جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام إسقاط الحضانة في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أسرة

من تقديم الطلبة:

- سلسبيل لوصيف
- مريم بن جدو

تحت إشراف:

د. محمد لمين مسيخ

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ كريمة سيليني	أستاذ محاضر أ	رئيساً
د/ محمد لمين مسيخ	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقرراً
د/ نظيرة عتيق	أستاذ محاضر أ	مناقشا

دورة جوان 2026

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر والتقدير

قال الله تبارك وتعالى : ﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾. "إبراهيم الآية: 07"

وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النّاسَ لَمْ يَشْكُرِ الله".

حديث صحيح صححه الألباني.

بقلوب يملؤها العرفان، ونفوس تقر بالفضل، نتشرف بأن نرفع أسمى عبارات الشكر والامتنان إلى من أضاء سبيلنا بنور علمه وحكمته، وتوجيهاته السديدة، الأستاذ المشرف الفاضل الدكتور "مسيخ محمد لمين"، الذي كان لنا المعين والنبراس طيلة مسيرتنا في إنجاز هذه المذكرة.

كما نخص بأصدق آيات التقدير والاحترام السادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرين، الذين زادوا مذكرتنا بهاءً بملاحظاتهم الدقيقة وتصويباتهم القيمة.

وفي ختام هذا الجهد، نبعث بعرفان خاص إلى عائلاتنا الكريمة، ولكل من وقف بجانبنا، سواء بكلمة تشجيع، أو دعاء صادق في ظهر الغيب، حتى يرى هذا البحث النور.

جزاكم الله جميعاً عنا أفضل الجزاء.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ 1 خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ 2 اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ 3 الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ 4 عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ 5 ﴾

سورة العلق: الآية 1-5

الإهداء

لأمي.. التي أهدتني الحياة، وسقتني حنانها فصولا، وبذلت لأجلي سنين عمرها.

لأبي.. الذي كان لي في عثراتي سدا منيعا، ووهبني القوة حين يخذلني تعبي، وكان لي دائما اليد الممدودة والقلب المحب.

لأخي ضياء الدين.. الذي كان اسمه نصيبا من واقعي، فهو الضياء الذي ينير عتمة طريقي، وسندي الذي لا يميلُ مهما اشتدت ظروف الحياة.

لصديقتي.. التي تقاسمت معي لحظات التعب قبل لحظات الفرح، والتي كان وجودها بجانبي في كل خطوة من خطوات هذا البحث بمثابة الدافع الأكبر لي للوصول.

لكل ما ساندني بدعواته الصادقة، فكان لي خير معين في طريقي.

ولأن الفضل بعد الله لأهل الفضل، أهدي هذا المجهود، آملة أن يكون عملاً خالصا لوجهه الكريم، وأن يثمر نفعا يخلد أثرهم الجميل.

سلسبيل

الإهـــداء

الحمد لله الذي أنار بالعلم بصائرنا، ويسر لنا سبل النجاح والتمكين، نحمده حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه على ما مَنّ به علينا من توفيق وقوة لإتمام هذا العمل.

إلى منارة حياتي، وقدوتي التي أستضيء بها دروب العمر، وسندي الثابت، إلى من كللني بالدعم، وتعب واجتهد لأصل إلى ما أنا عليه اليوم، ومن وهبني اسماً أفتخر به طوال العمر" أبي الغالي ".

إلى نبع العطاء الذي لا ينضب وملاذي الآمن، وجنتي في الأرض، وشريكة كفاحي التي لولا سهرها وجهدها لما بلغتُ عتبت النجاح، إلى من قاسمتني عناء السهر خطوة بخطوة لأجل الوصول، ودعمتني في لحظات ضعفي بصلواتها الخاشعة ودعواتها النقية في عتمة الليالي " أمي الحبيبة ".

إلى رمز الحكمة والبركة، من غمرني بنصائحه الأبوية ودعمه الصادق، وكان لصلواته وتشجيعه أثرٌ عظيم في مسيرتي " جدي الغالي ".

إلى من هم السند والأمان، من تقاسمت معهم الأيام بحلوها ومرها، وكانوا لي ملاذاً وتشجيعاً مستمراً " أختي الغالية وأخي العزيز ".

إلى رفيقة الدرب، وشريكة السهر والكفاح، من قاسمَتني عناء البحث وشغف الإنجاز خطوة بخطوة.

إلى الأوفياء الذين أضاءوا طريقي بصدق محبتهم، وكانوا لي دفعاً معنوياً في لحظات التعب " أصدقائي الأوفياء ".

إلى من حملوا رسالة العلم شريفة، وأناروا لنا دروب المعرفة بفكرهم وتوجيهاتهم " أساتذتي الأفاضل ".

وفي الختام أتقدم بأسمى عبارات الشكر إلى عائلتي الكريمة، وإلى كل من ساندني بكلمة طيبة أو دعوة صادقة طوال مسيرتي الدراسية، وكان له أثرٌ في نجاحي وتخرجي اليوم.

" مـــريـــم "

قائمة المختصرات:

_ ص: صفحة

_ د ت: دون تاريخ

_ ط: طبعة

_ د ط: دون طبعة

_ ج: جزء

_ ع: عدد

_ ع خ: عدد خاص

_ ح: حديث

_ ج ر: جريدة رسمية

_ مج: مجلد

_ م: ميلادي

_ هـ: هجري

_ ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

_ غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

مقدمة

تعتبر فكرة إسقاط الحقوق من المفاهيم القانونية الفقهية الجوهرية، التي تضبط الحدود الفاصلة بين رغبات الأفراد وبين ما تمليه المصلحة العليا، فالحق في أصله ليس حقا مطلقا، بل حق مقيد بحدود شرعية ومعايير قانونية لا يمكن تجاوزها، لأنها تضمن عدم الانحراف عن الغاية التي شرع من أجلها، وفي هذا الإطار تبرز نظرية الإسقاط، باعتبارها آلية قانونية لإنهاء ولاية شرعية ثابتة، سواء كان ذلك بإرادة صاحب الحق أو بقوة القانون.

وإذا ما أسقطنا هذه النظرية العامة على نطاق قانون الأسرة الجزائري المستمد في جذوره من أحكام الشريعة الإسلامية، نجد مسألة إسقاط الحق في الحضانة تمثل المجال التطبيقي الأكثر حساسية ضمن المنظومة التشريعية الأسرية، فالحضانة في جوهرها الإنساني هو ولاية لحفظ الولد ورعايته، والضمانة الأساسية لنشأته في بيئة سليمة، إلا أنها تظل حقا قابلا للسقوط والزوال إذا ما اصطدمت بمصلحة المحضون الفضلى.

إن الطفل هو أساس الحضانة، فلا وجود لها الحق قانونا إلا بوجوده، لذا فإن فكرة الإسقاط لا تستهدف سلب الحقوق من الحاضن بقدر ما تسعى إلى تأمين حق المحضون في آن يعيش لدى من هو أصلح له دينا وخلقا ورعاية.

انطلاقا من القواعد العامة التي تقرر أن الحقوق تسقط بزوال غايتها أو الإخلال بضوابطها، صاغ المشرع الجزائري أحكام الإسقاط كآلية حماية توازن بين استحقاق الأبوين والمصلحة الفضلى للطفل، ضابطا مسقطاتها بدقة لنفي التعسف، مع إتاحة إمكانية الاسترداد تقديرا لخصوصية الأسرة، وهو ما يجعل من نظام الحضانة نظاما مرنا يدور مع مصلحة المحضون وجودا وعدما.

وتتجلى هذه المرونة بموجب المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى الفقه الإسلامي، ممّا يضع القضاء أمام حتمية الموازنة بين حرية التعاقد والاشتراط، وبين المعيار الأسمى المتمثل في مصلحة المحضون الفضلى، وهو ما دفعنا لطرح الإشكالية الآتية: كيف يمكن الموازنة بين حرية التعاقد في الفقه الإسلامي وتحقيق مصلحة المحضون الفضلى في أحكام إسقاط الحضانة على ضوء المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري؟

وتتفرع عن هذا الإشكال مجموعة من التساؤلات القانونية:

_ ما هي حقيقة نظرية الإسقاط فقهيا، وما هي القواعد الحاكمة لأركانها وشروط صحتها؟

_ فيما تتمثل أنواع الإسقاط، وما هي الأحكام الناظمة له؟

_ ما هي الحالات القانونية التي تؤدي إلى سقوط حق الحضانة في التشريع الجزائري؟

_ كيف عالج المشرع الجزائري إشكالية التنازل عن الحضانة، وما هي الآليات التي تسمح باسترداد هذا الحق بعد سقوطه؟

أهمية الدراسة:

– تكمن أهمية الموضوع في كونه يمس أحد أخطر آثار انحلال الرابطة الزوجية، وهي الحضانة مما يجعله على علاقة مباشرة بين استقرار الأسرة وحماية حق الطفل.

– تتجلى أهميتها أيضا في أن نظرية الإسقاط هي المرجعية الأصيلة التي استمد منها قانون الأسرة الجزائري أحكامه المنظمة له، مما ينبغي العودة للأصول الفقهية لفهم المقاصد التشريعية التي تحكم بقاء الحضانة أو زوالها.

– تبرز قيمة الدراسة في محاولة تفعيل مصلحة المحضون الفضلى كمعيار جوهري أساسي عند تطبيق نظرية الإسقاط لضمان حماية الصغير أثناء سلب الحضانة.

_ بيان كيفية موازنة المشرع والقاضي الجزائري بين حق المحضون في الرعاية وبين الحالات الضرورية التي تستوجب إسقاط هذا الحق، بالإضافة إلى تبيان أحكام استرداد الحضانة بما يظهر حرص المشرع على مصلحة الطفل عبر السماح بعودة الحضانة للحاضن، حال زوال سبب السقوط.

الأهداف المرجوة من الدراسة:

_ تحيد المرتكزات الجوهرية والأسس الفقهية التي تبنى عليها نظرية إسقاط الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية.

_ معرفة مصير الطفل المحضون عند تقرير سقوط الحضانة، أو العدول عنها بالتنازل.

_ مدى أحقية الحاضن في التنازل عن الحضانة قانونا ومدى إمكانية استردادها والعودة إليها بعد زوال موانع سقوطها، بما يحقق التوافق بين إرادة الحاضن وحق المحضون.

_ تكريس مفهوم مصلحة المحضون الفضلى كمعيار جوهري وأساسي عند تقرير سقوط الحضانة أو استردادها، ضمانا لاستقرار المحضون، وحماية حقوقه الجسدية والنفسية.

أسباب اختيار الموضوع: تعود إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

الأسباب الذاتية:

_ كون الطفل هو الطرف الضعيف في هذا الموضوع، فقد دفعنا ذلك للبحث عن الآليات القانونية التي تحميه من أن يكون ضحية للنزاعات الأبوية، وبيان كيف جعل المشرع من إسقاط الحضانة ذرعا لحماية مصلحته

_ الشغف العلمي منذ بداية المسار الجامعي بدراسة والتوسع في قضايا الأحوال الشخصية، خاصة تلك التي تمس النواة الأساسية للمجتمع وهي الأسرة.

_ الرغبة الشخصية في التعمق في دراسة موضوع الحضانة باعتباره من أكثر المواضيع الحساسة والتي تمس الواقع الاجتماعي.

_ الميل للبحث في كيفية انتقال نظرية الإسقاط من متون الفقه الإسلامي إلى مواد قانون الأسرة الجزائري، سعيا منا لتقديم رؤية علمية تربط بين التأصيل الفقهي والواقع التطبيقي للحق في الحضانة.

الأسباب الموضوعية:

_ ربط النظرية الفقهية لإسقاط الحضانة بممارساتها التطبيقية في قانون الأسرة الجزائري، للتحقق من مدى مواءمة التشريع للضوابط الشرعية المنظمة لهذا الحق.

_ كثرة النزاعات بشأن إسقاط الحضانة عن صاحبها، مما يستوجب تسليط الضوء على هذه القضايا للوقوف على أسبابها وتوضيح الإشكالات التي تثيرها في الواقع القضائي.

_ دراسة الحالات القانونية التي يفقد فيها الحاضن حقه وكيفية استعادته عند زوال المانع، مع تبيان الشروط والضوابط التي وضعها المشرع الجزائري لضمان أن يكون الاسترداد محققا لمصلحة المحضون.

_ إبراز دور السلطة التقديرية للقاضي في تغليب مصلحة الطفل الفضلى عند الفصل في دعاوي سقوط واسترداد الحضانة كونه الطرف الضعيف في النزاعات الأسرية.

الدراسات السابقة:

من خلال بحثنا في موضوع "أحكام إسقاط الحضانة في التشريع الجزائري"، وقفنا على مجموعة من الدراسات العلمية الرصينة التي شكلت مرجعا أساسيا ومنطلقا نظريا وتطبيقيا لبحثنا، ومن أهمها:

1_ رسالة ماجستير للدكتور محمد لمين مسيخ بعنوان التنازل عن آثار العصمة الزوجية، والتي نوقشت في جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، سنة 2008، حيث كانت هذه الدراسة بمثابة المنطلق المنهجي والأساس المعرفي الذي رسمنا على ضوء معالم مذكرتنا.

2_ كتاب أحكام الأسقاط في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد الصويعي شليبك، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، لسنة 1999م، والذي اعتمدنا عليه كمرجع أساسي في تأصيل ماهية الإسقاط وأركانه وأحكامه، مما ساعدنا في ضبط الجانب الفقهي لهذه الدراسة.

3_ أطروحة دكتوراه للباحثة زكية حميدو بعنوان مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، وتمت مناقشتها بكلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، خلال السنة الجامعية 2004/ 2005، وقد استفدنا منها في دراسة وتحليل حالات سقوط الحضانة، والظروف التي أدت إلى ذلك، وذلك من خلال ربطها بمعيار مصلحة المحضون.

المنهج والمنهجية:

لدراسة موضوع "أحكام إسقاط الحضانة في التشريع الجزائري"، اعتمدنا على جملة من المناهج العلمية، وفق الآتي:

حيث اعتمدنا المنهج الوصفي في الفصل الأول ورصد ماهية الإسقاط وأركانه وأنواعه وتحديد أحكامه في الفقه الإسلامي، وهو ما سمح لنا بضبط المفاهيم الأساسية للإسقاط قبل التطرق للجانب التشريعي والتطبيقي.

وأيضا تم اعتماد المنهج التحليلي بصفة أساسية في تحليل النصوص القانونية المنظمة لأحكام سقوط الحق في الحضانة وعودتها في قانون الأسرة الجزائري، وكذا استنطاق قرارات واجتهادات المحكمة العليا، للوقوف على المعايير الواقعية التي يطبقها القضاء عند الحكم بإسقاط هذا الحق، وعودته، وبالإضافة للمناهج السابقة استخدمنا كذلك المنهج المقارن وذلك من أجل المقارنة بين المذاهب الفقهية المشهورة وموقف المشرع الجزائري، لبيان مدى تبنيه للآراء الفقهية الراجحة، ومدى توفيقه في استنباط الأحكام المنظمة لإسقاط الحضانة بما يتماشى ومصلحة المحضون.

كما تمت الاستعانة بتقنيات الذكاء الاصطناعي كأداة تقنية مساعدة في شرح وتوضيح بعض الأفكار، والربط المنطقي بينها، وإعادة صياغة بعض الفقرات لتعزيز الوضوح والاتساق، مع تحملنا المسؤولية الكاملة عن كل ما وجد في المذكرة.

الخطة المقترحة:

وبناءا على ما تقدم، وللإحاطة بجوانب هذا الموضوع من الناحيتين النظرية والتطبيقية، إرتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين أساسين، حيث خصصنا بالفصل الأول لتأصيل نظرية الإسقاط في الفقه الإسلامي، والذي تناولنا في مبحثه الأول الإطار المفاهيمي لنظرية الإسقاط، بينما أفردنا المبحث الثاني لتبيان أنواع الإسقاط وأحكامه، لننتقل بعد ذلك إلى الفصل الثاني المعنون بمسقطات الحضانة وإمكانية استردادها، والذي بحثنا في مبحثه الأول في حالات سقوط الحضانة، لنختم بالمبحث الثاني الذي خصصناه لمعالجة إشكالية التنازل عن الحضانة وآليات استردادها.

الفصل الأول

التأصيل الفقهي لنظرية الإسقاط في الشريعة الإسلامية

تعد نظرية إسقاط الحقوق من النظريات الفقهية الجوهرية والمهمة، التي تستوجب تأصيلا فقهيا دقيقا، لذا فقد عالجها الفقه الإسلامي وأولى لها عناية خاصة، وشملها بدراسات وأبحاث كثيرة، هدفت في مجملها إلى توضيح ماهيتها والوقوف على أحكامها، لما لهذا الموضوع من دور فعال في تنظيم وضبط مسائل الأحوال الشخصية والمعاملات المالية التي تتم بين الأفراد، فضلا عن تحديد مدى إمكانية صاحب الحق في التنازل عنه أو إسقاطه لمصلحة شخص آخر، سواء تم ذلك بعوض أو بغير عوض، وإذا كان المشرع قد وضع الحقوق وضبط نطاق ممارستها، لتمكين الأفراد من استعمالها والانتفاع بها بسهولة، فإن هذه الحقوق يمكن لصاحبها التنازل عنها بمحض إرادته المنفردة _في الأصل_ مما يؤدي إلى زوالها وانقضائها.

وقد استوجب معالجة هذا الموضوع من منظور الفقه الإسلامي نظراً لعدم ورود نص صريح يتناول نظرية الإسقاط في الفقه الإسلامي، وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد نصاً يقضي بوجوب العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في هذا القانون.

ولغرض فهم هذا الموضوع والإحاطة بمختلف جوانبه الأساسية والضرورية، إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: حيث سنحاول تبيان الإطار المفاهيمي لنظرية الإسقاط في المبحث الأول، كما سنقوم بذكر أنواع الإسقاط وأحكامه في المبحث الثاني.

المبحث الأول:

الإطار المفاهيمي لنظرية الإسقاط

تقوم نظرية الإسقاط في جوهرها على فكرة انقضاء الحق وزواله، إذا تُعْنى ببيان الحالات التي يسقط فيها الحق الثابت شرعاً، وتحدد المسار الذي ينتهي به وجود الحق وصلاحية المطالبة به. وقصد ضبط مفهوم هذه النظرية واستقراء الأدلة الشرعية الواردة في الكتاب والسنة، وإزالة اللبس الناتج عن تشابه الإسقاط عن غيره من النظم الفقهية والقانونية، وتحديد المرتكزات الجوهرية التي تستند عليها، سنحاول بيان الإطار المفاهيمي لإسقاط الحقوق وذلك من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين، حيث سنقف على مفهوم الإسقاط في الفقه الإسلامي في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني لتحديد الأركان والشروط التي يرتكز عليها الإسقاط.

المطلب الأول:

مفهوم الإسقاط في الفقه الإسلامي

يعتبر الإسقاط وسيلة من وسائل إنهاء الحقوق وتبرئة الذمم، بحيث يستمد مشروعيته من أحكام الشريعة السلامية، فهو يعد مظهر من مظاهر مرونة هذه الأخيرة، وحتى يتضح مفهوم الإسقاط بشكل أفضل ودقيق، من الضروري الوقوف على معناه عند الفقهاء لذلك سنحاول في هذا المطلب تعريف الإسقاط كما أورده الفقهاء، ثم سنتطرق إلى دليل مشروعيته (الفرع الأول)، ثم سنقوم بتمييزه عن المصطلحات ذات الصلة به والمشابهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف الإسقاط ودليل مشروعيته

سنتناول في هذا الفرع أولا تعريف الإسقاط في اللغة والاصطلاح ثم سنتعرض إلى الآيات القرآنية والأحاديث التي وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة رضوان الله عليهم والتي تضمنت معنى الإسقاط.

أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي للإسقاط:

1_ تعريف الإسقاط لغة:

" الإسقاط في اللغة سقط يسقط سقوطا، فهو ساقط وسقوط"[1].

و"السقط والسقاط بمعنى الخطأ في القول والحساب والكتاب وأسقط وسقط في كلامه وبكلامه سقوطا: أخطأ. وتكلم فما أسقط كلمة، وما أسقط حرفا وما أسقط في كلمة وما سقط بها أي ما أخطأ فيها"[2].

وورد في مختار الصحاح :"السقطة بالفتح، العثرة والزلة وكذا السقاط بالكسر وسقط الرمل منقطعة، وسقط الولد ما يسقط قبل تمامه وسقط النار ما يسقط منها عند القدح"[3].

وجاء الإسقاط أيضا بمعنى وقع :"سقط سقوطا وقع من أعلى الى أسفل ويتعدى بالألف فيقال أسقطته"[4].

وفي حديث أنس بن مالك يقول: "سقط رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجحش شقه الأيمن..."[5].

كما استعمل الإسقاط للدلالة على الوقوع والإنزال، فيقال :"أسقط الشيء أي أوقعه وأنزله"[6].

1_ ابن منظور، لسان العرب، ج6، ط3، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، د ت، مادة سقط.

2_ المرجع نفسه، ص 294.

3_ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، ط5، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، 1420هـ،1999م، ص149.

4_ أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، المكتبة العلمية، بيروت، د ت، ص 280.

5_ أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي، صحيح البخاري، جماعة من العلماء، ج1، ط السلطانية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر،1311هـ، ص160، ح 805.

6_ إبراهيم أنيس، وآخرون، مجمع اللغة، ج1، ط2، القاهرة، ص435.

2_ تعريف الإسقاط اصطلاحا:

من أجل فهم مسألة الإسقاط بشكل أوضح سنستعرض تعريفه اصطلاحا وفق ما ورد عند الفقهاء من تعريفات وهو كما يلي:

إذ يمكن تعريف الإسقاط بالتعريف التالي:" الإسقاط هو إزالة الملك، أو الحق، لا إلى مالك، أو مستحق، تقربا إلى الله تعالى، بصيغة مخصوصة ".[1]

ويفهم من هذا التعريف أن الإسقاط يقصد به زوال الحق وانتهاءه بصفة كلية، أي أن هذا الحق قائم وموجود ثم ينقضي ودون أن يترتب على هذا الانقضاء انتقال الحق إلى شخص آخر أي مالك أو مستحق آخر، والإسقاط يكون بصيغة صريحة وواضحة لا تحتمل أي تأويلات أخرى، وذلك بنية التقرب إلى الله عز وجل.

وعرفه بعض الفقهاء:" الإسقاط هو الحط الذي لا يشتمل على معنى التمليك "[2].

ويقصد من هذا التعريف أن الإسقاط هو تنازل عن حق موجود لدى الشخص بدون انتقال ملكية ذلك الحق إلى شخص آخر بمعنى أن الشخص الذي أسقط عنه الحق لا يتملكه، أي أن الحق يزول تماما ولا يبقى له أثر، وكمثال على ذلك إسقاط الدين أو الرهن.

وجاء في تعريف آخر:" الإسقاط هو إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق، وهو قد يقع على حق في ذمة أخر أو قبله، على سبيل المديونية، كما يقع عل حق ثابت بالشرع لا في ذمة شخص كحق الشفعة "[3].

1_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، ط 01، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص18.

2_ أحمد حسن الحاج يونس صايل، "نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي"، (رسالة ماجستير)، قسم الفقه والشريعة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2000، ص4.

3_ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج1، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، دار السلاسل، الكويت، 2007م، ص143.

وعرفه البعض الآخر أيضا بأنه: "ما وضعه الشارع لإسقاط حق للعبد على آخر..."[1].

و"الإسقاط عند الفقهاء يستعمل في إسقاط الجنين أي السقط، يعني تضعه لغير تمام"[2].

وعرفه وهبة الزحيلي بقوله :" إسقاط شخص حقا له في ذمة آخر أو قِبَلَه، كإسقاط الدائن دينه الذي له في ذمة المدين. فإذا لم يكن الحق في ذمة شخص، كحق الشفعة، وحق السكنى الموصى به، فلا يعتبر التنازل عنه أو تركه إبراء، بل هو إسقاط محض"[3].

وهناك تعريف آخر للإسقاط ذكره الدكتور علي محمد الشريف حيث قال :" الإسقاط هو إزالة الحق الثابت نهائيا وتلاشيه مع عدم نقله لغيرة إلى غير المختص به، سواء أكانت هذه الإزالة بعوض أو بغير عوض "[4].

يرجح التعريفين الأخيرين على أنهما هو التعريفين الجامعين والمانعين للإسقاط لأنهما شملا معنى الإسقاط ووضحا أن الإسقاط هو نهاية للحق مع عدم وجود احتمال نقله للغير سواء حصل ذلك بمقابل أو بدونه.

1_ محمد أمين بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، ط2، شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، 1427هـ، ص693.

2_ محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، قواعد الفقه، ط1، الصدف بلبشرز، كراتشي، 1407هـ، 1986م، ص177، ح423.

3_ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، ج6، ط4، دار الفكر، سورية، دمشق، د ت، ص 4369.

4_ خالد بن محمد بن إبراهيم الجار الله، إسقاط الحق الخاص وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي، مقارنا بالقوانين الوضعية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مذكرة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص 3، نقلا عن عبد الرحمن محمد، نظرية إسقاط الحق في الشريعة الإسلامية، ص4.

ثانيا: مشروعية الإسقاط:

1_ من الكتاب:

قال الله تعالى :﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى، فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾.[1]

والعفو المذكور في الآية هو: "المحو والتجاوز"[2]. أي الإسقاط وإنْ كان بلفظ العفو، لأنه إسقاط لحق ثابت، ألا وهو القصاص[3]، فشرع الله العدل وهو القصاص وندب إلى الفضل وهو العفو[4].

قال الله تعالى :﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾[5]، وأيضا قوله تعالى :﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾.[6]

هذه الآيات تدعو لعتق الرقاب وتحريرهم، حيث جعلت الشريعة الإسلامية العتق كوسيلة للتكفير عن الذنب ونيل رضا الله تعالى، والعتق هو إسقاط ملك، وبما أن هذه الآيات دعت للعتق فإنها شرعت الإسقاط [7].

قال الله تعالى :﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾.[8]

1_ سورة البقرة، الآية رقم178.

2_ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1997 م، 1418هـ، ص240.

3_ أحمد حسن الحاج يونس صايل، "نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص19.

4_ عماد الدين إسماعيل أبو الفداء بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، محمد حسين شمس الدين، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1998م، ص194.

5_ سورة البلد، الآية رقم13.

6_ سورة المجادلة، الآية رقم03.

7_ أحمد حسن الحاج يونس صايل، "نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي"، المرجع السابق، ص20.

8_ سورة النساء، الآية رقم 92.

وجه الاستدلال في قوله :﴿ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾، أي أن يتصدق ورثة القتيل بالعفو عن الدية، فإنها تسقط، وفي ذلك حث لهم على العفو لأن الله سماها صدقة.[1]

"وتسمية العفو بالصدقة فيه حث على فضيلة العفو، وتنبيه الأولياء إلى أن عفوهم عن القاتل وعدم أخذ الدية هو في نفسه صدقة وهو من مكارم الأخلاق التي يرغب فيها الإسلام".[2]

قال الله تعالى :﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾.[3]

وجه الدلالة في الآية في قوله :﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ ﴾، هو المرأة التي يطلقها زوجها قبل أن يدخل بها فإما أن تعفو عن النصف لزوجها وإما أن يعفو الزوج فيكمل لها صداقها.[4]

والعافيات في هذه الآية كل امرأة تملك أمر نفسها، فأذن الله سبحانه وتعالى لهن في إسقاطه بعد وجوبه، إذ جعله خالص حقهن، فيتصرفن فيه بالإمضاء والإسقاط كيف شئن إذا ملكن أمر أنفسهن وكن بالغات، عاقلات، راشدات.[5]

قال الله تعالى :﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾.[6]

وجه الدلالة : قوله تعالى :﴿ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾، بمعنى من تصدق من أصحاب الحق به بالقصاص وعفا عنه فهو للجاني إذا تجاوز عنه صاحب الحق سقط عنه ما لزمه[7]،

1_ عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد لرحمن بن معلا – اللويحق، ط 1، مؤسسة الرسالة، 1420هـ، 2000م، ص192

2_ محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، ج1، ط3، مكتبة الغزالي، دمشق، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، 1400هـ، 1980م، ص497، ح7.

3_ سورة البقرة، الآية 237.

4_ أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج4، ط1، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، مصر،1422هـ، 2001م، ص332.

5_ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج3، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ، 1964م، ص 206.

6_ سورة المائدة، الآية رقم 45.

7_ محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، مصطفى حسين أحمد، ج1، ط3، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407هـ، 1987م ص683.

وعن أبي الدرداء قال :"سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ما من مسلم يصاب بشيء من جسده فيهبه، إلا رفعه الله به درجة، وحط عنه به خطيئة".[1]

قال الله تعالى :﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾.[2]

ووجه الدلالة هنا: أنه إن وجد شخص ذو عسرة فعاملوه بالحسنى والرحمة، وانظروه إلى ميسرة أو إن كان ذو عسرة غريما لكم فنظرة إلى ميسرة، فقال: ﴿ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خير لكم أن كنتم تعلمون﴾، أي وأن تصدقوا على غريم معسر بالإبراء أي بإسقاط الدين وتبرئة ذمته، فهو خير وأكثر ثوابا من الإنظار، فإسقاط الحق أفضل مما يأخذه الإنسان إن كنتم تعلمون فضل الصدقة والتصدق على الإنظار أو الأخذ.[3]

عن سليمان بن بريدة، عن أبيه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"من أنظر معسرا فله بكل يوم مثله صدقة".[4]

قال الله تعالى :﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾.[5]

ووجه الدلالة في قوله تعالى :﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾ قول ابن عباس: "من ترك القصاص وأصلح بينه وبين الظالم فأجره على الله، أي أن الله يأجره على ذلك". قال مقاتل: فكان العفو يعتبر من الأعمال الصالحة [6].

1_ عماد الدين إسماعيل أبو الفداء بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج3، ص113.

2_ سورة البقرة، الآية 280.

3_ محمد علي السايس، تفسير آيات الأحكام، د ط، المكتبة العصرية الطباعة والنشر، 1423هـ، 2002م، ص181.

4_ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، ج 38، ط 1، مؤسسة الرسالة، 1421هـ، 2001م، ص153.

5_ سورة الشورى، الآية 40.

6_ أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 16، ص40.

2_ من السنة المطهرة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"ومن قتل له قتيل فهو قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يعفو، وإما أن يقتل".[1]

عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "ما رفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو".[2]

عن عبد الله بن أبي قتادة: "أن أبا قتادة طلب غريما له فتوارى عنه ثم وجده، فقال: إني معسر، فقال: الله؟ قال الله: قال: فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضع عنه".[3]

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أنظر معسرا أو وضع عنه، أظله الله في ظله".[4]

عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما عفا رجل إلا زاده الله به عزا، ولا نقصت صدقة من مال، ولا عفا رجل قط، إلا زاه الله عزا".[5]

3_ من الآثار:

كما نقل عن الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم العديد من الآثار التي يستدل بها على مشروعية الإسقاط، ومنها:

1_ محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، بشار عواد معروف، ج 3، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996م، ص75.

