

كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

# ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه والقانون

دراسة مقارنة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأحوال الشخصية

المشرف: بوصيدة امحمد

من تقديم الطالبة: بوقرة إيمان

لجنة المناقشة

رئيسا

\_ أ/ سيليني كريمة

مشرفا

\_ أ/ بوصيدة امحمد

مناقشا

\_ أ/ خليفي أسماء

دورة جوان 2015

# شكر و تقدير

الحمد والشكر لله رب العالمين .

أقدم شكري الجزيل إلى الأستاذ بوصيدة أحمد الذي كان له

الفضل الكبير بعد الله في انجاز هذه الرسالة،

فكان خير معلم ونعم الأستاذ، فله مني

جزيل الشكر وعظيم الامتنان وجعله الله ذخرا لطلبة العلم

وجزاه عني خير الجزاء.

كما أشكر لجنة المناقشة على قبولها مناقشة هذه المذكرة.

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين اللذين كان لهما  
الفضل في إيصالني إلى هذه المرتبة العلمية.

إلى إخوتي وأهلي.

إلى من منحني من علمه وتوجيهه الأستاذ بوسيدة أحمد.

إلى صديقاتي.

إلى زميلاتي وزملائي بقسم الأحوال الشخصية.

إلى طلاب العلم كافة.

## مقدمة

من أهم الآثار المترتبة على انحلال عقد الزواج هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة ضرب من ضروب هذه الرعاية، لذلك تعتبر من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لما تخلفه من آثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع ، لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة ومن خلالها المجتمع.

فإذا افترق الوالدان أول ما يثار هو مسألة حضانة الأولاد ويظهر التساؤل عن من له حق الحضانة؟ أو من تكون له حضانة الولد الصغير ذكرا كان أو أنثى؟

ونظرا لعجز الصغير عن تولي شؤونه بنفسه حدد الفقهاء أصحاب الحق في الحضانة وقدموا الحاضنين بعضهم على بعض لكي لا يجد الولد نفسه وحيدا دون حام له يسهر على رعايته، وعليه فقد اختلف الفقهاء ومن بعدهم التشريعات في ترتيب مستحقي الحضانة كل حسب نظرته لمنفعة الصغير. ومرد هذا الاختلاف عدم وجود نص قطعي حول هذا الموضوع فالمسألة اجتهادية وذلك لأن تحديد أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم لم يرد النص عليه باستثناء حديث عن أولوية الأم على الأب ، وحديث عن أولوية الخالة عن أبناء العم ، ومن هنا انقسمت الآراء حول ترتيب مستحقي الحضانة إلى اتجاهين : اتجاه اعتمد على التوسع ليشمل جل أقارب المحضون واتجاه اكتفى بنوع من الترتيب.

وقد كان للمشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 84- 11 ترتيب معين لمستحقي الحضانة، ثم قام بتغيير هذا الترتيب في القانون 05- 09 وكذلك فعلت بعض التشريعات العربية التي سارت على هذا النهج. وهو ما يطرح التساؤل عن الهدف الذي توخاه المشرع من هذا التغيير؟

وكذلك يقع التساؤل عما إذا كان عدم الالتزام بترتيب الفقهاء يعد خروجاً عن مبادئ الشريعة الإسلامية؟ وعن مدى إلزامية هذا الترتيب؟

تقسم هذه الدراسة إلى فصلين:

نتناول في الفصل الأول الملامح العامة لترتيب مستحقي الحضانة. ونخصص المبحث الأول منه لملامح الترتيب من خلال تحديد مفهوم الحضانة، في حين نخصص المبحث الثاني لطبيعة الحضانة ولامح ترتيب المستحقين.

أما الفصل الثاني فنتناول فيه نطاق ترتيب مستحقي الحضانة، ونقسمه إلى مبحثين. نخصص المبحث الأول منه إلى الترتيب الموسع لمستحقي الحضانة، بينما نخصص المبحث الثاني للترتيب المضيق لمستحقي الحضانة.

لهذا الموضوع أهمية بالغة تتمثل في:

1- ترتيب مستحقي الحضانة يؤثر بالدرجة الأولى على حياة الطفل وتكوينه النفسي والخلقي.

2- الطفل هو أساس المجتمع لذلك يجب تسليمه إلى من هو أقدر وأجدر على حضانته.

3- الحضانة أمر ضروري للطفل لحماية مصالحه.

وقد دفعني لاختيار هذا الموضوع أحد سببين:

الأول: الوضعية الصعبة التي يعيشها الأطفال بسبب افتراق والديهم والصراع بينهم حول الحضانة.

الثاني: كثرة منازعات المطالبة بالحضانة.

ويتمثل الهدف من البحث في السعي إلى معرفة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة. ومحاولة إبراز الأساس الذي اعتمد عليه الفقهاء والتشريعات في ترتيب مستحقي الحضانة.

والمنهج الذي اعتمده في هذه الدراسة هو المنهج الاستقرائي وذلك باستقراء المواد المتعلقة بالحضانة، إضافة إلى المنهج التحليلي وذلك بتحليل هذه المواد، كما اعتمدت على المنهج المقارن وذلك بمقارنة ترتيب مستحقي الحضانة بين المذاهب الفقهية والقانون الجزائري وبعض التشريعات كالتشريع المصري والتونسي والمغربي والسوري في بعض الجزئيات، كما حاولت الربط بين الجانب النظري والجانب التطبيقي من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية.

وأما الدراسات السابقة فإن موضوع ترتيب أصحاب الحق في الحضانة لم يسبق دراسته كموضوع مستقل بذاته وإنما تمت دراسة موضوع الحضانة بصفة عامة مقارنة أو كأثر من آثار حل الرابطة الزوجية، ومن بين هذه الدراسات:

\_ أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون.

\_ أحمد ابراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة.

\_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ( عدة\_ نفقة\_ حضانة\_ متاع)

كل ذلك في إطار خطة مقسمة إلى فصلين:

الفصل الأول: الملامح العامة لترتيب مستحقي الحضانة

الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

## الفصل الأول

### الملامح العامة لترتيب مستحقي الحضانة

يعتبر ترتيب مستحقي الحضانة من الأولويات التي نالت عناية الفقه الإسلامي وتبعته في ذلك تشريعات الأسرة وقوانين الأحوال الشخصية للدول العربية، التي جسدت قيم الفقه الإسلامي في هذا الجانب، وإن كانت بعض هذه التشريعات تخلت بشكل كبير عن المنظومة الفقهية الإسلامية في ترتيب أصحاب الحق فيها.

لقد رتب المشرع الجزائري أصحاب الحق في الحضانة من خلال المادة 64، غير أنه بعد تعديل هذه المادة في 2005 لم يحافظ على الترتيب السابق وهو ما يفيد بأن الترتيب يقترب من كونه مسألة اجتهادية ولا يعتمد كلية على نصوص الشريعة الإسلامية، وكان لزاما البحث عن ملامح للترتيب من خلال تحديد مفهوم الحضانة (المبحث الأول).

وفي سياق البحث عن ملامح للترتيب يكون من المفيد في هذا الجانب إلقاء نظرة على النصوص الشرعية الواردة في هذا الباب ودلالاتها على الترتيب، ونعرض من خلال ذلك لملامح الترتيب من خلال مشروعية الحضانة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### ملامح الترتيب من خلال تحديد مفهوم الحضانة

وردت عدة تعاريف فقهية وقانونية وقضائية للحضانة، ينطلق البعض منها من المعنى اللغوي الذي نلمح منه بأن الأولوية في الحضانة تكون للنساء بحيث يقدمن في ذلك على الرجال. نتعرف على ذلك من خلال عرض التعاريف التي قيلت في الحضانة ودلالاتها على الترتيب (المطلب الأول).

وفي هذا السياق قد يكون من المفيد بحث مسألة طبيعة الحضانة أو تكييفها القانوني بين كونها حقا للحاضن أو للمحضون أو هي حق لهما. وقد تجمع بين كونها حقا وواجبا في ذات الوقت. وما يترتب على ذلك من أهمية في ترتيب المستحقين للحضانة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تعريفات الحضانة ودلالاتها على الترتيب

تعرف الحضانة في اللغة بأنها ضم الشيء إلى الحضن وهو الجنب<sup>1</sup>. والحضن ما دون الإبط إلى الكشح وقيل الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها وفي الحديث أنه خرج محتضنا أحد ابني ابنته أي حاملا له في حضنه.<sup>2</sup> وقد اختلف الفقهاء في تعريف الحضانة فمنهم من قصرها على حفظ الصغير ومنهم من وسع

<sup>1</sup> - أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، ط 1، دار الفكر القانوني، طنطا، 2008، ص 142.

<sup>2</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، باب النون، فصل الحاء، دار صادر، بيروت، ص 122.

في التعريف ليشمل التربية أيضا وهناك من قصر الحضانة على الصغير ومنهم متعدد لتشمل الكبير والمجنون والمعتوه.

فعرها المالكية بأنها حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه<sup>1</sup>، وفي تعريف آخر حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه وقوله والقيام بمصالحه من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.<sup>2</sup> وعرفت أيضا بأنها القيام بشأن الولد في نومه وبقظته.<sup>3</sup>

واعتبر الحنفية حضانة الأم لولدها ضمها إياه إلى جانبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه.<sup>4</sup>

يتضح من هذه التعريفات أن الحضانة تقتصر على رعاية الصغير من تنظيفه ولباسه وطعامه وهذه المهام تختص بها النساء لأنهن أشفق وأشد ملازمة للأطفال لكنها أهملت جانب مهما ألا وهو التربية.

وفي تعريف آخر للحنفية أن الحضانة هي تربية الولد ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة.<sup>5</sup>

وتعريف آخر للمالكية الحضانة حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه، والقيام بمصالحه في تأديبه وتربيته وطعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> أبو عبد الله الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، القسم الأول: كتاب الحضانة، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ص 324.

<sup>2</sup> شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، ص 526.

<sup>3</sup> أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج 2، مؤسسة العصى، الجزائر، ص 219.

<sup>4</sup> علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 202.

<sup>5</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 301.

<sup>6</sup> الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، مؤسسة الريان، ص 156.

يتضح من هذين التعريفين أن المقصود من الحضانة هو تحقيق أمرين هاميين، أولهما حفظ الصبي في مبيته بما يستوجب من رعاية وعناية بالفراش وما إلى ذلك مما يضيف عليه السكينة والاطمئنان، وثانيهما التربية بما توحى به العبارة من إطلاق وشمول.

أما الشافعية فعرفوا الحضانة بأنها حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه كطفل ومجنون وتربيته بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك.<sup>1</sup>

كما عرفها الحنابلة بأنها حفظ صغير ومعتوه وهو المختل العقل بما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسيل رأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه وذهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه.<sup>2</sup>

يتضح أن تعريفات الشافعية والحنابلة تزيد على تعريفات الحنفية والمالكية بتوسيع دائرة الحضانة بحيث لا تقتصر على الطفل بل تتعداه إلى كل من لا يستطيع الاستقلال بنفسه كالشيخ الكبير والمجنون والمعتوه.

وفي الفقه الحديث يرى أبو زهرة أنه تثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات الولاية الأولى ولاية التربية، والولاية الثانية هي الولاية على النفس، والولاية الثالثة الولاية على ماله ان كان له مال أما الولاية الأولى وهي ولاية التربية، فالدور الأول منها يكون للنساء، وهو ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد، وهي حق الأم ثم لمحارمه من النساء.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 3، كتاب النفقات، الطبعة الأولى، دار المعرفة، لبنان، 1997، ص 592.

<sup>2</sup> منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 8، كتاب النفقات، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص 2848.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، القسم الرابع حقوق الأولاد، دار الفكر العربي، ص 406.

وعرفها زكي الدين شعبان بأنها القيام بتربية الصغير ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه إلى سن معينة ممن له الحق في تربيته وحفظه شرعا.<sup>1</sup>

وعرفها المستشار معوض عبد التواب بأنها جعل الصغير في الحضانة أي تربيته وتقويمه في سن مخصوصة.<sup>2</sup>

أما في التشريعات فقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا..." فالمشرع لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا عن الصغير، و يبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد.<sup>3</sup>

كما ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وقد حدد بهذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها التعريف.<sup>4</sup>

وقد عرف المشرع التونسي الحضانة في الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.<sup>5</sup>

كما عرفها المشرع المغربي في المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> أحمد شامي، المرجع السابق، ص 302.

<sup>2</sup> معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 2، ط 9، 2000، ص 506.

<sup>3</sup> باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ( عدة-نفقة-حضانة-متاع )، دار الهدى، الجزائر، ص 50.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 390.

<sup>5</sup> ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، 2011، ص 130.

<sup>6</sup> بلحاج العربي، المرجع سابق، ص 379.

يتضح من تعريفات القوانين المغاربية أنها حاولت التوفيق بين تعريفات الفقهاء فجمعت بين مهمتين أساسيتين هما حفظ الولد وتربيته، وهذه المهام تصلح أن تكون للأب كما تصلح أن تكون للأب. وهم في ذلك أقدر من غيرهما.

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر الحضانة بأنها ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها مصلحة الصغير وهي تتحقق بأن تضم الحاضنة التي لها الحق في تربيته شرعا إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانتته.<sup>1</sup>

يتبين من هذا التعريف أن الحضانة تقتصر على النساء فقط هذا ما يفسر إعطاء المشرع المصري الأولوية في الحضانة للنساء وعندما تنتهي حضانة النساء بأكملها تنتقل إلى الرجال.

وفي ما سبق عرضه من التعاريف اللغوية والفقهية والقانونية للحضانة نجد أن معناها أخذ عدة صور هي التربية والولاية والتكليف بالحفظ والرعاية ، ولكل لفظ دلالاته وما يترتب عليها والأخذ بواحد منها قد لا يفي بالمعنى الكامل للحضانة ، فلو قلنا أنها تربية لاكتنف التعريف غموض بغموض معنى كلمة التربية نفسها ، ولو قلنا أنها ولاية فسنعرض للتداخل في واجبات الحاضن وليا وفي واجبات الولي الذي هو الأب أو الجد العاصب، ولو قلنا أنها تكليف بالحفظ والمدارة، فهذا يعني الأخذ بالظاهر من أكل وشرب ولبس وتنظيف ، وما يتعلق بظاهر الأمور وذلك إهمال للجانب النفسي والمعنوي.<sup>2</sup>

وعليه فالحضانة تتطلب الحكمة واليقظة والانتباه والصبر، لذلك فالإناث أحق بها، فالأنثى أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها ، وأشد ملازمة للأطفال، فإذا

<sup>1</sup> أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> حامد الجندي، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011، ص 250. هامش 3.

بلغ الطفل سنا معيناً كان الحق في تربيته للرجل لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني

### طبيعة الحضانة وملامح ترتيب المستحقين

الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير تبرعاً أو معاوضة، بإذن الشرع أو بأمر القاضي أنثى أو ذكر، حيث يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة، مع اختلاف في الأولوية وتباين في الترتيب، وإذا كان الأصل في الحضانة أنها للنساء وإنّ عدمن للرجال، فما هو إذن تكييفها؟ بمعنى هل الحضانة حق للحاضنة وبالتالي يجوز لها التنازل عن حقها؟ أم هي حق للولد وبالتالي تجبر عليها؟ أم هي حق مشترك؟ وإذا كانت حق مشترك فإنه تترتب عليها أحكام.

ومن ثم قد تكيف الحضانة على أنها حق للحاضن، وقد يرى آخرون بأنها حق للمحضون (الفرع الأول)، ويرجح كثير منهم بأنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون (الفرع الثاني).

---

<sup>1</sup> عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص

## الفرع الأول

### تكييف الحضانة على أنها حق للحاضن أو للمحضون

أباح الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها وهذا التوسع هو إجابة عن سؤال أكبر يتعلق بطبيعة الحضانة؟ هل هي حق للحاضنة فلا ترغم على الحضانة في حالة تنازلها عنها؟ (الفقرة الأولى) أم تعتبر حقا للمحضون على حاضنته فتجبر عليها ومن ثمة لا يجوز التنازل عنها؟ (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى

#### مدى إلزامية الترتيب من خلال تكييف

#### الحضانة كحق للحاضنة

اختلفت أقوال الفقهاء في كون الحاضنة حقا للأم أو حقا للمحضون، بالاستتارة بما ورد في الأثر قول النبي صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي".<sup>1</sup>

والأصل في الشريعة الإسلامية أن الوالدة لا تضار بولدها، فهو جزء منها، شاركها حياتها مدة حمله، وتغذي من غدائها، فكان حملها له وهنا على وهن، لذلك فهي أحق بحضانة هذا الولد، وتتعهده وتتفاهم معه في صغره بغريزة الأمومة، وتسهر على مصلحته.<sup>2</sup>

لذلك اعتبر العديد من الفقهاء أن الحضانة حق للحاضنة وإن غابت أو امتنعت من الحضانة فللجدة مثلا أم الأم، كما لو ماتت أو جنت وعدم إجبار الأم عند الامتناع

<sup>1</sup> حامد الجندي، المرجع السابق، ص 251.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 13.

