي من شأنها يمكن الخروج بها وتوجيهها للدارسين والباحثين وهي كالآتي :

1- بالنظر لوجود فراغ قانوني فيما يخص شروط استحقاق الحضانة والفقه كذلك كان مختلفا في كثير من النقاط حول هذه الأخيرة، نقترح أن يفصل المشرع في الشروط ويوضح موقفه من الاختلافات الفقهية.

2- ضرورة تخصيص مسألة الأم العازبة في نصوص صريحة، لأنها أصبحت ظاهرة مطروحة في المجتمع فلا يجب إغفالها.

3- التقليص من السلطة التقديرية للقاضي في تحقيق مصلحة المحضون، لأن القاضي بحكم كثرة الملفات لديه وضيق الوقت يصعب عليه التحقيق والكشف أين تكمن مصلحة المحضون، وذلك يعرضه للخطأ أكثر مما يؤدي إلى كثرة الطعون على الأحكام القضائية وتأخر الفصل في النزاعات.

4- بالرغم من اهتمام التشريعات والاتفاقيات الدولية على تحقيق مصلحة المحضون إلّا أنّ ذلك لا يكفي، فالأهم هو تطبيق تلك النصوص والمبادئ على أرض الواقع وتحقيق مصلحة المحضون من الناحية العملية.

5- على المشرع أن يستدرك النقائص الموجودة بنصوص قانون الأسرة عامة وما تعلق بأحكام الحضانة خاصة في التعديل القادم لقانون الأسرة.

قائمة المصادر والمراجع

I- قائمة المصادر:

أولا: القرآن الكريم

II- قائمة المراجع:

أ- باللغة العربية:

أولا: الكتب

1.ابن حزم، المحلى، الجزء العاشر، بدون طبعة، منشورات الآفاق الجديدة، بيروت، دون سنة نشر.

2.ابن قدامة، معجم الفقه الحنبلي، الجزء الأول، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1971م.

3.أبو بكر جابر الجزائري، منهج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات طبعة جديدة، دار السلام، دون سنة نشر.

4.أحمد عصام عودة، أزواج السيدة الأولى، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، لندن، دون سنة نشر.

5.أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، بدون طبعة، دار المسيرة، عمّان، دون سنة نشر.

6.أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1427هـ/2006م.

7.أحمد نصر الجندى، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

8.أحمد نصر الجندى، شرح قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار الكتب القانونية مطابع شتات، مصر، 2009.

9.الإمام أبى عبد الله بن القيم الجوزي، زاد المعاد، المجلد الثاني، الجزء الثالث، بدون طبعة، دار الكتاب العربي، بيروت– لبنان، دون سنة نشر.

10. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 1971م.

11. الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، بدون طبعة، دار الفكر العربي، دون مكان نشر، دون سنة نشر.

12. أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، النصوص، الفقه، ومبادئ النقد، الجزء1، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م.

13. البخاري محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الطبب أبالجدام، حديث رقم 5707، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، 2000.

14. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، الجزء الأول،بدون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت– لبنان، بدون سنة نشر.

15. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013.

16. الحبر النبيل والعيلم الجليل الشيخ الشريف الحسني أبي عبد اللّه محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل الفلالي السجلماسي، فتح الجليل الصمد في شرح التكميل ومعتمد المشتهر بكتاب العمليات العامة، الطبعة الأولى مطبعة الدولة التونسية المحروسة، دون مكان نشر، 1190.

17. حسن عبد الحليم عناية، شرح قانون محكمة الأسرة وقانون إنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة في ضوء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الخامسة، دار مصر للإصدارات القانونية، الجيزة، 2009.

18. حنان أحمد القطان، عمل الزوجة وأثره في نفقتها الشرعية (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دون دار نشر، دون مكان نشر، 1430هـ/ 2009م.

19. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري(دراسة مقارنة)،بدون طبعة، دار الخلدونية، دون مكان نشر، دون سنة نشر.

20. زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، الجزء الأول، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون سنة نشر.