2_ ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، د ط، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، 1388هـ، ص898، ح 2692.

3_ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، د ط، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة، 1374هـ، 1955م، ص 1196، ح 1563.

4_ المرجع نفسه، ج 11، ص2301، ح 3006.

5_ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، مرجع سابق، ج15، ص404، ح 9641.

سئل أبو الدرداء عن أعز الناس قال :"الحي يعفو إذا قدر فأعفو يعزكم الله".[1]

وقال الزهري: "صاحب الدم أولى بالعفو"[2].

عن عطاءٍ قال: "عفو كل ذي سهم جائز"[3].

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "ولا يمنع سلطان ولي الدم، أن يعفو إن شاء أو يأخذ العقل إذا اصطلحوا، ولا يمنعه أن يقبل إن أبى إلا القتل، بعد أن يحق له القتل في العمد"[4].

عن أبي جريح، قال: سألت طلحة عن عطاءٍ عن الرجل يقتل فيعفو عنه أحد من بني المقتول...[5]

وروي عن قتادة رضي الله عنه :"أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفع إليه رجل قتل رجلا، فجاء أولياء المقتول، وقد عفا أحدهم، فقال عمر لابن مسعود وهو إلى جنبه، ما تقول؟ فقال ابن مسعود أقول: إنه قد أحرز من القتل قال: فضرب على كتفه ثم قال: كُنيْفُ ملئ علماً"[6].

الفرع الثاني

تمييز الإسقاط عن المصطلحات المشابهة

سنقوم في هذا الفرع بتمييز الإسقاط عن الإبراء والتنازل، التمليك، العفو وعليه قبل بيان الفرق سنقوم أولا بتعريف هذه المصطلحات، والملاحظ أن بعض من هذه المصطلحات لم يرد لها تعريف في قانون الأسرة الجزائري، فهذا القانون بدوره يحلينا إلى المادة **222**

1_ أبو حامد بن محمد الغزالي الطوسي، إحياء علوم الدين، ج3، د ط، دار المعرفة، بيروت، د ت، ص182.

2_ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، المصنف في الأحاديث والآثار، ج5، ط1، دار التاج، لبنان، 1409هـ، 1989م، ص418، ح 27576.

3_ أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، حبيب الرحمن الأعظمي، ج10، ط2، المجلس العلمي، الهند، توزيع المكتب الإسلامي، بيروت، 1404هـ، 1983م، ص13، رقم 18189.

4_ المرجع نفسه، ص14.

5_ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، ص421.

6_ أبو بكر الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، ص 13.

منه في حالة عدم وجود نص صريح، والتي تنص على أنه "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"[1]، وعليه من خلال ما ورد في النص تبين أنه ما لم يرد في قانون الأسرة الجزائري وجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية.

أولا: التمييز بين الإسقاط والإبراء

1_ تعريف الإبراء:

أ_ لغة: إبراء الشيء من الشيء: تخليصه وتنقيته منه. يقولون برئت من المرض، وأصبح بارئا من مرضه شفي وتخلص منه، أبرأته: جعلته بريئا من حق عليه، وأبرأ فلان فلاناً من حق عليه: خلصه منه، برئ من الدين، سقط عنه طلبه[2]، لقوله تعالى﴿**فَبَرَّأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا**﴾[3]. قال الأزهري في تهذيب اللغة:"... عن ابن الأعرابي برئ إذا تخلص وبرئ إذا تنزه وتباعد، وبرئ إذا أعذر وأنذر..."[4]، وقال أيضا: وأما قولهم: برئتُ من الدين أبْرأ بَرَاءةٌ، وفي قول آخر له أن أهل الحجاز يقولون: برأت من المرض برْءًا، وأبرأه اللّه من مرضه إبْرَاءً[5]. وعليه من خلال ما سبق تبين إن الإبراء في اللغة هو الإزالة، الإسقاط، المباعدة عن الشيء.

ب_ اصطلاحا: هو إسقاطُ الشخص حقاً له في ذمة آخر أو قبَلَهُ، فإذا لم يكن الحق في ذمة شخص ولا تُجاهه، كحق الشفعة وحق السكنى الموصى به، فترْكُهُ لا يعتبر إبراءً، بل

1_ القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15مؤرخة في 27 فبراير 2005) والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 04 مايو 2005(ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005).

2_ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 01، مادة برأ.

3_ الأحزاب، الآية رقم 69.

4_ لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، ج 15، ط 01، دار الكاتب العربي، القاهرة جمهورية مصر العربية، لسنة 1967، ص 269.

5_ المرجع والموضع نفسه.

هو إسقاط محْض. وقد أختير لفظ (إسقاط) في التعريف بالرغم من أن الإبراء له معنيين، هما الإسقاط والتمليك[1].

لم يتطرق الفقهاء إلى تعريف محدد للإبراء بل ذكروا هذا الموضوع في مسائل مختلفة من كتاباتهم فهناك من يقول أن الإبراء معناه الإسقاط والتمليك معاً، هناك من يقول أنه إسقاط فقط أو تمليك فقط، من هنا نجد عند الحنفية من خلال حديثهم عن الإبراء أنه إسقاط فيه معنى التمليك، بدليل قبوله الرد وهذه علامة التمليك، فعندما يقول شخص لآخر أبرأتك من دين الذي في ذمتك فكأنه أسقطه ثم ملكه إياه هنا مشتمل كل من الإسقاط والتمليك[2]، إلا أن هذا المذهب في بعض الأحيان يغلبون الإسقاط وأحيانا التمليك. وعرفته المالكية بأنه هبة فيه معنى الإسقاط، إذ يعتبرون مثلاً أن الدائن حين يُبرئ المدين من دينه يكون قد ملكه ما في ذمته دون مقابل، وفي الوقت نفسه أسقط حقه في المطالبة به، ومن ثم يجمع الإبراء عندهم بين معنى التمليك ومعنى إسقاط الحق، وفي الشافعية اختلف مفهوم الإبراء عندهم من القديم إلى الجديد، ففي الجديد اعتبروه إسقاطاً للحق دون علم المبرأ، أما في الجديد أصبح متضمن لمعنى التمليك أي تكون بعلم المبرأ، وعليه في كتب الشافعية عند تكلمهم عن الإبراء نجد بأنه متضمن لمعنى التمليك والإسقاط[3]. والرأي الراجح عند الحنابلة أن الإبراء هو إسقاط وليس تمليك لذا فإنه يشترط بعدم قبول المبرأ، من خلال هذا المذهب تبين أنهم يرو بأن الإسقاط والإبراء لهم نفس الدلالة، هي العفو عن حق ثابت في ذمة شخص أو قبله[4].

حسب ما ورد عند بعض الفقهاء، من حيث المفهوم الإبراء أوسع من الإسقاط من جهة الدلالة لأن الإبراء يعني الإسقاط والتمليك أو المعنيين معاً مع التغليب لأحدهما، بينما الإسقاط لا يشتمل على معنى التمليك، أما من ناحية الاستعمال الإسقاط أوسع من الإبراء، أي أن الإسقاط يستعمل في الحقوق الثابتة في الذمة، والثابتة قبل الأشخاص كالقصاص، الشفعة...أما الإبراء أغلب استعمالاته في الحقوق الثابتة في الذمة كالديون...[5]

1_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 01، ط 2، ص 142.

2_ أحمد حسن الحاج يونس صايل، "نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 02.

3_ المرجع نفسه، ص03.

4_ المرجع والموضع نفسه.

5_ المرجع نفسه، ص 04.

إذا نظرنا في تعريف كل من الإسقاط والإبراء من خلال ما سبق نجد أن الإبراء نوع من أنواع الإسقاط أو ضرباً من ضروبه، وعليه يمكن القول بأن كل إبراء يعتبر إسقاطاً، وليس كل إسقاط إبراء، فبين الإسقاط والإبراء عموم وخصوص من وجه، يجتمعان في براءة إسقاط، وينفرد الإسقاط في حق الشفعة وحق السكنى الموصى بها، والإبراء ينفرد في الإبراء من الدين براءة الاستيفاء كالزوجة تبرئ زوجها من مؤخر صداقها ونفقة عدتها نظير الطلاق...[1]

ثانيا: التمييز بين الإسقاط والتنازل

قبل بيان الفرق يجب تعريف التنازل أولاً:

1_ تعريف التنازل:

أ_ لغة: التنازُل كلمة أصلها الاسم تَنَازَلَ (فعِل) تنازُلُ في صورة مفرد مذكر جذرها نزل تحليلها (ال + تنازل)، تنزّل عن حقه: تنازل عنه، تركه[2].

وفي معجم اللغة العربية المعاصرة: التنازل عن الشيء تركه والتخلي عنه ليستلمه غيره، يقال تنازلت عن حقها في التركة، أي تركته وتخلت عنه[3]. ويرى علماء اللغة أن التنازل لغةً: يعني الامتناع عن الادعاء والمطالبة، ويقال أيضاً تنازل عن الشيء أي تخلى عنه ليستلمه غيره[4].

ب_ اصطلاحاً: إن مصادر الفقه الإسلامي القديمة لم تأتي بتعريف محدد للتنازل بالرغم من ورود اللفظ فيها، في حين اجتهدت المراجع الحديثة في تعريفه استناداً لمعناه اللغوي، فيمكن تعريفه بأنه: ترك صاحب الحق، حقه غير المعين أو المعين في ذمة شخص أو

1_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 22 و23.

2_ أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج 13، ط 01، عالم الكتب، القاهرة، 2008م، مادة التنازُل.

3_ المرجع نفسه، ج 03، ص 2196.

4_ عبد الكريم صالح عبد الكريم وشنك فرزندة جانكير، ماهية التنازل عن الحق، المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، ع01، نشرت سنة 2020/03/31، ص 362.

تمليكه إياه، سواء كان الحق ماليا أم غير مالي، كله أو بعضه بعوض أو بغير عوض[1]، فترك الحق يشمل الإسقاط والإبراء، بما أن التنازل تصرف بإسقاط الحق وقد يكون مشتملاً على ما غبطة فيه لصاحب الحق، إذاً لابد أن يصدر من صاحب الحق نفسه[2].

قد يكون التنازل مجرد إسقاط دون أن يكون فيه معنى التمليك، وهذا النوع إما أن يكون التنازل فيه عن شخص بعينه أو يكون مطلقاً، قد يكون التنازل عن الحق فيه معنى التمليك كتنازل المرأة عن مهرها الثابت دينا في ذمة زوجها، وقد يكون التنازل مقيد على شرط أو مضافاً إلى زمن[3].

وعليه من خلال التعريفات السابقة للمصطلحين نلاحظ بأن الإسقاط باعتباره تركاً للحق أو إزالة ملك لصالح طرف آخر نجد أنه نفسه معنى التنازل، وأن كلاهما يؤديان إلى نفس النتيجة وهي خسارة للحق[4]، ولكن لا تحكمهما نفس الإرادة، فالتنازل عمل إرادي وصريح يصدر من صاحب الحق يعبر من خلاله تخليه عن الحق أي التنازل عنه، أما الإسقاط لا يكون بإرادة الشخص بل يفرض عليه لسبب معين، كما أن الإسقاط لا يكون تلقائيا إنما يكون بموجب دعوى ترفع إلى المحكمة المختصة لأجل صدور حكم قضائيا لإثبات وجود حالة من حالات إسقاط الحق، أما التنازل يشترط فيه أن يكون صادر من المحكمة المختصة وعليه فالحكم الصادر عن المحكمة في شأن التنازل عن الحق يكون مقرر وليس منشأ مثلاً في حالة تنازل الأم عن الحضانة هنا الحكم الصادر عن المحكمة في شأن إسقاط الحضانة يكون حكم مقرر للسقوط وليس منشأ.

ثالثا: التمييز بين الإسقاط والتمليك:

بيان معنى التمليك أولاً وذلك من خلال تعريفه:

1_ محمد لمين مسيخ، التنازل عن آثار العصمة الزوجية، (مذكرة ماجستير)، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2008، ص 34.

2_ محمد يعقوب محمد الرهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، ط 01، دار الفضيْلة للنشر والتوزيع، الرياض، 2002م، ص 75.

3_ المرجع نفسه، ص 85.

4_ محمد لمين مسيخ، التنازل عن آثار العصمة الزوجية، المرجع السابق، ص 36

1_ التعريف اللغوي لمصطلح التمليك: مشتق من الملك، والملك في اللغة يطلق على القوة والصحة.

قال ابن فارس :" الميم واللام والكاف أصل صحيح يدل على قوة الشيء وصحته، يقال أملك عجينه؛ قوى عجينه، وشده "، وملكت الشيء: قويته، ثم قيل مَلَك الإنسان الشيء يملكه ملكاً، والاسم الملك، لأن يده فيه قوية صحيحة، فالملك: ما ملك من مال، والمملوك: العبد[1]. التمليك مصدر مَلّكَهُ، أي أملكه الشيء ومَلّكه إياه تمليكاً جعله مِلْكاً له.[2]

2_ التعريف الاصطلاحي للتمليك: هو نقل الملك ورفعه من شخص إلى آخر[3]، أي نقل الملكية بجميع عناصرها من ذمة المالك إلى ذمة شخص آخر، فالتمليك هو نقل الملكية لعين أو منفعة من شخص إلى آخر بحيث يصبح المتلقي مالكاً لها أي قادراً على التصرف فيه بكل أنواع التصرفات الشرعية. قد يجتمع الإسقاط والتمليك، كما في الإبراء من الدين، لأن الإبراء فيه معنى الإسقاط والتمليك، أي الإسقاط من جهة الدائن، إذ يسقط حقه في المطالبة بدينه، والتمليك من جهة المدين إذ يدخل الدين في ملكه بإسقاط الدائن حقه بالمطالبة به، فيتبين أنه هو تمليك من جهة، وإسقاط من جهة أخرى، قد يصاحب التمليك الإسقاط، كما هو في حال الولي مثلاً يسقط حقه في القصاص ويثبت ملكه في العوض[4].

وعليه يتبين من خلال التعريفات أن الإسقاط والتمليك يختلفان، أي أن الإسقاط هو إزالة الملك عن المالك دون نقله إلى آخر، أما التمليك فهو إزالة الملك من المالك ونقله إلى مالك آخر، أي أن الإسقاط يؤدي إلى تخلي صاحب الصفة عن حقه أو سلطته بحيث يزول هذا الحق عن ذمته دون أن يكون له حق توجيهه لشخص معين، أما التمليك هو إتفاق أو إجراء قانوني يترتب عليه نقل سلطة أو حق قانوني من شخص إلى آخر.

1_ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، ج 05، د ط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1986م، ص351 و352.

2_ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 10، مادة التمليك.

3_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص25.

4_ المرجع نفسه، ص 26.

رابعا: التمييز بين الإسقاط والعفو

أولاً معرفة معنى العفو من خلال تعريفه لغةً واصطلاحاً.

1_ لغة: العفو معناه الصفح والإسقاط، نقول عفوت عنه أي صفحتُ عنه، ومنه قول تعالى :﴿ عَفَا اللهعَمَّا سَلَف﴾[1]، وقوله﴿ واعف عَنَّا﴾[2].

وعفوتُ لكم عن صدقة الخيل والرقيق أي أسقطتها عنكم، والمعنى: فمن تُرِك له من جهة أخيه شيء أي ترك له القتل، ورُضي منه بالدية[3].عفوتُ عن الحقِ: أسقطته، كأنك محوته عن الذي عليه.[4]

2_ اصطلاحاً: عرفه الكاساني: "هو إسقاط الحق، وإسقاط الحق ولا حق محال".[5]

وعرفه الدكتور العزيز عامر بأنه "تنازل المجتمع عن حقوقه المترتبة على الجريمة كلها أو بعضها"[6]، وعليه يمكن القول، أن كل ما يستحق المطالبة به يعتبر تركه عفواً، وما يستحق المطالبة به هو ما كان حقا خالصا الذي بيده سلطة العفو. إن انعدام الحق ينفي الإسقاط. وإن العفو هو تنازل عن هذا الحق، وأن الذي يملك هذا الحق أيضا هو المجتمع، ويكون هذا العفو إما بالتنازل عن بعض الحقوق أو كلها وذلك بحسب طبيعة الجريمة والجهة المخولة بالعفو.[7]

وعليه نلاحظ من خلال تعريف كل من الإسقاط والعفو، نجد بأن العفو نوع من أنواع الإسقاط، فالإسقاط يتم بتنازل صاحب الحق (أو من يقوم مقامه) عن حق ثابت له في ذمة

1_ سورة المائدة، الآية 95.

2_ سورة البقرة، الآية 286.

3_ محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة الغزالي، دمشق مؤسسة مناهل العرفان بيروت، ط03، 1980م، ص 170.

4_ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مادة عفوتُ.

5_ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، ط 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 247.

6_ عبد العزيز موسى عامر، التعزيز في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار الكتب العربية، القاهرة، 1955م، ص 433.

7_ محمد يعيش، "العفو مفهومه مشروعيته حكمة تشريعه"، مجلة محكمة تصدر عن وزارة شؤون الدينية والأوقاف الجزائر، ع 05، 30-09-2005، ص 35.

غيره، مثلاً العفو عن القصاص، أو تنازل الدائن عن الدين الثابت في ذمة المدين. يتميز الإسقاط عن العفو بأنه قد يقع على حقوق ثابتة بالشرع والقانون ولم تشغل بها ذمة أحد، مثلاً إسقاطه حق الشفعة فهنا يسقط الحق دون أن يكون هناك طرف "مدين" يُعفى عنه.

وعليه يمكن القول بأن كل عفوٍ هو إسقاط، وليس كل إسقاطٍ عفواً، فالعفو يقتضي وجود طرف آخر في مواجهة الحق، بينما الإسقاط قد يقع على الحق ذاته بصفة مستقلة.[1]

المطلب الثاني

أركان الإسقاط وشروطه

بما أن الإسقاط تصرف قانوني وشرعي تترتب عليه آثار هامة، أخصها زوال الحق وانتهاء الالتزام، فإن صحة هذا الإسقاط ونفاذه يتوقفان على اجتماع أركان أساسية يقوم عليها، وشروط جوهرية يجب توفرها في هذه الأركان لضمان صحة هذا التصرف ولا تخرج أركان الإسقاط في مجموعها عن العناصر التي يتشكل منها وهم أربعة: الصيغة، المُسقِط، المُسقَط عنه، محل الإسقاط.

الفرع الأول

الصيغة

تُعد الصيغة الركن الأساسي للإسقاط، إذ هي الوسيلة الوحيدة التي يعبر بها صاحب الحق عن إرادته في التخلي عن حقه ويكون بكل لفظ يفهم منه، والرضا بالإسقاط أمر باطني لا نعرفه إلا إذا صدر تعبير عنه، وهذا التعبير بما يدل على الرضا من اللفظ، والكتابة، الإشارة، أو السكوت... أو غيرها من الوسائل اللفظية وغير اللفظية، وهذا ما سنوضحه في ما يلي:

1_ انعقاد الإسقاط بالإيجاب والقبول:

فالإيجاب هو أول كلام يصدر من أحد العاقدين وذلك لأجل إنشاء التصرف، وبه يثبت ذلك التصرف. أي ما يصدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على رضاه بالإسقاط[2]. ويلاحظ أن

1_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 25.

2_ المرجع نفسه، ص 54.

الإسقاطات قد ميز بعضها بأسماء خاصة تعرف بها، فإسقاط الحق عن الرق عتق، واستباحة البضع طلاق، وعن الدين إبراء، وعن القصاص عفو، ولكل نوع من هذه الإسقاطات صيغ خاصة تحتاج إلى نية أو قرينة. أما غير هذه الأنواع من الإسقاطات فإن حقيقة اللفظ الذي يدل عليها هو الإسقاط، وقد ذكر أيضا الفقهاء ألفاظ متعددة تؤدي معنى الإسقاط مثل: الترك، الحط، العفو، الوضع، الإبراء، الإبطال، الإحلال، الهبة...[1] لقوله تعالى: ﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَن يَصَّدَّقُواْ﴾[2] بمعنى يعفو ويسقطوا، ويرى الإمام ابن حزم رحمه الله تعالى، أن صحة الإسقاط بكل ما يدل على إزالة الحق كالإبراء والإسقاط والعفو والوضع، وعدم صحته ما يدل على التمليك كالهبة والعطية. والملاحظ أن هذه الألفاظ ليست الوحيدة التي تدل على الإسقاط، بل يصح بكل لفظ يدل على إزالة الملك أو الحق...[3]

و**القبول** هو الكلام الذي يصدر ثانياً دالاً على الموافقة،[4] الأصل في الإسقاط أن يتم بإرادة المسقط وحده يعتبر التصرف جائز لا يمنع من إسقاط الحق مادام لم يمس حقوق غيره، وعليه فإن الفقهاء يتفقون على أن الإسقاط المحض الذي فيه معنى التمليك والذي لم يقابل بعوض يتم بصدور ما يحقق معناه من قول، أو ما يؤدي معناه، دون توقف قبول الطرف الآخر كالطلاق فهو لا يحتاج إلى قبول، وكذلك يتفقون في أن الإسقاط الذي يقابل بعوض يتوقف نفاذه على قبول الطرف الآخر، مثل الطلاق على المال، فهنا الإسقاط يكون بمعاوضة وعليه المعاوضة لا تتم إلا برضا الطرفين.[5]

الشروط التي يجب أن تتوفر في الإيجاب والقبول: يشترط فيهم شروط معينة ليتحقق الارتباط بينهما وهذه الشروط هي:

1_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مجلة كلية العلوم الإسلامية، ع 02، 2008م، ص 145.

2_ سورة النساء، الآية 92.

3_ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، ج 09، د ط، دار التراث، القاهرة، د ت، ص117.

4_ أحمد حسن الحاج يونس صايل، "نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 59.

5_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، المرجع السابق، ص146.

-أن يكون القبول موافقاً للإيجاب: عند توافق الإيجاب والقبول هو حقيقة العقد، ذلك لدلالة التوافق والتطابق على الرضا، يكون ذلك بتوافق الإرادتين بين الطرفين بأن يقبل المسقط عنه ما أوجبه المسقط وبما أوجبه، فإن أي خلاف لذلك لا ينعقد العقد[1].

-اتصال القبول بالإيجاب: يقصد بذلك أن يصدر القبول متصلاً في مجلس العقد دون أن يكون هناك فاصل بينهم، في حالة وجود المتعاقدين في حالة غياب أحدهما فوجب على الغائب بمجرد وصول الإيجاب له أن يظهر رأيه من أجل أن يتصل الإيجاب بالقبول وذلك بدون فاصل، والاتصال يتحقق بعلم الطرفين بما صدر من الآخر بأن يسمع ويفهم معنى الإيجاب، يعني لابد من اتصال رغبة كل من المسقط والمسقط عنه ولا يتحقق التوافق إلا بعلم الطرفين.[2]

2_ انعقاد الإسقاط بالكتابة: هي أحد الوسائل التي تتحقق الصيغة لانعقاد تصرف الإسقاط،[3] للتعبير عن الإرادة، أي أن يكتب أحد العاقدين إلى الأخر كتاباً بإيجابه، وينعقد الإسقاط بالكتابة بتوفر بعض الشروط نذكر منها: أن تكون الكتابة مستبينة أي أن تكون مكتوبة على شيء واضح يمكن فهمه وقراءته في حالة لم تكن واضحة أو غير مفهومة لم ينعقد به الإسقاط، كذلك يشترط بأن تكون مرسومة أي تكون بالطريقة المعتادة بين الناس أي أن تكون معنونة أو مختومة أو موقعة...، كذلك شرط اتصال القبول بالإيجاب.[4]

3_ انعقاد الإسقاط بالرسالة: معناه أن يرسل أحد العاقدين إلى الآخر أي الغائب رسولاً يبلغه بالإيجاب، فإن قبل في مجلس بلوغه انعقاد الإسقاط، وإن رده أو صدر منه ما يدل على معارضته بطل الإسقاط.[5]

4_ انعقاد الإسقاط بالإشارة: يرى جمهور الفقهاء أن الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة الناطق في جميع العقود كالبيع، والطلاق، والإبراء، والعتاق...، وأما التعاقد

1_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 66.

2_ المرجع نفسه، ص70.

3_ خالد بن محمد بن إبراهيم الجار الله، إسقاط الحق الخاص وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 39.

4_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، المرجع السابق، ص77و78.

5_ المرجع نفسه، ص82.

بالإشارة من القادر على الكلام لا يعتبر تعاقد وهذا رأي بعض الفقهاء [1]، إلا أن المالكية خالفوا ذلك، ما ذهب إليه المالكية من جواز صحة الإشارة للقادر على النطق، لما يلي: قال كعب بن مالك رضي الله عنه _أشار النبي_ صلى الله عليه وسلم إليّ أي خذ النصف، وروى البخاري في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعة وعشرين). فرسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمد على الإشارة في الأحداث السابقة واعتبرها لغة تفاهم بينه صلى الله عليه وسلم والأشخاص، فيمكن اعتبار الإشارة من القادر على النطق وتكون إشارته صحيحة بشرط أن تكون مفهومة.[2]

5_ انعقاده بالسكوت: وفقاً لقاعدة "لا لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان". يُعتبر السكوت تعبيراً عن الإرادة إذا اقترن بقرائن تدل على الرضا أو الإسقاط، ويقوم مقام الكلام في الموضع الذي يلزم فيه التكلم إقراراً وبياناً، كالحضانة يسقط حق مستحق الحضانة إذا علم بزواج الحاضنة ودخول الزوج بها وسكت عن المطالبة بلا عذر مما يُعد مسقطاً لحقه فيه.[3]

6_ انعقاده بالمعطاة (الفعل): هو تعبير عن الإرادة يتم عن طريق المسلك الفعلي أو التصرف العملي الذي يكشف بوضوح عن قصد الشخص إسقاط حقه أو إتمامه لعقد، دون الحاجة لنطق ألفاظ في الإسقاط، تكون المعطاة بأن يقوم صاحب الحق بفعلٍ لا يفعله عادةً إلا شخصٌ قد ترك حقه أو تنازل عنه، مثال: إذا علمت الأم الحاضنة بأن الحق في الحضانة قد سقط عنها لسبب شرعي أو قانوني مثل زواجها، وقامت بفعل إرادي يتمثل في تسليم المحضون (الطفل) طواعيةً لأبيه أو من يليه في استحقاق الحضانة مع نقل أغراضه وملابسه إليه...، معناه هنا الأم لم تقل تنازلت أو أسقطت حقي بل قامت بفعل التسليم الفعلي. وهنا

2_ خالد بن محمد بن إبراهيم الجار الله، إسقاط الحق الخاص وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 39، نقلاً عن السبوطي: جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع مصر، ص312.

2_ خالد بن محمد بن إبراهيم الجار الله، المرجع نفسه، ص40 و41.

3_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص96 و97.

تنعقد الصيغة بالفعل (المعطاة) وليس بالقول، ويُعتد بهذا التسليم كإسقاط الحق أمام القضاء إذا لم يدّعِ الطرف الآخر خلاف ذلك.

الفرع الثاني

المُــسقِــط

المُــسقِط هو صاحب الحق، أي الشخص الذي يملك حقــاً أو دينــا ثم يقوم بالعفو عن الدين أو التنازل عن الحق أو ترك المطالبة به، والمُسقِط لابد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط.

شروط المــُسقِــط: أن يكون أهلاً للتبرع والتصرف: أي بأن يكون بالغاً عاقلاً حراً غير محجور عليه لسفه أو دين، وأن يكون المسقط مختاراً: أي أن يكون راضياً بإسقاطه لحقه غير مكره، فإن كان مكره على ذلك لا ينعقد الإسقاط، وأيضا أن يكون المسقط مالكاً لما يتصرف فيه أو موكلاً عنه: أي لصحة الإسقاط يشترط أن يكون الحق مملوكاً للمسقط، أي يجب أن يصدر الإسقاط من صاحب الحق نفسه أو من يتصرف عنه، فلا يصح إسقاط إلا من له ولاية على حق، فإسقاط الحق لا يملكه إلا من هو مستحق له، إما أن يكون مالكاً أو موكلاً به أو وصياً عليه[1]. وأن يكون المسقط في صحته: من أجل صحة انعقاد الإسقاط يشترط أن يكون المُسقِط صحيحاً غير مريض مرض الموت وقت إسقاطه لحقوقه[2]. والمقصود هنا ليس فقط الصحة البدنية، بل السلامة من الأمراض التي تؤثر على الإدراك أو تنقص الأهلية.

الفرع الثالث:

المُسقِطُ عنه

المُسْقِطُ عنه هو الركن الثالث من أركان الإسقاط، ويقصد به الشخص الذي يكون الحق ثابتا في مواجهته، أي الشخص الذي تقرر للغير حق عليه وكان ملزما بأدائه، غير أنه إذا قام صاحب الحق (المسقط) بإسقاطه زال هذا الالتزام عنه وبرئت ذمته منه، ومن ثم فإن

1_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص99، 110، 119.

2_ المرجع نفسه، ص 145.

المسقط عنه هو الطرف الذي يتوجه إليه الحق قبل وقوع الإسقاط. وقد يكون المسقط عنه مدينا في حالة الديون، أو جانيا في بعض الجرائم (القتل مثلا)، أو عبدا (العتق)، والمشتري في عقد الشفعة وغيرهم ممن يتقرر الحق في ذمتهم.

وعرف أحمد الصويعي شليبك المسقط عنه بأنه :"من كان عليه الحق، أو تقرر الحق قِبَلَهُ."[1] ولا بد في المسقط عنه من توافر جملة من الشروط حتى يكون الإسقاط صحيحا وتمثل هذه الشروط فيما يأتي:

الشرط الأول: أن يكون المسقط عنه معلوما ومعينا:

يشترط لصحة الإسقاط أن يكون الشخص معلوما ومحددا تحديدا نافيا للجهالة، وإلا لم يصح الإسقاط. ذلك أن الإسقاط والترك تمليك للمدين ما في ذمته: أي الغالب عليه ذلك دون الإسقاط على المعتمد ومن ثم فلو أبرأ أحد غريميه بقوله أبرأت أحدكما لم يصح ما لو علمه وجهل من هو عليه فإنه يصح على ما قال البعض[2]، أي أن الإسقاط هو تمليك للمدين لما له في ذمته، ولهذا يشترط فيه تعيين الشخص المسقط عنه، إلا أنه يصح استثناءا إذا كان الشخص معلوما في نية الدائن وأن جهل للآخرين.

جاء في بدائع الصنائع ما يلي :"أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن إزالتها فإن كان لم تجز الوصية له، لأن الجهالة لاستدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له".[3]

الشرط الثاني: أن يكون الإسقاط لمن عليه الحق:

يشترط لصحة الإسقاط أن يكون موجها للشخص الذي كان الحق متعلقا به، وكان في ذمته، فإذا وقع الإسقاط على شخص لا علاقة له بالحق، فمثلا إذا أرادت الأم أن تسقط حقها في الحضانة لصالح شخص لا يحق له الحضانة، فإن هذا الإسقاط لا يعتد به، لأن الحق في الأصل في ذمتها هي فقط.