هو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت كأن لم يكن له أب ولا مال، أُجبرت لأنها من جملة النفقة فهي حينئذ كالأب.<sup>1</sup>

هذا ما أكده صاحب "كشاف القناع" بقوله: ولو امتنعت الأم من حضانتها لم تجبر عليها، لأنها غير واجبة عليها.<sup>2</sup>

وقد ذهب المالكية على المشهور في مذهبهم أن الحاضنة إذا أسقطت حقها منها لغير عذر بعد وجوبها لها، ثم أرادت العود لها، فلا تعود بناءً على أنها حق للحاضنة، هذا ما قضى به الإمام مالك في امرأة طلقها زوجها وله منها ولد فردته عليه استتقالاً له ثم طلبته، لم يكن لها ذلك، لأنها قد أسقطت حقها في حضانتها.<sup>3</sup>

أما في رواية عن الجعفرية أن الأصل في الحقوق جواز الإسقاط، ولذلك اعتبروا أن الأم لو امتنعت من الحضانة صار الأب أولى به، ولو امتنعا معا فالظاهر إجبار الأب.<sup>4</sup>

وعليه فإن الحاضنة إذا لم تتعين للحضانة لا تجبر عليها، إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم، فتجبر عليها لئلا يفوت حق الولد إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه، وإلزامياً هنا للضرورة، أما في الحالات الاعتيادية حيث يوجد مستحق للحضانة من ذوي الرحم المحرم للولد، فلا إلزام عليها، لأن الحق لها، وتكليف الشيء يكون في حال السعة لا في حال الاضطرار.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء العاشر، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 10.

<sup>2</sup> منصور البهوتي، المرجع السابق، ص 2848.

<sup>3</sup> نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 259.

<sup>4</sup> محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 736.

<sup>5</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 14

كما أن امتناع الحاضنة عن إرضاع الصغير لا يبطل حقها ولا يسقطه وجود غيرها سواء كانت ترضع بأجر أو بغير أجر وعلى الأب أن يستأجر من ترضع عنها، لقوله تعالى: " فإن تعاسرتم فسترضع له الأخرى."<sup>1</sup>

ويجب على المرضعة أيضا إذا كانت غير حاضنة للولد أن تقوم بإرضاعه عند الحاضنة حتى لا يفوت حقها في الحضانة وليس للأب أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق ويعطيه لمن دونها إلا إذا كان هناك مبرر شرعي، أو ينقله من البلد الذي فيه الحاضنة لأن في أخذه تفويت لحق الحاضنة.<sup>2</sup>

ومما تقدم فإن القائلون بأن الحضانة حق للحاضنة يستدلون على أن للحاضنة أن تسقط حقها، فلو لم تكن حقا لها لما استطاعت إسقاط حق غيرها، كما أن تكيف الشيء يبنى على الأصل وليس على الاستثناء وبما أن الأصل في الحضانة أن للحاضنة التنازل عن حقها، والاستثناء أنها تجبر عليها إذا لم يوجد غيرها، فالحضانة تعتبر حقا لها.

لكن هذا الرأي هوجم بالرد عليه بأنه: " اجتهاد فقهي يمثل خطرا على مصلحة الصغير ويتناقض كل التناقض مع الغاية الأساسية من مؤسسة الحضانة وهي حماية الصغير والعناية بشؤونه وتوفير أقصى ما يمكن من الضمانات له."<sup>3</sup>

هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى اعتبار الحضانة حقا للولد.

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، مرجع سابق، ص 13.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، ص 62-63.

<sup>3</sup> حميدو زكية، مذكرة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004. 2005، ص 457.

## الفقرة الثانية

### مدى إلزامية الترتيب من خلال تكييف

### الحضانة كحق للمحضون

إن الأصل في الحضانة أنها ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته،<sup>1</sup> فقوام الحضانة هو تحقيق منفعة الصغير التي توجب وضعه من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترتي حياته.<sup>2</sup> لذلك اتجه بعض الفقهاء إلى اعتبار الحضانة واجب تقوم به الأم اتجاه الطفل، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك، ويتعلق بها الحق ككفالة اللقيط.<sup>3</sup>

وقد اعتبر البعض أن الحضانة حق للولد، لأن تشريع الحضانة قام على أساس تحصيل مصلحة الولد المحضون، هذه المصلحة التي تتحقق في رعايته والعناية به، ومن ثم كان الأقدم عليها هو الأحق بها، فأحقيته لها هو لتحصيل مصلحة الولد وليس لتحصيل مصلحة المستحق للحضانة، وعلى هذا المعنى وهو أنها أحق من غيرها في حضانة الولد لتحصيل منفعته، لأن الحضانة حق له، فكل من كان أقدر على تحقيق هذا الغرض كان هو الأولى بها.

ومن مظاهر اعتبار الحضانة حق للولد أن الحضانة لا تثبت لفاسق، لأنه لا يوفي الحضانة حقها، ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد في حضانة الفاسق.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 380.

<sup>3</sup> عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 10، 11.

<sup>4</sup> المرجع ذاته ص 11.

وعليه فإن الحاضنة في حالة تنازلها عن الحضانة تجبر عليها، والسؤال المطروح هنا: بما أن تشريع الحضانة قام على أساس تحصيل مصلحة الولد فهل إجبار الحاضنة يحقق الهدف الذي شرعت من أجله الحضانة؟

يبدو من الغريب أن مستحق الحضانة يتنازل عنها، فالحضانة عادة ما تكون محل نزاع بين الطرفين ويرغب كل واحد منهما في أن تسند إليه، إلا أنه يمكن أن تكون الحاضنة راغبة في التزوج دون أن يكون للطرف الآخر رغبة في وجود المحضون أو المحضونين معاً، وقد تكون الحاضنة تشفياً في الأب الذي يريد أن يتزوج تنازلت عن الحضانة كي تتركها للزوجة الثانية، ومهما كان من أمر إذا كان مستحق الحضانة غير راغب في ممارستها فإنه يكون مبدئياً غير منطقي أن يجبر عليها.<sup>1</sup>

وذلك لأن إلزامها بالحضانة سيؤدي إلى عدم تحصيل مصلحة المحضون بظفرها برعاية وعناية الحاضنة بالقدر المطلوب، وفي ذلك ضرر عليه، فكان الخلاص من هذا الضرر ودفعه هو في قبول تنحي الحاضنة عن حضانتها، وقبول امتناعها عن حضانتها، وانتقال الحضانة إلى من يليها في استحقاق الحضانة، وبهذا تحصل مصلحة الولد.<sup>2</sup>

لكن من الناحية التطبيقية، ان هذا الجبر يمكن أن يكون له مقام إذا كان المحضون في السنوات الأولى من عمره، كأن يكون في سن الرضاعة، أو كان مريضاً ونادى بأمه، أو كان تنازل الأم انتقاماً للأب المطلق، فحينئذ يمكن أن تجبر الأم على الحضانة، على الأقل خلال هذه الفترة.<sup>3</sup>

وفي الأخير نستنتج أن التنازل يمكن أن يطرح فرضيتين: الفرضية الأولى هي أن يخدم التنازل مصلحة المحضون وفي هذه الحالة يجب أن ننظر إلى تنازل الحاضنة على أساس أنها فقدت أحد شروط الحضانة، وذلك يتجلى في عدم استعدادها ورغبتها

<sup>1</sup> ساسي بن حليلة، المرجع السابق، ص 141، 142.

<sup>2</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 13.

<sup>3</sup> حميدو زكية، مرجع سابق، ص 476.

للحضانة، ومن ثم تنادي مصلحة المحضون بقبول التنازل، وأما الفرضية الثانية هي أن يكون هذا التنازل ضد مصلحته، وفي هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد الأساس وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وتكون هنا الحاضنة إذن متعينة للحضانة مما يستوجب رفض طلب التنازل اللهم إلا إذا نادت مصلحة المحضون بعد ذلك بخلاف ما قرره القاضي.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني

### تكليف الحضانة بأنها حق مشترك

سبق القول بأن الحضانة هي القيام بتربية الصغير ورعاية شؤونه، وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه في سن معينة، ممن له حق تربيته وحفظه، وهي أمر يتوقف وجوده على شخصين حاضن ومحضون، والمحضون هو الطفل الصغير والحاضن إما امرأة أو رجل، والصغير محتاج للحضانة فهي في جانبه حق لأنه المنتفع بها، ولأنه ليس أهلاً للوجوب، وأما الجانب الآخر وهو الحاضن فهو مكلف بعمل وهو أهل للوجوب عليه، وإذا تمسك به أجيبت إليه وإذا تنازل عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل، لذلك اتجه غالبية الفقهاء إلى التوفيق بين حق الحاضنة وحق المحضون لأن من يعتني بالصغير يجب أن يقوم بمهمته إرادياً دون إحساس بأنه مكره على ذلك، وإلا سينعكس سلبياً على المحضون. هذا ما سنتناوله في (الفقرة الأولى)، وباعتبار الحضانة حق مشترك فإنه يترتب عليها أحكام تتماشى مع الغرض الذي شرعت من أجله الحضانة هذا ما سنتناوله في (الفقرة الثانية).

<sup>1</sup> المرجع ذاته، ص 478.

## الفقرة الأولى

### مدى اعتبار الحضانة كحق مشترك

يلخص أحد الفقهاء المعاصرين موقف الفقه الإسلامي من طبيعة الحضانة واستتبعات ذلك فيقول: " والظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معاً، حق الحاضنة وحق المحضون وحق الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره، ويتفرع عن ذلك إجبار الحاضنة إذا تعينت عليها، بأن لم يوجد غيرها، كما أن الحاضنة لا تجبر على الحضانة إذا لم تتعين عليها لأن الحضانة حقها ولا ضرر على المحضون لوجود غيرها، ولا يصح أخذ الطفل من صاحبة الحق وإعطائه لغيرها إلا لمسوغ شرعي".<sup>1</sup>

إلا أن الرأي الراجح يعتبر الحضانة حق مشترك بين الصغير والحاضنة، فليس حقاً خالصاً للصغير، وليس حقاً خالصاً للأم غاية الأمر أن حق الصغير أقوى، لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، وأنه يجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير في باب الحضانة، فإذا أسقطت الأم حقها بقي حق الصغير، ذلك لأن من حق الولد أن يعنى به والداه منذ ولادته ومن هذه العناية حفظه والقيام به بشؤونه وهذا ما يكون في الفترة الأولى من واجبا على الأم، لأنها أقدر على هذا من الأب.<sup>2</sup>

وفي رواية عن المذهب الحنفي أن الأم أحق بإمساك الولد ما دام صغيراً وإن استغنى عن الرضاع بعدما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة، لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع كقبله، فإذا كانت في حال الرضاع أحق به، وإن كانت المرضعة غيرها فإن في كونه عند الأم حقاً لها، وفيه حق للولد أيضاً، وهو أن الأم أرفق له وأحنى عليه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> حامد الجندي، المرجع السابق، ص 252.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين، حقوق الأولاد، مرجع سابق، ص 62.

<sup>3</sup> عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 10.

وقد أكد هذا المعنى ابن القيم بقوله: " الحضانة لها وعليها ".<sup>1</sup>

وعليه فإن الحاضنة إذا لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف، وإذا وجد غيرها لم تجبر بلا خلاف، وبناء على ذلك إذا تعينت الحضانة للأُم أو غيرها بأن كان لا يوجد سواها من ذوي الرحم المحرم أو كان يوجد من يليها في الاستحقاق ولكنه يرغب عنها أو أن مصلحة الصغير لا تقضيه، أو أن يكون للولد مال ولا أب ولم توجد من تتبرع بحضانتها من ذوات الرحم المحرم أجبرت على الحضانة.<sup>2</sup>

أما إذا لم تتعين على هذا النحو فإن وجد غيرها، ممن تتوفر فيه شروط الحضانة فإنه يكون عندها لأن فيه رعاية لمصلحة المحضون إذ سوف يكون في حضانة من هو أهل لها.<sup>3</sup>

وقد اعتبر المشرع الجزائري الحضانة حقا للحاضنة وحق للولد معا، إلا أنه غلب حق المحضون، وذلك من خلال المواد المتعلقة بالحضانة. فقد نصت المادة 66 من ق.أ على أنه: " يسقط حق الحضانة بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون فهذه العبارة جمعت بين حقين، حق الحاضنة لأن المشرع من جهة استعمل اللفظ "حق"، ومن جهة أخرى سمح لها بالتنازل، وحق المحضون الذي اشترط عدم إضرار التنازل به.<sup>4</sup>

هذا ما كرسه أيضا القضاء الجزائري في العديد من قراراته، ففي أحد القرارات رفض تنازل الأم عن حضانة ابنتها المريضة، حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالزواج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

<sup>1</sup> ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الخامس، فصل ذكر حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الولد من أحق به في الحضانة، ط 3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998، ص 404.

<sup>2</sup> أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الزواج والطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب)، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص 276، 277.

<sup>3</sup> المرجع ذاته، ص 277.

<sup>4</sup> حميدو زكية، مرجع سابق، ص 464.

ولما كان ثابتاً 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 مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقتوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.<sup>1</sup>

وقد بين المشرع الجزائري في مواد أخرى أن الحضانة حق للحاضنة كالمادة 67 فقرة ثانية من ق.أ التي نصت على عدم سقوط هذا الحق بسبب عملها، وكالمادة 68 التي جعل المشرع بمقتضاها مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها، إذ منح حق مطالبته في ظرف سنة، وكالمادة 71 لما أكد أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، بيد أن تكريس هذا الحق الطبيعي للأُم أو للحاضنة، لم يحل دون إبراز حق المحضون والدعوة التي تعليه على أي حق آخر، وإلحاحاً منه على ذلك، أضاف عبارة "مراعاة مصلحة المحضون" في المواد 62 و64 و67 والمادة 70 أو ما يماثلها كعبارة "ما لم يضر بمصلحة المحضون" في المادتين 62 و69.<sup>2</sup>

وفي القانون المقارن اعتبر المشرع التونسي الحضانة حقاً بصريح العبارة، وذلك استناداً على أحكام المادة 625 من لائحة مجلة الأحكام الشرعية التي نصت على أن: "للحاضنة الحق في إسقاط الحضانة لكن ينتقل الحق لمن يليها في الرتبة لا للمسقط له وإذا أسقطت لا تعود لها." إلا أن المشرع التونسي يستدرك فيقول: "إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها." وذلك في الفصل 55 من مجلة الأحوال الشخصية، فالحضانة تبتدىء حقاً وتنتهي واجباً إذا لم يوجد من يحل محل الحاضن.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محكمة عليا، غ.أ.ش، 1989/07/03، ملف رقم 54353، المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص 45.

<sup>2</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 464.

<sup>3</sup> حامد الجندي، المرجع السابق، ص 250، 251.

وفي القانون المصري اعتبر الحضانة حقا للحاضنة وواجب في آن واحد، وهذا ما جرى عليه عمل القضاء المصري ، فقد قررت محكمة جرجا الشرعية في 22 يوليو سنة 1933 : " أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة ، وأن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة، وأن إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة لا يسقط حق الصغير.<sup>1</sup>

وفي قرار آخر مؤرخ في 02 فبراير 1981 جاء فيه : " إن الحضانة من حق المحضون كما هي من حق الحاضن، وهي بذلك معتبرة من النظام العام ويجب على المحكمة مناقشة الوقائع والأدلة للتحقيق من قدرة الحاضنة على صيانة المحضون صحة وخلقاً.<sup>2</sup>

### الفقرة الثانية

#### الآثار المترتبة على تكيف الحضانة

#### بأنها حق مشترك

لقد تقدم بأن الرأي الراجح في الفقه هو أن الحضانة حق للحاضن والمحضون جميعا وبهذا القول يمكن التوفيق بين القولين،<sup>3</sup> غاية الأمر أن حق الصغير أقوى، لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، وأنه يجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير في باب الحضانة، فإذا أسقطت الأم حقها بقي حق الصغير، ذلك لأن من حق الغير

<sup>1</sup> بدران أبو العينين، حقوق الأولاد، مرجع سابق، ص 63.