21. زينب طه العلواني، الأسرة في مقاصد الشريعة (قراءة في قضايا الزواج والطلاق في أمريكا)، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، بيروت- لبنان، 1434هـ/ 2013م.

22. السيد سابق، فقه السنة، (الطبعة1، الطبعة الثالثة)، دار الحديث، القاهرة، 2004.

23. السيد محمد يسري، جامع الفقه(موسوعة الأعمال الكاملة للإمام ابن قيم الجوزية)، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الوفاء، دون مكان نشر، 1421هـ/ 2000م.

24. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة المعاني ألفاظ المنهاج، الجزء5، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2000.

25. الشيخ علاء الدين بن العطار، فتاوى الإمام النووي المسماة "بالمسائل المنثورة"، الطبعة6، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، 1996م.

26. الشيخ محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر العلامة خليل، الجزء الثالث، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دون سنة نشر.

27. عباسية لعسري، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني،بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون سنة نشر.

28. عبد التواب معوض، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دون دار نشر، دون مكان نشر،2001.

29. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، بدون طبعة،دار هومة، الجزائر، 2013.

30. عبد الغفور محمد إسماعيل البياتي، القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية، موسوعة شاملة للقواعد الفقهية في فقه الأسرة، (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة)، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، دون سنة نشر.

31. عبد الفتاح قدري الشهاوى، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية، بدون طبعة، منشأة المعارف جلال حزى وشركاؤه، الإسكندرية، دون سنة نشر.

32. عبد القادر بن حرز اللّه، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1428هـ/ 2007م.

33. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة،دار البصائر، دون سنة نشر.

34. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار البصائر للتوزيع والنشر،دون مكان نشر، 2007.

35. عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، فقه الأسرة، الطبعة1، دار كنوز إشبيليا، المملكة العربية السعودية، 2010.

36. عبد اللطيف بن عبد الرحمان بن عبد اللّه الحسن، أثر العناصر الأجنبية في فكر بعض الشيعة الاثني عشرية، الطبعة الأولى، العبيكان، المملكة العربية السعودية، 1428هـ/ 2017م.

37. عبد اللّه حسين الموجان، الحضانة في الشريعة الاسلامية على طريقة السؤال والجواب، الطبعة2، شركة كنوز المعرفة، دون مكان نشر، 2001.

38. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 1977م.

39. عبلة عبد العزيز عامر، الرضاع والحضانة فقها وقضاء، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

40. عدنان آلكول، الخلاصة الفقهية في الاحوال الشخصية،ilahiyat، 2019.

41. العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)، الطبعة الأولى، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، 1434هـ/ 2013م.

42. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة– الخطبة– الزواج– الطلاق– الميراث– الوصية، الجزء الأول(الزواج والطلاق)، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1994م.

43. عصام أنور سليم، حقوق الطفل، بدون طبعة،المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001.

44. العلامة الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك أمام دار التنزيل، الجزء الأول، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، دون سنة نشر.

45. العلامة الشيخ محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 1971م.

46. العلامة الصديق حسن خان، التعليقات الرّضية على الرّوضة النّدية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار ابن عفان، القاهرة، 1423هـ/ 2003م.

47. غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان نشر، 2010.

48. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، الطبعة الأولى، دار طليطلة، دون مكان نشر، 1432هـ/ 2011م.

49. فاروق عبد اللّه كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بدون طبعة، طبع هذا الكتاب على نفقة جامعة السليمانية، العراق، 2003.

50. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة السابعة، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2015.

51. محمد التهامي عبد الكريم، موسوعة العقود والدعاوى القانونية وإجراءاتها العملية، معلّقا عليها بالدّفاع والدّفوع، القانونية والمستندات والرسوم المستحقة على كل دعوى وفقا لأحدث التعديلات، الجزء الثالث، بدون طبعة، دار العدالة، القاهرة، 2014-2015.

52. محمد الحبيب التجكاني، مسائل أبي الوليد ابن رشد [الجدّ]، الطبعة2، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق الجديدة، المغرب، 1993م.