1_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص163، 164.

2_ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، ط الأخيرة، دار الفكر، بيروت، 1404هـ،1984 م، ص 442.

3_علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج7، ص342.

ويصح الإبراء حتى مع وجود الإنكار، ذلك أن الإسقاط لا يتوقف على إقرار المبرأ بالحق، فلا يشترط اعترافه بالدين لكي يكون الإسقاط صحيحا، وعليه فإن إبراء الدائن للمدين بعد إنكاره لا يمنع صحة الإبراء لعدم التنافي بينهم، وهو ما ينطبق على سائر الحقوق القابلة للإسقاط وليس الديون فقط.[1]

الشرط الثالث: أن يكون المسقط عنه أهلا للتملك والتصرف:

يشترط في المسقط عنه أن يكون متمتعا بالأهلية الكاملة التي تؤهله لتملك الحق المسقط والالتزام بما يترتب عليه، وذلك بأن يكون بالغا، عاقلا، راشدا، وغير محجور عليه بسبب نقص الأهلية أو عدمها، وتظهر أهمية هذا الشرط في قدرة المسقط على تحمل العوض كما في حالات الطلاق على مال (الخلع) وفي صلاحيته القانونية لحيازة وتملك ما يسقط له على سبيل التبرع كما في الوصية والهبة.[2]

الشرط الرابع: أن يكون المسقط عنه أهلا للاستحقاق:

لا بد أن يكون المسقط عنه أهلا للاستحقاق، أي شخصا يحق الحصول على الحقوق وتملكها، فإذا كان هذا الشخص غير مؤهل لذلك، فلا يصح الإسقاط في حقه كما لا يصح تملكه الحقوق.

الشرط الخامس: أن يكون المسقط عنه موجودا وقت الإسقاط:

يجب لصحة تصرف الإسقاط أن يرد على مسقط عنه موجود وقت صدوره. إذ أن أثر التمليك لا يترتب في حق شخص معدوم، حيث جاء في نهاية المحتاج: "تمليك المعدوم ممتنع"[3]. وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ويستثنى من ذلك المالكية حيث ذهبوا إلى:

1_ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، ج3، ط 3، عالم الكتب، الرياض، 1414هـ، 1993م، ص 529.

2_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 168.

3_ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج6، ص43.

"جواز الإيصاء لميت عَلِمَ الموصي بموته أو وارثه، أن لم يكن عليه دين فإن لم يكن وارث بطلت".[1]

الفرع الرابع:

محل الإسقاط

محل الإسقاط هو الحق الذي يرد عليه تصرف الإسقاط، أي المحل الذي يملكه صاحبه والذي بإمكانه أن يتنازل عنه، كحق الحضانة.

الشرط الأول: أن يكون الحق موجودا:

لا يصح الإبراء من حق لم يوجد بعد فلا يمكن للشخص أن يتنازل عن شيء لا يملكه في الوقت الحالي، كأن يبرأ شخصا من قرض لم يقبضه بعد، وبناء على ذلك رأى الحنفية عدم جواز إبراء الزوجة زوجها من النفقة المستقبلية أو نفقة العدة قبل وقوع الطلاق، لأن الإسقاط إعدام للموجود، وما لم يوجد هو معدوم أصلا والمعدوم لا يُسقط.[2]

وهو ما قرره البهوتي بقوله :لا يصح الإبراء من الدين قبل وجوبه، وقد استدل الفقهاء على عدم صحة الإبراء من الدين قبل وجوبه بقوله صلى الله عليه وسلم: "...لا طلاق فيما لا يملك، ولا عتق فيما لا يملك".[3]

الشرط الثاني: أن لا يكون عينا من الأعيان:

لا يصح الإبراء من الأعيان لأنها تملك ولا تسقط، بينما يصح الإبراء من الدعاوي المتعلقة بها[4]، ذلك أن الأعيان ليست قابلة لأن تسقط، والمثال على ذلك: قول شخص ما: أسقطت حق ملكيتي في هذه السيارة (فالملكية لا تزول بالإسقاط، بل تنتقل عن طريق العقد).

1_ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت، ص426.

2_ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص4378.

3_ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ج3، ص112.

4_ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1991م، ص307.

وتأكيدا لما سبق جاء في المادة 1537 من مجلة الأحكام العدلية ما يلي: "الإبراء الخاص هو إبراء أحد من دعوى متعلقة بنصوص ما كدعوى دار أو مزرعة "[1]، والمقصود هو أن الإسقاط لا يقع على العين (السيارة كما في المثال السابق)، وإنما يقع على الحق في المطالبة بها أمام القضاء.

الشرط الثالث: أن يكون الحق معلوما:

يشترط عند الشافعية علم محل الإبراء جنسا، قدرا ووصفا، لكونه تمليك يتوقف على الرضا المتعذر مع الجهالة، واستثنوا من ذلك الدية والوصية، مع إجازة الإبراء بمقدار ما يزيد يقينا عن الدين المجهول. بينما لم يشترط الجمهور (الحنفية، المالكية، الحنابلة) هذا الشرط، فأجازوا الإبراء من المجهول مطلقا باعتباره إسقاط محضا كالعتق.[2]

الشرط الرابع: أن يكون الحق خالصا للمسقط:

يشترط لصحة الإسقاط أن يكون الحق مملوكا للمسقط ملكية تامة لا يشاركه فيه شخصا غيره، سواء كان هذا الغير هو الشارع كالحقوق التي لا يجوز التنازل عنها مثل الحدود والعدة، أو كان شخصا آخر كما في العبد المشترك الذي لا يملك أحد الشركاء فيه حق عتقه، وذلك لوجود حق الغير متعلقا بهذا المحل.[3]

الشرط الخامس: أن يكون الحق قابلا للإسقاط شرعا:

يشترط في الإسقاط أن لا يخالف أحكام الشرع أو يؤدي لتغييرها، كالإبراء من حق السكن في بيت العدة، كما لا يصح التنازل عن الحقوق التي تمس الغير كحق الولاية والحضانة، إذ أن أي تنازل يؤدي إلى تغيير الأحكام المشروعة يعتبر باطلا، لما له من ضياع حقوق الآخرين.[4]

1_ علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ط1، دار الجيل، 1411هـ، 1991م، ص 17، م1537.

2_ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص4377 ،4378.

3_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص195.

4_ بختي حمزة، معيزة عيسى، "الإبراء من الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، مج7، 2022، ص378.

المبحث الثاني

أنواع الإسقاط وأحكامه

إن دراسة نظرية الإسقاط والإحاطة الشاملة بمختلف أبعادها الفقهية، تقتضي بالضرورة الانتقال من مرحلة ضبط المفاهيم إلى مرحلة أخرى يتم فيها دراسة وتصنيف أنواع الإسقاط المتعددة، وأيضا البحث المعمق في القواعد التي استقر عليها الفقهاء والتي تحكم وتضبط كل نوع منها، من أجل أن يكون التصرف نافذا، صحيحا ومنتجا لكامل آثاره القانونية والشرعية، وهو ما سنفصله في هذا المبحث بالتطرق إلى: أنواع الإسقاط (المطلب الأول)، ثم أحكام الإسقاط (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

أنواع الإسقاط

إن الإسقاط أنواع عديدة فهو ينقسم إلى جملة من الأقسام، وذلك وفق عدة اعتبارات مختلفة نوجزها فيما يلي تقسيم الإسقاط باعتباره ذاته (الفرع الأول)، باعتبار قبوله الإسقاط ورده (الفرع الثاني)، باعتبار صفته (الفرع الثالث)، باعتبار الحقوق التي تقبل الإسقاط والتي لا تقبله (الفرع الرابع).

الفرع الأول:

باعتبار ذاته

ويقصد بالإسقاط باعتبار ذاته هو ذلك الإسقاط الذي يزول وينتهي بالنظر إلى طبيعته وجوهره دون الاعتداد بأي اعتبار آخر، وهو وفق هذا الأساس ينقسم إلى:

أولا: الإسقاط المحض

الإسقاط المحض هو الإسقاط الذي لا يترتب عليه أي تمليك، ذلك أنه إزالة للحق مع عدم انتقاله إلى ذمة المسقط عنه، وبذلك ينقضي الحق بدون أن يصبح في ملك شخص المسقط عنه، كالطلاق، الخلع، الشفعة، والعفو ونحوهم.[1]

وهو بدوره ينقسم إلى قسمين:

1_ إسقاط بغير عوض: وهو الإسقاط الذي يتنازل فيه صاحب الحق (المسقط) عن حقه بدون حصوله على مقابل من الطرف الآخر (المسقط عنه)، ومثاله: الطلاق، إسقاط الحق في الحضانة والنفقة، التنازل عن الحق في المهر المؤجل، العفو، الصلح، كل هذه الحقوق تسقط بدون إعطاء مقابل لها.

2_ إسقاط بعوض: هو إسقاط للحق يقابله مال، وهو بدل للإسقاط يدفعه المسقط عنه للمسقط نظير تنازله (أي تنازل المسقط) عن الحق الذي على عاتقه. "كالخلع، والعفو على مال، والكتابة وبيع العبد من نفسه والصلح على الدين والتعزيز فجميع هذه تسقط الثابت ولا تنقله إلى الباذل".[2]

ثانيا: الإسقاط غير المحض

يقصد به الإسقاط الذي لا يقتصر فيه زوال الحق فقط بل يترتب عليه أيضا تمليكه، بمعنى انتهاء الحق وانتقال الملك. فهو تمليك في حق الدائن باعتبار أن الدين مالا مملوكا له، وهو إسقاط في حق المدين باعتباره إعفاءا لذمته من الالتزام وإسقاطا للحق عنه.[3]

1_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 339.

2_ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج1، محمد حجي، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م، ص159.

3_ الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، المنثور في القواعد الفقهية، ج1، تيسير فائق أحمد محمود، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، شركة الكويت للصحافة، 1405هـ، 1985م، ص82.

الفرع الثاني:

باعتبار القبول والرد

القبول في الإسقاط يقصد به التعبير الصادر من المتعاقد الثاني أي المسقط عنه، معلنا عن رغبته في الإسقاط، وباقترانه مع الإيجاب ينعقد الإسقاط تاما.[1]

أما الرد واستنادا لتعريف القبول فهو التعبير الصادر من المتعاقد الثاني معلنا عن عدم موافقته في الإسقاط مما يؤدي إلى عدم انعقاد الإسقاط.

الإسقاط باعتبار القبول والرد ينقسم إلى:

1_ إسقاط لا يفتقر إلى القبول والرد: ويكون في التصرفات أو الإسقاطات المحضة المتضمنة للتمليك والمجردة من العوض، فهذه التصرفات لا تحتاج إلى القبول لانعقادها فهي تتم بإرادة المسقط المنفردة، وكونها لا تحتاج للقبول فلا يمكن ردها، كالعتق والطلاق، والشفعة، والعفو عن القصاص، فيكفي الإيجاب لسقوط الحق ولا يتأثر بالرد[2]، بناء على قاعدة "الساقط لا يعود كما المعدوم لا يعود."[3]

2_ إسقاط يفتقر للقبول والرد: هي تلك التصرفات التي تتضمن معنى التمليك والتي يشترط احتوائها العوض في مقابلها، لذا فإنها تتوقف على وجود القبول لانعقادها، وهي الطلاق على مال، الخلع، العتق على مال، الكتابة، الصلح على مال...، ذلك أن التصرفات التي تحتوي تمليك للمال، فإنها تستلزم توافق الإرادتين (القبول مع الإيجاب)، وتقبل الارتداد بالرد.[4]

1_ علية المايسة، "الإبراء في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة"، (أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية) تخصص فقه مقارن، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، الموسم الجامعي 2024_2023، ص41.

2_ سعيدة حملا، "سقوط الحق وأثره في الفقه الإسلامي _دراسة مقارنة_"، (أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية)، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، الموسم الجامعي 2021_2022، ص154.

3_ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم، دمشق، سوريا، 1409هـ، 1989م، ص265، ح14.

4_ محمد علاء الدين أفندي نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، ج8، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415ه، 1995م، ص327.

3_ إسقاط مختلف فيه: هناك من التصرفات التي كانت محل خلاف للفقهاء وذلك لقيامها على وجهين: فهي من جهة: إسقاط فلا تفتقر للقبول، ومن جهة أخرى: فهي تمليك فترتد بالرد، كالإبراء من الدين.[1]

الفرع الثالث:

باعتبار صفة الإسقاط

ينقسم الإسقاط باعتبار صفته إلى:

أولا: الإسقاط المنجز

الإسقاط المنجز هو الإسقاط الذي يقع وينفذ فور صدوره، إذ يترتب أثره بمجرد صدور الإيجاب من المسقط مما يجعله باتا، ملزما وناجزا في الحال، دون توقف على شرط أو أجل محدد.[2]

وعرف أيضا بأنه الإسقاط الصادر بصيغة مطلقة، نهائية، قاطعة وخالية من الأوصاف المعدلة له، والتي التعليق، التقييد والإضافة إلى زمن، فيترتب أثر الإسقاط في الحال مما يؤدي إلى انقضاء الحق وإبراء الذمة فورا.[3]

وجاء في تعريف آخر الإسقاط المنجز هو صدور الإسقاط بصيغة دالة ومعبرة على ترتب أثره في الحال، فبمجرد صدور الإيجاب يسقط الحق وتبرأ الذمة.[4]

1_ علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص76، م 1568.

2_ بن ددوش نضرة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي _دراسة مقارنة_ في جزيرة العرب مطلع القرن السابع للميلاد، (أطروحة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الموسم الجامعي 2010_2011، ص46.

3_ صالح كمال صالح أبو طه، "إسقاط الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي أقسامه محله"، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، ع 90، ص172.

4_ بختي حمزة، نظرية الإبراء في مسائل الأحوال الشخصية، (أطروحة دكتوراه)، قانون أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الموسم الجامعي 2022_2023، ص59.

ومن أمثلة الإسقاط المنجز: كأن يقول الدائن لمدينه: أبرأتك من الدين الذي لي عليك، فتبرأ ذمة المدين في اللحظة التي تلفظ بها المسقط بالإبراء.

ثانيا: إضافة الإسقاط إلى زمن المستقبل

العقد المضاف: "هو ما كان مضافا إلى وقت مستقبل والمضاف ينعقد سببا في الحال لكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف".[1]

ومعنى أن الإسقاط ينشأ حالا أي في زمن الحاضر، وبصيغة منجزة، غير أن نفاذه مرهون بزمن محدد فبمجرد حلول ذلك الأجل يرتب الإسقاط أثره.

وهو ما أكده وهبة الزحيلي حيث عرف الإسقاط المضاف بأنه: صدور الإيجاب على الإسقاط من الشخص بصيغة توحي إلى نفاذه في زمن المستقبل، أي أن الإسقاط ينعقد في الحال لكن أثره يتحقق بمجيء الزمن المضاف إليه.[2]

ومن أمثلته: _ أن تقول الحاضنة: أسقطت حقي في حضانة ابني في بداية الشهر القادم.

– أن يقول السيد لعبده: أبرأتك من الدين غدا.

ينقسم الإسقاط المضاف إلى زمن المستقبل إلى عدة تقسيمات وهي:

1_ عقود لا تكون إلا مضافة: بمعنى أن هناك من التصرفات ما ينبغي احتواءها على الأجل كونه عنصرا ضروريا وشرطا لازما لانعقادها وتحقق أثرها، ذلك أن ارتباطها بزمن مستقبل هو بحكم طبيعتها التي لا تقبل إلا أن تكون مضافة وغير قابلة للتنجيز، كالوصية والإيصاء.[3]

2_ لا تصح إضافته إلى زمن المستقبل: هي العقود التي ينبغي تنجيزها وتنفيذها الحال ولا تقبل أن تكون مضافة وهذه العقود هي: البيع وإجازته، وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال، والإبراء عن الدين، لأن هذه العقود تتضمن تمليكا

1_ محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1308هـ، 1891م، ص37.

2_ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3100.

3_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج4، ص235.

وتقتضي الفورية في التنفيذ، فهي تفيد تحقق أثرها في الحال، ذلك أن الإضافة تستوجب النفاذ في المستقبل، فهي إذا تتنافى مع طبيعة هذه العقود فلا تقبل الإضافة ولا التعليق على شرط.[1]

3_ عقود تصح منجزة ومضافة: هذه الطائفة من الإسقاطات يصح وقوع أثرها في الحال مباشرة فور صدور الإيجاب، كما يصح كذلك إرجاء أثرها إلى زمن المستقبل، فلا يتحقق إلا بتحقق الأجل، أي متى حل زمن الإضافة تحقق الأثر، ومن العقود التي لا يمنع التنجيز طبيعتها من قبول الإضافة: الطلاق، الخلع والوقف.[2]

ثالثا: تعليق الإسقاط

إن معنى تعليق الإسقاط هو توقف تحقق الشيء ووجوده على تحقق شرط معين، بحيث لا ينعقد الإسقاط من الأصل، بل يظل معلقا إلى غاية تحقق الشرط، فإذا تحقق الشرط انعقد الإسقاط وتحقق أثره.[3]

ويقصد بالتعليق في مفهوم ابن نجيم أنه :"ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى"[4]. ومن أمثلته: كأن تقول الحاضنة لأب الطفل المحضون: إن تكفلت بتوفير سكنا مناسبا للطفل فإنني أسقط حقي في الحضانة، هنا لا يسقط حق الحضانة إلا إذا تحقق شرط توفير السكن.

يشترط لصحة الإسقاط جملة من الشروط نذكر منها ما يلي:

1_ محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص256.

2_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 263، 264.

3_ صالح كمال صالح أبو طه، "إسقاط الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي أقسامه محله"، مرجع سابق، ص 174.

4_ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مرجع سابق، ص317.

_ أن يكون حقا منجزا للمسقط: الأصل أن من ملك التنجيز ملك التعليق، المغزى من ذلك أن التنجيز أساس جواز التعليق، فلا يصح التعليق إلا إذا صح التنجيز، ومن لم يملك التنجيز لم يصح تعليقه.[1]

_ أن يكون الشرط المعلق عليه متصلا: اتصالا مباشر بجوابه بحيث يرد الشرط وجزاؤه في نسق واحد دون فاصل أو انقطاع بينهما يغير معنى الكلام، إلا إذا كان ذلك لعذر كالسعال أو العطاس، فلا يؤثر في التعليق.[2]

يتفرع الإسقاط المعلق إلى 3 أقسام:

1_ الإسقاطات التي تقبل التعليق: تعلق الإسقاط بشرط فلا يسقط الحق إلا إذا نفذ الشرط وهي الإسقاطات المحضة التي لا تحتوي ولا تفيد التمليك والتي تكون بدون مقابل، كالطلاق، العتق، الشفعة، والعفو عن القصاص...، غير أن الحنفية وضعوا في ذلك ضابطا، فقالوا أنه يصح تعليق الإسقاط فإذا كانت الإسقاطات مما يحلف بها كالطلاق والعتق، جاز تعليقها على الشرط سواء كان ملائما أم غير ملائم، أما إذا كانت مما لا يحلف بها فإنه لا يجوز تعليقها إلا بالشرط الملائم.[3]

2_ الإسقاطات التي لا تقبل التعليق: هي الإسقاطات التي تكون بعوض كالطلاق على مال، العفو على مال، والصلح على مال...

أما فيما يخص الخلع والمكاتبة[4]، فإن تعليق الخلع على شرط فيه اختلاف في مدى جواز ذلك من عدمه، حيث نجد كل من الحنفية والشافعية في الصحيح أجازوا ذلك باعتباره طلاق، أما بالنسبة للحنابلة فلم يجيزوه لاشتماله معنى المعاوضة أما بالنسبة للمكاتبة فإنه

1_ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، 1983، ص378.

2_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص231.

3_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص233.

4_ المكاتبة: هي عبارة عن عقد بين العبد ومالكه يتفق فيه العبد مع سيده على أن يعتقه مقابل مال معلوم، يدفع على أقساط أو في أجل محدد يحدده كلاهما.

يصح عند الحنفية والمالكية تعليق المكاتبة على شرط، إلا أن الحنابلة والشافعية لم يجيزوا ذلك.[1]

-إسقاطات مختلف فيها: إسقاط يتضمن تمليك، أي الإسقاط الذي يترتب عليه انتقال الحق إلى الغير، كالإبراء من الدين.[2]

رابعا: تقييد الإسقاط بشرط

الإسقاط المقيد هو أن يقترن الإسقاط بشرط فيكون بذلك غير مطلق، إذ أن التقييد بالشرط لا يؤثر في انعقاد الإسقاط، فيتجه تأثيره إلى أثره، بحيث لا يترتب ذلك الأثر إلا عند تحقق الشرط.

وقد جاء في الحموي تعريف الإسقاط المقيد هو: "التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة."[3]

إن جعل الإسقاط مقترن بشرط، الأصل فيه جواز ذلك، حيث يمكن لأي شخص تقييد إسقاطه بشرط، غير أن هذا الشرط قد يكون شرطا صحيحا أو فاسدا، فإن غالب الفقهاء ذهبوا إلى إبطال الشرط الفاسد على أن الإسقاط يبقى صحيحا، إلا أن الحنفية لهم رأي مغاير، إذ يرون أن كل ما يصح تعليقه بشرط يصح تقييده به، واعتبروا أن الشرط الفاسد لا يؤثر في الإسقاط ولا يفسده، أي أن الإسقاط يبقى صحيحا.[4]

ومن أمثلته: أن يخالع الزوج زوجته على أن يمسك الولد عنده، أي خالعها مقابل حضانة الولد، صح الخلع وبطل الشرط الفاسد عند الحنفية[5]، أما المذهب المالكي فيرى أن الشرط صحيح ويترتب عليه سقوط حق الحاضنة في حضانة ولدها، ولا يعود لها بعد ذلك لأن تقييد

1_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص234.

2_ خالد بن محمد بن إبراهيم الجار الله، إسقاط الحق الخاص وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص45.

3_ أحمد بن محمد بن مكي أبو العباس شهاب الحسيني الدين الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، 1305هـ، 1985م، ص41.

4_ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص 234.

5_ محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج3، ص448.

الإسقاط بالشرط في هذه الحالة صحيح عندهم، ولو كان الشرط محل خلاف فيترتب عليه انتقال الحضانة من الأم الحاضنة وسقوط حقها فيها.[1]

الفرق بين التعليق والتقييد: يكمن الفرق بينهما في أن الإسقاط المعلق يمنع انعقاد الإسقاط، فينعقد عند تحقق الشرط المعلق عليه، فهو يعد في حكم المعدوم قبل تحقق الشرط، فالإسقاط هنا يتوقف وجوده على وجود غيره أي الشرط. أما الإسقاط المقيد بالشرط، فالإسقاط أساسا موجود لأنه سابق لوجود القيد (الشرط)، إذ أن التقييد هو لتعديل أثار الإسقاط فلا يؤثر لا في انعقاده ولا يمنع وجوده ولا أصل نشأته، فهو ينشأ منجزا في اللحظة التي تلفظ فيها بالإسقاط، فالشرط قيد للأثر لا للوجود.[2]

الفرع الرابع:

باعتبار ما يقبل الإسقاط وما لا يقبله

أولا: باعتبار ما يقبل الإسقاط

الأصل في الحقوق أنها تقبل الإسقاط سواء كانت بعوض أو بدون عوض، متى استوفى الإسقاط أركانه القانونية وشروط صحته، ولم يتوفر في المسقط مانع من الموانع التي تقف كعائق أمامه يستحيل بوجودها انعقاد الإسقاط، كالطلاق، العتق، العفو، الشفعة، الأعيان، الديون، الحقوق المجردة والمنافع ونحو ذلك.[3]

ثانيا: باعتبار ما لا يقبل الإسقاط

وتنقسم إلى:

1_ أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج4، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1317هـ، ص217.

2_ محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، ط1، دار الفكر، دمشق، 1427هـ، 2006م، ص536.

3_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 342.

1_ الأعيان: إن الإسقاط من الأعيان يقع باطلا، لأن الملكية لا تخرج من ملك صاحبها، بمجرد تلفظه بالإيجاب بل تظل ثابتة ولا يمكن أن تنتقل لشخص آخر بالإبراء، كإسقاط مالك العين حقه في ملكها كقول المسقط للمسقط عنه: أبرأتك من هذه الدار.[1]

2_ الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير الأحكام الشرعية: هي تلك الحقوق التي لا يملك العباد حق إسقاطها كونها حق خالص للشارع أي الله سبحانه وتعالى، لذا فلا تسقط بالإسقاط ومن هذه الحقوق: إسقاط المهر عن الزوج[2]، "حق الرجوع عن الهبة، إسقاط خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط قبل الرؤية."[3]

3_ الحقوق التي يتعلق بها حق الغير: هذه الحقوق لا يمكن للشخص إسقاطها لأنها حقوق مشتركة، يشترك فيها صاحب الحق، كإسقاط الأم حقها في الحضانة، والمطلق حقه في عدة مطلقته، والمسروق منه حقه حد السارق، إسقاط الحدود، فالإنسان لا يمكن له إسقاط حق شخص آخر، وغيرها من الحقوق.[4]

4_ الحقوق التي لم تجب بعد: لا يصح إسقاط حق قبل وجوبه، لأنه لا يمكن إسقاط حق غير موجود من الأساس، فإسقاط ما لم يجب إنما يعتبر وعدا والوعد لا يلزم إسقاطه مستقبلا، كإسقاط الشفعة قبل البيع، وإسقاط الحاضنة حقها في الحضانة قبل وجوبها[5]، إسقاط الميراث قبل موت المورث، إسقاط الزوجة حقها في النفقة المستقبلية...

1_ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مرجع سابق، ص307.

2_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج18، ص18، ص26.

3_ أبو بكر عثمان إبراهيم علي، "ما يسقط من الحقوق بالإسقاط وما لا يسقط"، مجلة العلمية لكلية التربية، جامعة أسيوط، مج29، ع4، 2013م، ص535 ،536.

4_ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص 2848.

5_ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج4، ص250،251.

المطلب الثاني:

أحكام الإسقاط.

للإحاطة بكافة جوانب هذا المطلب، وإستجلاءا لأحكامه التفصيلية، إرتأينا تقسيم مضمونه إلى أربعة فروع، نخصص الفرع الأول لقبول الإسقاط ورده وذلك من قبل المسقط عنه، بينما نتناول في الثاني إسقاط الحقوق بعوض، وتكلمنا عن تعليق الإسقاط وتقييده بالشرط بإضافته إلى زمن المستقبل في الفرع الثالث، على أن نختم بالفرع الرابع ونتحدث فيه عن الحقوق التي تقبل الإسقاط والتي لا تقبله.

الفرع الأول:

قبول الإسقاط ورده.

رد الإسقاط من قبل المسقط عنه مبنية على مسألة قبول الإسقاط، وما يتوقف منه على الإسقاط وما لا يتوقف[1]. إن الفقهاء لا يختلفون في الإسقاطات المحضة التي ليس فيها معنى التمليك ولم تقابل بعوض، كالطلاق، الشفعة، القصاص، العتق لا ترتد بالرد، لأنها لا تفتقر للقبول، وعليه فالإسقاط يسقط الحق والملك، وعليه فيتلاشى، والرد والساقط لا يؤثر عليه، ولا يعود كما هو معلوم، وكذلك لا يوجد اختلاف بينهم حول الإسقاطات التي تقابل بعوض، كالعتق على المال والطلاق، ترتد بالرد ما لم يسبق الطلب.[2]

فالإسقاطات التي فيها معنى التمليك فهي الرأي الراجح عند المالكية والحنفية، وهو أيضا رأي بعض الشافعية أنه يرتد بالرد نظراً لجانب التمليك، وعدم قابليته للرد يترتب عليه من ضرر المنة التي يترفع عنها ذَوُو المروءات.[3]

ورد عند الحنفية بعض الاستثناءات في مسائل معينة التي لا يرتد فيها الإبراء بالرد، نذكر منها:

1_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 199.

2_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص 231.

3_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 147-148.

– أنه إذا أبرأ المحال عليه فلا يرتد برده، كذلك إذا طلب المدين الإبراء فأبرأه الدائن فلا يرتد بالرد، وإذا قبل المدين الإبراء ثم رده لا يرتد، وأيضاً إذا أبراء الطالبُ الكفيل فالأرجح أنه لا يرتد بالرد، وقيل يرتد.[1]

وفي الحقيقة هذه المسائل ليست خروجاً عن الأصل الذي صار عليه الحنفية، ذلك أن الكفالة والحوالة من الإسقاطات المحضة، لأن الواجب هو حق المطالبة وليس فيه تمليك مال، أما القبول إذا تم فلا معنى للرد بعده، وكذلك طلب المدين للبراءة يعتبر قبولاً، وعليه فالحنفية يتفقون في كون الإبراء يرتد بالرد إلا أنه هناك اختلافات بينهم حول تقييد وعدم تقييد الرد بمجلس الإبراء.[2]

الفرع الثاني:

إسقاط الحقوق بعوض.

يقصد بالإعتياض عن الحق التنازل عنه ذلك بمقابل بدل مالي أو عيني، وتنقسم الحقوق من حيث جواز الإسقاط بعوض إلى قسمين:

القسم الأول: حقوق متقررة في المحل (قابلة للإعتياض): هي الحقوق التي تثبت في محلها وصارت ملكاً مستقراً لصاحبها، بحيث يصح الصلح عنها وتركها مقابل عوض، كل حق يصح الصلح عنه ويترك أثراً بالتنازل سواء كان ملك رقبة كالنكاح، أو حقاً ثابتاً في الذمة كالدين والقصاص[3]، وعليه هذا القسم من الحقوق يجوز الإعتياض عنها هذا باتفاق الفقهاء، ومن أمثلتها الخلع حيث تسقط الزوجة حقها في النكاح والمهر مقابل مال، أو الصلح عن القصاص بمال، فهنا يقع الإسقاط صحيحاً.[4]

1_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص 232.

2_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص148.

3_ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 05، ص 21، ج 06، ص 49.

4_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 206.