<sup>2</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 426.

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 276. انظر أيضا محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الكتاب الرابع في الأولاد، الفصل الثالث في الحضانة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 558.

أن يعنى به والداه منذ ولادته، ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه، وهذا ما يكون في الفترة الأولى من حياته واجبا على الأم، لأنها أقدر على هذا من الأب.<sup>1</sup>

وعلى هذا أن الخلاف المحكي بين الفقهاء من أنها حق للصغير فقط، أو أنها حق للحاضنة فقط لا يتفق مع حقيقة الحضانة التي لا توجد إلا بحاضن ومحضون، لأن الحق ثابت لكل منهما وإن كان حقه أقوى.<sup>2</sup>

ويترتب على اعتبار الحضانة حقا لكل من الحاضنة والولد أن الحاضنة إذا تنازلت عن حقها ورضي من يليها في استحقاق الحضانة بالحضانة ثم عن لها بعد ذلك، أن تطالب بها فلها ذلك وتجاب إلى طلبها ولو كان قد سبق حكم بإسقاط الحضانة إلى غيرها ما دامت أهلا لها، لأنه إذا بطل حقها في استحقاق الحضانة بتنازلها يبقى حق الولد في أن تحتضنه من هي أقرب إليه ويكون ابطالها حقها من قبيل الالتزام ما لا يلزم ولها حق الرجوع فيه على أنها لا تملك هذا التنازل لأن كون الولد في يدها لم يقصد به مصلحتها الذاتية و إنما روعي فيه مصلحة الصغير نفسه فتنازلها عن شيء لا تملكه يعتبر ضربا من اللغو.<sup>3</sup>

وعليه اعتبر الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة أن سقوط الحضانة لمانع ثم زواله تعود الحضانة لصاحبها، لأن حق الصغير في أن تحتضنه الحاضنة بقي و لأن تنازلها عن حقها من قبيل الإلزام كالمرض و السفر و الزواج، ومؤدى هذا الرأي أن الحاضنة إذا تزوجت مثلا بغير محرم سقط حقها في الحضانة، فإذا طلقت أو مات زوجها عاد حقها في استحقاق الحضانة، لأن سبب إسقاطها هو انشغالها عن المحضون.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، الجزء الأول الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 544.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 734.

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 277.

<sup>4</sup> أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 153.

ويترتب أيضا على اعتبار الحضانة حقا لكل من الحاضن والمحضون أن الحاضنة أما كانت أو غيرها إذا تعينت للحضانة بأن لم يوجد غيرها، أو وجد من يليها في استحقاق الحضانة لكنه لم يرضى بحضانة الصغير أجبرت عليها، مراعاة لحق الصغير، وحفظا له من الضياع.<sup>1</sup>

وفي هذا الاتجاه اشترط القضاء الجزائري لقبول تنازل الحاضنة عن الحضانة وجود حاضن آخر يقبلها عنها، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازله و له القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الحضانة.<sup>2</sup>

وبالرجوع إلى الآثار فإن الأم إذا خالعت زوجها على أن يبقى ولدها المحتاج للحضانة عنده كان الخلع صحيحا، والشرط باطلا، لأن وجود الصغير عند أمه زمن الحضانة أنفع له وهو حق له، فلا يجوز للأم الاتفاق على إسقاط حق غيرها.<sup>3</sup>

لذلك أجمع غالبية الفقه على أن هذا الشرط أو الاتفاق يعتبر باطلا وكأن لم يكن، فقد دعموا رأيهم هذا بحجة مستقاة من مبدأ أن حق الحضانة هو حق للولد، وبقاءه عند أمه أنفع له، فضلا عن أنه ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها.<sup>4</sup>

ويتفرع أيضا على اعتبار الحضانة حقا للحاضن والمحضون أنه إذا رغبت الحاضنة في مصالحة الأب على إسقاط حقها في الحضانة، وتركه عند الأب مدة حضانتها له نظير مقابل من المال تأخذه منه ، كان هذا الشرط باطلا ، مراعاة لحق

<sup>1</sup> بدران أبو العينين، حقوق الأولاد، مرجع سابق، ص 62.

<sup>2</sup> محكمة عليا، غ.أ.ش، 1988/12/19، ملف رقم 51894، المجلة القضائية، 1990، عدد 4، ص 70.

<sup>3</sup> بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 62.

<sup>4</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 483.

الولد ، لأن في ذلك تفويتا لحق الصغير في الحضانة وإسقاطه ، وتفويتا لحق من يلي الأم في الحضانة وهي لا تملك إسقاط حق غيرها.<sup>1</sup>

وإذا لم تتعين الحاضنة للحضانة فإن وجد غيرها ممن تتوفر فيه شروط الحضانة فإنه يكون عندها لأن فيه رعاية لمصلحة المحضون إذ سوف يكون في حضانة من هو أهل لها.<sup>2</sup>

كما ليس للأب أن ينزع الصغير من صاحبة الحق في الحضانة، ليعطيه لمن دونها، وأيضا يجب على المرضعة إذا كانت غير حاضنة للولد أن تقوم بإرضاعه عند الحاضنة لأن في ذلك تفويت لحقها في الحضانة.<sup>3</sup>

ولا يجوز للأب أن يخرج الصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه ما دام في حضانتها التي هي أهل لها لأن في هذا الإخراج تفويت حقها وحق الصغير فيمنع منه سواء كان البلد الذي يريد نقله إليه قريبا من أمه أو بعيدا ، إلا إذا سقط حق الأم في الحضانة لسبب من الأسباب ولم يكن في البلد الذي هي فيه من ينتقل إليه حق حضانة الصغير فله أن ينقله من بلد أمه إلى البلد الذي فيه من لها الحق في حضانتها ، وإذا زال المانع من أهلية الأم للحضانة وعاد إليها استحقاقها وجب على الأب أن يعيده إليها حيث تقيم ، ومثل الأم في هذا غيرها من الحاضنات.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> بدران أبو العينين، الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 545.

<sup>2</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 277.

<sup>3</sup> بدران أبو العينين، حقوق الأولاد، مرجع سابق، ص 62، 63.

<sup>4</sup> عبد الوهاب خلال، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم، الكويت، 1990، ص 200.

## المبحث الثاني

### ملامح الترتيب من خلال مشروعية الحضانة

تمتاز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع والقوانين ولاسيما الأجنبية منها بأن لها سابقة في تأسيس الحضانة، فهي مؤسسة إسلامية النشأة، وقد تجد مشروعيتها في القرآن في قوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾<sup>1</sup> على أساس بقاء الطفل عند الأم لما لها من حلم وأناة وشفقة وعطف على وليدها فكانت أحق بحضانتها من غيرها.<sup>2</sup> ولكن هذه المؤسسة تستمد مشروعيتها بشكل مباشر من الأحاديث النبوية خاصة في دلالة تلك الأحاديث على ترتيب مستحقي الحضانة (المطلب الأول).

وقد تطرأ بعض الأوصاف على المستحقين فيسقط حقهم في الحضانة، وينتقل لمن يليهم في الترتيب. وهو ما يطلق عليه بشروط الحضانة وبذلك يكون لها تأثير على ترتيب المستحقين على خلاف ما يرد في النصوص الفقهية والقانونية. ومنه نتطرق إلى شروط مستحقي الحضانة وأثره على الترتيب (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### أحاديث الحضانة ودلالاتها على ترتيب الحاضنين

إن غالبية أحكام الحضانة اجتهادية من ذلك مستحقي وترتيبهم في الأولوية ف فيما عدا الحديث الذي خول فيه الرسول عليه الصلاة والسلام المطلقة حق حضانة ولدها والخالة حق حضانة ابنة أختها لم يرد أي حديث على ترتيب باقي المستحقين. وقد فتحت الشريعة الإسلامية باب الاجتهاد فيما لا نص فيه، لذلك رتب الفقهاء

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>2</sup> محمد حسن مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2007، ص

الحاضنين، بالقياس على هذه الأحاديث ، وعليه سنحاول معرفة الأحاديث الواردة في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة (الفرع الأول)، وبعدها سنبين ترتيب الحاضنين بالقياس على هذه الأحاديث (الفرع الثاني) .

## الفرع الأول

### الأحاديث الواردة في الحضانة

قدم الفقهاء الحاضنين بعضهم على بعض وقد استدلوا على ذلك بالأحاديث التالية:

1 عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو : " أن امرأة قالت : يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تتكحي" <sup>1</sup>.

والحواء اسم للمكان الذي يحوي الشيء، والحواء أيضا : أختية تضرب ويداني بينها، يقال : هؤلاء أهل حواء واحدة، ومعنى هذا الكلام معنى الإدلاء بزيادة الحرمة، وذلك أنها شاركت الأب في الولادة، ثم استتبت بهذه الأمور خصوصا، وهي معاني الحضانة من حيث لا شركة للأب فيها، فاستحقت التقدم عند المنازعة في أمر الولد. <sup>2</sup>

2- وروى أبو هريرة أنه جاءت، امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " استهما عليه" فقال زوجها من يحاقتني

<sup>1</sup> أخرجه أبو داود (2276) في الطلاق، باب من أحق بالولد.

<sup>2</sup> المنذري، مختصر سنن أبي داود، الجزء الثالث، باب من أحق بالولد، دار المعرفة، لبنان، 1980، ص 185.

في ولدي؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به .<sup>1</sup>

3- و في حديث أبي رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت ابنتي وهي فطيم أو شبيهه، قال رافع : ابنتي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ادعوها" فمالت إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم "اللهم اهداها" فمالت إلى أبيها، فأخذها .<sup>2</sup>

4- عن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري، عن أبيه عن جده، أن جده، أسلم وأبت امرأته أن تسلم فجاء بابين له صغير لم يبلغ، قال فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب هاهنا والأم هاهنا، ثم خيره وقال : " اللهم اهده" فذهب إلى أبيه .<sup>3</sup>

وقد سار أبو بكر رضي الله عنه على نهج النبي عليه الصلاة والسلام عندما خاصم عمر بن الخطاب أم عاصم بشأن ولده بين يدي أبي بكر رضي الله عنهما لينتزع عاصما منها، قال له أبو بكر : " ريحها ومسها خير له من سمن وعسل عندك يا عمر".<sup>4</sup>

وفي رواية أخرى، عن يحيى بن سعيد أنه قال : سمعت القاسم بن محمد يقول: " كانت عند عمر امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إن عمر فارقها، فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده، فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام، فنازعته إياه، حتى أتيا أبا بكر الصديق رضي الله عنه، فقال عمر ابني، وقالت المرأة : ابني : فقال أبو بكر رضي الله عنه : خل بينها وبينه، فما راجعه عمر الكلام .<sup>5</sup>

5- عن علي قال : خرج زيد بن حارثة إلى مكة، فقدم بابنة حمزة، فقال جعفر: أنا آخذها، أنا أحق بها، ابنة عمي، وعندني خالتها، وإنما الخالة أم، فقال علي : أنا

<sup>1</sup> رواه أبو هريرة وأخرجه الترمذي (1357) في الأحكام: باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا وأبو داود (2277) في الطلاق: باب من أحق بالولد.

<sup>2</sup> أخرجه أبو داود (2244) من طريق عبد الحميد بن جعفر، عن أبيه، عن جده وسنده حسن .

<sup>3</sup> أخرجه النسائي 6 / 185 في الطلاق: باب اسلام أحد الزوجين وتخيير الولد.

<sup>4</sup> مصنف عبد الرزاق(12601).

<sup>5</sup> أخرجه مالك في الموطأ 2/767، والبيهقي 5/8.

أحق بها ، ابنة عمي، وعندني ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي أحق بها، فقال زيد : أنا خرجت إليها، وسافرت، وقدمت بها، فخرج النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر حديثاً، قال: وأما الجارية فأقضي بها لجعفر، وتكون مع خالتها، وإنما الخالة أم. وفي رواية أخرى : "وقضي بها لجعفر، لأن خالتها عنده".<sup>1</sup>

## الفرع الثاني

### دلالة الأحاديث على ترتيب مستحقي الحضانة

يتبين من الأحاديث السابقة أن الحديث الأول والحديث الخامس يدلان على تقديم بعض الحاضنين على بعض، فإذا استثنينا الأم التي لها الأولوية بدون منازع والخالة، لورود نص فيهما، فإن الأقارب الآخرين كان ترتيبهم من باب الاجتهاد بالرأي فقط، وذلك بالقياس على هذين الحديثين.

وقد دل الحديث الأول على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد فالأم أحق به من الأب، ما لم يقم بالأم ما يمنع تقديمها،<sup>2</sup> وعلى ذلك فإنه لم يوجد خلاف بين السلف من العلماء والخلف أن المرأة المطلقة إذا لم تتزوج، أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلاً صغيراً لا يميز شيئاً، إذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج.<sup>3</sup>

لذلك أجمع الفقه الإسلامي على أولويتها بحضانة صغيرها،<sup>4</sup> ففي ذلك قال الإمام مالك:

<sup>1</sup> أخرجه البخاري 5/ 223 في الصلح: باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان ابن فلان.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 150.

<sup>3</sup> أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2012، ص 150.

<sup>4</sup> منصور البهوتي، المرجع سابق، ص 2848. الشريبي، المرجع السابق، ص 592. أبي حامد الغزالي، الخلاصة، كتاب النفقات، الطبعة الأولى، دار المنهاج، جدة، 2007، ص 543.

" إن احتاج الأب أن يؤدب ابنه، يؤدبه عند أمه و يتعاهده عند أمه ولا يفرق بينه وبينها إلا أن تتزوج."<sup>1</sup>

وليس في ذلك غرابة لأن الأم بطبيعتها أحن على وليدها من غيرها فشفتها لا تعدلها شفقة وعطفها لا يقاربه عطف.<sup>2</sup>

وعلى هذا اتفق الفقه الإسلامي على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال، وحثهم في ذلك أنه إذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب، يقتضي القياس أن تكون للنساء أولا دون الرجال، فالنساء أليق لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة وهن أهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، واتباعا لذلك رتبوا الحواضن النساء، وجعلوا بعضا مقدم على بعض.<sup>3</sup>

وهو ما اعتمده المذهب الحنفي الذي تكون الحضانة فيه للنساء أولا فإن عدمن أو انتهت حضانتهم تنتقل إلى الرجال.<sup>4</sup>

وفي هذا الاتجاه يقول الإمام أبو زهرة: " وثبت وجوبها عليهن (النساء) لأن الآثار الصحيحة قد وردت بأن النساء أحق بالحضانة، وإذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب فقد اقتضى القياس أن يكون للنساء أولا دون الرجال."<sup>5</sup>

وبالقياس على الحديث قدم الفقهاء قرابة الأم على قرابة الأب، عند اتحاد درجة القرابة، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب،<sup>6</sup> فإذا كان حق الحضانة يستفاد من قبل الأم، فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها،

<sup>1</sup> مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد الثاني، دار صادر، بيروت، ص 356.

<sup>2</sup> أحمد ابراهيم عطية، مرجع سابق، ص 127.

<sup>3</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 328.

<sup>4</sup> أحمد علي جرادات، المرجع السابق، ص 335.

<sup>5</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 406.

<sup>6</sup> زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 199.