53. محمد أورنك زيب عالمكير، الفتاوى العالمكيرية في الفروع الحنفية، بدون طبعة، دار الامارة كلكته، الهند، سنة 1223 من السنين الهجرية.

54. محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني،بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان نشر، دون سنة نشر.

55. محمد زيد الأنباني، مختصر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مطبعة الواعض بشارع درب الجماميز، مصر، 1326هـ.

56. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)،الطبعة1، دار الثقافة، الأردن، 2008.

57. محمد عبد الهادي عبد الستار، طارق جمعة السيد راشد، الوديز في شرح قانون الأسرة القطري رقم22 لسنة2006، (الجزء الأول- الزواج وفرق الزواج)، بدون طبعة، lamar، دون مكان نشر.

58. محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، الطبعة الأولى، دار محمود، القاهرة، 2015- 2016.

59. محمد عزمي البكري، الخلع فقها وقضاء، الطبعة الأولى، دار محمود، القاهرة، 2015-2016.

60. محمد علي سكيكر، حقوق المرأة في الشرائع والتشريع، كتاب الجمهورية، بدون طبعة، دون دار نشر، دون مكان نشر، دون سنة نشر.

61. محمد عليثي، منح الجليل، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار الفكر، دون مكان نشر، دون سنة نشر.

62. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام(دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1397هـ/1977م.

63. محمود إبراهيم محمود شتا، الحضانة والرؤية،الطبعة حديثة، دار المجد للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2010.

64. محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر، عمان، 2007.

65. محمود ربيع خاطر محمد عبد الحميد الألفي، قانون الأحوال الشخصية والمواريث وقانون الأسرة، بدون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع كنوز مصر التشريعية، مصر، 2018.

66. مروان إبراهيم القيمى، موسوعة حقوق الإنسان في الإسلام" المسيرة "، بدون طبعة، دار الكتاب الثقافي، دون مكان نشر،1435هـ/ 2014م.

67. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب السلام، باب لا عدوى ولا طيرة، حديث رقم2221، مجلد 1، الطبعة الأولى دار طيبة، الرياض، 2006.

68. المولانا المحقق أبى القاسم المحلي طاب ثراه، كتاب شرائع الإسلام في بيان مسائل الحلال والحرام، بدون طبعة، مطبع كادستة نشاط، بلدة كلكتة، جمادى الثاني1255 من الهجرة النبوية الموافق لسنة1839 من السنن المسيحية.

69. المولى شمس الدين محمد الخراساني القهستاني، جامع الرموز، شرح مختصر الوقاية المسمى بالنقاية، بدون طبعة، مظهر العجايب، كلكته، سنة 1858 عيسوية.

70. ناهس العنزي، الموسوعة المبسطة في شرح قوانين الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2013– 2014.

71. نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1432هـ – 2001م.

72. هدى عصمت محمد أمين، في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية(دراسة تحليلية مقارنة)، بدون طبعة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2013.

73. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1405هـ– 1985م.

74. يوسف القرضاوي، فقه الأسرة وقضايا المرأة، الطبعة الأولى، الدار الشامية، تركيا،1438هـ/ 2017م.

ثانيا: مذكرات الماجستير ورسائل الدكتوراه

أ/- مذكرات الماجستير

1. أمال جدع، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، شعبة القانون الخاص، تخصص قانون "الأحوال الشخصية"، جامعة 20أوث1955، سكيكدة، 2011-2012.

2. إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص "أحوال شخصية"، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015.

3. نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، 2008-2009.

4. عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعةأبو بكر بلقايد، تلمسان،2013-2014.

5. فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2010-2011.

6. سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر،2014- 2015.

7. عبد اللّه سنينات، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2008-2009.

8. سليمة صباطة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2015- 2016.

9. سرور طالبي، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الانسان –الظروف العادية–، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، فرع: القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1999-2000.

10. عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، 1424هـ/2003م.

11. عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

12. كهينة العسكري، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مذكرة ماجستير، شعبة الحقوق و العلوم السياسية، تخصص: قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2015-2016.

13. كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص"أحوال شخصية"، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015.

14. هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011- 2012.

15. مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن،كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، غزة، 1437هـ/2015م.

16. ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص:(شريعة وقانون)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة باتنة2004-2005.

17. وسيلة نامة، المركز القانوني للابن غير الشرعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص" أحوال شخصية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014- 2015.

18. جيلالي وحياني، مظاهر المساواة بين الزوجين وقانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014- 2015.

19. توفيق وزاني، حماية حقوق الأبناء القصر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016- 2017.

20. وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1915م.

ب/-رسائل الدكتوراه:

1.أمال رواق، علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج والطلاق وآثارهما(دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون تخصص" أحوال شخصية "، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2015- 2016.

2.زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2004-2005.

3.أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013- 2014.

4.عبد الرحمان إدريس عبد الرحمان فضل اللّه، حقوق الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة الخرطوم، 2008.

5.عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014- 2015.

6.مبروكة غضبان، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص،جامعة الجزائر،2017-2018.

7.محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته فيقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، تخصص فقه و أصوله، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429- 1430هـ/ الموافق ل2008- 2009م .

8.يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج و الطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

9.مليكة حمادي، أثر مراعاة المقاصد في أحكام الأسرة و تطبيقاته المعاصرة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: " فقه و أصول"، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة باتنة1، 1438-1439هـ، 2017-2018م .

ثالثا: المجلات

1.أشرف محمود بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة، دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة أم القرى، السعودية، المجلد13، ملحق2، 2016.

2.بلقاسم أعراب، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي المقارن(دراسة تأصيلية)، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة باتنة، العدد1، 1994م.

3.حسينة شرون، جريمة الامتناع من تسليم طفل إلى حاضنه، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد السابع.

4.حنان بن داود، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد2 ، 2019.

5.سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

6.عبد العزيز دخان، حق الأبوين في رؤية ولدهما أثناء الحضانة وبعدها، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، العدد10.

7.عز الدين كيحل، الحماية الجنائية للطفولة في الشريعة الإسلامية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد7.

8.علاوة بوشوشة، الزواج بين العقد العرفي والعقد المدني وأثره على الأسرة "مقاربة في ضوء الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري والتطبيقات القضائية لدى المحكمة العليا"، مجلة آفاق العلوم، جامعة الجلفة، العدد السابع، مارس2017.

9.عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة.

10. فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد4، العدد1، 2018.

11. فاطمة حداد، حق الطفل في الحضانة والكفالة، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، الجزائر، العدد3، 2016.

12. فضيلة الشيخ عبد العزيز بن صالح الرضيمان، الحضانة في الإسلام.

13. مجلة الأحوال الشخصية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، العدد66، 17 أوث 1956م.

14. محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد17، 2014.

15. محمد حيدرة، مراعاة مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، المجلد4، العدد2، 2018.

16. مركز البحوث الاجتماعية، الجامعة الأمريكية بالقاهرة، القاهرة الجديدة، جمهورية مصر العربية، البرنامج البحثي حول "المرأة والعمل"، أوراق سياسية، نوفمبر 2009.

17. محمد لمين مسيخ، منهج المشرع الجزائري في سن قانون الأسرة وأثره في تحديد معالم النظام العام فيه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، المجلد الأول، العدد التاسع، 2018.

18. نادية خير الدين، القواعد والضوابط الفقهية وحجيتها في قانون الأحوال الشخصية، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد12، العدد44، 2010.

19. هشام ذبيح، أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة على حماية الأبناء، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد1، العدد2، 2018.

20. أحمد هلتالي، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد الحادي عشر،2018.

21. عبد الرحيم وجنات الميمني، لمن الحضانة؟، مجلة جامعة أم القرى للعلوم الشرعية واللغة العربية وآدابها، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الجزء15، العدد27، 1424هـ.

22. عبد الله البهلال، الآليات المتبعة في إصدار وتنفيذ أحكام الحضانة والزيارة.

رابعا: المداخلات

أ/-الملتقيات

1.عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة(دراسة مقارنة)،الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن، ميرة، بجاية، يومي23 و24 أفريل2014.