القسم الثاني: حقوق غير متقررة في المحل (حق مجرد عن الملك): كل حق لا يصح الصلح عنها، ولا يترك أثراً بالتنازل كحق الشفعة، حق القسم بين الزوجات، حق الخيار[1]، والأصل فيها عدم جواز الإعتياض عنها بالمال، لأنها حقوق مجردة شُرعت لدفع الضرر، فإذا صالح صاحبها عنها بالمال، سقط حقه ولم يستحق العوض، وهذا عند جمهور الفقهاء.[2]

وعليه سوف نذكر مثال لبيان مدى اتفاق واختلاف الفقهاء في هذين القسمين: الإعتياض عن حق الشفعة: يُعد حق الشفعة من أبرز الأمثلة غير المتقررة في المحل، فقد اختلف الفقهاء في حكم أخذ العوض مقابل التنازل عنه على ثلاثة أقوال:

– نجد كل من الحنفية والشافعية والحنابلة وهو الاتجاه المانع، يرى جمهور الفقهاء بطلان الصلح عن الشفعة مقابل المال، والعلة أن الشفعة حق مُجرد لدفع الضرر وليس حقاً مالياً، فإذا تنازل الشفيع مقابل عوض يسقط حقه في الشفعة، ولكن لا يستحق المال لأن الحق لا يقابل بالعوض.[3]

– نجد بعض من الشافعية ذهبوا إلى جواز الإعتياض عن الشفعة، لأنها حق مالي يهدف لإزالة الملك، فجاز أخذ العوض عنه كتمليك المرأة أمرها، وهذا قول لبعض الأصحاب[4]، وهو أيضاً ما قرره المالكية في القول المجيز عندهم، تأسيساً على أن الشفيع يملك حق التملك، فله أن يصالح عليه بعوض. [5]

– رأي القاضي من الحنابلة: يرى بطلان الصلح وبقاء حق الشفعة، لأن الشفيع لم يرضَ بالإسقاط إلا بشرط العوض، فإذا لم يثبت العوض لبطلان الصلح لم يثبت الإسقاط.[6]

1_ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 05 ص 21، ج 06 ص 49.

2_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 206.

3_ المرجع نفسه، ص 207.

4_ يحيى بن شرف بن مُري النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 05، ط 3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991م، ص 111.

5_ محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر الخليل، ج 07، د ط، دار الفكر، بيروت، 1989م، ص 222.

6_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، المرجع السابق، ص 208.

الرأي الراجح –الله أعلم بالصواب–أي ما ذهب إليه الجمهور هو القول الأول لقوة دليله، لأن الشفعة شُرعت لدفع الضرر، فإذا صالح الشفيع على مال دلّ ذلك على انتفاء الضرر في حقه، فيسقط حقه في المطالبة بالشفعة ولا يستحق عوضا على ما ليس بمال، وعليه هذا المثال على سبيل التمثيل وليس الحصر لأنه ليس من السهل حصر الحقوق التي يجوز ولا يجوز الإعتياض عنها، إلا أنه يمكن القول أن الحق إذا كان متقرراً في المحل يجوز الإعتياض عنه، وإن الحق مجرداً عن الملك فإنه لا يجوز الإعتياض عنه.[1]

الفرع الثالث:

تعليق الإسقاط وتقييده بالشرط بإضافته لزمن المستقبل.

أولاً: تعليق الإسقاط على شرط: باتفاق من الفقهاء يجوز تعليق الإسقاط على الشرط الكائن بالفعل لأي الموجود حالة الإسقاط لأنه حكم منجز، كقول الرجل لإمرأته أنتِ طالق إن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا[2]، وكقول الدائن لغريمه إن كان لي عليك دين فقد أبرأتك منه، كذلك يجوز باتفاق الفقهاء التعليق على موت المسقط وهذا يُعد وصية كقوله لمدين: إذا مت فأنت برئ[3]، وهذا فيما عدا من علق طلاقه من زوجته على موته أي أنه فيه اختلاف ذلك بين تنجيز الطلاق وعدم وقوعه.[4]

وأما التعليق على شرط من غير ما سبق، فللفقهاء أقوال عن حكم الإبراء المعلق، وعليه نذكر البعض من أقوالهم:

1_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 208 وص 215.

2_ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 05، ص241.

3_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 148.

4_ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، مصر (القاهرة)، 1968م، ج 07، د ط، د ت، ص 512.

القول الأول: عدم الجواز ولو كان الشرط متعارفاً عليه، وهذا مذهب الحنفية والشافعية، لما في الإبراء من معنى التمليك فالتعليق مشروع في الإسقاطات المحضة لا في التمليكات، فهي لا تقبل التعليق.[1]

القول الثاني: وهو رأي بعض من الحنفية، جواز التعليق في حالة إذا كان الشرط متعارف عليه وعدم جوازه في حالة عدم التعارف على الشرط.[2]

القول الثالث: جواز التعليق مطلقاً وهو مذهب المالكية، وذلك لما في الإبراء من معنى الإسقاط.[3]

وعليه من خلال هذه الأقوال الصادرة من عند الفقهاء قُسمت الإسقاطات إلى الأتي:

أ_ إسقاطات محضة ليس فيها معنى التمليك، ولم تقابل بعوض: وهذه يجوز في الجملة تعليقها على شرط، إلا أن الحنفية وضعوا ضابطاً فقالوا: "إن كانت الإسقاطات مما لا يحلف بها، كالطلاق والعتق، فإنه يجوز تعليقها بالشرط ملائما أو غير ملائم، أما إذا كانت مما لا يحلف بها كالتسليم في الشفعة أو الإذن في التجارة، فهنا يجوز تعليقها بالشرط الملائم فقط"، وهذا ما يؤكد بموجب العقد، والحنفية يعبروا أحياناً بالشرط المتعارف ويظهر أن المراد بهما واحد.[4]

أما الشافعية قالوا بأنه ما كان تمليكاً محضاً لا مدخل للتعليق فيه، كالبيع، وما كان حلاً محضاً يدخله التعليق، كالعتق، وبينهما مراتب يجري فيها الخلاف كالإبراء والفسخ[5]، وأما المالكية والحنابلة فإن المسائل التي ذكروا أنها تقبل التعليق تفيد هذا المعنى.[6]

1_ جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر بن محمد السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، مرجع سابق، ج 01، ص 318.

2_ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ابن عابدين)، الرد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 03 ص 355.

3_ شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 02، ص372.

4_ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، ج 09، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، ص 55.

5_ بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 01، ص 377.

6_ محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج 01، د ط، دار المعرفة، بيروت، 1880م، ص 267.

ب_ إسقاطات فيها معنى المعاوضة: كالخلع، والمكاتبة، وما يلحق بهما من الطلاق على المال ...[1]

ج_ الإسقاط الذي يكون فيه معنى التمليك: مثل الإبراء من الدين، فالحنفية والمالكية أجازوا تعليقه على شرط، إلا أن الحنفية قيدوه بالشرط الملائم أو المتعارف، أما الحنابلة والشافعية منعوا تعليقه على شرط.[2]

_ ولكن هناك ثلاث صور يجوز فيها التعليق استثناها الشافعية وهي:

صورة الأولى لو قال إن رددت ضالتي فقد أبرأتك عن الدين الذي لي عليك صح، والصورة الثانية هي تعليق الإبراء ضمناً، كما إذا علق عتق عبده، ثم كاتبه، فوجد الصفة، عتق، أما الصورة الثالثة فهي البراءة المعلقة بموت المبرئ.[3]

ثانياً: التقييد بالشرط: يصح التقييد بالشروط في الإسقاطات في حالة إذا كان الشرط صحيحاً، أما إذا كان الشرط باطلاً فلا يصح التقييد، وفي هذه الحالة لكل مذهب تفصيلاً في الحكم ما يُعد فاسداً من الشروط وما لا يُعد، وهل التصرفات تُبطل بسبب فساد الشرط؟ أم التصرف يبقى صحيح والشرط الفاسد يُبطل؟ وعليه سوف يُوضح هذا من خلال ما ذكره بعض من الفقهاء من الفروع التي ذكرها غيرهم، وعليه فقول الحنفية أنه كل ما جاز تعليقه بشرط يجوز تقييده ولا يُفسد بالشرط الفاسد، وذكر ابن عابدين التصرفات التي تبقى صحيحة ولا تفسد بالشرط الفاسد منها: الخلع، الطلاق، الإيصاء، الشركة، العتق، المضاربة، الكفالة، الوكالة، الإذن، التجارة،...[4]، إلا أن المذهب المالكي والشافعي لم يربطوا بين التعليق والتقييد، فقد ذكروا القرافي في الفروق" أن ما يقبل الشرط والتعليق: الطلاق والعتق ولا يلزم

1_ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 03، ص 152.

2_ صالح كمال صالح أبو طه، "إسقاط الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي أقسامه محله"، مرجع سابق، ص 177.

3_ المرجع نفسه، ص 177و178، نقلاً عن إبن عابدين، رد الختار(225/4)، عليش، فتح العلي المالك (281/1)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (521/2)، والمغني (359/4)، والسيوطي، الأشباه والنظائر، ص 287، قليوبي، حاشية القليوبي (310/3).

4_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 150، نقلا عن الدر على شرح تنوير الأبصار محمد أمين الشهير بابن عابدين (بيروت: بدون تاريخ): 4/ 225، 227، 228، 232.

من قبول التعليق قبول الشرط، ولا من قبول الشرط قبول التعليق"، ومن أمثلة نذكر منها: مثلاً لو خالعت زوجها، واشترطت الرجعة هنا لزم الخلع لكن الشرط بطل[1]...، ويقول الشافعية :" الشرط الفاسد قد يترتب عليه بعض أحكام الصحيح، مثل في الإسقاط الكتابة والخلع"[2]. ومما قاله الحنابلة في ذلك، إذا قيد الخلع بشرط فاسد صح الخلع وبطل الشرط، وفي المغني: العتق والطلاق لا تبطلهما الشروط الفاسدة.[3]

ثالثاً: إضافة الإسقاط إلى زمن المستقبل: إضافة الإسقاط (إسقاط الحقوق والتصرفات) إلى زمن المستقبل كقول أسقطت حقي غداً، يعتبر تعليق زوال الحق على حلول زمن آتٍ محقق الوقوع. وعليه هناك بعض من التصرفات ما يظهر أثرها ويترتب عليها الحكم بمجرد تمام الصيغة ولا تقبل إرجاء حكمها إلى زمن آخر كالزواج والبيع، وهناك من التصرفات التي تكون بطبيعتها تمنع ظهور أثرها إلا في زمن المستقبل مثل الوصية،[4]وعليه تباينت رؤى المذاهب الفقهية حول مدى نفاد الإسقاط المضاف إلى زمن المستقبل هذا بناءاً على طبيعة الحق ومحل التصرف فنجد:

الاتجاه المجيز للإضافة: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلى جواز إضافة الإسقاط في العقود التي تحتمل الفسخ أو الإنهاء مثلاً الطلاق، حيث يصح إضافته إلى زمن المستقبل وتزول به الرابطة الزوجية عند حلول الأجل المتفق عليه.[5]

أما الاتجاه المانع للإضافة: نجد أن بعض الإسقاطات لا تقبل الإضافة وهذا عند المذهب الحنفي نذكر منهم الإبراء من الدين وإسقاط حق القصاص.[6]

1_ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 01، ص 397.

2_ بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 03، ص 15.

3_ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، جزء 5، ص81.

4_ أحمد مصطفى سليمان،"ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 151.

5_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 04، ص 235.

6_ المرجع والموضع نفسه.

أما عند المالكية، فإن الإسقاط المضاف إلى زمن المستقبل غالباً ما يعامل معاملة المنجز في بعض الحالات.[1]

كذلك العتق فإنه إسقاط يقبل الإضافة، والحكم الغالب إلى الإسقاطات التي فيها معنى التمليك تقبل الإضافة إلى زمن المستقبل.[2]

– بالتطبيق على حق الحضانة مثلاً: نجد أن إضافة الإسقاط إلى المستقبل تثير إشكالاً يتعلق ذلك بمصلحة المحضون، فالحضانة هي ولاية متجددة وإضافتها إلى زمن المستقبل قد يصطدم بتغير الظروف الواقعية للطفل، عند حلول ذلك الأجل "كأن تتنازل الأم عن حضانتها بعد عام" مما يجعل هذا النوع من الإسقاطات محلاً للنظر والتقييد القضائي بما يخدم مصلحة الصغير أولاً.

الفرع الرابع:

الحقوق التي تقبل الإسقاط والتي لا تقبله.

أولاً: الحقوق التي تقبل الإسقاط: وتنقسم إلى أربعة أقسام وهي: الأعيان، الدين، الحقوق المجردة، المنافع.

1_ الأعيان:" الأصل أنها لا تقبل الإسقاط فيما لا يقبل الإسقاط، إلا أنه هناك تصرفات تعد إسقاطاً للملك"[3]. ويترتب عليها زوال ملك المسقط، وإدخالها في ملك المسقط له، كالوقف، الهبة، العتق،[4] فالعتق يعد إسقاطاً لملك الرقبة وهي عين فهو مشروع، كذلك الوقف يعد إسقاطاً للملك عند بعض الفقهاء،[5] ومن الإمكان أن يأتي إسقاط العين نظير عوض ضمن عقد الصلح، وإن الحنابلة أجاز الصلح عما تعذر علمه من دين أو عين بمال

1_ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج 02، الطبعة 01، مكتبة الرياض الحديثة، بالرياض، 1978م، ص 577.

2_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 151.

3_ المرجع نفسه، ص 155.

4_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص 325.

5_ محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، مرجع سابق، ج 08، ص 114، ج 09، ص 389.

لئلا يفضي إلى ضياع المال[1]. إلا أن الشافعية لا يجيزون الصلح عن إنكار وإن كان الصلح عن إقرار عدّ البيع...[2]

2_ الدين: يُعد من الحقوق القابلة للإسقاط كونه حقاً ثابتاً في الذمة، يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، لأن الإبراء إسقاط، فمن كان له دين في الذمة إنسان فأبرأه منه أو وهبه له، تصدق به عليه، أو عفا عنه صح كل ذلك، كذلك أن ترك الدائن للمدين بعض الدين وأخذ الباقي على سبيل الإبراء صح ذلك، كما لو أنه أبرأه من الكل لأن الإبراء إسقاط، وأيضاً يصح إسقاط الدين مقابل عوض وذلك كأن يعطي المدين ثوباً مقابل إبراء عما عليه من الدين هذا حسب قول الشافعية، يصح إسقاط الدين بدون عوض[3]. كذلك يصح الإعتياض عنه أي التنازل عنه مقابل آخر وهو ما يدخل في باب المقاصة أو الصلح[4].

3_ الحقوق المجردة: تنقسم بدورها إلى قسمين: حقوق مجردة وغير مجردة

فالحقوق الغير مجردة هي حق متقرر المحل الذي تعلق به كالطلاق، العتق، القصاص، الخلع وهذا يجوز إسقاطه بعوض وغير عوض، والحق المجرد هو حق غير متقرر في المحل وذلك كالشفعة، وحق القسم للزوجة، حق الدين، وهذا القسم يجوز إسقاطه بغير عوض ولا يجوز بعوض وذلك عند بعض الفقهاء، وهناك أيضاً بعض الآراء التي بينت أن الحقوق المجردة لا تقبل الإسقاط بعوض وبغير عوض.[5]

4_ المنفعة: هي حقوق تثبت لمستحقيها يجوز إسقاطها سواء كان ذلك المسقط مالكاً لتلك الحقوق ملك تام أو ناقص، وتعدد تطبيقات المنفعة بناءاً على سبب استحقاقها نذكر منها: السكنى والوصية كأن يوصي لشخص بسكنى مدة حياته فإنه يملك إسقاط هذا الحق، و بموجب الإسقاط يبطل حقه في السكنى وتعود المنفعة لورثة الموصي،[6] كذلك الانتفاع بالمرافق العامة يصح إسقاط الحق في الانتفاع ببعض الأماكن الموقوفة كبيوت، المدارس أو

1_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 155.

2_ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 06، ص 40.

3_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، مرجع سابق، ص328 و330.

4_أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 04، ص 412.

5_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الأسقاط، المرجع السابق، ص 330 و331.

6_ المرجع نفسه، ص 331 و332.

أماكن الجلوس في المساجد والأسواق ويترتب على هذا الإسقاط خلو المكان لغيره من المنتفعين،[1] وعليه ففرقت الأحكام الفقهية في مسألة أخذ مقابل مادي عن إسقاط المنفعة وفقاً للآتي: القاعدة عند جمهور الفقهاء أنه يجوز إسقاط حق المنفعة والإعتياض عنه بالمال، لأن المنفعة مال متقوم بحد ذاته، إلا أن للحنفية رأي آخر فقد ذهب إلى عدم جواز الإعتياض عن بعض المنافع المجردة بالأموال كحق الارتفاق ويرون أنها تُنقل تبعاً للعين ولا تُباع استقلالاً.[2]

ثانياً: الحقوق التي لا تقبل الإسقاط:

1_ ملك الأعيان: اتفق الفقهاء على أن الأعيان لا تقبل الإسقاط[3] (إلا ما ورد بالنسبة للعتق والوقف)، لأن الإسقاط ينهي الحق والعين لا تنتهي بل تبقى قائمة فمن قال أسقطت ملكي عن هذا الدار لا يزول الملك عنها بمجرد هذا القول بل يبقى المالك مسؤول عنها ضمناً وتصرفاً،[4] ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء في بطلان الإسقاط في الأعيان والإبراء منها مثلا: "في حالة المرأة المطلقة قبل الدخول، فإذا كان مهرها عيناً(كالذهب أو متاع معين) في يدها، فإن عفوها عن نصف المهر لزوجها لا يصح بلفظ الإبراء أو الإسقاط، بل يجب أن يكون بلفظ الهبة أو التمليك، أما إذا كان المهر ديناً(مبلغا ماليا في ذمة الزوج)، فهنا يصح الإسقاط والإبراء، لأن الدين حق شخصي يقبل السقوط بإرادة صاحبه المنفردة، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بقولهم إن الإسقاط في الحقوق لا يفتقر إلى قبول الطرف الآخر...".[5]

2_ الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية: لقد شرع الله سبحانه وتعالى حقوقاً لمصلحة العباد، لا تسقط بالإسقاط لما قد يترتب على إسقاطها إلى تغيير حكم الشرع، لأنها حقوق خالصة لله تعالى والتي شرعت للمصلحة العامة مثل العبادات (الصلاة والزكاة)، والحدود (كالسرقة والزنا)، ومادامت حدود الله لا تقبل الإسقاط من العباد فبتالي

1_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 156.

2_ المرجع والموضع نفسه.

3_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 01، ص 160.

4_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، المرجع السابق، ص 161.

5_ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 10، ص 163.

لا يجوز الإعتياض عن إسقاطه كأن يصالح سارقا ليطلقه ولا يرفعه للسلطان وهذا لا يصح لأنه لا يصح أخذ العوض في مقابلته، وكذا لا يصح أن يصالح شاهدا على ألا يشهد عليه لحق الله أو لآدمي، والشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى[1] لقوله تعالى ﴿**وأقيموا الشهادة لله**﴾،[2] والصلح عن حقوق الله باطل ويجب عليه رد ما أخذ لأنه أخذه بغير حق،[3] وهناك أيضا ما يعد حقا لله عز وجل مما شرع أصلا لمصلحة العباد، ولذلك لا يسقط بالإسقاط لما في ذلك من منافاة الإسقاط لما هو مشروع.[4]

3_ الحقوق المتعلقة بحق الغير: الإسقاط إذا كان حقا لغير من يباشره فإنه لا يصح إذا كان فيه ضرر للغير كحق الصغير...[5]، ومن أمثلة ذلك نذكر ما يأتي: النسب أجمع الفقهاء على أنه لا يقبل الإسقاط لأنه حق للطفل، لو أن امرأة طلقها زوجها وادعت عليه صبيا في يده أنه إبنه منها وجحد الرجل فصالحت عن النسب على الشيء فالصلح باطل لأن النسب حق الصبي لا حقها.[6]

حق الحضانة يرى جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، أنها لا تسقط بالإسقاط المؤبد لأنها حق للمحضون، بينما يرى المالكية في المشهور عندهم أن الحضانة إذا أسقطت حقها للغير عذر بعد وجوبها، بطل حقها ولا يعود لها ثانية.[7]

4_ الساقط لا يعود: مقتضى هذه القاعدة أن الحق إذا سقط باختيار صاحبه فإنه يتلاشى ولا يعود، والإسقاط يقع على الكائن المستحق، وهو الذي إذا سقط لا يعود أما الحق الذي يثبت شيئا فشيئا أي يتجدد سببه فلا يرد عليه الإسقاط لأن الإسقاط يؤثر في الحال دون المستقبل[8]. وهناك مسألة متفق عليها حيث قال إبن عابدين لو أن الزوجة أسقطت نوبتها

1_ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 04، ص 247.

2_ سورة الطلاق، الآية 20.

3_ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 06، ص 48.

4_ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 04، ص 247.

5_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 164.

6_ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 05، ص 335.

7_ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 17، ص 313، 314.

8_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، المرجع السابق، ص 165.

لضرتها فلها الرجوع لأنها أسقطت الكائن وحقها يثبت، فلا يسقط في المستقبل وأيضا لا يرد أن الساقط لا يعود لأن العائد غير الساقط[1]. وأيضا ذكر ابن نجيم قاعدة في ذلك وقال: "أن المقتضي للحكم إن كان موجودا والحكم معدوم فهذا من باب المانع، وعدم المقتضي فهو من باب الساقط،"[2]، وعليه فهناك فرق بين وجود المقتضي لحكم، ثم سقط الحكم لمانع، وإذا زال المانع مع وجود المقتضي يعود الحكم بخلاف، وإذا عدم المقتضي فلا يعود الحكم[3]. وجاء ذلك في حق الحضانة فقد جاء في منتهى الإرادات أنه لا حضانة لكافر ولا لفاسق على مسلم ولا حضانة لمن تتزوج بأجنبي، وبمجرد زوال هذه الموانع من الكفر أو الفسق أو تزوج بأجنبي، ورجوع الممتنع من الحضانة فيعود الحق له في الحضانة لقيام سببها مع زوال المانع[4]، هذا مع اختلاف بين الفقهاء أن الحضانة هل هي حق للحاضن أو للمحضون وجاء في الدسوقي: أنه إذا انتقلت الحضانة لشخص لمانع ثم زال المانع فإنها تعود للأول كما لو تزوجت الأم ودخل بها زوجها والجدة أخذت الولد ثم انتهت الرابطة الزوجية وفارق الزوج الأم والجدة قد ماتت أو تزوجت، والأم خالية من الموانع فهي أحق ممن بعد الجدة إذا ماتت انتقلت الحضانة لمن بعدها كالخالة ولا تعود للأم لو كانت غير متزوجة.[5]

1_ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 03، ص 559.

2_ جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر بن محمد السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، مرجع سابق، ج 01، ص 274.

3_ أحمد مصطفى سليمان،"ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 165.

4_ منصور بن يونس بن صالح الدين البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (شرح منتهى الإرادات)، ج 03، ط 1، مرجع سابق، ص 250.

5_ شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 02، ص 533.

الفصل الثاني

مسقطات الحضانة وإمكانية استردادها

لقد حظيت الأسرة في المنظومة التشريعية الجزائرية بحماية خاصة باعتبارها من أسمى العلاقات الإنسانية، ولاسيما في مرحلة انتهاء الرابطة الزوجية حيث تبرز الحضانة كأهم أثر يترتب على هذا الانفصال، وتعتبر الحضانة في جوهرها ولاية شرعية على المحضون، فهي تقتضي حفظه ورعايته وتربيته على دين أبيه وتعليمه، والقيام بجميع شؤونه، فهي مسؤولية تقع على عاتق الحاضن وتهدف في المقام الأول إلى توفير بيئة آمنة للمحضون، وتضمن نموه نموا سليما، سواء من الناحية المادية أو المعنوية، ولأنها مرتبطة ارتباطا وثيقا بمدى صلاحية الحاضن وأهليته لممارستها، مما يجعل الحق فيها ليس مؤبدا أو مطلقا، بل يتأرجح بين الإسناد والإسقاط بحسب ما تقتضيه مصلحة الطفل الفضلى.

ومن هذا المنطلق، نظم المشرع الجزائري أحكام سقوط الحضانة عند اختلال شروط ممارستها، سواء كان ذلك بقوة القانون أو نتيجة رغبة الحاضن في التنازل عن حقه، مع إجازة المطالبة باسترداد هذا الحق في نطاق أو حالات معينة، فمتى زالت أسباب سقوطه، وهو ما سنفصله في هذا الفصل من خلال مبحثين، نتناول في أولهما أسباب سقوط الحق في الحضانة، ونعالج في المبحث الثاني إشكالية التنازل عن الحضانة وآليات استردادها.

المبحث الأول:

أسباب سقوط الحضانة

إن الحضانة تعتبر حقٌ شرعه القانون لحماية الطفل ورعايته، فاستمرار هذا الحق ليس مطلقاً، بل هو مقيد ببقاء الغاية منه وبقاء الأهلية فيمن يمارسه. ولما كانت مصلحة المحضون هي المعيار الأسمى، فقد أقر المشرع الجزائري (على غرار ما ذهب إليه الفقهاء)، مجموعة من الحالات التي يترتب عليها زوال هذا الحق وسقوطه.

وتتنوع هذه الأسباب في طبيعتها القانونية، فمنها ما يُترك فيه المجال واسعا للسلطة التقديرية للقاضي للموازنة بين مصلحة الطفل وظروف الحاضن وهي ما تعرف بـــالأسباب الاختيارية، ومنها ما يكون السقوط فيها حتميا وبقوة القانون، وهي ما تُصنف تحت الأسباب الإلزامية، وبناء على هذا قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، فنجد الأسباب الاختيارية في المطلب الأول، وتحدثنا عن الأسباب الإلزامية في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

الأسباب الاختيارية لسقوط الحضانة

يُعد حق الحضانة من الحقوق المتصلة بمصلحة المحضون، ونظراً لارتباط هذا الحق بمصلحة الصغير وجوداً وعدماً، فقد أقر المشرع الجزائري تماشيا مع أحكام الفقه الإسلامي مجموعة من الضوابط التي يؤدي الإخلال بها إلى زوال هذا الحق وسقوطه. وعليه سوف نقوم بدراسة هذه الأسباب من خلال تقسيمها إلى أربعة فروع، فتحدثنا عن تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن، وعدم المطالبة بالحضانة لمدة سنة في الفرع الأول والثاني، وفي الفرع الثالث والرابع تكلمنا عن الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي، الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالحضانة، وعليه سوف نوضح ذلك وفق الآتي:

الفرع الأول:

تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن

إن استمرار حق الحضانة مرهون ببقاء الشرط التي تطلبها المشرع الجزائري والفقه الإسلامي في الحاضن وقت إسنادها إليه، بحيث إذا انعدمت أحد هذه الشروط سقط الحق في الحضانة تلقائياً، كون أن هذه الشروط الركائز الأساسية لا يقوم الحق إلا بها.

وعليه نجد أنه هناك شروط عامة مطلوبة في الرجال والنساء وهي: العقل، البلوغ، الأمانة، القدرة والكفاءة، الإسلام، الحرية، خلو الحاضن من الأمراض المعدية... وبانعدام أحد هذه الشروط يسقط الحق في الحضانة.

1_ يجب أن يكون الحاضن عاقلاً: ويقصد بالعقل هو اكتمال القوة المدركة لحقائق الأشياء[1]، وعليه يجب أن يكون الحاضن مدركاً لحجم المسؤولية التي على عاتقه اتجاه الصغير(المحضون)، ويجب أن يكون حذراً من كل المخاطر والصعوبات التي تواجهه[2]، فلا حضانة لمعتوه أو لمجنون... سواء كان جنون متقطع أو متصل وهذا حسب رأي بعض الفقهاء بأن الحضانة يجب أن تحرم على المجنون في حالة كان جنونه متقطعاً أو متصلاً، فكلاهما يعد من موانع الحضانة، ويتساوى المجنون مع المعتوه[3]، ففي هذه الحالة لا يستطيع المجنون أو المعتوه أن يرعى نفسه، فكيف يمكنه تحمل مسؤولية كهذه، فهم أيضا يحتاجون لمن يرعاهم، وهنا يخشوا على المحضون وهو عندهم بإصابته بأضرار أو تعرضه لمخاطر[4]، وإضافة إلى العقل أيضا اشترط المذهب المالكي الرشد، فلا حضانة لسفيه مبذر، لكي لا يبذر أموال المحضون أو ينفقهم في أشياء لا تنفع ولا تليق.[5]

1_ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ط 1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، الأبيار، 2013، ص 259.

2_ باديس دياببي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض– نفقة– عدّة– حضانة– متاع، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2008، ص 55.

3_ المرجع والموضع نفسه.

4_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط 1، دار الخلدونية، بالجزائر، 2007، ص 359.

5_ المرجع والموضع نفسه.

فالمشرع الجزائري أكد شرط العقل حسب المادة 87 قانون أسرة جزائري، فقد بين في هذه المادة أن الحضانة هي ولاية عن النفس حيث جاء في قوله: "... في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، وحسب نص هذه المادة أن الحضانة هي ولاية عن النفس لمن أسندت له الحضانة، فالمشرع الجزائري أكد أنه لا حضانة لمن تصرفاته غير نافذة كالمجنون، المعتوه، السفيه، الغير عاقل[1]، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 08-12-2022، أنه يشترط لإسقاط الحق في الحضانة عن الحاضنة لفقد العقل أنه يتعين على القاضي قبل تقرير السقوط وإسناد الحضانة لشخص آخر، أن يلجأ إلى إجراء تحقيق لإثبات مرضها الذي يَحُولها دون تحقيق الهدف من الحضانة وهو رعاية المحضون من عدمه.[2]

2_ يجب على الحاضن أن يكون بالغاً: أي تكون له القدرة على تحمل المسؤولية، لأن الحضانة هي مسؤولية كبيرة وصعبة، لا يمكن لأحد تحمل مسؤوليتها إلا الكبار أي البالغ وليس المراهق، فليس من المعقول من لم يبلغ سن الرشد أن يتحمل شؤون صغير[3]، فهو بدوره يعتبر صغير، فمن لم يتحمل ويتولى شؤون نفسه كيف يمكنه تحمل مسؤولية كهذه، وعليه فلا حضانة لصغير ولو كان مميزاً.[4]

3_ القدرة والكفاءة: أي أنه يجب على الحاضن أن تكون له القدرة على تربية والحفاظ على المحضون، والحرص على خلقه وصحته وكل ما يخصه، ولا يمكن أن تكون هناك حضانة إذا كان الحاضن مريض أو عاجز لكبر سنه...[5]، أو لكفيف أو فاقد للبصر ولا لمريض مرضا معديا...

1_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض- نفقة- عدّة- حضانة- متاع، مرجع سابق، ص55، 56.

2_ قرار رقم 1496599، مؤرخ في 08-12-2022، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2022، ص81.

3_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض- نفقة- عدّة- حضانة- متاع، المرجع السابق، ص 56.

4_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 152.

5_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص359.

4_ الأمانة: أي أن يكون الحاضن أميناً على أخلاق الصغير[1]، فلا حضانة لغير أمين والذي لا يستطيع تربية الطفل والحرص على أخلاقه وإهماله، كالفاسق سواء كان رجلاً أو امرأة...[2]، إذ من المقرر قانونا مثلاً جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون[3]، كما تسقط الحضانة عن الأم قانونا وشرعا لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، بالإضافة إلى سقوط هذا الحق عن أم الأم لفقد الثقة بينهم.[4]

5_ كذلك شرط الإسلام: يشترط في الحاضنة أن لا تكون مرتدة عن الإسلام، فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة وهذا عند المذهب الحنفي، ولا يُرجع هذا الحق حتى تعود إلى الإسلام[5]، كذلك يشترط عند الشافعية والحنابلة لا حضانة لكافر على مسلم.[6]

6_ وجب خلو الحاضن من الأمراض المعدية: أي أنه لا حضانة لمن هو مصاب بمرض معد، ومنفراً كالجذام والبرص، وهذا ما اشترطته المذاهب المالكية والحنابلة أن الحاضن يجب أن لا يكون مريضاً بأحد هذه الأمراض فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات.[7]

وبعد أن تعرفنا على هذه الشروط من الناحية الفقهية والقضائية والتي بتخلفها يؤدي إلى سقوط حق الحضانة، نأتي الآن لنرى كيف تعامل المشرع الجزائري معها، وبالرجوع لنص المادة 62 من قانون الأسرة التي نصت على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."[8]، نجد أن المشرع الجزائري سلك مسلكاً مرناً، حيث لم يضع قائمة

1_ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص744.