ويقدم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد المرتبة قريبا، ومن ذلك تقديم أم الأم على أم الأب، وتقديم الخالة على العممة والأخت لأم على الأخت لأب وهكذا.<sup>1</sup>

ويرى ابن القيم أن الأم قدمت لأن النساء أرفق بالطفل، وأخبر بتربيته وعلى هذا فالجدة أم الأب أولى من أم الأم، والأخت للأب أولى من الأخت للأم، والعممة أولى من الخالة، كما نص عليه أحمد في إحدى الروايتين وعلى هذا تقدم أم الأب على أب الأب، كما تقدم الأم على الأب، وإذا تقرر هذا الأصل، فهو أصل منضبط لا تتناقض فروعه، بل إن اتفقت القرابة والدرجة واحدة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأخت على الأخ والعممة على العم والخالة على الخال قياسا على تقديم الأم على الأب.<sup>2</sup>

أما بالنسبة للحديث الخامس المتعلق بالخالة فقد قدمت خالة ابنة حمزة على عمته صفية، وقد تنازع فيها أبناء عمها علي وجعفر، لأن صفية لم تطلب وجعفر طلب نائبا عن خالتها، فقضى الشارع بها لها في غيبتها.<sup>3</sup>

وعلى ذلك اقتضى القياس تقديم النساء على الرجال، فصحة الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل الخالة أحق بالحضانة من بنى عمها وهم عصبته. وقياسا على ذلك أيضا قدمت قرابة الأم على قرابة الأب فالنبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل الخالة أولى منهم لقرابتها من الأم،<sup>4</sup> فالخالة تدلي بالأب، ومن ذلك قدم الإمام مالك أم الأم على أم الأب، وقدم الخالة بعدها على الأب وأمه، واختلف أصحابه في تقديم خالة الخالة على الأب نفسه، وعلى قرابته.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، مرجع سابق، ص 42.

<sup>2</sup> ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 393، 394.

<sup>3</sup> منصور البهوتي، المرجع السابق، ص 2849.

<sup>4</sup> ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 434.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 396.

وبالاستناد على الحديث قدمت الخالة على الأخت لأب في بعض روايات المذهب الحنفي وقدمت أيضا على بنت الأخت لأب وعلى بنت الأخ. وقدمت أيضا على بنت الأخت لأب وعلى بنت الأخ.<sup>1</sup>

وبالقياس على هذا الحديث فإن ابن العم له الحق في الحضانة إذا لم يكن للمحضونة قرابة سوى ابن عمها، فيجوز أن تجعل مع امرأته في بيته، بل يتعين ذلك وهو أولى من الأجنبي لاسيما إن كان ابن العم مبرزا في الديانة والعفة والصيانة، فإنه في هذه الحالة أولى من الأجانب.<sup>2</sup>

وعلى هذا أجاز الحنفية لابن العم حضانة ابنة عمه إذا لم يكن للبنت عصبه غير ابن عمها بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه،<sup>3</sup> وكذلك المالكية<sup>4</sup> والشافعية أقروا بأحقية ابن العم في استحقاق الحضانة لاختصاصه بالعصوبة والولاية والإرث،<sup>5</sup> ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على جعفر وعلي ادعاءهما حضانتهم، ولو لم يكن لهما ذلك، ولو لم يكن لهما ذلك، لأنكر عليهما الدعوى الباطلة، فإنها دعوى ما ليس لهما وهو لا يقر على باطل.<sup>6</sup>

كما يدل هذا الحديث على أن لقرابة الأب حق في الحضانة فقد اعتبر ابن القيم أنه لا دليل على أن قرابة الأم مطلقا أحق بالحضانة من قرابة الأب، بل اقرار النبي صلى الله عليه وسلم عليا وجعفر على دعوى الحضانة يدل أن لقرابة الأب مدخلا في الحضانة، وإنما قدم النبي صلى الله عليه وسلم الخالة لكونها أنثى من أهل الحضانة

<sup>1</sup> زكريا البيري ، المرجع السابق، ص 200.

<sup>2</sup> ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 432 .

<sup>3</sup> حامد الجندلي، مرجع سابق، ص 279.

<sup>4</sup> الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص 164.

<sup>5</sup> شمس الدين الشربيني، المرجع السابق، ص 494.

<sup>6</sup> ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 429.

فتقديمها على قرابة الأب كتقديم الأم على الأب، والحديث ليس فيه لفظ عام يدل ما ادعاه، لا من أن من كان من قرابة الأم أحق بالحضانة من العصابة من قبل الأب.<sup>1</sup>

بناء على ما تقدم فقد دل الحديثان على تقديم النساء على الرجال بدليل تقديم الأم على الأب، والخالة على ابنا العم، وتقدم الأنثى عند التساوي في الدرجة كما قدمت الأم على الأب لما استويا، فلا وجه لتقديم الذكر على الأنثى مع مساواتها له. كما دل الحديثان على أن للرجال حق في الحضانة لذلك قدم الأقرب فالأقرب بحسب ترتيب الإرث، فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل الحضانة للأم مطلقا أو لمن يدلي بها، وإنما قال: "أنت أحق به ما لم تتكحي" فجعل الحق في الحضانة للأب إذا تزوجت، ولم يتحول حقها لأمها أو من يدلي بها.<sup>2</sup>

وعليه فقد راعى الشارع الحكيم تمام مصلحة الولد في تقديم كل واحد من الأبوين، فيما جعل له من الأحكام الشرعية، مما تتوقف فيه مصلحة الولد على من يلي أموره من أبويه وتحصل به كفايته، فجعلها للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والأصل فيها للنساء، لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى التربية ثم تصرف إلى الرجال، لأنهن على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر.<sup>3</sup>

## المطلب الثاني

### شروط مستحقي الحضانة وأثرها على الترتيب

تنبت أهلية الحضانة للرجل كما تنبت للمرأة، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، فقد اشترط الشارع شروطا لا بد من توافرها في الرجال والنساء حتى تنبت

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 435.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج و آثاره، المجلد الثاني، الفصل الخامس: الحضانة، ص 800.

<sup>3</sup> أحمد علي جرادات، المرجع سابق، ص 334.

الأهلية للحضانة، بالإضافة إلى شروط خاصة تختص بها الحاضنة من النساء والحاضن من الرجال.

إن هذه الشروط سيكون لها تأثير على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة. وهذا ما يدفع إلى التطرق في البداية إلى شروط المستحقين (الفرع الأول)، ثم التعرض إلى أثر ذلك على ترتيب المستحقين (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### شروط مستحقي الحضانة

يقسم معظم الفقه هذه الشروط إلى شروط عامة تشمل الرجال والنساء (الفقرة الأولى)، إضافة إلى وجود شروط خاصة بالرجال أو النساء (الفقرة الثانية).

## الفقرة الأولى

### الشروط العامة لمستحقي الحضانة

الشروط العامة هي التي يعبر عنها بالتكليف (العقل والبلوغ)، والأمانة والإسلام والقدرة على القيام بشؤون المحضون.

1- العقل : وهو شرط متفق عليه في الفقه الإسلامي، فلا حضانة للمجنون والمعتوه لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما فضلا عن رعاية شؤون غيرهما،<sup>1</sup> ذلك لأن الهدف من الحضانة هو توفير الحماية بشموليتها للمحضون

<sup>1</sup> عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 359.

فتركه لدى الحاضن المجنون يحمل الضرر الكبير له.<sup>1</sup> و اشترط المالكية الرشد فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه مالا لزوم له.<sup>2</sup>

وقد أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط و نص على أن الحضانة هي ولاية على النفس طبقا لما ورد في المادة 87 من ق.أ والتي نصت في فقرتها الأخيرة على: "...وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه حضانة الأولاد ". وقد نصت المادة 85 من ق.أ على أنه : تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".<sup>3</sup>

2- البلوغ: فالحضانة مهمة شاقة لا يتحمل تبعاتها إلا الكبار بل إن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء، وغايتها لا تتحقق بغير ذلك، ولا خلاف بين الفقهاء على اشتراط البلوغ حتى تتوافر الأهلية للحضانة.<sup>4</sup>

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنصت المادة 7 من ق.أ على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام التاسعة عشرة سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

3- القدرة على تربية المحضون: يعبر عنها أيضا بالحالة الصحية الجيدة بأن يكون الحاضن أو الحاضنة صحيح الجسم قادرا على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كان الحاضن أو الحاضنة به عجز عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو مريض مرضا معديا فإنه لا يصلح للحضانة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 55.

<sup>2</sup> عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2009، ص 269.

<sup>3</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 55.

<sup>4</sup> محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 149.

<sup>5</sup> لحسن بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر في 2000/02/22،

دراسات قانونية، تصدر عن مركز البصيرة، العدد 2، سبتمبر 2008، ص 70.

ويرى غالبية الفقهاء أن المرأة لو كانت مريضة مرضا يعجزها عن القيام بمصالح المحضون أو كانت عمياء أو صماء، أو كانت مريضة بمرض معد يخشى انتقاله إلى المحضون، أو كانت كبيرة في السن بحيث لا تستطيع القيام بشؤونه لا يكون لها الحق في الحضانة.<sup>1</sup>

ولا يرى الفقهاء حضانة لفاجرة ولا لضعيفة عاجزة عن القيام بحق الصبي لمرض مزمن.<sup>2</sup>

وهذا ما كرسه القضاء الجزائري، فقد ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أنه : " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير حق ممارسة الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكام الفقه الإسلامي.<sup>3</sup>

4- الأمانة : أجمع الفقهاء على هذا الشرط فلا يثبت حق الحضانة لمن يكون غير أمين على تربية الصغير وتقويم أخلاقه رجلا كان أو امرأة،<sup>4</sup> فالأمانة المقصودة هي صفة في الحاضن يكون به أهلا للحضانة ، وبيئة مصاحبة تضمن حد أدنى من التربية السليمة للصغير.<sup>5</sup>

وقد شدد القضاء الجزائري على هذا الشرط، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا : أن إسناد الحضانة للأم الفاسدة هو خرق لأحكام القانون.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 270.

<sup>2</sup> ابن عبد البر يوسف بن عمر، الكافي في فقه الندينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 296.

<sup>3</sup> محكمة عليا، غ.أ.ش، 9 جويلية 1984، ملف رقم 33921، بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 384.

<sup>4</sup> عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 359.

<sup>5</sup> محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 149.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، غ.أ.ش، 22 ماي 1989، عدد4، ص99، مقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 384.

5- الإسلام: اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط الحضانة، فالشافعية والحنبلة لا حضانة لكافر على مسلم عندهم إذ لا ولاية عليه، ولأنه ربما فتنة عن دينه،<sup>1</sup> ولم يشترط الأحناف والمالكية إسلام الحاضنة إذا كان الصغير مسلماً لأن الشفقة أساس رعاية الصغير.<sup>2</sup> وعبر المالكية عن ذلك بالقول بأنها أحق بالحضانة إلا أن يخاف منها أن تسقي الطفل خمراً أو تطعمه خنزيراً، فإن كان ذلك فالأب أولى لأن الولد على دين أبيه.<sup>3</sup> وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نصت المادة 62 من ق.أ على أن: "تربية الولد تكون على دين أبيه." وهذا يدل على جواز كون الحاضنة غير مسلمة بشرط أن تربيته على دين أبيه.

### الفقرة الثانية

#### الشروط الخاصة لمستحقي الحضانة

قسم الفقه هذه الشروط الخاصة إلى شروط خاصة بالنساء (أولاً)، وشروط خاصة بالرجال (ثانياً).

#### أولاً: الشروط الخاصة بالنساء

يضاف إلى الشروط السابقة وهي الشروط العامة شروط أخرى خاصة بالنساء مثل شرط خلو الحاضنة عن زوج والمحرمية وأن تكون دون مقابل إذا كان الزوج معسراً.

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم: وهذا الشرط متفق عليه في الفقه الإسلامي فلا حق للمرأة في الحضانة إذا كانت متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم له، أما إذا كانت متزوجة بقريب محرم له كعمه أو

<sup>1</sup> عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 359.

<sup>2</sup> محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 149.

<sup>3</sup> ابن عبد البر يوسف بن عمر، المرجع السابق، ص 297.

جده فلا يسقط حقها فيها.<sup>1</sup> وقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط في المادة 66 من ق.أ التي تنص على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم".

2- أن تكون من محارم الصغير نسبا : كالأم والخالة والأخت والعممة والجددة، فلا حضانة لغير القرابة النسبية، والقرابة وحدها لا تكفي فلا تتوافر أهلية الحضانة في النساء إلا بتوافر المحرمية وقرابة عمود النسب.<sup>2</sup>

3- ألا تقيم بالمحزون في بيت يبغضه: معظم الفقهاء يعتبرون سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه.<sup>3</sup>

4- ألا تكون قد امتنعت عن حضانتها مجاناً والأب معسراً : لأن الأب إن وجد الحاضنة المتبرعة، سقط حق الأم في الحضانة معاوضة ، لأن إعسار الأب يقتضي رعاية حاله.<sup>4</sup>

### ثانياً: الشروط الخاصة بالرجال

يضاف إلى الشروط العامة التي تشمل الرجال والنساء ذكر الفقهاء شروطاً خاصة تتعلق بالرجال دون النساء منها أن يكون محرماً للأنثى، وأن يتحد دينه مع دين المحزون، وأن تكون عنده من تحضن من النساء.

<sup>1</sup> بدران أبو العينين، حقوق الأولاد، مرجع سابق، ص 70.

<sup>2</sup> محمد كمال إمام، المرجع سابق، ص 150.

<sup>3</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 66.

<sup>4</sup> محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 175.

1- أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أنثى : فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم محرميته لها، لأن هذا الحق لو ثبت له قد يفضي إلى فتنة وفساد ، فإذا لم يكن للبننت عصابة غير ابن عمها فللقاضي أن يبقيها عنده، إذا كان مأموناً عليها، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده.<sup>1</sup>

2- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: فلا حضانة لكافر على مسلم، وخص بعض الأئمة هذا الشرط بما إذا كانت الحضانة للعصابة من الرجال المحارم، أما الرجال غير العصابة فقالوا بعدم اشتراط اتحاد الدين.<sup>2</sup>

وقد أورد المشرع الجزائري هذا الشرط صراحة في المادة 62 من ق.أ بقوله: "والقيام بتربيته على دين أبيه".

وهذا الشرط المذكور ينطبق على المرأة وليس على الرجل ولقد نقضت المحكمة العليا حكماً كان أسند الحضانة لأم تدين بالمسيحية، وثبت أنها تربي الولد على دين أبيها.<sup>3</sup>

3- أن يكون عنده من يحضن من النساء: لم يتضمن قانون الأسرة هذا الشرط ولم يفصل فيه التشريع التونسي ولكن ورد في لائحة الأحكام الشرعية النص على أنه يزداد إذا كان المستحق للحضانة ذكراً شرط عام وهو أن يكون عنده من يحضن من النساء.<sup>4</sup> وذلك مثل الزوجة أو الأم، إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة. وهذا شرط عند المالكية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد، مرجع سابق، ص 73.

<sup>2</sup> المرجع ذاته.

<sup>3</sup> الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 131.

<sup>4</sup> حامد الجندي، المرجع السابق، ص 279.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1984، ص 730.

## الفرع الثاني

### أثر الشروط على ترتيب المستحقين

من خلال السرد السابق لشروط مستحقي الحضانة يمكن أن نستشف بأن تخلف أي شرط من هذه الشروط قد يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة، ومن ثم انتقالها إلى من يليه في المرتبة، أو يسندها القاضي لمن يطلبها من القرابة وفق الترتيب أو بالنظر لمصلحة المحضون.

وقد جاء النص صريحا على إسقاط الحضانة في حالة تزوج الحاضنة بغير قريب محرم.<sup>1</sup> ولم يتطرق المشرع إلى الشروط بالتفصيل فقد نصت المادة 62 لذلك بالقول "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" ومن ثم لم يتم التطرق إلى حكم تخلف أحد الشروط.

وينبغي أن يكون إسقاط الحق في الحضانة لعدم توافر أحد الشروط معلقا على حكم قضائي، ولا يصح أن يكون الإسقاط من المسائل التي تقع بقوة القانون، بل يجب على كل من يدعي بها إثباتها أمام القضاء؛ إذ إن القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب قانوني.<sup>2</sup>

وإذا سقطت الحضانة لأي سبب فإنما تنتقل بحسب قواعد الأولوية في الحضانة، ولا تنتقل للأبعد، وقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 29 جوان 1981 برفض تقديم العم على الأب بعدما تنازلت الأم عن الحضانة وقرر بأن الأم إذا أسقطت حقها في الحضانة لصالح شخص آخر فلا يعمل به، بل تسري عليه قواعد الأولوية في الحضانة، كما أن من أسقط حقه قبل أوانه لم يسقط، ومن ثم، فالعم المتنازل له عن حضانة البنت وحرمان أبيها منها فإنه تصرف خارج عن القواعد الفقهية في الحضانة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المادة 66 قانون أسرة جزائري.

<sup>2</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 388.

<sup>3</sup> ملف رقم 25662، مذكور في: المرجع نفسه، ص 388.