2.كريمة محروق، إشكالية تقدير مصلحة المحضون بين أحكام القضاء ونصوص القانون الملتقى الوطني الأول في شؤون الأسرة، إشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوث 1955، سكيكدة، يومي 10-11- ماي 2017.

3.لمين لعريض، حماية الطفل المحضون كأحد مكونات الأسرة بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، الملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، جامعة الوادي يومي 24-25 أكتوبر، 2018.

ب/-الندوات

1. حمزة بن حسين الفعر الشريف، أحكام الشريعة في ضوء المقاصد الشرعية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة1436هـ.

خامسا: المحاضرات

1. مليكة هنان، مطبوعة محاضرات في قانون الأسرة، مخصصة لطلبة السنة الثانية حقوق وطلبة ماستر قانون الأسرة ، أستاذة محاضرة أ، معهد الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق الجامعي نور البشير، البيض.

2. محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية 24.

سادسا: قرارات المحكمة العليا

1. قرار المحكمة العليا، رقم الملف 256629، بتاريخ 2001/02/12، المجلة القضائية 2002، العدد2، ص 421.

2. قرار المحكمة العليا،رقم الملف350942،بتاريخ2006/01/04، مجلة المحكمة العليا،2006، العدد1، ص455.

3.قرار المحكمة العليا، رقم القرار613469، تاريخ القرار2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد1، ص285.

4.قرار المحكمة العليا، رقم الملف650014، بتاريخ2011/10/13، مجلة المحكمة العليا2012 ، العدد 1، 313.

سابعا: المراجع الإلكترونية

1. محمد مجدي منيب، إسقاط الحضانة، أسباب سقوط الحضانة من الأم الحاضنة،2011،

Mohamedlawyer@live.com.

Le 13 mars2020, 19:20.

رواه عبد الله بن عباس، نقله البيهي في شعب الإيمان وحكم عنه بأنه: متنه غريب .http://hdith.com/hdith

ب-باللغة الأجنبية:

1-Armel Dunand , la notion d'ordre public en droit de la famille, Mai 2017.

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ-هـ
الفصل الأول:إسناد الحضانة	6
المبحث الأول: شروط إسناد الحضانة	6
المطلب الأول:الشروط العامة لإسناد الحضانة	7
الفرع الأول:البلوغ	7
الفرع الثاني:العقل	9
الفرع الثالث:القدرة	11
الفرع الرابع:الأمانة	14
المطلب الثاني:الشروط الخاصة لإسناد الحضانة	16
الفرع الأول:الشروط الخاصة بالنساء	17
الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في الرجال	23
المبحث الثاني:أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم	25
المطلب الأول:أصحاب الحق في الحضانة	26
الفرع الأول:حق الصغير	27
الفرع الثاني:حق الأم	30
الفرع الثالث:حق الأب	33
المطلب الثاني:ترتيب الحاضنين	36
الفرع الأول:ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه	36
الفرع الثاني:ترتيب مستحقي الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري	42
ملخص الفصل الأول	47
الفصل الثاني:سقوط الحضانة	47
المبحث الأول:السقوط الاختياري	48
المطلب الأول:التنازل الصريح	48

الفرع الأول:التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة	49
الفرع الثاني: التنازل عن الحضانة بسبب اتفاق الأطراف	52
المطلب الثاني:التنازل الضمني	55
الفرع الأول:زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون	55
الفرع الثاني:مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها	61
الفرع الثالث:انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي	63
المبحث الثاني:السقوط غير الاختياري	71
المطلب الأول:أسباب السقوط عير الاختياري	71
الفرع الأول:الأسباب القانونية	72
الفرع الثاني:الأسباب المتعلقة بالحاضن	79
المطلب الثاني:استرداد الحضانة	87
الفرع الأول:آثار التنازل عن الحضانة	88
الفرع الثاني:السقوط الاجباري	91
ملخص الفصل الثاني	93
خاتمة	96
قائمة المصادر والمراجع	98
فهرس الموضوعات	116