2_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 359.

3_ نوال مجدوب، "آليات تكريس مصلحة المحضون على ضوء قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، ع 2، أفريل 2018، ص 42، نقلاً عن قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 17-03-1998، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص169.

4_ قرار المحكمة العليا، رقم 31997، مؤرخ في 09-01-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع01، ص 73.

5_ محمد مصطفى شلبي، أحكام لأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 745.

6_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص359.

7_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض- نفقة- عدّة- حضانة- متاع، مرجع سابق، ص 55.

8_ مادة 62، قانون الأسرة الجزائري.

لشروط الواجب توافرها في الحاضن، بل اكتفى بتعريف الحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه...، وترك المجال للفقه وكذلك للاجتهادات القضائية مع مراعاة مصلحة المحضون. وعليه نجد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/05/22 والذي جاء فيه: "من المقرر فقهاً وقانوناً أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون"[1].

بالإضافة كذلك إلى قرار الذي جاء فيه: "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 يُعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي"[2]، وعليه من خلال هذا القرار اعتبرت المحكمة العليا أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط الحضانة. وعليه نجد بأن سكوت المشرع عن تفصيل الشروط في المادة 62 لا يعني غيابها، بل هو إحالة ضمنية (بموجب المادة 222) إلى أحكام الفقه الإسلامي من جهة، ومن جهة أخرى ترك السلطة التقديرية واسعة للقاضي للبحث في مدى توافر الأهلية والقدرة والأمانة في كل حالة على حدا، مع مراعاة مصلحة المحضون.

الفرع الثاني:

عدم المطالبة بحق الحضانة (السكوت لمدة سنة)

قبل ذلك ومن خلال العنوان وجب معرفة من هو صاحب الحق في الحضانة، فقد بين المشرع الجزائري ذلك في المادة 64 قانون الأسرة الجزائري، قبل التعديل كان ترتيب الحاضنين كالآتي: الأم ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون...[3]، إلا أنه بعد التعديل تغير ترتيب الحاضنين بحيث أن: "الأم أولى

1_ قرار رقم53578، مؤرخ في22-05-1989، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع 04، 1991، ص99.

2_ قرار رقم33921، مؤرخ في09-07-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع 04، 1989، ص76.

3_ مادة 64، قانون الأسرة الجزائري، قبل التعديل.

بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."[1]، وعليه من خلال معرفة مستحقي الحضانة، سنحاول معرفة أراء بعض الفقهاء وموقف المشرع الجزائري في مسألة السكوت عن حق الحضانة وعدم المطالبة به.

نجد بمجرد أن ينشأ حق الحضانة وجب على صاحبه أن يطالب به إلا أنه في حالة سكوته وعدم المطالبة به يسقط حقه، وعليه نجد المذهب المالكي الذي يرى بأنه إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها يسقط حقه بالشروط الآتية:

أن يعلم بحقه في الحضانة وفي حالة أنه لا يعلم بذلك وسكت عن طلب الحضانة لا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته، كذلك في حالة أنه كان يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة إلا انه إذا كان يجهل ذلك لا يسقط حقه لأن هذا يعتبر أمر فرعي يعذر الناس بجهله، وكذلك يسقط حقه بمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة، ولو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت ثم طلب حقه قبل مضي سنة قضي له باستحقاقها.[2]

ونجد أن المشرع الجزائري بيّن أنّ سكوت صاحب الحق عن حقه في الحضانة بدون عذر يؤدي إلى سقوطها، ويتجلى ذلك بوضوح في المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري حيث نص على أنه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر يسقط حقه فيها."[3]، ويقصد بذلك مثلا في حالة صدور حكم بإسناد الحضانة للجدة لأم والأب سكت عن ذلك ولم يطالب بالحضانة لمدة سنة كاملة دون عذر أو مبرر واضح ففي هذه الحالة يسقط حقه في الحضانة[4]، أو إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبقي الأطفال عند الأب، والأم لم تطالب بحضانتهم لمدة تزيد عن سنة، فإنه لم يعد لها حق المطالبة بالحضانة بسبب سكوتها لمدة تزيد عن سنة دون عذر مما أدى إلى سقوط حقها.[5]

1_ مادة 64، قانون الأسرة الجزائري.

2_ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 10، ص 7313.

3_ مادة 68، قانون الأسرة الجزائري.

4_ دلال وردة، قانون الأسرة (كتاب بيداغوجي)، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2025، ص190.

5_ نظيرة بومالة، "دعاوي الحضانة والإشكالات المتعلقة بها"، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، ص22.

حيث أكدت على ذلك المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 09/07/ 1984 بقولها:" من المقرر شرعاً وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية"[1]، وجاء في قرار آخر أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة دون المطالبة بها...[2]، إلا انه هناك تساؤل حول حساب مدة السنة فالمشرع لم يحدد مدة سريان السنة فهل يمكن أن تكون من تاريخ مطالبة صاحب الحق بها أومن تاريخ تبليغ الحكم الخاص بالطلاق...[3]، وبالتالي في حالة عدم وجود نص صريح دائما ما يحيلنا المشرع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[4]، وعليه فحق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون، إن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني لنهاية الحضانة، وإن أخل بهذه االلتزامات المتعلقة بالحضانة سقط حقه.[5]

الفرع الثالث:

الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي

الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي، يقصد به الانتقال به إلى بلد آخر غير بلده، وعليه نجد أن التربية الدينية للطفل تعتبر من أهم العناصر الأساسية، فإذا كانت الأم هي الأولى بحضانة أولادها وإذا قررت الاستقرار في بلد أجنبي غير مسلم، هنا نجد بأن الطفل قد يتأثر بعادات هذه البلاد، مما يشكل خطر على معتقداته الدينية[6]، وعليه إن قانون الأسرة الجزائري لم يرد فيها نص صراحة عن المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة، إلا أنه من الأكيد

1_ قرار رقم 32829، مؤرخ في 09-07-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 01، 1960، ص60.

2_ قرار رقم 33636، مؤرخ في 25-06-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 3، 1989، ص45.

3_ إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، (مذكرة ماجستير)، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2015/2014، ص 58.

4_ مادة 222، قانون الأسرة الجزائري.

5_ إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، المرجع السابق، ص 61.

6_ المرجع نفسه، ص 69.

المشرع لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، وجعل الاستيطان به في بلد أجنبي من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك.[1]

إذا أرادت الحاضنة تغيير الموطن الذي تمارس فيه الحضانة هنا الأمر يرجع للقاضي إذا أراد إثبات الحضانة لها أو إسقاطها عنها مراعيا بذلك مصلحة المحضون، وهذا حسب نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون."[2]، من خلال نص المادة تبين أن المشرع الجزائري ترك الأمر للقضاء وبالتالي فهو منح له الحرية في تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه في حالة عدم وجود نص صريح يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية[3]، ومن هنا نجد الحكم الفقهي المعروف الذي مفاده أن يقيم الطفل المحضون في نفس الوطن الذي يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم، فإذا كانت الحضانة للأم مثلاً من الأحسن أن تقيم بالمحضون في موطن أبيه حتى يتمكن هذا الأخير من ممارسة السلطة الأبوية والحرص على سلوك المحضون[4]، ولقد سارت المحكمة العليا نفس المسار عندما أسقطت حضانة الأم التي تقطن في بلد أجنبي[5]، حيث جاء في قرار الصادر بتاريخ 1990/02/19 بأن إسناد الحضانة إلى أم تقيم في بلد أجنبي يعد مخالفا للقانون: حيث أن "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب– قضية الحال– يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون."[6]، وكذلك

1_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض– نفقة– عدّة– حضانة– متاع، مرجع سابق، ص 93.

2_ مادة 69، قانون الأسرة الجزائري.

3_ القانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

4_ إيمان معمري، السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مرجع سابق، ص 61.

5_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض– نفقة– عدّة– حضانة– متاع ، المرجع السابق، ص 93.

6_ القرار رقم 59013، مؤرخ في 19–02–1990، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 01، 1991، ص 117.

نجد في قرار آخر أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة فإن حق الحضانة يعود إلى من يوجد منهما بالجزائر...[1]

وعليه من خلال ما سبق نجد أن الحكمة من عدم جواز الانتقال بالصغير إلى بلد أجنبي هو مراعاة مصلحة الطفل الصغير ومراعاة حق الوالدين أيضا، وإذا أراد الحاضن الانتقال به إلى بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه وذلك مع مراعاة مصلحة المحضون[2]، فمراعاةً لهذه المصلحة وحق الوالدين له، ولتحقيق ذلك ينبغي الجمع بين حضانة الصغير بواسطة أمه أو قريباته، وبين إشراف أبيه عليه، حتى لا يضار والد ولا والدة بسبب الولد، كما لا يعيش الصغير حرمانا ونقصانا من عطف حاضنته، ورعاية أبيه وإشرافه.[3]

الفرع الرابع:

الإخلال باالتزامات المتعلقة بالحضانة

تعتبر الحضانة في جوهرها مسؤولية أخلاقية وقانونية تهدف بالدرجة الأولى إلى ضمان الرعاية الشاملة للطفل وحمايته، وليست مجرد حق للمربي، وعليه فإن أي تقصير في أداء هذه االلتزامات سواء بالإهمال في التربية أو بالتقصير بالرعاية الصحية والتعليمية، يمنح القاضي سلطة التدخل لتقويم الوضع، مما قد يؤدي في نهاية المطاف إلى سقوط الحضانة إذا ثبت أن استمرارها يلحق الضرر بالمحضون. وعليه هناك التزامات متعلقة بالحضانة نذكر منها:

وجوب رعاية المحضون أي القيام بتربيته ورعاية شؤونه وإطعامه وإلباسه وتنظيفه والسهر على حمايته[4]، فلا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر السن أو مرض، ويرى

1_ القرار رقم 52207، مؤرخ في 02-01-1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 4، 1989، ص 73.

2_ إيمان معمري، السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مرجع سابق، ص 71.

3_ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، د ط، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د ت، ص 564.

4_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص150.

غالبية الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضاً معدياً ولا لمتقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وأبنائها...[1]

وأيضا وجوب النفقة على المحضون وتكون واجبة على الأب اتجاه أبناءه في إطار عمود النسب، رغم أن الأصل نفقة الأولاد تكون من مالهم إذا كان لهم المال، فإن لم يكن لهم المال ألزم على الأب بأن ينفق عليهم[2]، وعليه الأب ملزم بالنفقة على أولاده فنفقة البنت تستمر إلى غاية زواجها و الابن إلى غاية سن الرشد وفي حالة عجز الولد لمرض...، أو يدرس تبقى مستمرة وتسقط عنه بالكسب هذا حسب نص المادة 75 من قانون الأسرة، وبالتالي النفقة تبقى واجبة على الأب، ففي حالة إثبات أن الأم الحاضنة لا تنفق على المحضون من النفقة التي قدمها أبوه هنا يسقط حقها في الحضانة لأنها تعتبر غير أمينة.

وأيضا نجد حق الصغير في رؤية والديه، وللأبوين لهم أيضا الحق بالمشاهدة أو الزيارة للمحضون مقرر شرعا وهذا باتفاق الفقهاء[3]. نجد نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أكدت حق الزيارة حيث نصت:"... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"،[4] وعليه من خلال نص المادة في الجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة حتى لو غفل عنها المعني بالأمر، وحق الزيارة حسب نص المادة لم يكن حصرا على الأم والأب فقط، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون، فقد تقرر للعم أو الخال أو الجد أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به.[5]

كما يُعد الامتثال لحق الزيارة التزاماً جوهرياً يقع على عاتق الحاضن، وإذا حقاً للحاضن فهي أمانة تقتضي تمكين الطرف الآخر من التواصل مع المحضون، ويعتبر التعسف في استعمال هذا الحق أو منعه دون مبرر قانوني إخلالاً بالأمانة وبمصلحة المحضون الفضلى

1_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض- نفقة- عدّة- حضانة- متاع، مرجع سابق، ص 58.

2_ المرجع نفسه، ص 84.

3_ أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 347.

4_ المادة 64، قانون الأسرة الجزائري

5_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية تعويض- نفقة- عدة- حضانة- متاع، المرجع السابق، ص 90.

مما قد يجعله سبباً موضوعياً للمطالبة بسقوط الحضانة باعتبارها وسيلة لحماية الطفل، لا وسيلة للانتقام بين الزوجين.[1]

وعليه نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 62 أن الحضانة هي تربية ورعاية الطفل وتعليمه...[2]، فإذا ثبت أن الأم مهملة في واجباتها أو كانت تصرفاتها سيئة...[3]، جاز للقاضي أن يسقط حقها في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "متى كان من المقرر شرعاً أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون، ومتعارضة مع مصلحته..."[4]، وعليه نجد أن الإخلال باالتزامات يؤدي إلى إسقاط الحضانة، فوجب على الحاضن تعليم الولد و تربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته...

المطلب الثاني:

الأسباب الإلزامية لسقوط الحضانة

باعتبار أن الحضانة حق شخصي للحاضن، وباعتبارها في الوقت ذاته تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون، لذلك فقد أقر المشرع أسبابا إلزامية، تؤدي إلى إسقاط الحضانة عن الحاضن وتقريرها في حق شخص آخر ممن يلي في المرتبة، حماية للصغير ورعاية له، وهو ما تناولناه في هذا المطلب الأول، والذي سنفصله من خلال تقسيمه إلى زواج الحاضنة بغير قريب محرم (الفرع الأول)، سكن الحاضنة عند من سقطت حضانته

1_ لينة بوزيتونة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الأكاديمية البحوث القانونية والسياسية، مجلد 03، ع 02، سبتمبر 2019، ص 289.

2_ القانون رقم84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر رقم 15.

3_ إيمان معمري، السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مرجع سابق، ص 55.

4_ قرار رقم 50270، مؤرخ في 07-11-1988، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1991، ع3، ص 48. نقلا عن، إيمان معمري، السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، المرجع نفسه، ص 55.

(الفرع الثاني)، تنازل الحاضنة عن الحضانة (الفرع الثالث)، انتهاء أمد الحضانة (الفرع الرابع).

الفرع الأول:

زواج الحاضنة بغير قريب محرم

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون بين من اعتبره من الأسباب المسقطة للحضانة وبين من لم يعتبره كذلك:

الرأي الأول: زواج الحاضنة من شخص أجنبي ليس من أقارب الطفل المحضون ولا من محارمه، فإن ذلك عند كل من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة والزَيدية والجعفرية، يعد سببا مسقطا لحقها في الحضانة، فإذا تزوجت فلا حق لها في حضانة الصغير، والسبب في ذلك يعود إلى كون الزواج يشغل المرأة عن الصغير ما يترتب عنه من إهمال له وعدم رعايته جيدا، وعدم القيام بشؤونه الخاصة وحاجياته الضرورية، فيصبح من أوليات المرأة زوجها وتهمل المحضون[1]، بالإضافة إلى ذلك الزوج لا يمكن أن يؤمن على أولاد شخص غيره وخاصة الأنثى فحفاظا عليهم وجب إسقاط الحضانة عن الحاضنة.[2]

واستدل أصحاب هذا الرأي بما روي عن عبد الله بن عمر: "أن إمرأة قالت يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي".[3]

1_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص154.

2_ بختي العربي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص260.

3_ أبو داود بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج2، د ط، د ت، ص283، ح2276.

سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم عند المالكية لا يشترطون ذلك لمجرد زواجها وإنما بدخول الزوج بها، أما الشافعية والحنابلة يقولون بسقوطها بالزواج جملة حتى ولو لم يدخل بها.[1]

الرأي الثاني: هناك من الفقه من ذهب إلى أن الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة لمجرد أنها تزوجت سواء كان الشخص الذي اختارته وتزوجت به قريب للولد ومن ذي محرم له أم لا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، فتبقى الحضانة للحاضنة، وهو رأي الحسن البصري، وهو مذهب محمد بن حزم، وقضى به يحي بن حمزة.[2]

وحجة هذا الرأي حديث أنس –رضي الله عنه–: قال :" لما قدم رسول الله صلى عليه وسلم المدينة، أخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إن آنسا غلام كيس فليخدمك، قال فخدمته في الحضر والسفر...، فكان أبو طلحة زوج أم أنس...".[3]

فلقد أصرت الشريعة الإسلامية على ضرورة هذا الشرط وأهميته بالنسبة للطفل المحضون، لأنه يرى في زواج الحاضنة بغير قريب محرم سببا قويا يجعل من حق الحضانة غير متوفرا، وذلك لاعتبار أن زوجها غير ملزم برعاية ابنها من زواج سابق.[4]

لقد سلك المشرع الجزائري مسلك الشريعة الإسلامية أي منحى الرأي الأول في مسألة إسقاط الحضانة في حالة زواجها بغير قريب محرم، حيث نص في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم...".[5]

1_ أسماء فتحي عبد العزيز شحاته، زمن المحضون في نظر الفقه والقانون، مجلة كلية الشريعة والقانون بتهفنا الأشراف، ع 15، ج 2، كلية الدراسات الإسلامية والعربية فرع البنات، جامعة الأزهر الشريف، القاهرة، مصر، 2013، ص1287.

2_ نبيل صقل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، د ط، دار الهدى للنشر والطباعة، الجزائر، د ت، ص254.

3_ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح البخاري، ج12، المكتبة السلفية، مصر، 1390هـ، ص253، ح6911.

4_ سميرة قدوش، "دور الاجتهاد القضائي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون"، مجلة المعيار، مج14، ع2، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، ديسمبر 2023، ص360.

5_ مادة 66، قانون الأسرة الجزائري.

فالمشرع عندما ذكر مصطلح الحاضنة فإنه يقصد بها جميع الحواضن بما فيهم الأم، الجدة والخالة والعمة، وبذلك لم يستثني الحضانة في الأم فقط، فإنْ كانت الحضانة مسندة لصالح واحدة منهم فبزواجها من أجنبي سقطت عنها الحضانة، لاحتواء نفس العلة وهي مصلحة المحضون على الرغم من أن المشرع لم يذكرها صراحة، لكنه لا يعني إهمالها وعدم مراعاتها.[1]

وفي هذا الصدد صدر قرار بتاريخ 18 مارس 2005 عن المحكمة العليا والذي قضى بأن "القرار المطعون فيه لم يخالف القانون... وذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في حضانته بمجرد زواجها من غير محرم...".[2]

والغاية من وضع المشرع لهذا المبدأ هي أن من بين حقوق الزوج على زوجته حق الطاعة، فبصلاحيته هذه يمكن له منع زوجته من القيام بواجبات الحضانة من اهتمام بالطفل ورعايته ولا يقربه وتلبية شؤونه الخاصة، كون ذلك الزوج ليس والدا للمحضون ولا يقربه بصلة تجعله يحن عليه، فيمكن أن لا يكن اتجاهه أي مشاعر أو عواطف[3]، خلافا لذلك فزواجها بقريب للمحضون لا يسقط حقها في الحضانة، كون هذا الأخير أي القريب يحمل اتجاه الصغير الرحمة والشفقة والعطف، مما يجله لا يقسوا عليه في معاملته معه.[4]

وفي هذا السياق كرست المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 05-05-1986 مبدأ يقضي بأنه: "متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة

1_ حورية سويقي، "زواج الحاضنة ومصير الطفل المحضون –دراسة تحليلية في القانون الجزائري مدعمة بالإجتهاد القضائي–"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مج 09، ع1، عين تيموشنت، الجزائر، جوان 2023، ص267.

2_ قرار رقم 331058، مؤرخ في 18-05-2005، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2005، ص384، 385.

3_ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص745.

4_ المبروك منصوري، "شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية –دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، ع8، جوان 2015، ص97.

لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة...".[1]

أما إذا كان الرجل الذي تزوجت به الأم الحاضنة من محارم الطفل المحضون، كعمه، وفي هذه الحالة يتبقى للأم حقها في حضانة ولدها (أو كانت حاضنة أخرى وتزوجت بذي محرم قريب للطفل)، ولا تسقط عنها بزواجها منه، فعم الولد يهتم لذلك الطفل فهو بمثابة والده، فلا يمنعها من رعايته، ولا يشغلها عنه بطلباته فلا تتصادم مصالحه مع مصالح الطفل المحضون.[2]

إلا أنه هناك حالات لا تسقط فيها الحضانة عن الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم فهي تعتبر كقيد لعدم إسقاط الحضانة رغم الزواج وتتمثل في: سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواجها عاما كاملا أو أكثر ولم ينزعه منها، وهو ما يعتبر إسقاطا ضمنيا لها، كما لا تسقط بانتهاء الرابطة الزوجية بموت أو طلاق، قبل علم الشخص الذي يليها في الحضانة، كذلك عدم وجود مرضعة للطفل المحضون إذا كان رضيعا، غير أمه، أي لم يقبلها، أو لم تقبل المرضعة أن ترضعه في بيت من انتقلت إليه الحضانة غير أمه، بأن قالت لا أرضعه إلا في بيتي أو بيت أمه[3]، إضافة إلى ذلك توجد حالة أخرى وهي حالة عدم وجود حاضن للطفل تتوفر فيه شروط الحضانة المنصوص عليها في القانون من غير حاضنته[4]، وأن لا تكون الحاضنة المتزوجة وصية على الطفل المحضون، ففي رواية قيل أنها لا تسقط عنها بتوافر شرط الوصاية، وفي رواية أخرى لا يشترط ذلك وتسقط عنها.[5]

1_ قرار رقم 40438، مؤرخ في 05-05-1986، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، ع2، 1989، ص75.

2_ الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2015، ص585.

3_ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ص530.

4_ الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ص586.

5_ عدنان علي إبراهيم الملا، "حالات سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنا بقانون الأحوال الشخصية الكويتي"، مجلة كلية دار العلوم، ع142، سبتمبر 2022، ص218.

تسقط الحضانة عن الحاضنة بمجرد زواجها بغير قريب محرم، فإن طلقها أو مات عنها زوجها فهل تعود لها الحضانة أم لا؟ فقد قال ابن رشد: إن الحاضنة إذا طلقها زوجها أو مات عنها فليس لها أن تأخذه بعد ذلك، وقيل عند كل من المغيرة، ابن دينار وابن حازم، أن حضانتها تسقط ما دامت مع الزوج، فإن مات عنها أو طلقها رجعت لها حضانة الطفل، وكانت أحق بحضانته[1]، وهو ما تم تأكيده في القرار الصادر بتاريخ 21_11_2000 الذي جاء فيه:" إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 72 ق أ..."[2]

إن المشرع اشترط بشأن مسألة إسقاط الحضانة عن الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم أن الزواج يجب ن يكون زواجا رسميا صحيحا ومستوفيا لكامل شروطه وأركانه المنصوص عليها في المادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة، وأن يكون زواجا رسميا أمام الجهات المختصة (م18 ق أ)، فلا حجية للزواج العرفي في إسقاط الحضانة عن الحاضنة، إذ يجب لإسقاط الحضانة أن يكون سبب الإسقاط واضحا وبينا لا لبس فيه[3]، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي، إذ جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله،..."[4].

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على شرط الدخول بالزوجة في قانون الأسرة واكتفى بانعقاد الزواج لإسقاط الحق في الحضانة، إلا أن الاجتهاد القضائي استقر استنادا لأحكام الشريعة الإسلامية على ضرورة تحققه لإسقاط الحضانة عن الحاضنة، ذلك

1_ أبو الوليد بن أحمد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ج5، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988، ص220 ،221.

2_ قرار رقم252308، مؤرخ في 21-11-2000، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2001، ص 284.

3_ محمد حيدرة، "زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، ع20، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جوان 2018، ص196.

4_ قرار رقم 50.270، مؤرخ في 07-11-1988، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع3، 1991، ص48.

أن السبب الرئيسي هو لاشتغال الزوجة عن المحضون بمراعاة زوجها، إذ لا يتحقق فعليا إلا بالدخول بها من قبله، فضلا عن أن الدخول لا يمكن أن يقع فقد ينفسخ عقد الزواج قبل الدخول بسبب وفاة الزوج أو طلاقها منه، فلا يمكن ترتيب أثر السقوط بناءا على سبب معدوم.[1]

إن المعيار الأساسي والمبدأ الذي يعتمده القانون والاجتهاد القضائي وحتى الفقه الإسلامي، هو مراعاة مصلحة المحضون فهي الأولى والأسمى، فالحضانة إنما وضعت لهدف واحد وهو حماية الصغير وحفظه صحة وخلقا، إذ أن الحضانة في جوهرها مقررة في حق المحضون لذلك وجب تغليب مصلحته عند إسقاط الحضانة من الحاضن وإسنادها لحاضن آخر غيره، فإذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم فإنه يخشى على المحضون وعلى تربيته من زوج الحاضنة وذلك لسببين لا غير لانشغال الأم عن المحضون والمعاملة المحتملة من قبل الزوج الأجنبي ولهذا تقرر إسقاط الحضانة، ذلك أن الزواج في حد ذاته ليس هو سبب الإسقاط بل السبب الرئيسي هو الزوج، والدليل على ذلك أنه إذا تزوجت الحاضنة من عم المحضون هنا لا يخاف عليه من العم فهو يعتبر من أصحاب الحق في الحضانة لقربه الشديد من المحضون، فلا يمكن له أن يعامله بقسوة أو يعرض حياته للخطر (صحة وحلقا وأمنا).[2]

الفرع الثاني:

سكن الحاضنة عند من سقطت حضانته

إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة، فإنه إذا أسندت حضانة الطفل لحاضنة أخري سواء كانت الجدة أو الخالة، وحملت المحضون وانتقلت للسكن به مع أمه المتزوجة فإن الحضانة تسقط عنها أيضا.[3]

1_ محمد حيدرة، "زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مرجع سابق، ص196 ،197.

2_ صالح بوغرارة، "حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة"، (مذكرة ماجستير)، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2008، ص71، 72.

3_ وردة دلال، قانون الأسرة (كتاب بيداغوجي)، مرجع سابق، ص191.

المقصود بالمُساكَنة: اجتماع الحاضنة سواء كانت جدة أو خالة بالطفل المحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون في مسكن واحد وتحت سقف واحد، ذلك أن المادة 70 من قانون الأسرة جاءت مكملة للمادة 66 من نفس القانون لاشتمالهما نفس المسألة وهي إسقاط الحضانة عن الحاضنة، إلا أنهما يختلفان في أن المادة الأولى تتحدث عن حاضنتين فقط وهما الجدة والخالة، في حين أن المادة 66 تشمل كل الحاضنات بما فيهم الأم والجدة والخالة.[1]

إذ جاء في قانون الأسرة في المادة 70 ق أ التي نصت على أنه:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون بغير قريب محرم"[2]، ومعنى هذه المادة أن إمساك الحاضنة للطفل المحضون في بيت من يبغضه ويكرهه، يسقط عنها الحضانة، ذلك لما يترتب عليه من ضرر للولد وضياعه، فالغرض من الحضانة هو حفظ الولد، والقيام بخدمته وليس العكس.[3]

فالمشرع استسقى هذه المادة من أصول الفقه المالكي الذي يقرر أنه في حالة ثبوت الحضانة للأنثى (بعد الأم)، فإنها لكي تثبت لها الحضانة ولا تسقط عنها أن تنفرد بالسكنى مع المحضون، وأن لا تقيم مع من سقطت حضانتها[4]، وهو الأمر الذي كان محل تناقض بين المالكية والجعفرية، إذ جعل الجعفرية غير مسقطا لحق الحضانة، إذا كانت الحاضنة لديها القدرة لحماية المحضون ورعايته وصيانته.[5]

ولأن مصلحة الطفل وحسن نشأته تقتضي بالضرورة توفر شرط السكن الملائم واللائق، فينمو الطفل في بيئة تحفظ له سلامته النفسية والبدنية، وتضمن استقامته صحيا وخلقيا وحتى على مستوى تعلمه الدراسي، ذلك أن الطفل الصغير إذا نمى في بيئة اجتماعية سيئة وغير

1_ زكية حميدو، "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، (أطروحة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الموسم الجامعي 2004_2005، ص 536.

2_ مادة 70، قانون الأسرة الجزائري.

3_ محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية "معزز باجتهادات المحاكم الشرعية"، محمد خالد جمال رستم، ج2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص564.

4_ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص527.

5_ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص745.

مستقرة في مسكن غير ملائم مع حاضنته عند من يبغضه، فإن ذلك يعرضه للأذى والهلاك، وهو ما نوه عنه المشرع في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري التي تلزم بتوفير سكن للمحضون وفي حالة تعرضه ذلك عليه بدفع بدل للإيجار للحاضنة صونا للطفل[1]، حيث جاء في قرار المحكمة العليا أن تقدير مدى ملائمة المسكن المخصص للحضانة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[2]، وعلى هذا النهج سار الاجتهاد القضائي، الذي جعل استقرار الحاضنة في سكن ملائم شرطا جوهريا لاستمرار الحضانة إذ جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم)، أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون... وإن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة...".[3]

يقصد بلفظ الملائم: تفسير مبدأ مصلحة المحضون وتكريسا له لحماية الطفل المحضون وضمان تربيته تربية سليمة، بعيدا عن ما قد يؤثر بالسلب على أخلاقه وحياته ومستقبله فيضيع الطفل.[4]

فالسكن الملائم هو واجب واقع على عاتق الأب توفيره للحاضنة لممارسة الحضانة ولضمان عدم تعريض الطفل للسكن مع من يبغضه مما يؤثر على حياته سلبا، وفي حالة عجز الأب عن توفير ذلك فإنه عليه أداء بدل الإيجار لها، لتحقيق الغاية من الحضانة وهو نص عليه لمشرع الجزائري في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.

1_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض– نفقة– عدّة– حضانة– متاع ، مرجع سابق، ص66 ،67.

2_ قرار رقم 1476011، مؤرخ في 05–01–2022، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2022، ص57.

3_ قرار رقم50.011، مؤرخ في 20–06–1988، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع2، 1991، ص57.

4_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض– نفقة– عدّة– حضانة– متاع، المرجع السابق، ص67.