وورد عن المحكمة العليا وعن القضاء أيضا قبول تنازل الأم عن الحضانة لصالح الأب علما بأنه يأتي في المرتبة الرابعة حسب النص القديم.<sup>1</sup>

وعلى العموم لا يقاس بقية الحواضن على الأب وهذا بالفعل ما استدركه المشرع حسب النص الجديد الذي جعل الأب في المرتبة التالية للأم مباشرة.

وقد ذهب القضاء في سوريا إلى أن الأم الحاضنة إذا تزوجت من غير محرم فإن حقها يسقط، وينتقل الحق إلى الجدة من جهة الأم دون حاجة إلى حكم قضائي وقد جاء في حيثيات القرار "حيث إن حضانة الطفل من قبل الجدة لأم لا تحتاج لحكم. وحيث إنه إذا تزوجت والدة البنت من غير محرم فإن حق حضانة البنت تنتقل إلى جدتها لأمها، وحيث إن المحكمة لم تضع كل ذلك موضع البحث، وعلى ضوء النتيجة تبني قرارها لجهة صحة الخصومة والادعاء، مما يصم القرار بالقصور ويجعله سابقا لأوانه ومتوجب النقض.<sup>2</sup>

هذا ما قرره أيضا قضاء النقض في المغرب إذ ينتقل الحق في الحضانة مباشرة إلى الأب بعد سقوطها عن الأم لكونه يليها في ترتيب مستحقي الحضانة حسب مقتضيات المادة 171 من مدونة الأسرة.<sup>3</sup>

نخلص في نهاية هذا الفصل إلى أن ترتيب مستحقي الحضانة لا يظهر بشكل جلي من خلال تحديد مفهوم الحضانة باستثناء بعض الملامح التي تشير إلى أن الحضانة تكون للأم بدرجة أولى ثم للنساء اللواتي يقدمن في ذلك على الرجال استنادا إلى المعنى اللغوي الذي يفيد بأن الحضانة من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح وقيل الصدر والعضدان. وهذا فيه ملامح إلى المرأة التي تحضن الولد ولذلك غلب على تعريفات الفقهاء تقديم النساء على الرجال. وهذا ما تدل عليه أيضا بعض الأحاديث الواردة في

<sup>1</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 497.

<sup>2</sup> راجع: غادة همج، الزواج والطلاق وآثارهما لدى الإسلام والمسيحية واليهودية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، 2001، ص 388، 389.

<sup>3</sup> عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، منشورات دار القضاء، المغرب، 2014، ص 323.

الحضانة. كما أن سقوط الحضانة عن بعض الحواضن لعدم توافر بعض الشروط يجعلها تنتقل إلى من بعده حسب ترتيب مستحقي الحضانة كما ذهب إليه القضاء.

وهذه الملامح وحدها لا تكفي لتحديد مراتب أصحاب الحق في الحضانة، ولا تساعد على تحديد نطاق المستحقين. وهذا ما نخصص له الفصل الثاني من هذه الدراسة.

### الفصل الثاني

#### نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

الصغير لما يتصف به من عجز عن النظر لنفسه وقضاء حوائجها في أول حياته جعل الشارع أمر حضانته ورعايته لوالديه فهما أقرب الناس إليه وأوفرهم شفقة وحنانا عليه، أما إذا افترق الزوجان فإن الأم أحق بحضانة صغيرها لأن شفقتها وسكون صغيرها إليها من الأمور الطبيعية التي لا ينكرها أحد، وقد فطرها الله سبحانه و تعالى على ذلك، وقد أجمع الفقهاء على أسبقيتها استنادا على حديث النبي صلى الله عليه و سلم: " أنتِ أحق به ما لم تتكحي"، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات. أما ترتيب الحواضن بعد الأم فهو محل خلاف، حيث قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب ملاحظة منفعة الصغير.

إن أهم ما يميز ترتيب أصحاب الحق في الحضانة يمكن حصره في اتجاهين: اتجاه توسعي يوسع في أصحاب الحق ليشمل جل الأقارب، إن لم نقل كل أقارب المحضون، وهو ما تبنته المذاهب الأربعة السنية (المالكية، الشافعية، الحنفية، الحنابلة) والمذهب الجعفري وأخذ به المشرع المصري (المبحث الأول).

في حين هناك اتجاه آخر مضيق يكتفي بنوع من الترتيب مع ترك الباقي، دون ترتيب وهو ما تبناه المذهب الظاهري وأخذت به بعض التشريعات المغاربية مثل المشرع الجزائري والمغربي والتونسي (المبحث الثاني).

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

### المبحث الأول

#### الترتيب الموسع لمستحقي الحضانة

رتب الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض حسب نظرة كل فقيه إلى منفعة الصغير، مقدمين في ذلك الأكثر شفقة وحنانا والأكثر قربا للصغير، مع أسبقية للأم، واختلاف فيما دون ذلك، وعلى هذا فقد وسع الفقهاء في دائرة مستحقي الحضانة لتشمل ترتيب المحارم من النساء والعصابات من الرجال إضافة إلى ذوي الأرحام مع بعض الخلاف في بعض الجزئيات.

حيث قدم بعض الفقهاء كالحنفية حضانة النساء على الرجال مع أسبقية لجهة الأم على جهة الأب وهو ما تبناه المشرع المصري، أما البعض الآخر كالمالكية والشافعية والجعفرية والحنابلة أشركوا حضانة الرجال مع النساء، مع اختلاف في الأسبقية بينهم، وهو ما سنبينه في المطلب الأول.

لكن بالرغم من اختلاف الفقهاء في ترتيب مستحقي الحضانة إلا أنهم أجمعوا على أن مضمون الترتيب يدور حول منفعة الصغير وهو ما سنبينه في المطلب الثاني.

### المطلب الأول

#### المذاهب والتشريعات التي تبنت الترتيب الموسع

سلف القول بأن الأصل في حضانة الصغار الذكور والإناث تكون للنساء، فإن عدمن فالحضانة للرجال، فإن اجتمع النساء والرجال وكلهم من أهل الاستحقاق، فالترجيح للنساء من حيث الجملة مع اختلاف في بعض الجزئيات، ثم إن المستحقين للحضانة، سواء كانوا من النساء أو الرجال ليسوا في مرتبة واحدة، وإنما هي في مراتب متعددة من الاستحقاق، ولهذا يقدم فيها الأحق فالأحق.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

وعليه سنبين رأي كل مذهب في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ( الفرع الأول). ثم نتعرض للترتيب في التشريع المصري الذي تبنى الترتيب الموسع ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الترتيب الموسع في المذاهب

اتجهت المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري إلى التوسيع في دائرة مستحقي الحضانة فكان ترتيبهم كالتالي:

#### أولاً: ترتيب مستحقي الحضانة لدى الحنفية

ذهب الحنفية إلى إسناد الحضانة للنساء أولاً وفي حالة انعدامهن تثبت للرجال وفي حالة انعدام الأقارب النساء والرجال يرجع الأمر إلى القاضي وفي ما يلي بيان ترتيب كل صنف من الأصناف:

يثبت حق الحضانة للنساء أولاً فيكون للأم سواء كانت متزوجة بأب الصغير، أو مطلقة في عدة أو منقضية عدتها، متى كانت أهلاً للحضانة، وثبت حق التقدم لكونها أرفق الناس و أشفقهم بالصغير من غيرها.<sup>1</sup>

فإن لم توجد الأم أو وجدت، ولم توجد فيها شروط الحضانة، ينتقل الحق إلى الجدة لأم (أم أم الصغير) وإن علت، فإن لم توجد ينتقل الحق إلى أم الأب وإن علت، وتعليل هذا الترتيب بأن أم الأم تقدم على أم الأب في الحضانة مع تساويهما في القرابة هو أن الأم أوفر الناس شفقة على الولد، وينبني على ذلك، تقديم الأقرب فالأقرب بالنسبة

<sup>1</sup> بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 64.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

إليها وأن من كان مدليا للولد من جهة الأم يكون أحق بالحضانة ممن كان منتسبا إليه من جهة الأب.<sup>1</sup>

فإن لم توجد أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة، انتقل الحق إلى الأخوات، ويكون أحق من الخالات والعمات، لأن الأخوات بنات الأبوين، والخالات والعمات بنات الأجداد والجدات، وبنات الأبوين أقرب من بنات الجدات والأجداد، وتقدم الأخت الشقيقة لشقيقتها على أخت الأم، وتقدم الأخت لأم، على الأخت لأب، لأن الحق يثبت لها من جهة الأم.<sup>2</sup>

وبعد الأخت لأب تنتقل الحضانة إلى بنت الأخت الشقيقة للمحضون ثم بنت الأخت لأم، وبعد الأخوات يأتي دور الخالات في الحضانة، والمقصود بهن خالات المحضون، فتقدم خالته شقيقة أمه ثم خالته أخت أمه لأم، ثم خالته أخت أمه لأب.<sup>3</sup>

وقد اختلفت الآراء حول تقديم الخالة على الأخت لأب، فقيل أن الأخت لأب أولى، وقيل الخالة أولى، أما بنت الأخت لأب مع الخالة، فإن الصحيح أن الخالة أولى، وتقدم الخالة الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب.<sup>4</sup>

ثم بنات الإخوة بتقديم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب، ثم عماته، فتقدم العممة الشقيقة ثم عمته لأم ثم عمته لأب، ثم خالات أم المحضون، ثم خالات أبيه، ثم عمات أمه، ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة، فالتى لأم، فالتى لأب.<sup>5</sup>

وإذا لم يوجد من النساء المحارم من تصلح للحضانة أو وجدت ولم تكن أهلا لها انتقلت الحضانة للرجال من العصابات مطلقا إن كان الطفل ذكرا وإلى العصابة المحارم إن كان أنثى ويرتبون كترتيبهم في الميراث فيقدم الأب ثم الجد الأب وإن علا، ثم الأخ

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين، حقوق الأولاد، مرجع سابق، ص 65.

<sup>3</sup> أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 44.

<sup>4</sup> عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، قسم الأحوال الشخصية، كتاب الطلاق،

المكتبة التجارية الكبرى، 1969، ص 594.

<sup>5</sup> عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 194.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

الشقيق ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب، ثم العم الشقيق ثم العم لأب، ثم عم الأب الشقيق، ثم عم الأب لأب<sup>1</sup>

وإذ لم تكن عصبية مطلقا بالنسبة للذكر ، أو كانت عصبية ليست ذات رحم محرم بالنسبة للأنثى، فإنها تنتقل إلى الأقارب ذوي الأرحام المحارم فتكون للجد لأم، ثم تكون للأخ لأم ثم أبناء الأخ لأم، ثم العم لأم ثم الخال لأبوين، ثم الخال لأب ثم لأم.<sup>2</sup>

### ثانيا : ترتيب مستحقي الحضانة في المذهب الحنبلي

إذا افترق الزوجان ولهما طفل أو معتوه أو مجنون ذكر أو أنثى فأحق الناس بحضانته أمه كما قبل الفراق مع أهليتها وحضورها ، وقبولها، ثم أمهاتها القربى فالقربى، لأن ولادتهن محققة ، فمن في معنى الأم والأقرب ، أكمل شفقة من الأبعد ثم الأب لأنه أقرب من غيره وليس لغيره كمال شفقة فرجح بها، ثم أمهاته لأنهن يدلين بمن هو أحق وقدمن على الجد، لأن الأنوثة مع التساوي توجب الرجحان دليله مع الأب.<sup>3</sup>

ثم الجد أبو الأب لأنه أب أو بمنزلته، ثم أمهاته لأنهن يدلين بمن هو أحق وقدمن على الأخوات مع إدلائهن بالأب لما فيهن من وصف الولادة وكون الطفل بعضا منهن، وذلك مفقود في الأخوات ، ثم الأخوات لأنهن يشاركن في النسب وتقدم منهن أخت لأبوين لقوة قرابتهن وتقدم الأخت من الأم على الأخت من الأب لأن الأم مقدمة على الأب فقدم من يدلي بالأم على من يدلي به، وتقدم الخالة على العم.<sup>4</sup>

ثم خالات أمه، تقدم خالة أمه لأبوين، ثم لأم ثم لأب، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، تقدم العمه من أبوين ثم العمه لأم ثم العمه لأب، ثم تكون الحضانة لبنات إخوة الولد المحضون وبنات أخواته تقدم بنت الأخ وبنات الأخت لأبوين ثم لأم ثم لأب.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 739.

<sup>2</sup> أبو زهرة، المرجع السابق، ص 409.

<sup>3</sup> منصور البهوتي، المرجع السابق، ص 2847.

<sup>4</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 24.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 25.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

ثم بنات أعمامه ثم بنات عماته، ثم أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه.<sup>1</sup>

وإن لم يوجد أحد ممن ذكرنا فتكون الحضانة لباقي العصابة الأقرب فالأقرب، لأن له ولاية وتعصيا، وأولى الرجال من العصابات في الحضانة الأب ثم الجد ثم أبو الأب وإن علا.<sup>2</sup>

ثم الاخوة الأشقاء، ثم الأخ من الأب ثم بنوهم، ثم الاعمام ثم بنوهم كذلك، ثم أعمام الأب، ثم بنوهم، ثم أعمام الجد ثم بنوهم.<sup>3</sup>

فإذا كان المحضون أنثى فالحضانة عليها لعصابة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة بأن تكون ربيبة له دخل بأمها ، فلا حضانة عليها أي على الأنثى لابن العم ونحوه إذا لم يكن محرما برضاع ونحوه لأنه ليس من محارمها.<sup>4</sup>

فإذا بلغت سبعا لم تسلم إليه، أي إلى ابن العم غير المحرم وقبلها أي السبع له الحضانة عليها لأنه لا حكم لصورتها، وليست محلا للشهوة، فإن لم يكن لبنت سوى ابن عمها ونحوه ممن ليس محرما لها سلمها إلى ثقة يختاره أو إلى محرمة، وإن اجتمع أخ أو أخت أو عم وعمة أو ابن أخ وبنت أخ قدمت الأنثى على من في درجتها من الذكور.<sup>5</sup>

وإذا لم يوجد أحد ممن ذكرنا تكون الحضانة لذوي الأرحام رجالا ونساء غير من تقدم لأن لهم رحما وقربة يرثون بها، عند عدم من هو أولى ، فيقدم أبو الأم ثم أمهاته ، لأن أبا الأم يدلي إليها بالأبوة والأخ يدلي بالبنوة والأب يقدم على الابن في الولاية، فيقدم في الحضانة لأنها ولاية ثم أخ من أم لأنه يرث بالفرض ويسقط ذوو الأرحام ، ثم الخال ثم حاكم فيسلمه إلى من يحضنه من المسلمين ممن فيه أهلية وشفقة.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، المرجع السابق، ص 51.

<sup>3</sup> محمد أحمد الصالح، مرجع سابق، ص 796.

<sup>4</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 25.

<sup>5</sup> منصور البهوتي، المرجع السابق، ص 2850.

<sup>6</sup> عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 25-26.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

### ثالثاً: ترتيب مستحقي الحضانة في المذهب الشافعي

المستحقين للحضانة ثلاثة أحوال: الحالة الأولى أن يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث، الحالة الثانية: أن يجتمع الإناث فقط، الحالة الثالثة: أن يجتمع الذكور فقط.

**أما الحالة الأولى:** فتقدم الأم على الأب، ثم أم الأم وإن علت ، بشرط أن تكون وارثة، فلا حضانة لأم أبي أم، لأنها غير وارثة ، ثم بعدهن الأب، ثم أمه ، ثم أم أمه وإن علت ، إذا كانت وارثة، فلا حضانة لأم أبي أم أب ، لأنها لا ترث، فإذا عدت هذه الأربعة وهي الأم وأمها والأب وأمها، وإذا اجتمع ذكور وإناث قدم الأقرب فالأقرب من الإناث ثم الأقرب من الذكور ، مثلاً إذا اجتمع إخوة وأخوات وخالة وعمة ، قدمت الأخوات.<sup>1</sup>

**أما الحالة الثانية:** تقدم الأم، ثم بعد الأم أمهات لها يدلين بإناث واريثات لمشاركتهم الأم في الإرث والولادة، يقدم منهن أقربهن فأقربهن لوفر الشفقة، وتقدم بعد أمهات الأم أم الأب لمشاركتها أم الأب في الإرث والولادة ، ثم أمهات المدليات بإناث واريثات ثم أم أبي الأب، ثم أمهات المدليات بإناث واريثات ، ثم أم أبي الجد ، ثم أمهاتها المدليات بإناث واريثات وهكذا.<sup>2</sup>

ثم الأخت تقدم على الخالة، لأنها أقرب منها، وتقدم الخالة على بنت الأخ وبنت الأخت تقدم على الخالة، لأنها أقرب منها، وتقدم الخالة على بنت الأخ وبنت الأخت، لأنها تدلي بالأم بخلافهما، وتقدم بنت الأخ وبنت الأخت على العمّة، كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم وتقدم بنت الأخت على بنت الأخ، وتقدم الأخت من الأبوين على الأخت من أحدهما ، ثم الخالات ثم العمات.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 595.