الفرع الثالث:

تنازل الحاضنة عن الحضانة

لقد خول المشرع الجزائري للحاضنة إمكانية التنازل عن حقها في حضانة الطفل المحضون، وهذه الإمكانية نص عليها المشرع في المادة 66 قانون الأسرة والتي جاء فيها: "يسقط حق الحاضنة... بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".[1]

فالمشرع أعطى حق التنازل للحاضنة لكنه قيد بشرط ضروري وهو مراعاة مصلحة الطفل المحضون، فالغرض من الحضانة وباقي المسائل المتعلقة بها هو مصلحة الصغير الفضلى[2]، وبهذا الخصوص كرس القضاء مبدأ مصلحة المحضون في القرار الصادر بتاريخ 13_02_2002:"تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون."[3]

أما إذا وقع التنازل من الحاضنة وكان هناك من يليها في المرتبة يمكنه المحافظة على المحضون و مصلحته، فيترتب انتقال الحضانة إليه، وإلا فالعكس يسقط حقها فيها وهو ما تم تأكيده في القرار الصادر في سنة 1988 وما جاء فيه: "من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها وتعامل معاملة نقيض قصدها... فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس مباشرا بل يحضن بغيره من النساء (زوجته الثانية)...".[4]

فالمشرع لم يخرج عما جاء به الفقه، فلقد تناول هذه المسألة حيث أجاز جمهور الفقهاء التنازل لكن في الحالة التي لا يوجد فيها حاضن للمحضون غير الحاضنة، أو وجدت حاضنة

1_ مادة 66، قانون الأسرة الجزائري.

2_ محمد حيدرة، "مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، الأكاديمية للدراسات القانونية المقارنة، مج4، ع2، 2018، ص17.

3_ قرار رقم282153، مؤرخ في 13-02-2002، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع1، 2004، ص282.

4_ قرار رقم 51894، مؤرخ في 19-12-1988، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع4، 1990، ص70.

أخرى بعدها لكنها لم تقبل الحضانة، أو كان الأب فقيرا لا يستطيع تحمل دفع أجرة الحضانة فإنهم يمنعونه ولا يجيزونه، إذ أن المبدأ العام والمنظم لأحكام الحضانة هو تقديم مصلحة المحضون، فإذا ما تعارض حق الطفل مع حق الحاضنة وحق الأب قدم حق المحضون، وبالتالي في حالة حدوث تصادم بين منفعة الحاضنة في التنازل ومصلحة الطفل في الرعاية فإنها سوف ترجح مصلحة الطفل وتغلب ويقابل طلب التنازل بالرفض، حتى لا يضار بعدم الحضانة.[1]

فحق التنازل عن الحضانة ليس بحق مطلق بل حق مقيد، إذ لا يجدر بالحاضنة أن تتنازل عن حضانة ابنها وهو في حاجة إليها، وأيضا يشترط أن يكون هناك حاضن آخر تسند إليه الحضانة وتتوافر فيه الشروط اللازمة ويجب أن يقبلها.[2]

وتأسيسا لذلك جاء في قرار آخر رقم 54353 أنه: "من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون...، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلو خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة..."[3]، تغليبا لمصلحة الطفل رفض طلب الأم الحاضنة في التنازل عن ابنتها المريضة.

ويشترط بالإضافة لذلك أيضا أن يكون التنازل بموجب أمر قضائي صادر من الجهات القضائية المختصة، يقضي بالتنازل عن الحضانة، باستثناء البنت ببلوغها سن الزواج، فلا يمكن اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالتنازل عنها فحضانتها تنتهي بقوة القانون.[4]

1_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص155.

2_ زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص461.

3_ قرار رقم54353، مؤرخ في 03-07-1989، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع1، 1992، ص45.

4_ حنان بن داود، "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج4، ع2، 2019، ص247.

إن تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة هو حق شخصي، صادر عن رغبتها في عدم استمرار حضانتها، فيترتب عليه إسقاط الحضانة وانتقال ذلك الحق، لكن لو قامت الحاضنة باختيار شخص محدد تتنازل له سواء كان بمقابل مالي أو تبرعا، فإن الحضانة في هذه الحالة تسقط عن الحاضنة غير أنها لا تنتقل إلى الشخص الذي تنازلت له الحاضنة، وإنما تنتقل إلى الشخص الذي يليها في المرتبة وفقا للقانون، لأنه لو أجيز ذلك فإنه يعد تعديا على حقوق الآخرين، فليس للشخص ولاية على ترتيب أصحاب الحقوق.[1]

الفرع الرابع:

انتهاء أمد الحضانة

الحضانة هي حق شخصي يثبت للحاضن غير أنها ليست حقا مؤبدا، إذ أنها تنتهي ببلوغ المحضون سنا معينة، فهي تهدف أساسا إلى حمايته ورعايته، وهو المقصود منها، غير أن هذه الرعاية لا يمكن أن تستمر دائما، فكلما كبر المحضون نقصت احتياجاته للحضانة إلى أن يستغني عنها.

المقصود بمدة الحضانة هي الفقرة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها، تبدأ من وقت حاجة الطفل إليها أي منذ لحظة ولادته حيا سواء كان ذكرا أو أنثى، لقوله تعالى:﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ. . .﴾[2]، وتستمر إلى حين استغناء المحضون عنها، إلا أن الاستغناء يختلف حسب نوع المحضون بالذكورة والأنوثة.[3]

تختلف مدة انقضاء الحضانة وسقوطها باختلاف جنس المحضون، فبالنسبة للذكر فإنه يبقى تحت الحضانة إلى غاية بلوغه سن العاشرة، أما بالنسبة للبنت فإن حضانتها تستمر إلى حين بلوغها سن الزواج وهو محدد حسب المادة 07 ق أ بتمام 19 سنة[4]، وهو ما جاء في المادة 65 بنصها: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن

1_ الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص592.

2_ سورة البقرة، الآية رقم233.

3_ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص761.

4_ الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص132.

الزواج..."[1]، وتزيد لمدة سنة إذا لم يطلبها من له الحق فيها بدون عذر[2]، وسبب تحديد هذه المدة والاختلاف بين مدة حضانة الذكر والأنثى هو تباين تكوين كل واحد منهما النفسي والعقلي والجسدي.[3]

جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في سنة 2006 أنه: "تنقضي حضانة البنت بقوة القانون، ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها".[4]

غير أن القانون أجاز للقاضي تمديد مدة حضانة الصغير إلى غاية بلوغه سن 16 سنة، غير أنه قيده بشرط عدم زواج الحاضنة ثانية، ذلك أن زواج الحاضنة بأجنبي مسقط لحقها في الحضانة من الأصل، فهو سبب كاف لعدم مد حضانتها، حتى ولو لم يكن هذا قائم أي بمجرد يرفض طلب التمديد.[5]

تثبيتا لهذه القواعد جاء في القرار رقم59.156 "من المقرر أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني..."[6]، وبالموازاة مع ذلك، كرس القرار رقم66552 نفس الاتجاه القضائي حيث جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة...".[7]

1_ مادة 65، قانون الأسرة الجزائري.

2_ العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري مقدمة الخطبة الزواج الميراث الوصية، ج1، د ط، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د ت، ص389.

3_ فاطمة حداد، "التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا"، مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، مج 04، ع1، رمضان 1439هـ، جوان 2018، ص178.

4_ قرار رقم 347914، مؤرخ في 04-01-2006، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2006، ص449.

5_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص154.

6_ قرار رقم 59156، مؤرخ في19-03-1990. غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع2، 1991، ص76.

7_ قرار رقم 66552، مؤرخ في 10-12-1990، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة الأحكام القضائية، ع2، 1995، ص89.

استنبط المشرع أحكام مدة الحضانة من فقهاء الشريعة الإسلامية، وبالأخص المذهب المالكي الذي يرى أن الحضانة تسقط عن الذكر بالبلوغ، فإن بلغ ولو زمنا أم مجنونا تسقط عن الأم، وتستمر نفقة الأب، أما بالنسبة للأنثى فهي تستمر إلى غاية زواجها ودخول الزوج بها، أما في خصوص المشكل فإنها لا تسقط عنه[1]، وأضاف المالكية شرطا في بقاء الأنثى في حضانة الأم حتى بلوغها سننا تتزوج فيه، وهو توافر الحرز والتحصين، فلو كانت الأم في غير تحصين ولا حرز فتسقط عنها، وتنتقل لحضانة الأب، وله أخذها منها.[2]

أما المذهب الحنفي فاعتبر نهاية مدة الحضانة يرتكز على قدرة المحضون على الاستغناء عن الحضانة، فالذكر ببلوغه سبع سنوات والأنثى ببلوغها حد الاشتهاء وهو مقدر عندهم بتسع سنوات، فتنتقل الحضانة إلى الأب.[3]

والسبب في انتهاء حضانة النساء عند كل منهما أنه إذا بلغ هذا الصغير فإنه يحتاج أن تنتقل حضانته إلى الأب، وأن يستغني عن حضانة النساء لكي يتخلق بآداب وأخلاق الرجال، فهو أقدر على ذلك من الأم، أما البنت فهي تبقى مدة أطول مع الحاضنة، من أجل إرشادها إلى معرفة آداب النساء وتدريبها على مهمتها وعمل المنزل، لكي تصبح جاهزة بعد الاستغناء والانتقال إلى الأب لأنه الأقدر على حفظها وصيانتها.[4]

مدة الحضانة عند الشافعية ليس لها مدة معلومة فهي محددة بسن التمييز، فله حرية اختيار حاضنه بعد ذلك السن، أما عند الحنابلة فقدرت بسبع سنوات ولا فرق بين ما إذا كان ذكرا أو أنثى.[5]

1_ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك إلى أقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج2، د ط، دار المعارف، د ت، ص755.

2_ محمد عليوي ناصر، "الحضانة بين الشريعة والقانون"، (مذكرة ماجستير)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، د ت، ص104.

3_ أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية، ج4، ط1، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، دار الفكر، بيروت، ص 371،372.

4_ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص245، 246.

5_ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص524.

وبناءاً على ما سبق، وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري أخذ برأي المذهب المالكي، إلا أننا نرى أن رأي المذهب الحنفي بخصوص هذه المسألة هو الأقرب لواقعنا، خاصة في زمننا المعاصر، فالطفل بتجاوزه للسن المحددة عند الحنفية (سبع للذكور وتسع للإناث) فإنه يدخل في مرحلة جد حساسة فيكون بحاجة ماسة إلى أن يكون تحت حضانة الأب لأنه الأقدر على حماية الصغير وتأديبه.

المبحث الثاني:

التنازل عن الحضانة وآليات استردادها

إن حق الحضانة هو حق ليس مطلق للحاضن بل هو مقيد لخضوعه للسلطة التقديرية للقاضي ورقابته المستمرة، باعتبار أن الغاية الأسمى هي مصلحة المحضون، لذا فإن أي تصرف يرد على هذا الحق سواء بالتنازل أو الاسترداد، يظل محكوما بتلك السلطة وتلك الغاية، وتأسيسا على ذلك فإن إرادة الحاضن في التخلي عن هذا الحق أو رغبته في استعادته لا ينتج آثاره القانونية بمعزل عن القضاء الذي يملك صلاحية واسعة في تقدير مدى توافق إرادة الحاضن ووضعية المحضون في حالتي التنازل والاسترداد، فالحضانة من الأحكام ذات الحجية المؤقتة، فهي قابلة للتغير كلما اقتضت مصلحة المحضون ذلك، وهو ما سنتطرق إليه بشيء من التفصيل في هذا المبحث من خلال تناولنا للتنازل عن الحضانة (المطلب الأول)، ثم عودة الحق في الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

التنازل عن الحضانة

تعد الحضانة من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، لكونها تتعلق مباشرة بحماية وصيانة حقوق المحضون، وإذا كان الأصل في الحضانة أنها واجب يقع على عاتق الحاضن، فإن الواقع العملي يطرح مسألة في غاية الأهمية وهي التنازل عن الحضانة، أي تخلي الحاضن عن هذا الحق بإرادته المنفردة أو باتفاق مع الطرف الآخر. إن دراسة هذا الموضوع تقتضي منا بالضرورة البحث في شقين متكاملين، يخصص الفرع الأول لتحديد الطبيعة القانونية والشرعية لهذا التنازل عبر التكييف الفقهي والقانوني للتنازل عن حق

الحضانة، أما الفرع الثاني فينتقل بنا من الجانب النظري إلى الجانب التطبيقي، وذلك من خلال رصد أهم إشكالات التنازل عن الحضانة.

الفــرع الأول:

التكييف الفقهي والقانوني للتنازل عن الحضانة

أولاً: موقف الفقهاء من مسألة التنازل عن الحضانة:

نجد أن الفقه المالكي ذهب إلى أن الحاضنة إذا تنازلت عن الحضانة، فإن حقها فيها يسقط، سواء تنازلت عن هذا الحق بعوض أو بدون عوض، وكذلك في حالة تنازلها عن هذا الحق لشخص آخر من اختيارها، فلا تنتقل الحضانة إليه، وإنما هذا الحق ينتقل إلى من يليها في الرتبة، فهذا الحق بمجرد التنازل ينتقل إليه، فليس لها القدرة بأن تعطيه للغير، وهذا أيضاً قول كل من المذهب الشافعي والحنبلي والحنفي.[1]

غير أن هذا الاتفاق الفقهي على أثر التنازل، سبقه خلاف جوهري حول طبيعة الحق في الحضانة، فقد اختلف الفقهاء المسلمون في الأخذ بهذا السبب لاختلافهم في اعتبار أن حق الحضانة تكون للمحضون، أم للحاضن، أم أنها حق لكل من الحاضن والمحضون.[2]

نجد بعض من فقهاء الحنفية ورواية عن مالك أن الحضانة حق للمحضون والحاضن لا يستطيع التنازل عنها لغيره.[3]

1_ نظيرة بومالة، "دعاوى الحضانة والإشكالات المتعلقة بها"، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، ع 01، سنة 2023، ص 25.

2_ بلقاسم أعراب، "مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، ع 01، 1994، ص 52.

3_ المرجع والموضع نفسه، نقلاً عن مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 204، 205، محمد جراد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، دار الجواد، بيروت، ج 1، 2، ص383، عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص 241.

ونجد الشيعة الامامية وبعض من الحنابلة اعتبروا أن الحضانة حق للحاضن فله الحق في التنازل عنها ولا يجبر عنها وفيه رواية عن مالك.[1]

نجد هناك من اعتبر أن الحضانة حق للحاضن وللمحضون، فإن الحاضن يستطيع أن يتنازل عنها لكن بشرط يجب أن لا يكون التنازل عن هذا الحق مضراً بمصلحة المحضون، وهذا ما أخد به ابن القيم الجوزية حيث جاء في قوله أن: "الحضانة حق لها وعليها، إذا احتاج الطفل إليها ولا يوجد غيرها"[2]، معتبراً مصلحة الصغير هي المعيار الذي يقاس عليه صحة التنازل من عدمه، وهذا الاشتراك في الحق هو ما بلوره الفقه الحديث في نظرية تعدد الحقوق، حيث اعتبر أن الحضانة تتجاذبها ثلاثة حقوق: حق للحاضن، وللمحضون، وأيضا حق للولي(الأب)، وفي حالة تعارض هذه الحقوق فإن حق الصغير يتقدم مراعاة لمصلحته، وبناءاً على هذا التقسيم أجاز الفقهاء للحاضنة التنازل عن الحضانة ما لم تُعين وحدها للحضانة، أما في حالة أنه لا يوجد حاضن آخر، أو يوجد من يليها لكنه رفض الحضانة، أو في حالة فقر الأب وعجزه عن دفع أجر حاضنة مثلاً، وتبين أن الأم هي القادرة الوحيدة تبقى لها، في هذه الحالة راعى الفقهاء مصلحة الصغير حتى لا يضر به[3]، وهذا ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 66 بقوله: "... يسقط حق الحضانة بالتنازل ما لم يضر بمصلحة الصغير"[4].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة التنازل عن الحضانة:

لقد استقر المشرع الجزائري على اعتبار الحضانة حق مشتركاً يغلب فيه حق الصغير، وهو ما كرسه صراحة في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري نص على أنه يمكن للحاضنة أن تتنازل عن الحضانة لكن بشرط أن لا يضر هذا التنازل بمصلحة المحضون،

1_ محمد جواد مغنية، "الفقه على المذاهب الخمسة"، ط 04، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، إيران _ طهران _ شارع ناصر خسرو، 1998م، ص 383.

2_ ابن القيم أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج 05، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص 404.

3_ سناء عماري، "التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري"، (مذكرة ماجستير)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2015/2014، ص 69.

4_ مادة 66، قانون الأسرة الجزائري.

ومن خلال هذا النص يتبين أن المشرع قد أقر مبدأ جواز التنازل، لكنه أحاطه بسياج من الضوابط لضمان عدم اتخاذ هذا التنازل ذريعة للهروب من المسؤولية أو الإضرار بالطفل الصغير.

وفي واقع الأمر، فإن هذا التنازل لا يخرج في التشريع الجزائري عن صورتين، فهو إما أن يكون تنازلاً صريحاً أي يكون باللفظ الصريح بمعنى أن يعلن الطرف الذي له الحق في الحضانة عن عدم رغبته في ممارسة هذا الحق، وإما أن يكون تنازلاً ضمنياً وذلك بعدم المطالبة بالحضانة مدة سنة كاملة بعد تحقيق سبب السقوط أو موت الحاضنة مثلاً[1]. تأسيساً على ما سبق، نجد أن إرادة الحاضنة في التنازل ليست مطلقة، بل مقيدة بسلطة القاضي في حماية مصلحة الصغير[2]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10/14/ 2010 والذي قضى بأن: "مصلحة المحضون تقتضي إسناد الحضانة للأم بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق، بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"[3]، فوفق هذا القرار في حالة طلب الأم التنازل عن الحضانة في دعوى التطليق وثبت ضرر المحضون فإن الحضانة تبقى لها. وخير مثال تطبيقي على هذا القيد هو حق الرضاعة، فإذا تنازلت الأم عن رضيعها للأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأنه يضر بمصلحة الصغير وحقه الفطري في الرضاعة الطبيعية[4].

1_ كمال بعاكية، "الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 07، ع 06، 2018، ص 419.

2_ إيناس بوعصيدة،" سقوط الحق في الحضانة وعودتها"، نشرة المحامي، ع 21، 2013، ص 24.

3_ قرار رقم 581222، الصادر بتاريخ 2010/10/14، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، ع 01، 2011، ص 248.

4_ سناء عماري، "التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري"، مرجع سابق، ص 182.

وعليه اشترط المشرع في التنازل عن هذا الحق أن لا يسبب ضرراً للصغير[1]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2002/02/13 بأن: "تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون."[2]

وهو أيضا ما أقرته المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 12-02-2015 الذي جاء فيه: "لا يقتصر دور المحكمة في حالة الطلاق بالتراضي وتنازل الأم عن الحضانة على الإشهاد على الطلاق والتنازل للقاضي أن يلغي أو يعدل في شروط الاتفاق إذا كانت تتعارض ومصلحة الأولاد أو تخالف النظام العام"[3]، فوفقا لهذا القرار، كرست المحكمة العليا سلطة القاضي التقديرية في تقدير مصلحة المحضون إزاء شروط التنازل الاتفاقية المخالفة لهذه المصلحة والنظام العام كونها تندرج ضمن هذا الأخير، مما يوجب تعديلها أو إلغائها.[4]

وبناءاً على هذه النصوص والاجتهادات القضائية، يمكننا استخلاص شروط صحة التنازل عن الحضانة فيما يلي:

استصدار حكم قضائي بالتنازل عن الحضانة فالتنازل لا ينتج أثره بمجرد اتفاق ودي بل يجب أن يُعرض على القضاء لاستصدار حكم يثبته بعد تأكد القاضي من سلامة ظروف الطفل المحضون، وأيضا نجد شرط وجوب وجود حاضن آخر بديل تتوفر فيه الشروط القانونية ومستعد لتولي الرعاية لضمان عدم ضياع المحضون فلا يُعتد بالتنازل إلا بوجود حاضن آخر، وكذلك وجب أن لا يكون التنازل مضراً بالمحضون، وأن يكون التنازل عن

1_ حياة مغاري،" دور الإجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج 58، ع 04، 2021، ص 174.

2_ قرار رقم 282153، الصادر بتاريخ 2002/02/13، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع 01، 2004، ص 275.

3_ قرار رقم 905248، مؤرخ في 12-02-2015، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، منشور بالموقع الالكتروني للمحكمة العليا: https://coursupreme.dz/، تاريخ الاطلاع 24-05-2026، على الساعة 16:26.

4_ محمد لمين مسيخ، النظام العام بين الشريعة والقانون _الزواج وانحلاله نموذجا_، (أطروحة دكتوراه) علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، السنة الجامعية 2024/2023، ص238، 239.

الحضانة من مستحقها وهذا شرط بديهي فلا يملك استعمال هذا الحق إلا مستحقه، وعليه هذه شروط التنازل عن هذا الحق[1].

حيث أكدت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1988/12/16 على أنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها، وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الحضانة"[2]. وعليه نجد أن حق الحضانة يسقط بالتنازل ما لم يضر بمصلحة الطفل الصغير، ويتم أمام الجهة المختصة قانونا، وأن يكون هناك حاضن آخر تستند له الحضانة ويجب أن تتوفر فيه الشروط، ففي حالة إذا كان سبب التنازل اضطراري كسفر لعلاج، أو مرض...، يعتد بالتنازل أي يقبل وعلى القاضي إسنادها إلى من يليه في المرتبة مراعياً مصلحة المحضون، أما إذا كان التنازل في غير صالح المحضون رفض القاضي الطلب مادام الحاضن تتوفر فيه الشروط استحقاق الحضانة، وكان إسنادها إليها يصب في مصلحة المحضون.[3]

الفرع الثاني:

إشكاليات التنازل عن الحضانة

تثير مسألة التنازل عن الحضانة جملة من الإشكالات التي تتجاوز الأطر النظرية للنصوص الشرعية، فبالرغم من تعدد هذه العقبات واختلاف صورها باختلاف القضايا المعروضة أمام المحاكم، إلا أننا سنركز دراستنا على بعض الإشكالات التي تشغل حيزاً كبيراً في الاجتهاد القضائي وتؤثر بشكل مباشر على مصلحة المحضون.

1_ نظيرة بومالة، "دعاوى الحضانة والإشكالات المتعلقة بها"، مرجع سابق، ص 26.

2_ قرار رقم 51894، الصادر بتاريخ 1988/12/19، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع04، 1990، ص 70.

3_ مروة بن شويخ، "أثر تغيير الظروف على سقوط الحضانة بسبب الزواج والتنازل"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مج 10، ع 01، 2020، ص23.

أولاً: إشكالية التنازل عن الحضانة مقابل الخلع (المقايضة):

تعد مسألة التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع من أدق الإشكالات القانونية والواقعية، حيث تضطر الأم أحيانا لتقديم حقها في الحضانة (ثمناً) من أجل أن تتحرر من الرابطة الزوجية، وتكمن خطورة هذه المقايضة في كونها تجعل من حق المحضون كوسيلة للمساومة المالية، فإن جعل الحضانة بدلاً للخلع يفرغ الحضانة من محتواها الإنساني والشرعي، ويحولها من ولاية ورعاية إلى أداة معاوضة، وهو ما يتنافى مع النظام الأسري في الجزائر.

وعليه يستخلص موقف المشرع الجزائري من خلال التنسيق بين أحكام الحضانة والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن الخلع يكون بمقابل مالي يتفق عليه[1]، وبما أن الحضانة "ولاية" ووظيفة قانونية لصيانة حقوق الطفل الصغير وليست حقاً مالياً للأم، فإنها تخرج عن دائرة الأشياء التي يمكن تقويمها بالمال، وعليه فإن أي اتفاق يجعل الحضانة بدلاً للخلع فهو اتفاق يفتقد لركن المالية في العوض مما يجعله باطلاً قانوناً، فقد استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزائرية على أن الحضانة تتعلق بالنظام لحماية مصلحة الطفل المحضون فلا يجوز أن تكون محلاً للصلح أو معاوضة، ففي حالة اشتُرط التنازل عن الحضانة مقابل الخلع، فالقضاء يقضي بصحة الخلع وشرط التنازل يبطل، وذلك حماية للطفل المحضون وحماية حقوقه من أي ضرر، وقد أكد القضاء في قراراته "مثل قرار المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 2010/10/14"(السابق الذكر) أن مصلحة المحضون تسمو فوق أي تنازل إرادي، خاصة إذا أثبت أن الدافع الذي أدى إلى التنازل عن هذا الحق هو الإكراه المعنوي الناتج عن الطلاق.[2]

ثانيا: إشكالية مصلحة المحضون عند التنازل:

سوف نقوم بتعريف مصلحة المحضون، ثم نتطرق إلى تحديد سلطة القاضي ووسائله في تقدير هذه المصلحة:

1_ مادة 54، قانون الأسرة الجزائري.

2_ زكية حميدو،" بعض حقوق المرأة المستحدثة بالأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسات، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ع 02، 2003، ص 16 ،17 ،18.

1ــ تعريف مصلحة المحضون:

أ_ تعريف المصلحة:

المصلحة في المفهوم اللغوي هي المنفعة فهي تعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع أو هي اسم الواحدة من المصالح، أما في الاصطلاح تعني المنفعة التي أرادها الشارع الحكيم لعباده في حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال"، فقانون الأسرة الجزائري لم يعط تعريفاً لمصطلح المصلحة إلا أنه نص عليها في الكثير من المواد أغلبها ما تعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطها بالقصر[1]، وعليه نجد أن المشرع الجزائري ركز على مراعاة مصلحة المحضون وذلك من خلال القيام بتربيته على دين أبيه وتعليمه ورعايته وأيضا السهر على حمايته، دون أن يضع لها تعريف محددا، فهي تعتبر قاعدة مرنة تتأقلم مع الظروف الزمنية، و تختلف من زمن إلى آخر، ومن طفل إلى آخر، وأيضاً من مكان إلى آخر، فالمشرع الجزائري جعل هذه القاعدة معياراً يرجع إليه القاضي كلما رأى في ذلك ضررا على مصالح الطفل المحضون، وأيضا وسع في سلطته التقديرية إلى أبعد مدى.[2]

ب_ تعريف المحضون:

ويقصد بها الشخص الواقع عليه الحضانة، أي هي ضرب من ضروب الولاية على الطفل ورعايته.[3]

إن العمل القضائي جرى على تطبيق مبدأ مصلحة المحضون كلما عرضت عليه قضية متعلقة بالحضانة، حيث جاء في قرار المحكمة العليا بأنه:" يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج التراب الجمهورية مراعاة لمصالحهم"[4]، وجاء في قرار آخر أنه: "لا يعتد

1_ أحمد هلتالي، "استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 11، سبتمبر2018، ص 383.

2_ بوبكر خلف، "مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة "، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 44، جوان 2016، ص521.

3_ المرجع نفسه، ص521.

4- قرار رقم 426431، الصادر بتاريخ 2008/03/12، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع01، 2008، ص 271.

بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، وقضاة الموضوع لما أسندوا حضانة الولدين لأمهم بالرغم من تنازلها عنها مراعاة لمصلحتها قد طبقوا صحيح القانون".[1]

2ـ سلطة القاضي ووسائله في تقدير مصلحة المحضون:

إن مصلحة المحضون تعد الغاية الأسمى التي يسعى المشرع لحمايتها، وهي المعيار الذي يستند له القاضي عند الفصل في قضايا الحضانة، لاسيما في حالات التنازل، ومن أجل ذلك المشرع منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي تمكنه من الموازنة بين مصلحة الأطراف المتنازعة ومصلحة المحضون التي تعتبر الأهم.[2]

أ_ السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون: تتجلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في كونه لا يكتفي بالتحقق من ظاهر الأوراق والاتفاقات، بل يجب أن يمتد دوره في تسيير الدعوى للوصول إلى العدالة سواء من حيث الإجراءات أو المضمون، وهو ما أكده المشرع الجزائري عندما منح للقاضي كامل الصلاحيات وذلك من أجل الوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، فوجب عليه بذل جهد من أجل أن تتلائم أحكامه وقراراته مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه، ونسبة تقديره تختلف من قضية لأخرى كذلك وجب تسبيب الأحكام من أجل أن لا يتعرض للنقض أمام المحكمة العليا[3]، وعليه نجد أن الحضانة كونها مسألة قضائية بالأساس، وغالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير أي تسمح بإمكانية معاودة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك، فليس من أجل رأي القاضي، بل بناء على عناصر موضوعية وأدلة، وعليه وجب دائماً مراعاة مصلحة الطفل المحضون.[4]

ب_ وسائل القاضي في تقدير مصلحة المحضون: إن المشرع الجزائري أجاز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من الإجراءات التحقيق سواء كان ذلك بطلب من الخصوم أو

1_ بوبكر خلف، "مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة "، مرجع سابق، ص 525، نقلاً عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 63.

2- بوبكر خلف، المرجع نفسه، ص 528.

3_ المرجع والموضع نفسه.

4_ المرجع والموضع نفسه.

من تلقاء نفسه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى وحتى قبل مباشرتها[1]، من هذه التدابير: الخبرة، المعاينة، سماع الشهود.

_الخبرة: فهي تعد وسيلة لإيضاح بعض المعلومات التي يحتاج إليها القاضي لفهم الواقع ومن أجل تأسيس حكمه، وقد نصت المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن رئيس قسم شؤون الأسرة يمارس الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له تعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.[2] يمكن للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص من أجل دراسة حالة المحضون النفسية والصحية، وأيضا من أجل جمع المعطيات الاجتماعية والمادية قبل تحديد الحاضن الأصلح[3]، فقد أكدت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2005/11/16 أنه إذا كانت الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية، فإن قاضي الموضوع وجب عليه أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل، ومنها تعيين مرشدة اجتماعية[4]، حيث يستعين بها القاضي لتقرير مصلحة المحضون، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-03-2023، أنه: "يستعين القاضي عند تقرير مصلحة المحضون بتقرير المساعد الاجتماعي، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا على اعتبار مصلحة المحضون مسألة موضوعية تدخل في نطاق سلطته التقديرية."[5]

1_ المادة 75 و76، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008.

2_ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر 1429هـ، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008.

3_ بوبكر خلف، "مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة"، مرجع سابق، ص 528.

4_ قرار رقم 337176، الصادر بتاريخ 16-11-2005، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، أنظر: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ص1527، نقلاً عن بوبكر خلف، "مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة"، المرجع نفسه، ص 529.

5_ قرار رقم 1513042، مؤرخ في 09-03-2023، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2023، ص 96.

_ المعاينة: إذا كانت الخبرة لا تكفي أو لا توضح المعلومات المرجوة، فيمكن للقاضي أن ينتقل إلى أماكن النزاع من أجل التعرف شخصيا على وقائع النزاع المعروضة عليه[1]، وبالتالي يمكن للقاضي المختص إقليميا أن ينتقل إلى مكان ممارسة الحضانة من أجل معاينة الظروف المحيطية التي يعيش فيها الطفل المحضون، كاتساع المسكن، وكذلك مدى قربه أو بعده عن المدرسة...وعليه فيمكن للقاضي الاستعانة بمن يختاره من ذوي الاختصاص لمرافقته في المعاينة، كما بإمكانه أيضا الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين للموازنة بينهما في حالة الإثبات من أجل تكوين قناعته.[2]

_ سماع الشهود: للقاضي سلطة تقديرية واسعة في سماع شهادة أي شخص إذا رأى ذلك ضرورياً، مع مراعاة الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يجوز للقاضي إعادة سماع الشهود ومواجهتهم ببعضهم، كما يُسمح بحضور أقارب الخصوم أو أصهارهم بالإضافة إلى الإخوة وأبناء العمومة في حين لا يستطيع سماع شهادة الأبناء المحضونين، لأنهم لا يمكنهم تقدير ما هو أصلح لهم، إلا أنه الاستماع للمحضون وجب توفر بعض الشروط فهو جوازي بالنسبة للقاضي، والاستماع وجب أن يكون ضروري أمام القاضي في مكتبه وعلى إنفراد، أن يكون الطفل المحضون ناضجاً ومميزاً، وعليه يعد سماع المحضون وسيلة للاسترشاد فقط والقاضي هو من يقدر مدى قدرته على التمييز، فالعبرة دائماً بمراعاة مصلحة المحضون لا مجرد رغبته العاطفية، وعليه يمكن القول أن قوام الحضانة هو مراعاة وتحقيق مصلحة الطفل المحضون.[3]

ثالثا: إشكالية التنازل عن النفقة المستقبلية:

إن المشرع الجزائري لم يعرف لنا النفقة في نصوص قانون الأسرة، ونجده اكتفى بذكر مشتملاتها في نص المادة 78من قانون الأسرة الجزائري، ووفقا لنص المادة السالفة الذكر

1_ بوبكر خلف، "مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة"، مرجع سابق، ص 529، نقلاً عن بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة، 2000م، ص92.

2_بوبكر خلف، المرجع نفسه، ص529 وص530.

3_ المرجع نفسه، ص 530.

يمكن تعريف النفقة بأنها كل ما يعتبر ضروريا لكي يحظى الإنسان بحياة تكفل كرامته وتصونها، من غذاء وعلاج ولباس وسكن وغيرها...، ذلك أن النفقة مرتبطة ارتباطا مباشرا بمصلحة المحضون، وتخضع لسلطة القاضي التقديرية وتكون بناءا على حكم[1]، حيث يتحدد نطاق إسقاط الحق في النفقة، إذ أن إسقاط النفقة بعد وجوبها لا يثير أي خلاف فقهي وفق قاعدة جواز إسقاط الحق بعد وجوبه، أما فيما يخص مسألة إسقاط الحق قبل وجوبه ففيه جرى الخلاف[2]، فهناك من قال بصحة إسقاط الحق قبل وجوبه بجريان سببه[3]، ذلك أن الزوجة إذا تركت أو تنازلت عن حقها في نفقتها المستقبلية أو نفقة حملها لزمها ذلك، وأصبح تنازلها ملزما لها ولا يمكنها العودة بالمطالبة به لاحقا، بينهما هناك من اعتبر هذه المسألة من المسائل الغير ملزمة أي التي لا تلزم صاحب الحق وبالتالي عدم جوازها، كونها من باب إسقاط الحق قبل وجوبه وأيضا الالتزام فيها مخالف لمقتضى العقد[4]، وأيضا كون النفقة تعتبر من توابع العصمة الزوجية فهي مقيدة بما جاء في النصوص والقوانين والقواعد العامة، والمقاصد الشرعية فلا يجوز شرعا مخالفة ما جاء فيهم.[5]

وعلى الرغم من إجازة البعض لإسقاط نفقة الزوجة المستقبلية، إلا أنه لا يمكن قياس إسقاط نفقة الولد المستقبلية عليها، ذلك أن نفقة الولد واجبة شرعا وقانونا على الأب وهو ما نصت عليه المادة 75من قانون الأسرة التي جاء فيها: "تجب نفقة الولد على الأب..."[6]، وهو ما كرسته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث اعتبرت أن حق النفقة هو حق خالص للمحضون إذ يعتبر من النظام العام، فلا يجوز مطلقا الاتفاق على إسقاطه أو التنازل عنه، وهو القرار الصادر بتاريخ 21-01-2004 وجاء فيه أنه لا يحق للأم الحاضنة أن

1_ حاتم عمارة، صابر بن صالحية، "نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام القانون 10/24"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مج09، ع1، جامعة الطارف، الجزائر،01 جوان 2024، ص46،47.

2_ محمد بدر الدين القرافي، أداء الأمانة بالتزام ما اشترط من إسقاط الحضانة، ط1، محمد بن صالح الصوفي، دار القلم، الرباط، المغرب، دجنبر 2002، ص195.

3_ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه في قواعد وفروع فقه الشافعية، مرجع سابق، ص462.

4_ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص308، ص48.

5_ محمد لمين مسيخ، التنازل عن آثار العصمة الزوجية، مرجع سابق، ص54.

6_ مادة 75، قانون الأسرة الجزائري.

تتنازل عن نفقة الأولاد باعتبارها حقا للطفل المحضون وليس حقا للحاضنة، وبذلك فإن أي تنازل يكون واقعا على نفقة المحضون المستقبلية فإنه يأتي باطلا ولا ينتج آثاره القانونية.[1]

ذلك أن النفقات بمختلف أنواعها سواء نفقة الزوجة والأولاد ونفقة الأقارب، لا يمكن التنازل عنها أو إسقاطها مسبقا لأنها تعتبر من النظام العام، ولأنها تمس وبشكل مباشر المقومات الأساسية لوجود الأفراد.[2]

رابعا: خصوصية التنازل في ظل الزواج المختلط:

تزداد مسألة التنازل عن الحضانة تعقيداً في حالات الزواج المختلط، حيث تبرز إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق (بين قانون جنسية الأب أو الأم أو بلد الإقامة)، ويظهر التخوف من استغلال التنازل كوسيلة لتغيير الموطن القانوني للمحضون أو حرمان الطرف الآخر من حقوقه في بلد أجنبي، مما يضع القاضي أمام تحدي الموازنة بين إرادة الوالدين المتنازلين وبين الحفاظ على النظام العام الحمائي للمحضون الذي تفرضه التشريعات والاتفاقيات الدولية.[3]

المطلب الثاني:

عودة الحق في الحضانة

إن استرداد الحق في الحضانة وعودتها، هو رخصة قانونية لا يستأثر بها كل من سقط حقه، كما أنه ليس نتيجة حتمية لزوال سبب سقوطها، كما أنها لا تخضع لحجية الشيء المقضي فيه وإنما لحجية مؤقتة، خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يراعي مصلحة المحضون، وبناءا عليه فإن دراسة هذا المطلب تستوجب الحديث عن أثر زوال سبب سقوط الحضانة، وهو ما سنفصله من خلال التمييز بين زوال سبب السقوط الناتج عن إرادة

1_ قرار رقم311458، مؤرخ في 21-01-2004، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2004، ص379.

2_ محمد لمين مسيخ، التنازل عن آثار العصمة الزوجية، مرجع سابق، ص47.

3_ غالي كحلة، "الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط"، مجلة القانون، ع 09، ديسمبر2017، ص168،167.

الحاضن أي السبب الاختياري (الفرع الأول)، وزوال سبب السقوط الخارج عن إرادته أي السبب غير الاختياري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

زوال سبب السقوط الاختياري

لقد سكت المشرع الجزائري عن مدى إمكانية استرجاع الحضانة إذا كان سبب سقوطها اختياريا، وبالتالي وبمفهوم المخالفة يمكن القول أنه إذا سقطت الحضانة برغبة الحاضن وزال سبب سقوطها الاختياري، فإنه لا يعود إلى مستحق الحضانة حقه فيها.[1]

إن السقوط الاختياري الحضانة، يقصد به إسقاط الحضانة عن مستحقها برغبة منه، فإذا ما تنازل عنها بإرادته، أو سكت ولم يطلبها لمدة تجاوزت السنة، سقط حقه فيها نهائيا ولا يمكن له استرجاعه لاحقا ولن تعود إليه أبدا، وينتقل ذلك الحق إلى الشخص الذي يليه في الترتيب ممن هو أجدر وأقدر عليها[2].

فمتى كان سبب سقوط الحضانة ناتج عن تصرف مستحق الحضانة وبناء على اختياره وكان له دور في إسقاطها سواء كان ذلك مترتبا عن تنازله الصريح الطوعي أمام الجهات القضائية المختصة، أو كان ناتجا عن إهماله الطوعي للحضانة لمدة تزيد عن سنة، فإن حق الحضانة يسقط عنه ولا يمكن بأي حال من الأحوال لصاحب الحق في الحضانة اللجوء إلى المحكمة طالبا استرداد الحضانة، خاصة وأن المحكمة منحت الحضانة لحاضن آخر مستوفي لكامل شروطها[3]، وكانت مصلحة المحضون متوفرة لديه، وبالتالي لا يمكن للحاضن سواء

1_ توفيق وزاني، حماية حقوق الأبناء القصر بعد انحلال الرابطة الزوجية، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير)، قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016-2017، ص57.

2_ وردة دلال، قانون الأسرة (كتاب بيداغوجي)، مرجع سابق، ص191.

3_ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعمة بالاجتهادات القضائية، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ت، ص303، 304.

كانت الأم أو الخالة أو أم الأم أو الأب أو غيره من الحواضن الرجال أو النساء أن يستفيدوا من أحكام المادة 71 من ق أ.[1]

وعليه فإن الأم أو الخالة أو الأب أو غيرهم من مستحقي الحضانة لا يمكن لأحد منهم أن يستفيد من عودة الحضانة بعد زوال سبب السقوط، إذا كان ذلك السبب تنازلا أو عدم المطالبة بحق الحضانة خلال المهلة القانونية المحددة بسنة أو أكثر، باستثناء إذا كان عدم المطالبة بمبرر شرعي[2]، فأصل سقوط الحضانة وعدم إمكانية عودتها هو عقابا للأم لتفريطها بولدها، لأنها الأولى بالعطف عليه، وينبغي عدم تركه لغيرها خوفا عليه منهم لعدم القيام به على أحسن وجه[3]، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا أنه "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها، ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية...".[4]

وفي شأن مسألة سكوت الحاضنة عن الحضانة لمدة تزيد عن السنة صدر القرار رقم 134951 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق... ولم تطالب بهما إلا... بعد 05 سنوات، فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون قد طبقوا صحيح القانون".[5]

إن إسقاط مستحق الحضانة للحضانة بغير عذر من الأمور المختلف فيها، وذلك في شأن مسألة عودتها، فعلى اعتبار أن الحضانة هي حق للحاضن فإنها لا تعود، أما إذا سقطت

1_ ربيحة إلغات، "الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا"، مجلة حوليات، ج 01، ع27، جامعة الجزائر،2015، ص58.

2_ ياسين لعميري،" الحضانة كآلية لتحقيق الاستقرار الأسري بين التشريعات المغاربية والأصول الشرعية"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج07، ع1، البويرة، الجزائر، جوان 2021، ص2137، 2138.

3_ سناء قندوز،" دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، مج 07، ع1، جامعة بجاية، الجزائر، جوان 2022، ص916.

4_ قرار رقم 53340، مؤرخ في 27-03-1989، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع3، 1990، ص85.

5_ قرار رقم 134951، مؤرخ في 21-05-1996، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع2، 1997، ص85.

فإنها لا تعود له بناءا على أنها حق للمحضون[1]، وهو ما يفسر ما سبق فاعتُبرت الحضانة حق للحاضن أي لا عودة للحضانة بتنازل الأم أو سكوتها عنها وبالتالي عدم إمكانية استرجاعها، غير أنه يمكن الخروج عن الأصل على اعتبار أن الحضانة هي حق للمحضون، وكون مصلحته تقتضي ذلك. وهو ما كرسه القرار رقم 235456 إذ أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد حضانة الأولاد لها، ذلك أن الحضانة تعتبر من المسائل التي تخص حالة الأشخاص، ومصلحة المحضون اقتضت ذلك وفقا لأحكام المادة 66 ق أ، وأيضا ما أكد تكريس القضاء المبدأ الذي يقضي بأن مصلحة المحضون تبقى هي المعيار الأسمى في تحديد أحقية الجهة المسند إليها الحضانة، وهو أيضا ما عاكس أن تنازل الأم عن حقها في الحضانة لا يقبل استرجاعها.[2]

كما صدر عن مجلس قضاء المدية قرار بشأن مسألة إسناد الحضانة أنه يمكن التراجع عنها، لأنها من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص ومصلحتهم، وأنه في حالة تنازل الأم عن الحضانة واقتضت مصلحة المحضون أن يكون تحت رعاية حاضنته (أمه) فإن تنازلها نهائيا لا يمنع من إعادة الحق في الحضانة لها، وبما أن المحضونة في سن صغيرة وجد حساسة فإن مصلحتها تقتضي أن تكون مع والدتها، وبالتالي فطلب إسقاط حضانة البنت وعودتها إلى والدتها طلب مؤسس ومبرر، ولا يوجد مانع من الاستجابة إليه.[3]

ويعود سبب تبني المشرع الجزائري والاجتهاد القضائي لهذا الرأي هو مراعاة مصلحة المحضون كونها الأسمى، لأن الأم هي الأرفق بولدها والأقدر على تربيته وأكثرهم صبرا عليه، وذلك مقارنة بباقي الحواضن[4]، إذ تبنت المحكمة العليا ذلك في قرار آخر لها صادر

1_ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص532.

2_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض– نفقة– عدّة– حضانة– متاع، مرجع سابق، ص71.

3_ قرار مجلس قضاء المدية، غ.أ.ش، رقم الجدول 175، 2002، فهرس 79/ 2002، بتاريخ 11–05–2002، نقلا عن كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، AlphaDoc، 2019، ص144.

4_ رقية دباغ، "الاختيارات الفقهية المالكية في باب الحضانة وأثرها على قانون الأسرة الجزائري _دراسة نماذج_"، مجلة صوت القانون، مج08، ع خاص02، جامعة أدرار، الجزائر، 2022، ص220.

بتاريخ 06-10-2021 والذي جاء فيه: "يحق للأم المطالبة بالحضانة من جديد بعد تنازلها عنها أثناء الطلاق بالتراضي، متى بررت طلبها وكانت الحضانة الفعلية عنها."[1]

والحقيقة أن التنازل عن الحق في الحضانة سواء كان سببه اختياريا أو اضطراريا، فيكون غالبا بسبب الظروف التي حتمت ذلك عليهم وفي الغالب تكون مبررة، وبالتالي لا يمكن سد طريق العودة أمام الأبوين على الأقل، فيجب مراعاة ذلك وعدم منعهم من العودة لممارسة الحضانة بزوال تلك الظروف تحقيقا لمصلحة المحضون في أن يحضن من قبل والديه في المقام الأول.[2]

إذ يمكن استرداد الحضانة بعد سقوطها عن الحاضن وذلك عن طريق اتفاق بين الطرفين (أي الحاضن الذي أسندت له الحضانة والحاضن الذي سقطت عنه الحضانة) لاسترداد الحضانة للشخص الذي سقطت عنه، وهو ما أقره الإمام ابن عاصم أن الحق في الحضانة إذا سقط فإنه يعود إذا اتفق الطرفان على ذلك، وعلى اعتبار الاشتراط في الفقه المالكي بمثابة اتفاق يعيد الحق المتنازل عنه[3]، غير أن الاتفاق على هذا فإنه يقضي بالضرورة اللجوء إلى القضاء و استصدار حكم قضائي صادر بناءا على سلطة القاضي التقديرية، والذي يراعي فيه حتما مصلحة المحضون[4]، وهو ما تقرر عن المجلس الأعلى الذي قضى بأنه: "من المقرر شرعا بأنه عند الحكم بالحضانة فإنه يجب على قضاة الموضوع مراعاة مصلحة المحضون"[5]، أي أن القاضي عندما يرى أن مصلحة المحضون عند اتفاق الطرفين

1_ قرار رقم1453870، مؤرخ في 06-10-2021، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، منشور بالموقع الالكتروني للمحكمة العليا: https://coursupreme.dz/، تاريخ الاطلاع 24-05-2026، على الساعة 16:25.

2_ مروة بن شويخ، "مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، ع3، جامعة البليدة، الجزائر، سبتمبر2017، ص161.

3_ محمد بن محمد بن محمد أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد، ج1، ط1، دار الآفاق العربية، القاهرة، 1432ه، 2011م، ص52.

4_ زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص382.

5_ مجلس أعلى، غ.ق.خ، 29-03-1967، م.ج.ع.ق.إ.س، 1968، ع1، ص149، نقلا عن زكية حميدو، المرجع والموضع نفسه.

بعودة الحضانة غير متوفرة، فإنه سيقضي برفض الاتفاق وعدم إسناد الحضانة للطرف الذي أراد استردادها.

وإذا كان المشرع الجزائري والاجتهاد القضائي قد اعتمد هذه الأفكار، فإن ذلك كله مرده الفقه الإسلامي الذي يعتبر الركيزة الأساسية التي يرتكز عليها المشرع في سنه لمواد ونصوص القانون، وبالرجوع إلى الفقهاء نجد أن أرائهم انقسمت إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو رأي المذهب المالكي الذي اعتبر أن سقوط الحق في الحضانة برغبة الحاضنة، وذلك بزواجها بغير قريب محرم والدخول بها من قبله، فإن مات عنها أو طلقت منه، أو فسخ الزواج بسبب فساده، أو تقوم بالتنازل عن الحضانة بدون سبب ولا عذر، فإن الحضانة في هذه الحالات لا تعود أليها ثانية.

الاتجاه الثاني: وهو رأي جمهور الفقهاء الذي يرى أن طلاق الحاضنة من زوجها الغير قريب محرم أو وفاته عنها، فإن حقها في الحضانة يعود إليها، لأن المانع من الحضانة قد انقضى، فيزول المنع ويعود وتكون الأم أولى بحضانة الولد المحضون من البعيد منها.[1]

فيما اختلفوا في عودة الحضانة، في حالة الطلاق من زوجها الغير قريب محرم، فميزوا بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

1_ الطلاق الرجعي: إذا طلقت الأم (الحاضنة) رجعيا من الزوج الأجنبي، فإن الحضانة تعود لها مباشرة وفور النطق بالطلاق من قبل الزوج، وهو المعتمد عند الشافعية والحنابلة، أما بالنسبة للحنفية فيقولون بخلاف ذلك، أي أنها إذا طلقت رجعيا فإنها لا تستحق الحضانة، لأن الرابطة الزوجية تعتبر لازالت قائمة، فلا تعود لها الحضانة إلا بانتهاء العدة، لأنها تعتبر في حكم المتزوجة وأن الرابطة الزوجية لم تنقطع بعد.[2]

1_ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص42.

2_ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج08، ص248.

2_ الطلاق البائن: لقد ذهب جمهور الفقهاء (الشافعية، الحنفية، الحنابلة باستثناء المالكية) إلى أنه يمكن للحاضنة التي يسقط حقها بسبب الزواج من غير قريب محرم للمحضون، أن تسترجع الحضانة عند فك الرابطة الزوجية بطلاق بائن، لزوال المانع.[1]

الفرع الثاني:

زوال سبب سقوط الحضانة الغير اختياري

لقد نص المشرع الجزائري على إمكانية استعادة الحضانة للشخص الذي سقطت عنه بسبب غير ناتج عن رغبته واختياره، حيث جاء في المادة 71 ق أ ما يلي: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"[2]، أي أنه إذا كان سقوط الحضانة لأمور خارجة عن إرادة الحاضن كإصابتها بمرض وشفيت، وأيضا إذا طلقت بعد زواجها الثاني.[3]

ومعنى ذلك إذا تقرر حق الحضانة لشخص وسلب منه أو سقط عنه، وذلك بسبب من الأسباب القانونية، ثم زال ذلك السبب أو توفرت الشروط فيه من جديد، فإن حق الحضانة سوف يعود إليه، ومن الأسباب القانونية أن يكون الحاضن غير قادر على ضمان تربية المحضون دين أبيه...[4]، ذلك أن استحقاق حق الحضانة سقط مؤقتا لسبب حال دون ذلك، فوفقا لقاعدة إذا زال المانع عاد الممنوع، فإن حق الحضانة بزوال المانع الذي أسقط ذلك الحق عن الحاضن فإنه يعود من جديد.[5]

فالمقصود بالسقوط الغير اختياري للحضانة أن يكون سبب سقوطها أمرا قهريا خارجا عن إرادة الشخص الذي له الحق في الحضانة[6]، أي وبما أنه حاضن للطفل المحضون

1_ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج05، ص197.

2_ مادة71، قانون الأسرة الجزائري.

3_ حفيظة بشير، محاضرات في قانون الأسرة مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2023/2022، ص129.

4_ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعمة بالاجتهادات القضائية، مرجع سابق، ص303.

5_ علي عبد الجبار رحيم المشهدي، هدى حسين شاكر، التنظيم القانوني للحضانة المشتركة _دراسة مقارنة_ دروب المعرفة للنشر والتوزيع، مصر، 2024، ص160.

6_ سعاد سطحي، فقه الأسرة، مطبوعة بيداغوجية لطلبة السنة الثانية ل م د، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2013/2012، ص 89.

وتوافرت فيه جميع شروط الحضانة فإنه يملك حق الحضانة، لكن قد يُسلَب منه هذا الحق لسبب ليس له يد فيه، كأن يكون قادرا على حضانة الصغير غير أنه قد يحدث وأن يصبح غير قادرا على رعايته، والمحافظة على صحته وخلقه وتعليمه، فحق الحضانة يسقط لكن إذا زال المانع وتوافرت فيه هذه الشروط من جديد فإنه يعود إليه.[1]

كذلك إذا سقطت الحضانة عن الحاضنة بسبب زواجها من أجنبي عن المحضون، فإن طلقت منه أو توفي عنها ولم تتزوج آخر بعده، فإنه حتما سوف يعود لها حقها في الحضانة، وأيضا إذا كانت الحضانة في يد الخالة أو الجدة لأم وسقط حقها فيها على أساس سكنها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم فيسقط عنها الحق بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة، فإن تمكنت من توفير سكن مستقل عن سكن أم المحضون وبعيدا عنه نوعا ما، ثم رجعت وطالبت بالحضانة فيعود إليها من جديد[2]، وهو ما طبقه الاجتهاد القضائي في القرار رقم 252308، الذي اعتبر زوال سبب السقوط بطلاق الأم من الزوج الأجنبي لا يمنعها من استعادة حقها، وجاء فيه ما يلي: "إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من ق أ يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبيب".[3]

إن سفر الحاضنة وإقامتها في بلد أجنبي يعتبر من الأسباب المسقطة لحقها في الحضانة، فهي بذلك تعد في منزلة الغير مؤهلة للحضانة، غير أنه إذا كان السفر والإقامة في البلد الأجنبي بموجب التزامات مهنية أو أنها سافرت للعلاج، أي أنها اضطرت لذلك فسقطت عنها الحضانة، ثم رجعت إلى بلدها بعد انتهاءها من السبب الدافع للسفر، فإنها تسترد الحضانة.[4]

1_ إيناس بوعصيدة، "سقوط الحق في الحضانة وعودتها"، مرجع سابق، ص26.

2_ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعمة بالاجتهادات القضائية، مرجع سابق، ص303.

3_ قرار رقم 252308، مؤرخ في 21-11-2000، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع2، 2001، ص 284.

4_ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا_ دراسة تفسيرية_ (المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) تفسير نموذجي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص79.

غير أنه في مسألة إقدام الأم على الزواج بغير قريب محرم فإن القضاء لم يستقر في توجه واحد بشأنها، فهناك من اعتبر ذلك بمثابة تنازل رضائي ضمني عن حقها في ممارسة الحضانة، وبالتالي فإنه في حالة إسناد الحضانة بعد سقوطها عنها بسبب تنازلها يعتبر مخالفا للقانون، ولا يمكن لها استرداد الحضانة، غير أن المحكمة قد عدلت هذا التوجه وتراجعت عنه في قرارات أخرى لاحقة لها فبعدما كانت تعتبر التنازل الناتج عن زواج الأم تنازلا إراديا، إلا أنها أصبحت تدرجه ضمن الأسباب الاختيارية، وبالتالي يمكن رجوع الحضانة فيه، وذلك اعتبارا لمصحة المحضون.[1]

إذ يشترط لعودة الحضانة بعد سقوطها لزواجها من أجنبي عن الطفل المحضون، ثم تتطلق منه، فإنه ينبغي أن يكون الطلاق بائنا، فتعود الحضانة للحاضنة فور وقوعه بلا خلاف، وذلك لارتفاع ولاية مطلقها عنها[2]، وجاء هذا في القرار رقم201336 أنه "من المقرر 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 قد طبقوا صحيح القانون...".[3]

وإذا كان المشرع قد وضع لنا الإطار القانوني الذي يضبط هذه المسألة، فإنه ينبغي الرجوع إلى رأي الفقه كونه الأساس الذي بنا عليه المشرع أحكامه، ولقد تضاربت آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة:

اعتبر المالكية أن سقوط الحق في الحضانة عن الحاضنة لعذر كعجزها عن الحضانة بسبب المرض أو تخوفها من المكان، أو سفرها لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر كأن

1_ حياة مغازي، دليلة فركوس، "دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج58، ع04، الجزائر، 2021، ص171.

2_ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الإصدار 02، عمان، 2004، ص274.

3_ قرار رقم 201336، مؤرخ في 21_07_1998، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، ع خاص، 2001، نقلا عن جمال السايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا، مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)، ط1، ج02، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص1072.

شفيت من المرض الذب أصابها أو إتمامها لمناسك الحج وعودتها، أو سفرها للعلاج، ثم عادت بعد أن شفيت، فهذا السفر يعتبر سفرا اضطراريا، أي غير ناتج عن رغبة الحاضنة واختيارها، وبالتالي فإن حق الحضانة يعود لها من جديد[1]، ذلك أنه إذا زال المانع فإن الحق في الحضانة يعود إلى من سقطت عنه للأسباب المانعة، وفق قاعدة إذا زال المانع عاد الممنوع.[2]

أما بالنسبة لجمهور الفقهاء (الشافعية، الحنفية، الحنابلة) فقد ذهبوا إلى أن استرداد الحق في الحضانة هو إمكانية متاحة للحاضن، فسواء كان السبب وراء سقوط الحضانة اضطراريا أو إجباريا فبزواله يعود الحق في الحضانة.[3]

إن حق الحضانة هو حق مشترك للحاضن والمحضون، وهذا الحق يمكن أن يسقط وذلك متى كان هناك مانع حال دون ممارسته، فجمهور الفقهاء لم يميِّز بين المانع الاختياري والمانع الاضطراري، أي الأمر الذي للحاضنة دخل ويد فيه وبسببه سقط عنها الحق فيها والذي لا دخل لها فيه، فبمجرد زوال مانع الحضانة عادت.[4]

والملاحظ أن المالكية قد خالفوا رأي جمهور الفقهاء الذين اعتبروا عودة الحضانة في حالة ما إذا كان المانع إجباريا أو اضطراريا، فبانقضائه يعود الحق فيها وهذا خلافا لرأي جمهور الفقهاء الذين لم يفرقوا في أصل عودة الحضانة واعتبروها تعود بزوال المانع ولم يفرقوا بين المانع الاختياري والاضطراري.

أما بالنسبة لبقية الموانع إذا زالت رجع أصحاب الحقوق(أصحاب الحق في الحضانة) إلى حقوقهم بلا نزاع، كأن أعتق الرقيق، وعقل المجنون والمعتوه، وبلغ الصغير، وعدل

1_ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج10، ص7311.

2_ أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2008، ص230.

3_ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ص42.

4_أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب العلمية، د ط، المحلة الكبرى، مصر، 2006م، ص392.

الفاسق، وأسلم الكافر، عاد حقهم في الحضانة، لأن علة المنع (الإضرار بالمحضون) قد زالت فعادت الحضانة بزوال العلة.[1]

نستخلص مما سبق أن الحضانة عندما تسقط عن الحاضن، فإن ذلك السقوط إذا كان بقوة القانون فإنه لا يحرم صاحبها من حقه في استرجاعها، أما إذا كان ناتج عن إرادة الحاضن الطوعية أي بتخليه عن الحضانة برغبة منه، فالأصل أنه ليس له الحق في التراجع عن هذا الاختيار، غير أنها وخلافا للأصل يمكن له استرجاعها اعتبارا لمصلحة المحضون كونها الهدف الأسمى الذي يستند عليه إسناد وإسقاط الحضانة، وتجدر الإشارة أن كل الأحكام الصادرة والمتعلقة بالحضانة تقبل الطعن بالاستئناف، حسب المادة 75 من ق أ.[2]

1_ نبيلة حسن بنت محمد التركي، "أحكام الحضانة في ضوء الكتاب والسنة"، بحث مستل من الإصدار الأول 3/2، ع39، جامعة الأزهر، يناير/ مارس، 2024، ص1109.

2_ كريمة محروق، "مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مج31، ع2، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2017، ص371.

الخاتمة

وفي ختام دراستنا، نخلص إلى أن الحضانة هي حق أصيل، فهي تعد من أسمى المهام والوظائف الاجتماعية التي أولاها قانون الأسرة الجزائري رعاية بالغة من خلال تنظيمه لمجموعة من النصوص القانونية، فهي وإن كانت تمثل حقا مشتركا بين الحاضن والمحضون إلا أنها تميل وبنسبة أكبر لصالح المحضون وتركيزه على حمايته وضمان استقراره ونشأته نشأة سليمة، غير أن هذا الحق ليس امتيازا مطلقا للحاضن، بل قد يتعرض للزوال والسقوط في حالة عدم تحقق مصلحة المحضون، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى سقوط الحضانة.

ومن هنا تبرز نظرية الإسقاط في الفقه الإسلامي كإطار شرعي رصين يضبط حالات زوال هذا الحق وفقدانه، حيث وضع لها الفقهاء مفاهيمٍ وأركانٍ وأحكامٍ تهدف إلى حماية هذا الحق وصيانته من أي خروج له عن الهدف الذي تقرر من أجله، وقد استلهم المشرع الجزائري هذه القواعد الفقهية ليجعل من سقوط الحضانة وسيلة لإعادة التوازن داخل الأسرة عند اختلال شروط الرعاية، مع إخضاعها لرقابة القضاء الصارمة لضمان عدم خروج هذا الإجراء عن غايته الأساسية، والحيلولة دون استخدامه لغير مصلحة المحضون، ليبقى سقوط الحق دائما غرضه حماية الصغير وصون كرامته.