<sup>2</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 20، 21.

<sup>3</sup> شمس الدين الشربيني، المرجع السابق، ص 593.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

أما الحالة الثالثة: إذا اجتمع الرجال وحدهم فتثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث كالابن والجد وإن علا، والأخ لأبوين أو لأب، والعم كذلك لقوة قرابتهم بالمحرمية والإرث والولاية، فيقدم أب ثم جد وإن علا، ثم أخ شقيق ثم لأب، هكذا.<sup>1</sup>

فالجد هنا مقدم على الأخ، وكذا ذكر وارث غير محرم كابن عم لوفور شففته بالولاية لكن لا تسلم إليه مشتهاة حذرا من الخلوة المحرمة، بل تسلم إلى ثقة يعينها ولو بأجرة من ماله لأن الحق له في ذلك، فإن فقد في الذكر الحاضن الإرث والمحرمية معا كابن خال وابن عمه ، أو فقد الإرث فقط والمحرمية باقية كأبي أم وخال، فلا حضانة لهم لفقد الإرث والمحرمية في الأولى ، ولضعف قرابته في الثانية<sup>2</sup>.

### رابعا: ترتيب مستحقي الحضانة في المذهب المالكي

تعتبر الحضانة حق لذوات الأرحام من النساء، إذا كن محارم للحضون وللعصبة من الرجال ، سواء كانوا من ذوي الرحم المحرم كالعم والجد، أو من ذوي الرحم غير المحرم كابن العم وإن نزل، ولو لم يكونوا من ذوي الرحم كالمولى والمعتق، وتكون كذلك للوصي على الطفل، سواء كان رجلا أو امرأة ، وفيما يلي بيان من له الحق ممن ذكر على ترتيبهم في الاستحقاق الأول فالأول ، وهو ترتيب مراعى فيه مصلحة الطفل ونفعه، بالدرجة الأولى، وروعي في تقديم الحاضن الحنان والرفق والقيام بأمر المحضون على أحسن وجه، فقدم من يعلم بالطبع والعادة أنه أشفق وأرق بالمحضون، غريزة وجيلة<sup>3</sup> لذلك كان الترتيب كالاتي:

أم المحضون لأنها أشفق من غيرها عليه، وإذا تزوجت أو حصل لها وجه مسقط تنتقل الحضانة إلى أم أمه لأن شفقتها على ولد بنتها كشفقة أمه عليه، فالمقدم للحضانة

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> شمس الدين الشربيني، مرجع سابق، ص 594.

<sup>3</sup> الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص 160.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

ومستحقها هو من كانت شفقتة على الطفل أقوى من شفقة غيره، ومشهور المذهب أن قربات الأم أشفق على الطفل من قربات الأب.<sup>1</sup>

ثم جدة الأم سواء كانت جدتها لأمها أو لأبيها وهو كذلك قاله ابن عرفة واللخمي، فإن اجتمعا فأم أمها أحق من أم أبيها، وعلى هذا الترتيب أمهاتهن وإن علون.<sup>2</sup>

ثم الخالة أي خالة الولد أخت أمه تقدم الشقيقة على التي لأم، والتي لأم على التي لأب ثم خالة الأم، وهي أخت جدة الطفل لأمه، ثم عمه الأم، ثم الجدة لأب وإن علت.<sup>3</sup>

فأبوه أي أبو الولد المحضون فأخته أي أخت المحضون، فعمه أبيه فخالة أبيه، فبنت أخ شقيقه أو لأم أو لأب ثم بنت أخته كذلك، فإن لم يوجد أحد ممن ذكر فالحضانة تثبت للوصي الشامل للذكر والأنثى ثم لأخ الولد المحضون سواء كان الأخ شقيقاً، لأم أو لأب.<sup>4</sup>

ثم للجد من جهة الأب والأقرب فالأقرب، فإن الأخ للولد المحضون، فالعم، فابنه، ويقدم الشخص الشقيق ذكراً كان أو أنثى على الذي لأم، ثم الذي للأب، لأن من كان من جهة الأم يكون أشفق ممن كان في جهة الأب، ثم للشخص الذي للأب، وهذا الترتيب في جميع المراتب التي يأتي فيها ذلك كالإخوة والعمومة ولا حضانة للجد لأم ولا للخال واعتبر اللخمي الجد لأم له الحضانة، لأن له شفقة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> بن علي الخرخشي، الخرخشي على مختصر خليل، الجزء الثالث، دار صادر، ص 208.  
<sup>2</sup> أبي عبد الله محمد المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، بدون دار النشر، 1978، ص 215.

<sup>3</sup> شمس الدين الدسوقي، المرجع السابق، ص 527.

<sup>4</sup> أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 219.

<sup>5</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 23.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

### خامسا: ترتيب مستحقي الحضانة في المذهب الجعفري

الجعفرية لا يفصلون بين حضانة النساء وحضانة الرجال ولكنهم يثبتونها أولا لأم ثم للأب، فإن لم يكونا أو كانا فاقدَي الأهلية للحضانة انتقلت إلى الأقارب على ترتيب اختلفوا في بعض صورته.

فالحضانة مشتركة بين الأم والأب في حال قيام الزوجية، فإذا كانت الأم مطلقة فهي أحق بها من الأب مدة عامين للذكر وهي مدة الرضاعة، وللأنثى سبع سنين وقيل تسع وقيل هي أحق بها ما لم تتزوج والأول أظهر.<sup>1</sup>

ثم تنتقل إلى الأب، وإذا مات الأب أو جن بعد أن انتقلت إليه الحضانة، وكانت الأم ما زالت على قيد الحياة عادت إليها الحضانة، وكانت أحق من جميع الأقارب بما فيهم الجد لأب، حتى ولو كانت متزوجة من أجنبي، وإذا فقد الأبوان انتقلت الحضانة إلى الجد لأب، على المشهور.<sup>2</sup>

وذلك لأنه أب في الجملة، فيكون أولى من سائر الأقارب، أو لأنه أولى بالمال، فيكون أولى بالحضانة.

وبعد الجد تترتب الحضانة كترتيب الميراث الأقرب فالأقرب، وإن كان في بعض متحدي القرابة خلاف، وذلك على النحو التالي:

الجدة لأب والجدة لأم، وبعد الجد لأم أو لأم، الأخوات والإخوة، ثم أولاد الإخوة والأخوات، ثم الخالات والأخوال والعمات والأعمام، ثم أولاد الأعمام والأخوال، ثم خالات الأم وخالات الأب وعماتها وعماته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 740.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 550.

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 284.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

### الفرع الثاني

#### التشريعات التي تبنت الترتيب الموسع

التشريع المصري من التشريعات التي اعتمدت على التوسيع في دائرة مستحقي الحضانة حيث ذهب بالحضانة إلى عمات الأم والأب وإلى خالاتهما وقد ورد ترتيب الاستحقاق في المادة 20 من المرسوم القانوني رقم 20 لسنة 1929 المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1980 وهو كما يلي:

يبدأ ترتيب حضانة النساء بالأم ثم أم الأم ثم أم الأب حيث يتقدم في الحضانة الأقرب فالأقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الأم لأنها أقرب إلى ولدها ، ثم أم الأم ، ثم أم الأب ، لأن الجدتين وإن استويا في القرب لكن إحدهما من قبل الأم أولى، وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكل من يدلي بقربتها كان أولى لأنها أشفق.<sup>1</sup>

ثم الأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب السالف.<sup>2</sup>

وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لأن الأخ لاحق له في الحضانة، والأخت لها حق فيها.<sup>3</sup>

ثم الخالات تلي مرتبتهم مرتبة بنات الأخوات الشقيات أو لأم وتقدم التي لأم على الخالة لأب، وكانت مرتبة الخالات تالية لمراتب الأخوات مطلقا ، وبنات الأخوات الشقيقات أو لأم لأن الأخت الشقيقة بنت الأبوين ، ولأم بنت الأم، ولأب بنت الأب، ولأن بنت الأخت الشقيقة من ولد الأبوين وبنات الأخت لأم من ولد الأم، فكن لذلك جميعا

<sup>1</sup> أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص 129.

<sup>2</sup> أحمد شامي، المرجع السابق، ص 311.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم عطية، المرجع سابق، ص 129.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

أقرب من الخالات لأنها بنات الجد، ثم بنات الأخوات لأب، لأن شفقتهم دون شفقة بنات الأخوات لأم، ثم بنات الإخوة ، تقدم منهن الشقيقة ثم من كانت لأم ثم لأب، وكانت مرتبتهم تالية لمرتبة بنات الأخوات لأن الأخوات لهن حق في الحضانة دون الأخ فكان المدلى بهم أولى.<sup>1</sup>

وبعد ذلك تنتقل الحضانة إلى العمات فتقدم العمة الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب.<sup>2</sup> ثم بعد ذلك تنتقل إلى خالات الأم، ثم إلى خالات الأب، وتقدم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب، فإن لم توجد واحدة من هؤلاء انتقل حق الحضانة إلى عمات الأم ثم إلى عمات الأب حسب الترتيب السابق.<sup>3</sup>

وإذا لم توجد حاضنة من النساء أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة ، انتقل على الفور الحق في الحضانة إلى الرجال المحارم من عصبته ، ولا حضانة لغير المحارم من الرجال على الصغير أبدا، فإذا لم يوجد للصغير إلا غير المحارم، فللذكور منهم حق حضانة الذكور ، للإناث حق حضانة الإناث، وحضانة الرجال تثبت الإرث فيقدم الأب فالجد وإن علا ، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم أبناء الإخوة على نفس الترتيب ثم الأعمام ثم أبناؤهم بذات الترتيب أيضا مع ملاحظة أن أبناء الأعمام لهم حق حضانة الصغير لا الصغيرة.<sup>4</sup>

فإذا لم يوجد من هؤلاء أحد انتقلت الحضانة انتقلت الحضانة إلى الرجال غير العصبات، فيقدم الجد أو أبو الأم، ثم أخ المحضون لأمه، ثم ابن أخ المحضون لأمه، ثم عم أم المحضون، ثم الخال الشقيق لأم المحضون، ثم الذي لأب ثم الذي لأم.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 280، 281.

<sup>2</sup> محمد أحمد سراج، محمد كمال أمام، المرجع السابق، ص 176.

<sup>3</sup> بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد، مرجع سابق، ص 66.

<sup>4</sup> محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 151، 152.

<sup>5</sup> أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 51.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

وعند المفاضلة يقدم الأصلح للصغير ، وعند التساوي يقدم الأكبر سنا لتجربته وهيبته ، فإذا لم يوجد من هؤلاء أحد فالأمر موكول إلى القاضي يختار بحكم ولايته العامة من يثق به رجلا كان أو امرأة.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني

#### مضمون الترتيب الموسع

لقد أخذ ترتيب الحاضنين اهتماما بالغا من قبل الفقه الإسلامي حيث قد اعتمد في سبيل ذلك ليس فقط تحري الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر جودا للعطف والشفقة بل والأكثر حرصا على تربية الصغير وتأديبه، ذلك مما جعل الترتيب الذي جاء به يتمشى وجدارة الحاضنين حسب نظرة كل فقيه لمصلحة المحضون، وعليه سنبين أساس ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وبعدها سنحاول تقييم هذا الترتيب.

### الفرع الأول

#### أساس الترتيب الموسع

لا جدال في الفقه الإسلامي على أنّ الحضانة تنهض أصالة على مصلحة المحضون.<sup>2</sup>

حيث قدم الفقهاء الحاضنين بعضهم على بعض بحسب منفعة الصغير، فجعلوا الإناث أليق بها، لأنهن أشفق، وأهدى للتربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، حيث اختلفوا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 153.

<sup>2</sup> حامد الجندي، مرجع سابق، ص 282.

<sup>3</sup> عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 357.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

فالصغير في أول حياته في حاجة إلى الشفقة والعطف والحنان والصبر والأم أحق بصغيرها وأقدر ملازمة له في هذه المرحلة، لما به من حاجة إليها في نفسها وإلى خدمتها، لأنه عاجز عن الاستغناء عنها، فهي أقدر من غيرها تفهما له، وأعظم صبورا عليه في طفولته، كما أنها أشفق عليه من تصرفاته.<sup>1</sup>

وعليه فاختيار أصحاب الحق في الحضانة يقوم على أساس مصلحة الولد، هذه المصلحة التي روعيت ضمنا في ترتيب درجات الحواضن، والتي قدمت في بعض المذاهب قرابة الأم على قرابة الأب قياسا على أولوية الأم على الأب، وقدمت النساء على الرجال، وفي مذاهب أخرى، قدمت جهة الأم إلى غاية نفاذها. ومن هنا فإن الأقرب عند الفقهاء هو الأشفق والأصلح للصغير.

وعلى كل حال فإن من اعتبر تقديم الأم لأمومتها، قدم أقاربها على أقارب الأب، ومنهم من قدم أقارب الأب على الأب لأنها من النساء وهي أقدر على الحضانة من الرجال، وتوصل البعض عن طريق القياس أن الحضانة للنساء الأصول والحواشي والفروع من جهة الأم ثم من جهة الأب، وهكذا كانت الخالات أولى من العمات وإن تساوين في القرب، لأن الخالات يدلن بقرابة الأم فكن أشفق، وهناك رأي عكسي يقر بالقرابة من جهة الأب على جهة الأم، كالأخت لأب أحق من الأخت لأم، والخالة لأب قبل الخالة لأم لأن القرابة عندهم تقدر بالميراث.<sup>2</sup>

وفي حالة انعدام النساء، تنتقل الحضانة إلى العصابات من المحارم بحسب ترتيبهم في الإرث، وولاية النكاح، وإذا انعدم العصابات تنتقل إلى ذوي الأرحام، أما إذا لم يوجد أحد من أصحاب الاستحقاق يرجع الأمر إلى القاضي في اختيار الأصلح.<sup>3</sup>

وبيّن ابن القيم ضوابط الفقهاء في ترتيب درجات الحاضنين والمتمثلة في: الاعتبار في الحضانة بالولادة المتحققة وهي الأمومة، ثم الولادة الظاهرة وهي الأبوة، ثم

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، مرجع سابق، ص 7.

<sup>2</sup> حميدو زكية، مرجع سابق، ص 330.

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 279.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

الميراث، ثم الإدلاء، إلا أنه انتقد هذه الضوابط بقوله: "إن أراد بتقديم الأمومة على الأبوة تقديم من في جهتها على الأب ومن في جهته، كانت تلك اللوازم الباطلة من تقديم الأخت للأم وبنت الخالة على الأب وأمه، وتقديم خالة الأم على الأب وأمه، وهذا مخالف لأصول الشرع وقواعده.<sup>1</sup>

وقد أيد ابن القيم ضابط ابن تيمية الذي اعتبر الحضانة ولاية تعتمد على الشفقة والتربية والملاطفة فكان أحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات وهم أقاربه يقدم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة، فإن اجتمع منهم اثنان فصاعداً، واستوت درجتهم قدم الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب، والجدة على الجد، والخالة على الخال وهكذا.<sup>2</sup>

ومما تقدم يتضح جلياً أن اختيار أصحاب الحق في الحضانة مؤسس على مصلحة الصغير ومنفعته لعجزه عن القيام بشؤونه بنفسه، فالأصلح عند الفقهاء هو الأقرب وبالتالي كان الأشفق. لذلك اختلفوا في الترتيب حول من هو الأقرب.<sup>3</sup>

لكن بالرغم من الاختلاف في الترتيب إلا أنهم اتفقوا على أنه لا حضانة إلا لرجل من العصابة أو لامرأة وارثة أو مدلية بعصبة أو بوارث فإن عدموا فالحاكم وقيل إن عدموا تثبت لمن سواهم من الأقارب ثم للحاكم.<sup>4</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري الذي تبنى الترتيب الموسع اعتمد على معيار مصلحة المحضون كأساس لترتيب الحاضنين وهذا المعيار روعي ضمناً عند اختيار المستحقين حيث قدمت حضانة النساء على الرجال مع أولوية الأم في الاستحقاق وتقديم جهتها على جهة الأب ولم يشترط المشرع المصري مراعاة مصلحة المحضون عند الترتيب وهذا يدل على أنه راعاه عند اختيار الحواضن، هذا ما يدفعنا للقول بأن ترتيب المشرع المصري إلزامي متى استوفى المستحقون شروط

<sup>1</sup> ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص 400.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 402، 403.