ومن خلال معالجتنا لموضوع أحكام إسقاط الحضانة في التشريع الجزائري، وتقسيمنا للدراسة بين التأصيل الفقهي لنظرية الإسقاط والتحليل التشريعي لمسقطاتها وآليات استردادها توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نوردها فيما يلي:

النتائج:

_ تتأسس نظرية الإسقاط كأصل عام ينظم زوال الحقوق والتنازل عنها لتشكل أحكام إسقاط الحضانة تطبيقا خاصا مقيدا بمدى ملائمته لمصلحة المحضون الفضلى.

_ تتحدد نظرية الإسقاط في الفقه الإسلامي كأصل شرعي يجيز تنازل الشخص عن حقوق الخالصة، ويمنعه متى تعلق الحق بحدود الله أو النظام العام.

_ الحضانة هي تدبير وقائي لحماية المحضون وليست عقوبة للحاضن، وفقا لقواعد الفقه الإسلامي.

_ إن إرادة الحاضن في التنازل عن الحضانة مقيدة بمصلحة المحضون باعتبارها ليست حقا شخصيا مطلقا.

_ سقوط الحضانة ليست أمرا نهائيا، إذ يجوز استردادها بزوال سبب السقوط مراعاة لمصلحة المحضون.

_ منح المشرع الجزائري القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مصلحة المحضون بما يتناسب مع حالات السقوط.

_ عدم جواز التنازل عن الحقوق الأساسية التي تضمن بقاء المحضون واستقراره كالنفقة والرضاعة، كونها حقوقا لصقية بالمحضون لا تملك الحاضنة حق إسقاطها.

_ يجوز استرداد الحضانة وديا باتفاق الطرفين متى زال سبب إسقاطها، على أن يخضع هذا الاتفاق للسلطة التقديرية للقاضي للتحقق من مصلحة المحضون الفضلى.

_ تتميز الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة بالحجية المؤقتة، مما يمنحها مرونة التعديل أو الإلغاء كلما تغيرت الظروف الواقعية للحاضن والمحضون.

_ يشترط الفقه الإسلامي لصحة الإسقاط أن يكون الحق محلا للتنازل ثابتا ومستقرا لصاحبه، إذ لا يجوز شرعا إسقاط حق مستقبل قبل وجوبه.

_ تتحقق الموازنة بين حرية الحاضن في التعاقد وبين مصلحة المحضون الفضلى عبر السلطة التقديرية للقاضي الذي لا يعتد بأي اتفاق أو تنازل يمس باستقرار المحضون.

التوصيات:

_ نقترح على المشرع الجزائري ضرورة إدراج مادة قانونية خاصة تنظم كيفية وإجراءات إسقاط الحقوق الأسرية سواء كانت حقوقا معنوية كالحضانة والولاية على النفس، أو كانت حقوقا مادية كالنفقة والولاية على المال، فبالرغم من أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص، إلا أن طبيعة هذه الحقوق تختلف تماما عن تلك الحقوق المنظمة في القانون المدني كحق الملكية والانتفاع.

_ نلاحظ أن المشرع عند تنظيمه لمسألة الانتقال بالمحضون، قد أولى اهتمامه وركز على قيد السفر خارج التراب الوطني، في حين كان من الأجدر وبالنظر لمساحة الجزائر الجغرافية وامتدادها الشاسع أن يضع معيارا للمسافة الفاصلة بين مقر إقامة الحاضن وصاحب الحق في الزيارة داخل الوطن، وذلك لضمان الممارسة الفعلية لحق الزيارة، وتجنيب المحضون عناء الانتقال المرهق الذي قد يؤثر سلبا على مصلحته.

_ ندعو المشرع الجزائري إلى إضفاء صبغة إنسانية وميدانية على إجراءات التقاضي، من خلال تفعيل دور المساعد الاجتماعي كعين فاحصة للقضاء في قضايا الحضانة، فمن حق الطفل أن تبنى القرارات المتعلقة بحياته ومستقبله على واقع معيشي ملموس توضحه التقارير الميدانية، مما يمنح القاضي رؤية أعمق تتجاوز أوراق القضية، وتعينه على ممارسة سلطته التقديرية المنصوص عليها في المواد المتعلقة بالحضانة، بما يحقق الأمان النفسي والاجتماعي للمحضون.

_ نحث المشرع الجزائري على إضفاء المزيد من الوضوح على نص المادة 68 المتعلقة بمسقطات الحضانة نتيجة السكوت عن المطالبة بها، فمن الأسمى إنسانيا ألا نعتبر مرور الزمن مجرد قيد قانوني يسلب الحاضن حقه، بل يجب أن ينظر إليه من زاوية الارتباط النفسي للمحضون، لذا نوصي بتحديد بدأ سريان مدة السنة من تاريخ علم الحاضن بصدور حكم نهائي يثبت استحقاقه للحضانة، وليس من تاريخ وقوع الطلاق الفعلي، وذلك ضمانا لعدم ضياع هذا الحق الإنساني بسبب الجهل بالإجراءات القانونية، وحماية للمحضون من تقلبات المراكز القانونية التي قد تؤثر على سكينته واستقراره.

_ نوصي المشرع الجزائري أيضا بضرورة استحداث مقتضيات قانونية تنظم الوضعية الإنسانية للمحضون عقب صدور حكم إسقاط الحضانة، وذلك من خلال إقرار نظام التدرج

في التسليم تحت إشراف أخصائيين نفسيين واجتماعيين لتجنيب الطفل صدمة النقل المفاجئ، كما نقترح إلزام الحاضن الجديد بتقديم تقارير دورية للقاضي المختص أو المساعد الاجتماعي تثبت استمرارية توفر البيئة الآمنة، فغايتنا من ذلك أن لا يظل حكم الإسقاط مجرد إجراء إجرائي، بل واقعا ملموسا يضمن الرعاية والأمان للطفل المحضون اللذين سعى إليهما المشرع الجزائري في نصوصه.

قائمة المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم**

*** كتب السنة:**

_ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة، 1374هـ، 1955م، ح 1563.

_ أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، حبيب الرحمن الأعظمي، ج10، ط2، المجلس العلمي، الهند، توزيع المكتب الإسلامي، بيروت، 1404هـ، 1983م، رقم 18189.

_ أبو داود بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج2، ح2276.

_ ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، د ط، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، 1388هـ، ح 2692.

_ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، ج 38، ط 1، مؤسسة الرسالة، 1421هـ، 2001م.

_ محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، بشار عواد معروف، ج 3، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996م.

القوانين:

_ القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404الموافق09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15مؤرخة في 27 فبراير 2005) والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 04 مايو 2005(ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005).

_ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم09-08، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008.

الكتب:

_ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1997 م، 1418هـ.

_ ابن القيم أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج 05، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.

_ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج1، محمد حجي، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.

_ أبو الوليد بن أحمد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ج5، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988.

_ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، المصنف في الأحاديث والآثار، ج5، ط1، دار التاج، لبنان،1409هـ، 1989م، ح 27576.

_ أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج4، ط1، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، مصر،1422هـ، 2001م.

_ أبو حامد بن محمد الغزالي الطوسي، إحياء علوم الدين، ج3، د ط، دار المعرفة، بيروت، د ت.

_ أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج4، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1317هـ.

_ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، أحمد 13_البردوني وإبراهيم أطفيش، ج3، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ، 1964م.

_ أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي، صحيح البخاري، جماعة من العلماء، ج1، السلطانية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر،1311هـ، ح 805.

_ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج 07، د ط، مكتبة القاهرة، مصر (القاهرة)، 1968م.

_ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، ج 09، د ط، دار التراث، القاهرة، د ت.
_ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج 02، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، بالرياض، 1978م.
_ أحمد الصويعي شليبك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1999م.
_ أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، د ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2008.
_ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم، دمشق، سوريا، 1409هـ، 1989م، ح14.
_ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، ج 38، ط 1، مؤسسة الرسالة، 1421هـ، 2001م.
_ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك إلى أقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج2، دار المعارف، د ط، د ت.
_ أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، د ط، المكتبة العلمية، بيروت، د ت.
_ أحمد بن محمد بن مكي أبو العباس شهاب الحسيني الدين الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، 1305هـ، 1985م.
_ أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
_ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، د ط، دار الكتب العلمية، المحلة الكبرى، مصر، 2006م.
_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
_أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح البخاري، ج12، د ط، المكتبة السلفية، مصر،1390هـ، ح6911.

_ أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية، ج4، ط1، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، دار الفكر، بيروت.

_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية: تعويض- نفقة- عدّة- حضانة- متاع، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

_ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1 الزواج والطلاق، د ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د ت.

_ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، 1983.

_ جمال السايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، (قرارات المحكمة العليا، مسرد ألفبائي للكلمات الدالة)، ط1، ج02، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

_ دلال وردة، قانون الأسرة (كتاب بيداغوجي)، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2025.

_ الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، المنثور في القواعد الفقهية، ج1، تيسير فائق أحمد محمود، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، شركة الكويت للصحافة، 1405هـ، 1985م.

_ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1991م.

_ سعاد سطحي، فقه الأسرة، مطبوعة بيداغوجية لطلبة السنة الثانية ل م د، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2013/2012.

_ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعمة بالاجتهادات القضائية، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ت.

_ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، ط الأخيرة، دار الفكر، بيروت، 1404هـ،1984م.

_ الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2015.

_ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

_ عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد لرحمن بن معلا اللويحق، ط 1، مؤسسة الرسالة، 1420هـ، 2000م.

_ عبد العزيز موسى عامر، التعزيز في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار الكتب العربية، القاهرة، 1955م.

_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط 1، دار الخلدونية، بالجزائر، 2007.

_ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الإصدار 02، عمان، 2004.

_ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، ط 02، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

_ علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ط1، دار الجيل، 1411هـ، 1991م، م1537.

_ علي عبد الجبار رحيم المشهدي، هدى حسين شاكر، التنظيم القانوني للحضانة المشتركة "دراسة مقارنة"، دروب المعرفة للنشر والتوزيع، مصر، 2024.

_ عماد الدين إسماعيل أبو الفداء بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، محمد حسين شمس الدين، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ، 1998م.

_ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ط 1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، الأبيار، 2013.

_ العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري مقدمة الخطبة الزواج الميراث الوصية، ج1، الزواج والطلاق، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د ت.

_ الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

_ كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، AlphaDoc، 2019.

_ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، ج 09، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.

_ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا_ دراسة تفسيرية_ (المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) تفسير نموذجي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.

_ محمد أمين بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، ط2، شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، 1427هـ.

_ محمد بدر الدين القرافي، أداء الأمانة بالتزام ما اشترط من إسقاط الحضانة، ط1، محمد بن صالح الصوفي، دار القلم، الرباط، المغرب، دجنبر 2002.

_ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت.

_ محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج 01، د ط، دار المعرفة، بيروت، 1880م.

_ محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر الخليل، ج 07، د ط، دار الفكر، بيروت، 1989م.

_ محمد بن محمد بن محمد أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد، ج1، ط1، دار الآفاق العربية، القاهرة، 1432هـ، 2011م.

_ محمد جواد مغنية، "الفقه على المذاهب الخمسة"، ط 04، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، إيران _ طهران _ شارع ناصر خسرو، 1998.

_ محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية "معزز باجتهادات المحاكم الشرعية"، محمد خالد جمال رستم، ج2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

_ محمد علاء الدين أفندي نجل ابن عابدين، قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، ج8، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415هـ، 1995م.

_ محمد علي السايس، تفسير آيات الأحكام، د ط، المكتبة العصرية الطباعة والنشر، 1423هـ، 2002م.

_ محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، ج1، ط3، مكتبة الغزالي، دمشق، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، 1400هـ، 1980م، ح7.

_ محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، قواعد الفقه، ط 1، الصدف بلبشرز، كراتشي، 1407هـ، 1986م.

_ محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط 2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1308هـ، 1891م.

_ محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، ط1، دار الفكر، دمشق، 1427هـ، 2006م.

_ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977.

_ محمد يعقوب محمد الرهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، ط 01، دار الفضيْلة للنشر والتوزيع، الرياض، 2002م.

_ محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، مصطفى حسين أحمد، ج1، ط3، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407هـ، 1987م.

_ منصور بن يونس بن صالح الدين البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (شرح منتهى الإرادات)، ج 03، ط 1، عالم الكتب، بيروت، 1996م.

_ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج1، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، دار السلاسل، الكويت، 2007م.

_ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للنشر والطباعة، الجزائر.

_ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، ج6، ط4، دار الفكر، سورية، دمشق، د ت.

_ يحيى بن شرف بن مُري النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 05، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991م.

المعاجم والقواميس:

_ ابن منظور، لسان العرب، ج6، ط 03، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، د ت.

_ إبراهيم أنيس، وآخرون، مجمع اللغة، ج1، ط 02، القاهرة.

_ أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج 13، ط 01، عالم الكتب، القاهرة، 2008م.

_ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، ج 05، د ط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1986م.

_ أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، ج 15، ط 01، دار الكاتب العربي، القاهرة جمهورية مصر العربية، لسنة 1967م.

_ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، ط 05، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، 1420هـ، 1999م.

الرسائل الجامعية:

_ إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، (رسالة ماجستير)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2014/2015.

_ أحمد حسن الحاج يونس صايل،" نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي"، (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2000.

_ توفيق وزاني، حماية حقوق الأبناء القصر بعد انحلال الرابطة الزوجية، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير)، جامعة الجزائر1 ،2017-2016.

_ حمزة بختي، نظرية الإبراء في مسائل الأحوال الشخصية، (أطروحة دكتوراه)، قانون أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، الموسم الجامعي 2023_2022.

_ حازم إسماعيل جاد الله، التنازل عن الحق والرجوع عنه وأثره في الفروع الفقهية، (رسالة ماجستير)، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2016.

_ خالد بن محمد بن إبراهيم الجار الله، إسقاط الحق الخاص وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي، (مذكرة ماجستير)، تخصص التشريع الجنائي ، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004.

_ زكية حميدو، "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، (أطروحة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الموسم الجامعي 2004_2005

_ سناء عماري،"التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري"، (شهادة ماجستير) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2014، 2015.

_ سعيدة حملا، "سقوط الحق وأثره في الفقه الإسلامي _دراسة مقارنة_"، (أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية)، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، الموسم الجامعي2022_2021 .

_ صالح بوغرارة، "حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة"، (مذكرة ماجستير)، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2008.

_ علية المايسة، "الإبراء في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة"، (أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية) تخصص فقه مقارن، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، الموسم الجامعي 2023_2024.

_ محمد عليوي ناصر، "الحضانة بين الشريعة والقانون"، (رسالة ماجستير)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، د ت.

_ محمد لمين مسيخ، التنازل عن آثار العصمة الزوجية، (رسالة ماجستير)، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2008.

_ محمد لمين مسيخ، النظام العام بين الشريعة والقانون _الزواج وانحلاله نموذجا_، (أطروحة دكتوراه) علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، السنة الجامعية 2024/2023.

_ نضرة بن ددوش، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" في جزيرة العرب مطلع القرن السابع للميلاد، (أطروحة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الموسم الجامعي 2010_2011.

المقالات:

_ إيناس بوعصيدة، "سقوط الحق في الحضانة وعودتها"، نشرة المحامي، ع21 ، 2013.

_ أحمد مصطفى سليمان، "ضوابط إسقاط الحقوق في الفقه الإسلامي"، مجلة كلية العلوم الإسلامية، ع2، 2008.

_ أحمد هلتالي،" استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع11، سبتمبر2018.

_ أسماء فتحي عبد العزيز شحاته، "زمن المحضون في نظر الفقه والقانون"، مجلة كلية الشريعة والقانون بتهفنا الأشراف، ع15، ج2، كلية الدراسات الإسلامية والعربية فرع البنات، جامعة الأزهر الشريف، القاهرة، مصر، 2013.

_ أبوبكر عثمان إبراهيم علي، "ما يسقط من الحقوق بالإسقاط وما لا يسقط"، مجلة العلمية لكلية التربية، جامعة أسيوط، مج29، ع4، 2013.

_ بلقاسم أعراب،" مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، ع01، 1994.

_ بوبكر خلف، "مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة"، مجلة العلوم الإنسانية، ع44، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2016.

_ حاتم عمارة، صابر بن صالحية، "نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام القانون 10/24"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مج09، ع1، جامعة الطارف، الجزائر،01 جوان 2024.

_ حنان بن داود،" الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج4، ع2،2019 .

_ حمزة بختي، عيسى معيزة،" الإبراء من الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج07، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2022.

_ حورية سويقي، "زواج الحاضنة ومصير الطفل المحضون _دراسة تحليلية في القانون الجزائري مدعمة بالاجتهاد القضائي"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مج09، ع1، عين تيموشنت، الجزائر، جوان2023.

_ حياة مغاري، دليلة فركوس، "دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع44، جوان2016.

_ حياة مغازي، دليلة فركوس، "دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج58، ع4، الجزائر،2021

_ ربيحة إلغات،" الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا"، مجلة حوليات، ج01 ، ع27، جامعة الجزائر،2015 .

_ رقية دباغ،" الاختيارات الفقهية المالكية في باب الحضانة وأثرها على قانون الأسرة الجزائري _دراسة نماذج_"، مجلة صوت القانون، مج 08، ع خ 02،جامعة أدرار،2022 .

_ زكية حميدو، "بعض حقوق المرأة المستحدثة بالأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسات، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ع02 ، 2003.

_ سميرة قدوش،" دور الاجتهاد القضائي الجزائري في تقدير مصلحة المحضون"، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، ديسمبر2023 .

_ سناء قندوز، "دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، مج27، ع01، جامعة بجاية، جوان2022 .

_ صالح كمال صالح أبو طه،" إسقاط الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي أقسامه محله"، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، ع9 ، د ت.

_ عبد الكريم صالح عبد الكريم وشنكفرزندة جانكير، "ماهية التنازل عن الحق"، المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، ع1، 31-03-2020.

_ عدنان علي إبراهيم الملا، "حالات سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي"، مجلة كلية دار العلوم، ع142، سبتمبر2022 .

_ غالي كحلة، "الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط"، مجلة القانون، ع 09، ديسمبر 2017.

_ فاطمة حداد،" التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا"، مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، مج04، ع01، جوان2018 .

_ كريمة محروق، "مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مج31، ع2، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2017.

_ كمال بعاكية، الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج07، ع06، 2018.

_ لينة بوزيتونة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الأكاديمية البحوث القانونية والسياسية، مجلد 03، ع 02، سبتمبر 2019.

_ المبروك منصوري، "شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية _دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، ع8، جوان2015 .

_ محمد حيدرة، "زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، ع20، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جوان2018 .

_ محمد حيدرة، "مراعاة مصلحة الطفل المحضون"، الأكاديمية للدراسات القانونية المقارنة، مج4، ع2، 2018.

_ محمد يعيش، العفو مفهومه مشروعيته حكمه تشريعه، مجلة محكمة تصدر عن وزارة شؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، ع5، 30-09-2005.

_ مروة بن شويخ، "مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري"، مجلة دائرة البحوث الدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، ع03، جامعة البليدة، الجزائر، سبتمبر2017

_ مروة بن شويخ، "أثر تغيير الظروف على سقوط الحضانة"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مج10، ع1 ،2020.

_ نبيلة حسن بنت محمد التركي،" أحكام الحضانة في ضوء الكتاب والسنة"، بحث مستل من الإصدار الأول 3/2، ع39، جامعة الأزهر، يناير/ مارس، 2024.

_ نظيرة بومالة،" دعاوي الحضانة والإشكالات المتعلقة بها"، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، ع01، 2023.

_ نوال مجدوب،" آليات تكريس مصلحة المحضون"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، ع2، أفريل2018 .

_ ياسين لعميري، "الحضانة كآلية لتحقيق الاستقرار الأسري بين التشريعات المغاربية والأصول الشرعية"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 07، ع01، البويرة، الجزائر، جوان2021 .

المحاضرات:

_ حفيظة بشير، محاضرات في قانون الأسرة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2022/2023 .

_ سعاد سطحي، فقه الأسرة، مطبوعة بيداغوجية لطلبة السنة الثانية ل م د، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والاقتصاد،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012،2013.

القرارات القضائية:

المحكمة العليا، قرار رقم 31997، مؤرخ في 09-01-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع01، 1989.

المحكمة العليا، قرار رقم 33636، مؤرخ في 25-06-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 3، 1989.

المحكمة العليا، قرار رقم 32829، مؤرخ في 09-07-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 01، 1960.

المحكمة العليا، قرار رقم33921 ، مؤرخ في 09-07-1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع4، 1989.

المحكمة العليا، قرار رقم 40438، مؤرخ في 05-05-1986، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع2، 1989.

المحكمة العليا، قرار رقم50.011، مؤرخ في 20-06-1988، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع2، 1991.

المحكمة العليا، قرار رقم 51894، مؤرخ في 19-12-1988، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع4، 1990.

المحكمة العليا، قرار رقم50270، مؤرخ في07-11-1988، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع3، 1991.

المحكمة العليا، القرار رقم 52207، مؤرخ في 02-01-1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع4، 1989.

المحكمة العليا، قرار رقم 53340، مؤرخ في 27-03-1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع3، 1990.

المحكمة العليا، قرار رقم53578، مؤرخ في22-05-1989،غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 4، 1991.

المحكمة العليا، قرار رقم54353، مؤرخ في 03-07-1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع1، 1992.

المحكمة العليا، قرار رقم59013، مؤرخ في12-09-1990، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ع2، 1991.

المحكمة العليا، قرار رقم 59156، مؤرخ في19-03-1990. غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع2، 1991.

المحكمة العليا، قرار رقم 66552، مؤرخ في 10-12-1990، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة الأحكام القضائية، ع2، 1995.

المحكمة العليا، قرار رقم 134951، مؤرخ في 21-05-1996، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع2، 1997.

المحكمة العليا، قرار رقم 201336، مؤرخ في 21-07-1998، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

المحكمة العليا، قرار رقم252308 ،مؤرخ في21-11-2000، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع2،2001.

المحكمة العليا، قرار رقم282153، مؤرخ في 13-02-2002، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع1، 2004.

المحكمة العليا، قرار رقم311458، مؤرخ في 21-01-2004، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2004

المحكمة العليا، قرار رقم331058 ، مؤرخ في 18-05-2005،غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2005 .

المحكمة العليا، قرار رقم 347914، مؤرخ في 04-01-2006، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2006.

المحكمة العليا، قرار رقم426431 ، مؤرخ في 12-03-2008، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع01 ،2008 .

المحكمة العليا، قرار رقم581222 ، مؤرخ في 14-10-2010، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع01 ،2011 .

المحكمة العليا، قرار رقم905248 ، مؤرخ في 12-02-2015 ، منشور بالموقع اللالكتروني للمحكمة العليا، https://coursupreme.dz/.

المحكمة العليا، قرار رقم1453870 ،مؤرخ في06-10-2021 ، منشور بالموقع اللالكتروني للمحكمة العليا: https://coursupreme.dz/.

المحكمة العليا، قرار رقم1476011 ،مؤرخ في05-01-2022 ،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، ع01،2022 .

المحكمة العليا، قرار رقم1496599 ،مؤرخ في08-12-2022 ،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2022.

المحكمة العليا، قرار رقم1513042 ،مؤرخ في09-03-2023،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2023.

المراجع الإلكترونية:

_ موقع المحكمة العليا، https://coursupreme.dz/.

_ موقع المكتبة الشاملة، https://shamela.ws/.

الفهرس

مقدمة.....1
الفصل الأول 8
التأصيل الفقهي لنظرية الإسقاط في الشريعة الإسلامية 8
المبحث الأول: 9
الإطار المفاهيمي لنظرية الإسقاط.....9
المطلب الأول:.....9
مفهوم الإسقاط في الفقه الإسلامي.....9
الفرع الأول:.....9
تعريف الإسقاط ودليل مشروعيته.....9
الفرع الثاني 17
تمييز الإسقاط عن المصطلحات المشابهة 17
المطلب الثاني.....24
أركان الإسقاط وشروطه.....24
الفرع الأول 24
الصيغة 24
الفرع الثاني 28
المُــسقِــط.....28
الفرع الثالث:.....28
المُسقِطُ عنه 28

الفرع الرابع: 31
محل الإسقاط 31
المبحث الثاني 33
أنواع الإسقاط وأحكامه 33
المطلب الأول: 33
أنواع الإسقاط 33
الفرع الأول: 33
باعتبار ذاته 33
الفرع الثاني: 35
باعتبار القبول والرد 35
الفرع الثالث: 36
باعتبار صفة الإسقاط 36
الفرع الرابع: 41
باعتبار ما يقبل الإسقاط وما لا يقبله 41
المطلب الثاني: 43
أحكام الإسقاط. 43
الفرع الأول: 43
قبول الإسقاط ورده. 43
الفرع الثاني: 44
إسقاط الحقوق بعوض. 44

الفرع الثالث: 46
تعليق الإسقاط وتقييده بالشرط بإضافته لزمن المستقبل. 46
الفرع الرابع: 50
الحقوق التي تقبل الإسقاط والتي لا تقبله. 50
الفصل الثاني 55
مسقطات الحضانة وإمكانية استردادها 55
المبحث الأول: 57
أسباب سقوط الحضانة 57
المطلب الأول: 57
الأسباب الاختيارية لسقوط الحضانة 57
الفرع الأول: 58
تخلف الشروط المطلوبة في الحاضن 58
الفرع الثاني: 61
عدم المطالبة بحق الحضانة (السكوت لمدة سنة) 61
الفرع الثالث: 63
الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي 63
الفرع الرابع: 65
الإخلال باالتزامات المتعلقة بالحضانة 65
المطلب الثاني: 67
الأسباب الإلزامية لسقوط الحضانة 67

الفرع الأول:.....68
زواج الحاضنة بغير قريب محرم.....68
الفرع الثاني:.....73
سكن الحاضنة عند من سقطت حضانته.....73
الفرع الثالث:.....76
تنازل الحاضنة عن الحضانة.....76
الفرع الرابع:.....78
انتهاء أمد الحضانة.....78
المبحث الثاني:.....81
التنازل عن الحضانة وآليات استردادها.....81
المطلب الأول:.....81
التنازل عن الحضانة.....81
الفــرع الأول:.....82
التكييف الفقهي والقانوني للتنازل عن الحضانة.....82
الفرع الثاني:.....86
إشكاليات التنازل عن الحضانة.....86
المطلب الثاني:.....93
عودة الحق في الحضانة.....93
الفرع الأول:.....94
زوال سبب السقوط الاختياري.....94

الفرع الثاني: 99
زوال سبب سقوط الحضانة الغير اختياري.....99
خاتمة.....104
قائمة المصادر والمراجع.....109

ملخص الدراسة

تتناول هذه الدراسة الموسومة بعنوان "أحكام إسقاط الحضانة في التشريع الجزائري"، وذلك بهدف استجلاء وتفكيك النظام القانوني والقضائي الذي يضبط زوال هذا الحق اللصيق بالطفل والمحمى قانوناً وشرعا. وتسعى الدراسة إلى تبيان مدى توفيق المشرع الجزائري في إيجاد معادلة متوازنة وضابطة بين مقتضيات تجسيد حرية التعاقد والإرادة المستمدة من الفقه الإسلامي، وبين وجوب حماية استقرار الصغير وكفالة مصلحته الفضلى. وبناءً على ذلك، تنطلق إشكالية البحث من تساؤل جوهري ومحوري يتمثل في: كيف يمكن الموازنة بين حرية التعاقد في الفقه الإسلامي وتحقيق مصلحة المحضون الفضلى في أحكام إسقاط الحضانة على ضوء المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري؟

وللإحاطة التامة بجميع جوانب هذا الموضوع وأبعاده النظرية والتطبيقية، تم الاعتماد على المنهج الوصفي في الفصل الأول الذي خُصص لتأصيل نظرية الإسقاط، وتحديد ماهيتها، وتوصيف أركانها وشروطها الفقهية والقانونية على ضوء المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري. بينما تم الاعتماد على تكامل المنهجين التحليلي والمقارن في الفصل الثاني لتفكيك النصوص القانونية المنظمة لإجراءات الإسقاط، ومقارنتها بالواقع العملي والاجتهادات القضائية المعاصرة، لمعرفة كيف يتدخل القاضي عمليا لتغليب مصلحة المحضون على حرية التعاقد.

وقد تكللت هذه الدراسة بالتوصل إلى جملة من النتائج، أبرزها أن المشرع الجزائري، ومن خلال تفعيل آلية الإحالة في المادة 222 ، قد فتح المجال لاستيعاب مرونة الفقه الإسلامي في المسائل التعاقدي للحضانة، مع الإبقاء على سلطة القضاء التقديرية كصمام أمان لحماية مصلحة الفضلى للمحضون، باعتبار الإسقاط تدبيراً وقائياً لحماية الصغير لا عقوبة. وعليها، توجت الدراسة بتوصية تؤكد على ضرورة إلزامية الاستعانة بالمرشد الاجتماعي والنفسي كآلية فنية مساندة لمساعدة القضاء في التقدير الدقيق والموضوعي لمصلحة الطفل قبل النطق بحكم إسقاط الحضانة.

الكلمات المفتاحية: إسقاط الحضانة، المادة 222 من قانون الأسرة، نظرية الإسقاط، مصلحة المحضون الفضلى.

Abstract

This study, titled "Provisions for the Forfeiture of Custody in Algerian Legislation," aims to elucidate and deconstruct the legal and judicial framework governing the termination of this inherent right of the child, which is both legally and sharia-protected. The study seeks to demonstrate the extent to which the Algerian legislator has succeeded in establishing a balanced and regulatory equation between the requirements of embodying freedom of contract and will derived from Islamic jurisprudence (Fiqh), and the imperative of protecting the child's stability and ensuring their best interests.

Accordingly, the research problem stems from a fundamental and pivotal question: How can a balance be struck between freedom of contract in Islamic jurisprudence and achieving the best interests of the child in the provisions for the forfeiture of custody in light of Article 222 of the Algerian Family Code?

To fully encompass all theoretical and practical aspects of this topic, the descriptive approach was adopted in the first chapter, which was dedicated to grounding the theory of forfeiture and describing its jurisprudential and legal elements and conditions in light of Article 222 of the Algerian Family Code. Meanwhile, an integrated analytical and comparative approach was utilized in the second chapter to deconstruct the legal texts regulating forfeiture procedures and compare them with practical reality and contemporary judicial

precedents, exploring how judges practically intervene to prioritize the child's interest over contractual freedoms.

The study yielded several key results, most notably that the Algerian legislator, by activating the referral mechanism in Article 222, has paved the way for incorporating the flexibility of Islamic jurisprudence into contractual custody matters, while maintaining the judiciary's discretionary power as a safety valve to protect the best interests of the child—considering forfeiture a preventive measure for child protection rather than a penalty. Consequently, the study concluded with a recommendation emphasizing the necessity of mandatory assistance from social and psychological counselors as a supportive technical mechanism to aid the judiciary in accurately and objectively assessing the child's interest before rendering a judgment on the forfeiture of custody.

Keywords: Forfeiture of Custody, Article 222 of the family code, Theory of Forfeiture, The Best Interests of the Child .