<sup>3</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 331.

<sup>4</sup> ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الرابع، باب الحضانة، دار المعرفة، لبنان، ص 593.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

الحضانة، فإذا تخلف شرط منها كأن تزوجت الحاضنة مثلا بغير قريب محرم للولد، انتقل الحق لمن يليها في الرتبة من الحاضنات.

يؤيد هذا أن القانون السوري يأخذ بالترتيب الموسع وهو ترتيب ملزم للقاضي وهو يشترك مع القانون المصري في تبني المذهب الحنفي وقد ورد في قرار لمحكمة النقض السورية أن الشرع بمقتضى نص المادة 139 من قانون الأحوال الشخصية رتب أصحاب الحق في الحضانة، وهذا الترتيب من النظام العام ولا يعدل عنه إلا بمسوغ مقبول.

حيث إن حضانة الطفل من قبل الجدة لأم لا تحتاج لحكم. وحيث إنه إذا تزوجت والدة البنت من غير محرم فإن حق حضانة البنت تنتقل إلى جدتها لأمها، وحيث إن المحكمة لم تضع كل ذلك موضع البحث، وعلى ضوء النتيجة تبني قرارها لجهة صحة الخصومة والادعاء، مما يصم القرار بالقصور ويجعله سابقا لأوانه ومتوجب النقض.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني

#### تقييم الترتيب الموسع

يتبين من الترتيب المتقدم أن المذاهب الأربعة ذهبت بالحضانة بعيدا عن الأم وأم الأم وبعيدا عن أم الأب، لأن هذا الموضوع اجتهد فقهي يخضع للمكان والزمان الذي سادته كل فقه، ومن الفقهاء من وضع مذهبا جديدا يتناسب مع المكان الذي انتقل إليه.<sup>2</sup>

وقد أبرز الفقه الإسلامي أن الحضانة تقوم أساسا على مصلحة المحضون، لكن في حالة التقيد بترتيب معين، قد يلزم الفقهاء القاضي بنوع من الترتيب لا تتوفر فيه مصلحة المحضون.<sup>3</sup>

ويتبين من ترتيب المشرع المصري أن أحق النساء بالحضانة، مقدم فيه القرابة من قبل الأم، ثم يليها القرابة من قبل الأب، هذا الترتيب نقله المشرع الوضعي عن الفقه

<sup>1</sup> راجع: غادة همج، المرجع السابق، ص 388، 389.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، مرجع سابق، ص 45.

<sup>3</sup> أحمد الجندي، مرجع سابق، ص 282.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

الحنفي، فاعتد بالبيئة والظروف التي سادها هذا الفقه، دون مراعاة لظروف المجتمع الحالي.

فليس من العقل، ولا من المنطق أن خالات الأم وخالات الأب، وعمات الأم وعمات الأب- في عصرنا هذا- يشغل بالهن حق حضانة ابن بنت أختها، أو ابن ابن أختها وهكذا، حتى يتقدمن للمطالبة بهذا الحق وقد بلغن من العمر الكثير لكي ينزعن الصغير من يد أبيه أو جده أو أخيه، إلا إذا كان على سبيل الكيد له.<sup>1</sup>

وقد اعتبر الأستاذ أحمد نصر الجندي أن ترتيب القانون المصري للحاضنات ليس ترتيبا عمليا يتفق مع الواقع الذي يفرض نفسه، ولا ترتيبا قصد به مصلحة الصغير، ولا مصلحة أبيه، لأنه لا يوجد من يبحث عن حضانة الصغير سوى أمه، ونادرا جدتيه لأمه وأبيه، وبعد ذلك يكون والد المحضون.<sup>2</sup>

وبما أن المشرع المصري لم يشر إلى مصلحة المحضون فإن اختيار القاضي للحاضن والتحقق من كفاءته لا يكون إلا عند تعدد مستحقي الحضانة وكلهم أهل للحضانة، وفي درجة واحدة كإخوة أشقاء، أو أخوات شقيقات، أو إخوة لأب، حيث يقدم أصلحهم لتربية الولد.

### المبحث الثاني

#### الترتيب المضيق لمستحقي الحضانة

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الآراء الفقهية اختلفت اختلافا بينا في ترتيب الحاضنات بعد الأم بحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون، ومرد هذا الاختلاف هو ثراء الفقه الإسلامي المنقول عنه صراحة أو ضمنا، هذا ما دفع البعض إلى الاكتفاء بنوع من الترتيب مع ترك الباقي يخضع لمعايير معينة. وعليه سنحاول

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، مرجع سابق، ص 45، 46.

<sup>2</sup> المرجع ذاته، ص 46.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

معرفة المذاهب والتشريعات التي تبنت الترتيب المضيق، وبعدها سنحاول معرفة مضمون هذا الترتيب.

### المطلب الأول

#### المذاهب والتشريعات التي تبنت الترتيب المضيق

قلنا سابقا بأن الفقهاء رتبوا أصحاب الحق في الحضانة بحيث شملوا تقريبا كل أقارب المحضون، إلا أن البعض من الفقهاء كابن حزم اكتفى ببعض الترتيب دون أن يحصر كل مستحقي الحضانة، مقدما في ذلك الأحوط في دينه وفي دنياه.

وأیضا اكتفت التشريعات المغاربية بنوع من الترتيب وتركت الباقي بدون ترتيب.

حيث نصت المادة 64 ق.أ على أن: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربين درجة مع مراعاة مصلحة المحضون..."

ونصت المادة 171 على أنه: " تُخول الحضانة للأم، ثم الأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية..."

وفي الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه: "إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى أحدهما أو غيرهما، وعلى القاضي عند البث في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون."

يتضح من خلال هذه المواد أن المشرعين المغاربة لم يرتبوا بعض الحاضنين وذلك في عبارة "الأقربين درجة" وفي عبارة "الأقارب" وعبارة "الغير" مع اشتراط في كل الأحوال مراعاة مصلحة المحضون، وعليه سنحاول توضيح ترتيب الحاضنين في المذهب

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

الظاهري (الفرع الأول)، ومن بعدها نعرض إلى الترتيب في التشريعات المغاربية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### المذاهب التي تبين الترتيب المضيق

اتجهت هذه المذاهب إلى ترتيب بعض الحواضن وترك البعض الآخر يخضع إلى معايير محددة فتسند الحضانة إلى من تتوفر فيه، ومن هذه المذاهب المذهب الظاهري الذي أعطى للأم الأسبقية في حضانة الصغير أو الصغيرة، بشرط أن تكون مأمونة في دينها ودنياها، فإن لم تكن كذلك نظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فحيث كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين وجبت هناك عند الأب أو الأخ أو الأخت أو العممة أو الخالة أو العم أو الخال. وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال، والدين مغلب على الدنيا، فإن استوا في صلاح الحال، فالأم والجدة ثم الأب والجد والأخت ثم الأقرب فالأقرب.<sup>1</sup>

واحتج ابن حزم على ما قاله بقول الله تعالى: "وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله"، وبالنسبة لأحقية الأم في الحضانة أن الولد في يدها، لأنه كان في بطنها ثم صار في حجرها مدة الرضاع بنص قول الله عز وجل: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"، فلا يجوز نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص، ولم يأت نص بذلك.<sup>2</sup>

وعليه فإن كانت الأم مأمونة في دينها وكذلك الأب فهي أحق منه ثم الجدة كالأم فإن لم تكن مأمونة لا الأم ولا الجدة في دينها أو تزوجت غير مأمون في دينه وكان الأب مأموناً فالأب أولى ثم الجد، فإن لم يكن أحد ممن ذكرنا مأموناً في دينه وكان للصغير أو

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المرجع سابق، ص 27.

<sup>2</sup> أبي محمد بن حزم، المحلى، الجزء العاشر، كتاب الطلاق، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352، ص 323.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

الصغيرة أخ مأمون في دينه أو أخت مأمونة في دينها فالمأمون أولى، وهكذا في الأقارب بعد الإخوة، فإن كان اثنان من الإخوة أو الأخوات أو الأقارب مأمونين في دينهما مستويين في ذلك، فإن كان أحدهما أحوط للصغير في دنياه، فهو أولى فإن كان أحدهما أحوط في دينه والآخر أحوط في دنياه فالحضانة لذي الدين لقوله عز وجل: "إنما الحياة الدنيا لعب ولهو وزينة وتفاخر بينكم وتكاثر في الأموال والأولاد كمثل غيث أعجب الكفار نباته ثم يهيج فتراه مصفرا ثم يكون حطاما".<sup>1</sup>

وتفسير الحياطة في الدنيا أن يكون أحدهم أشد رفاهية في عيشه ومطعمه وملبسه ومرقده وخدمته وبره وإكرامه والاهتمام به فهذا فيه إحسان إلى الصغير والصغيرة فواجب أن يراعى بعد الدين.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني

#### الترتيب المضيق في بعض التشريعات

هذه التشريعات لم تبق وفيه للفقهاء الإسلامي إلا أنها حافظت إلى حد ما على نوع من الترتيب مع فسح المجال للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة سواء قبل تعديل 2005 أو بعده. وذلك في المادة 64، وهذا ما انتهجه المشرع المغربي الذي اكتفى ببعض الترتيب في المادة 171، أما المشرع التونسي تخطى تماما عن المنظومة الفقهية الإسلامية، وعليه سنحاول معرفة مراتب الحاضنين في هذه التشريعات.

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 27.

<sup>2</sup> أبي محمد بن حزم، المرجع السابق، ص 324.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

### أولاً: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري

نميز بين ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الذي صدر سنة 1984(1)، وقانون الأسرة المعدل سنة 2005. (2).

#### 1- ترتيب الحاضنين في قانون 84-11

نص المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة رقم 84-11 على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

يتبين من هذه المادة أن حق الحضانة يثبت أولاً للنساء، لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الولد والعناية به، كما أن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم رتب المستحقين لها مبتدئاً بجهة الأم، ثم جهة الأب ثم الأقربين درجة الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب.<sup>1</sup>

وسبب تقديم الأم في الحضانة كونها أشفق الناس على طفلها، وأرفقهم به، وأكثرهم صبراً على تحمل مشاق العناية به.<sup>2</sup>

وبالتالي فالمشرع الجزائري يقر بأولوية الأم أما في حالة سقوط الحضانة عنها لأي سبب كان، سواء تعلق الأمر بالوفاة أو الزواج بأجنبي أو أي سبب آخر تنتقل الحضانة إلى أم الأم باعتبار أم الأم مشاركة للأم في الإرث والولادة، وكذلك لأن الجدة أكثر رافة وشفقة على المحضون من غيرها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 380-381.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين، حقوق الأولاد، مرجع سابق، ص 64

<sup>3</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 72.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

ثم تليها الخالة وهذا ما كرّسه القضاء الجزائري حيث ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أن: الفقه القضائي قد وضع فيما يرجع إلى الحضانة أن الخالة في الدرجة الثالثة يعني من قبل الجدة من الأب.<sup>1</sup>

بعد انتهاء جهة الأم بأكملها تنتقل الحضانة للأب فالمشعر الجزائري بعد أن غلب جانب الأنثى من الأم في الحضانة، خالف المبدأ من جانب الأبوة بتسبيقه للأب على أمه، خلافا لما قال به الإمامان مالك وأبو حنيفة، هذا يعني أنّ المشعر أقر بقدرة الأب على رعاية المحضون كمراعاة النساء له، ويظهر جليا تأثير المشعر بالمذهبين الشافعي والحنبلي بتقديمهما للأب على أم الأب، وبعد الأب تنتقل الحضانة إلى أم الأب وإن علت، مع مراعاة توافره على الشروط المذكورة سلفا في ممارسة حق الحضانة.<sup>2</sup>

وبعد الجدة لأب ذكر المشعر عبارة الأقربين درجة دون تحديد المقصود بها، هل تشمل قرابة الأم أم قرابة الأب، وهل المقصود بها النساء أم الرجال؟

وبالرجوع إلى المادة 222 تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في أحكام هذا القانون يرجع إلى الشريعة الإسلامية"، وتجدر الإشارة إلى أن المذاهب اختلفت في ترتيب الأقربين درجة كما بينا سابقا<sup>3</sup>، والمشعر الجزائري لم يحدد المذهب المتبع في هذا الموضوع.

### 2- ترتيب الحاضنين بعد تعديل فبراير 2005

نص المشعر الجزائري في التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أن: الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة. مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، 1985/12/30، ملف رقم 39203، نشرة القضاة، عدد 44، ص 172.

<sup>2</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 74، 75.

<sup>3</sup> انظر المبحث الأول من هذا الفصل.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

الملاحظة الأولى التي نبديها أن تعديل المادة 64 من قانون الأسرة جاء معالجة للواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية، فتعديل 2005 وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب الأخرى، خاصة عندما قدم الأب، إلا أنه حاول أن يساوي بين جهة الأم وجهة الأب، وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب عند التساوي في الدرجة<sup>1</sup>، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق.<sup>2</sup>

ولعل تقديم المشرع رتبة الأب عن الجدة لأم وعن الخالة جاء متأثرا برأي ابن القيم الجوزية الذي قدّم الأنثى على الذكر عند اتفاق القرابة والدرجة، فقدم الأخت على الأخ، والعمة على العم، والخالة على الخال، والجدة على الجد وأصله تقديم الأم على الأب.<sup>3</sup>

والسؤال المطروح هنا هل المشرع الجزائري كان صائبا بإسناد حضانة الطفل إلى

الأب؟

يذكر بعض المسؤولين في وزارة العدل في الجزائر أن إحصائيات أجريت أكدت أهمية النزاع بين الأم والأب وذويهما - فيما يتعلق بأحقية الحضانة، كما أن الأب يعتبر حقه مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها.<sup>4</sup>

لذا تم تعديل مرتبته لتأتي بعد الأم مباشرة، وهذا يساعد في تكوين الطفل نفسيا وجسديا وخلقيا والدليل على ذلك ما جاء عن الرسول الكريم وصحابته من حث الأب على تربية ابنه ومسؤوليته عنه، حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "لأن يؤدب أحدكم ولده خير له من أن يتصدق كل يوم بنصف صاع على المساكين" وفي ذلك يقول علي كرم الله

<sup>1</sup> باديس ديابي، مرجع سابق، ص 79.

<sup>2</sup> عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 358.

<sup>3</sup> ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 393.

<sup>4</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 79.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

وجهه " علموهم وأدبوهم وفقهوهم"، وقال عبد الله بن عمر: "أدب ابنك، فإنك مسؤول عنه، ماذا أدبته، وماذا علمته." <sup>1</sup>

من هنا يتّضح لنا بجلاء الدور الكبير الذي يلعبه الأب في التربية. كما أنّه لا يعقل أن يكون هناك من الأقارب من هو أحن على الولد بعد الأم من أبيه، لأنه جزء منهما، فالوالدان أحن وأشفق على الصغير من أي شخص آخر.

وتجدر الإشارة إلى أن نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس في ذلك شيء يعتمد عليه. <sup>2</sup>

وبالرجوع إلى تقديم الأب هناك من اعتبر أن المشرع الجزائري جانب الصواب بإسناد حضانة الطفل إلى الأب الذي سيدفع به حتما إلى زوجته للقيام بشؤونه، متقدما بذلك على أم الأم والخالة، وهن بدون شك أحن على الصغير من زوجة أبيه. <sup>3</sup>

وفي هذا الاتجاه يقول الأستاذ العربي بختي: "إن كان القانون يحرص على حماية الولد من الأذى النفسي والجسدي والعقلي، كان الأولى به أن ينص على حضانة الوالد لأولاده لا تكون إلا بعد بلوغهم السن التي يستطيعون الاعتماد فيها على أنفسهم. أما قبل ذلك فالنساء أولى وأليق بحضانتهم." <sup>4</sup>

وفي الأخير يمكن القول أن للأب دورا هاما في تربية المحضون، وأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري لا يثير صعوبة كبيرة طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة. <sup>5</sup>

<sup>1</sup> حميدو زكية، المرجع سابق، ص 346.

<sup>2</sup> محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، كتاب النكاح، الطبعة السادسة، دار المعرفة، 1982، ص 57.

<sup>3</sup> أحمد شامي، مرجع سابق، ص 309.

<sup>4</sup> العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص 259.

<sup>5</sup> أحمد شامي، المرجع سابق، ص 310.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

أما بالنسبة لحضانة الجدّات تفيد كثيرا لأنّه في الغالب يكون الطفل قد تعود على العيش معهما ولذلك تقدم الجدّة للأُم وللأب على الخالة لخبرتهما، فهناك اعتبار مادي ومصلي وهو أن إسناد الحضانة للجدّة لأب يفيد في اطلاع الأب على أحواله دون صعوبة تذكر، كما أنّ مسألة النفقة وتوفير السكن قد لا تطالب بها الجدّة وخصوصا إذا كانت قادرة عليهما، وكان الأب بطبيعة الحال قليل الدخل أو لا يقوى على توفير مسكن مستقل لممارسة الحضانة بسبب أزمة السكن.<sup>1</sup>

وبعد الخالة والعمة تسند الحضانة للأقربين درجة وقد اختلفت المذاهب في ترتيبهم كما بيّنا سابقا.

والسؤال المطروح هنا: هل عدم الالتزام بترتيب الفقهاء يعد خروجاً عن الشريعة الإسلامية؟

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنّ ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، من المسائل التي لم يتحقق لها الاجماع.<sup>2</sup>

حيث قدّم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون، لكن هنا أيضا ألا يمكننا التساؤل أنّه إذا اعتمد الفقهاء معيار مصلحة المحضون لترتيب الحاضنين، فإنّ المشرع الجزائري لا يكون بذلك مخالفا للفقّه الإسلامي في هذه النقطة ذلك أنّه يختلف عنه فقط في مسألة تطبيق هذا المعيار.

ومن ثمّ فإنّ المشرع الجزائري في تعديله الأخير يكون قد أخذ من فقّه المسألة ما يتناسب مع واقع المجتمع.

كما أنّ تقديم الأب عن باقي الحواضن هو الرأي الراجح في المذهب الجعفري وهو رأي في مذهب الامام بن حنبل الذي يرى أنّ الأم إذا تركت الحضانة مع استحقاقها

<sup>1</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 256.

<sup>2</sup> أحمد شامي، المرجع السابق، ص 308.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

لها، تنتقل إلى الأب، لأن أمهات الأم فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت الأم حقها في الحضانة سقط حق فرعها وهذا رأي مأخوذ من فقه الشريعة الإسلامية ولا يخالف أحكامها.<sup>1</sup>

وهو رأي ابن تيمية الذي اعتبر أن الأم قدمت لكونها أنثى لا لتقديم جهتها، إذ لو كانت جهتها راجحة لترجح رجالها ونساؤها على الرجال والنساء من قبل الأب، ولما لم يترجح رجالها اتفاقا فكذلك النساء، وأيضا فإن جهة الأبوة ترتبط برابطة الرحم والعصوبة، بخلاف جهة الأم فرابطتها الرحم فقط، ومن ذلك فإن جنس النساء مقدم لأن النساء أرفق وأشفق.<sup>2</sup>

وهو ما سار عليه ابن القيم حيث قال ترجيحاً لجهة الأبوة: " إن أصول الشرع وقواعده شاهدة على تقديم جهة الأب على جهة الأم وذلك في الميراث وولاية النكاح وغير ذلك، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام."<sup>3</sup>

ومن ذلك كله يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يخرج في تعديله للمادة 64 عن أحكام الشريعة الإسلامية وإنما أخذ من فقه المسألة ما يناسب الظروف الاجتماعية السائدة.

### ثانياً: ترتيب الحاضنين في القانون التونسي والمغربي

ما سبق ذكره ينطبق أيضاً على ترتيب المشرع المغربي والتونسي اللذين لم يتقيدا بترتيب الفقه الإسلامي.

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، المرجع السابق، ص 47. انظر أيضاً محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 678.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 786.

<sup>3</sup> ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 393.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

حيث نص المشرع المغربي في المادة 171 "تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية..."<sup>1</sup>

فالمشرع المغربي بقي محافظا على نوع من الترتيب، المتمثل في الأم والأب وأم الأم، إلا أنه لم يبيّن الأقارب إذ اكتفى بعبارة "أكثر أهلية". ويلاحظ أنّ المحكمة تعين من الأصلح حسب مصلحة المحضون.

هذا ما سار عليه القضاء المغربي، ومن أمثلة ذلك ما جاء في أحد قراراته: "الحضانة في هذه السن المبكرة - أربع سنوات - خاصة بالأم دون غيرها لما يخشى عليها من الضياع ولما تحتاجه المحضونة من حنان أمها".<sup>2</sup>

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1994/10/04 بقوله: "رتبة الأب موالية لرتبة الأم ومقدمة على رتبة الجدة".<sup>3</sup>

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري والمغربي اتفقا على بعض الترتيب بعكس المشرع التونسي الذي ضيق كثيرا في ترتيب مستحقي الحضانة إن لم نقل أنه لم يعتمد أصلا على أي ترتيب بل اكتفى بالمساواة بين الأبوين وترك المجال مفتوحا في كلمة "الغير".

وأول ملاحظة نبديها أنّ المشرع التونسي ميّز في خصوص استحقاق الحضانة بين وضعية إسناد الحضانة مع قيام الزوجة وإسنادها عند انفصام الزوجة، ففي الحالة الأولى جاء الفصل 57 ناصا على أن: "الحضانة من حقوق الأبوين ما دامت الزوجية مستمرة بينهما".

<sup>1</sup> حامد الجندي، المرجع السابق، ص 282.

<sup>2</sup> مجلس أعلى، 1982/05/10، قرار رقم 385، قضاء المجلس الأعلى، عدد 33-34، ص 116، حميدو زكية، مرجع سابق ص 336.

<sup>3</sup> مجلس أعلى، 1994/10/04، قرار رقم 1208، مجلة القضاء والقانون، عدد 47، ص 163، المرجع نفسه ص 336.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

أمّا في الحالة الثانية فقد نص في الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية على أنّه: "إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما، وعلى القاضي عند البث في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون.<sup>1</sup>"

يتضح من الفصل 67 أنّ المشرع التونسي اعتمد على مبدأ المساواة بين الأبوين، عكس المشرعين الجزائري والمغربي اللذين نصا صراحة على أسبقية الأم على الأب في الاستحقاق.

كما أنّ كلمة الغير الواردة في الفصل 67 من م.أ.ش يمكن أن تثير خلافا في الرأي والموقف بحيث قد يرى البعض أنّها لا تفيد الحصر وأنّه لا يجوز بناء على ذلك أن تنصرف إلى القريب والأجنبي في آن واحد، غير أنّه يمكن أن يعتبر البعض الآخر هذه الكلمة تعتبر حداً لتفديد الحصر.<sup>2</sup>

وفي هذا الصدد فإنّ الأستاذ رشيد الصباغ، بعد إتيانه ببعض الحجج يرى أن الاعتبارات المذكورة تؤيد ما ذهب إليه المشرع التونسي من عدم التعرض إلى مراتب الحضانة بالنص ولو أن ذلك لا يمنع القاضي من الاستتارة بما قاله الفقهاء في شأنها لتكريز اجتهاده في تقدير الأصلح للمحضون.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني

#### مضمون الترتيب المضيق

من مظاهر اختلاف الفقهاء في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، انعكاس هذه المواقف على اختيارات مؤيدي الترتيب المضيق حيث اختلفوا بنوع من الترتيب، فإذا كان

<sup>1</sup> حامد الجندي، مرجع سابق، ص 281.

<sup>2</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 376.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 376.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

موقف هذا الاتجاه مختلف عن الاتجاه الموسع في الترتيب، فسئرى هل أن الاتجاه المضيق التزم بسريه في اعتماد أساس الترتيب أم أنه قد حاد عنه في هذه المسألة أيضا؟ هذا ما سنتناوله في الفرع الأول وبعدها سنقوم بتقييم هذا الترتيب في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### أساس الترتيب المضيق

سبق القول إن الحضانة تقوم على أساس منفعة الولد ومصالحته، لذلك اختلف الفقهاء في ترتيب الحواضن، حيث قدموا الأقرب فالأقرب باعتباره أشفق على الصغير، إلا أن من الفقهاء من اكتفى بنوع من الترتيب مع اختلاف في مسألة تطبيق معيار منفعة الولد، وهو ما ذهب إليه بن حزم الذي وضع أسس عامة تتحقق بمقتضاها مصلحة الولد وهذه الأسس تتمثل في الحياطة في الدين والحياطة في الدنيا، فحيثما كانت الحياطة في كلا الوجهين وجبت الحضانة بمعنى أن الأم إذا كانت مأمونة في دينها كانت أحق بالحضانة من غيرها، أما إذا لم تكن مأمونة، قدم من كان أحوط في دينه ثم في دنياه، وذو الرحم أولى من غيرهم، فإذا تساوا في الحياطة في دينه ودنياه، فالحضانة تثبت للذي هو أحوط في دينه ودنياه.<sup>1</sup>

يتضح من هنا أن ابن حزم يعتبر منفعة الصغير لا يمكنها أن تحقق إلا مع الشخص الأحوط في دينه ثم في دنياه.

أما بالنسبة للتشريعات التي تبنت الترتيب الضيق للحواضن، اعتمدت على نفس الأساس وهو مصلحة المحضون وذلك من خلال المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: "الأم أولى بحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون." وفي الفصل 67 من المجلة التونسية: "وعلى القاضي عند البث في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون."

<sup>1</sup> ابن حزم، المرجع السابق، ص 323.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

وفي المادة 171 من المدونة : "تُخول الحضانة للأم، فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون."

يتضح من هذه المواد أنّ المشرعين المغاربة اعتمدوا على معيار مصلحة المحضون، كأساس لترتيب أصحاب الحق في الحضانة، وقد نصوا عليه صراحة في هذه المواد بعكس المشرع المصري الذي راعى مصلحة المحضون ضمناً في الترتيب.

هذا ما كرسه القضاء المغربي في العديد من قراراته، ففي القضاء الجزائري ذهبت المحكمة العليا إلى ما يلي:

"الحضانة حق وواجب في آن واحد على الأخص ما يتعلق منه برعاية الأطفال والحفاظ عليهم، وإن الأم التي تتخلى عن أولادها بغير عذر يسقط عنها حقها في حضانتهم.

ومن ثم فإن الحكم وقد أثبت أن الأم أهملت أولادها منذ وفاة والدهم الحاصلة في سنة 1957 وأنهم أقاموا عند جدتهم لأبيهم التي هيأت لهم الرعاية والتربية وذلك بعد الاطلاع على الشهادات المقدمة وعلى نتائج التحقيق الذي أجرى في هذا الشأن ثم استخلص ما أثبتته أنه من المصلحة ترك الأولاد عند جدتهم يكون قد أصاب وجه الحق في تطبيق القانون.<sup>1</sup>

والسؤال المطروح هنا: إذا كان ترتيب الحواضن يقوم على أساس مصلحة المحضون فما مدى إلزاميته؟

لقد اختلفت الآراء حول الطبيعة الإلزامية لترتيب المادة 64 من قانون الأسرة وبالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد أيضاً اختلاف في القرارات حول هذا الموضوع .

<sup>1</sup> محكمة عليا، 1968/12/25، رقم الملف: غير موجود، نشرة القضاء، 1969، العدد 4، ص 23.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

### الرأي الأول: الترتيب غير إلزامي

اعتبر أنصار هذا الرأي أن مصلحة المحضون قد تغير ترتيب الحاضنات، إذ اشترط النص مراعاة مصلحته قبل مراعاة الترتيب.<sup>1</sup>

فالقاضي يسند الحضانة لمن تتوفر فيه الشروط اللازمة للرعاية لتحقيق مصلحة الولد، فإذا كانت مصلحته متوافرة مع أمه أسندت إليها الحضانة، أما إذا لم تتوفر معها المصلحة، فتسند إلى من بعدها أو من بعد بعدها، وهذا ما دفع هذا الرأي إلى القول بأن الترتيب ليس إلزاميا ولا من النظام العام.

وأضاف هذا الرأي أنه في حالة استيفاء أصحاب الحق في الحضانة كلهم نفس الشروط فإن هنا لا بد أن يكون من بينهم من هو الأحسن والأجدر وبالتالي الأسبق، بمعنى أنه يجب على القاضي البحث عن من يحقق مصلحة أكبر للمحضون.<sup>2</sup> وحثتهم في ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2009/05/13 التي اعتبرت مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة.

وفي قرار آخر جاء فيه: من المستقر عليه قضاء، أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن الحضانة أسندت للأب، مراعاة لمصلحة المحضون، واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية، قد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن.<sup>3</sup>

هذا ما دفع أنصار هذا الرأي إلى القول بأن المشرع الجزائري لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة وجوبيا على القاضي يتقيد به ولا يملك الحياد عنه، بل جعله موجها له

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 135.

<sup>2</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 377.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، 1997/02/18، ملف رقم 153640، المجلة القضائية، 1997، عدد 1، ص 39.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

فحسب، فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضى بذلك استجابة لنص المادة 64 الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون دائماً.<sup>1</sup>

لكن إذا كان الترتيب غير ملزم فما فائدته؟

يرى هذا الاتجاه أن هذا الترتيب حتى ولو لم يكن إلزامياً، فهو مع ذلك ضرورياً، لأنه يصلح كموجه للقاضي في إعانته على كشف الأشخاص القادرين على الحضانة والمؤهلين لها، فإذا تنازع شخصان على ولد أمام القاضي، فإن هذا الأخير أول ما يتبادر إلى ذهنه هو تقدير مصلحة المحضون مراعيًا في ذلك الترتيب الوارد في المادة 64. بمعنى إذا تحقق مثلاً أن مصلحة الطفل ليست مع أمه بالرغم من أنها أولى، فإنه لا يقضي لها بالحضانة، ويطبق عين الحكم بالنسبة للحواضن الآخرين.<sup>2</sup>

### الرأي الثاني: الترتيب إلزامي

اعتبر أنصار هذا الرأي أنه إذا ثبت بالدليل توافر مصلحة المحضون فإن الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة يكون إلزامياً ولا يجوز مخالفته، وحببتهم في ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا على أنه: من المقرر قانوناً أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق.أ بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب.

<sup>1</sup> أحمد شامي، المرجع السابق، ص 310.

<sup>2</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 377.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفا للقانون وعرضوا قرارهم للنقض.<sup>1</sup>

كما جاء في قرار صادر عن مجلس قضاء المدينة بتاريخ 08 / 06 / 2002: " وحيث أنه ردا على الطلب فإن الحضانة هي حق للمحضونين شرعا وقانونا، وأن مصلحتهما هي التي تقرر الإنابة وطالما أن الأم أولى بها من غيرها لأنها أعرف وأرف وأصبر وأخبر بالرعاية والتربية من غيرها، فكان عندئذ حكم المحكمة سليما عندما أسندها إليها تماشيا وأحكام الشرع في ذلك.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني

#### تقييم الترتيب المضيق

تسعى التشريعات الحديثة إلى إفراح المجال لسلطة القاضي ليقدر بحسب ضميره وبصيرته النافذة ما هو الأصح للمحزون ولا يتقيد اجتهاده إلا بالحدود التي ترسمها هذه المصلحة.

هذا ما تبنته التشريعات المغاربية حيث حصرت بعض المستحقين وتركت الباقي بدون ترتيب ليجد القاضي مجالا واسعا في اختيار الأصلح للمحزون ، وتظهر أيضا السلطة الواسعة للقاضي في ربط الترتيب بمراعاة مصلحة الطفل.

فالمشرع الجزائري والمغربي والتونسي جعلوا أساس إسناد الحضانة مراعاة مصلحة المحزون لأن ترتيب الحواضن مجرد اجتهاد فقهي يختلف باختلاف البيئة والظروف، فالمشرع الوضعي يتعين عليه أن يلتزم أحكام الشرع الاسلامي ولا يخرج عنها، لأنها من وضع الشارع الحكيم، أما فقه الشريعة فمن وضع فقهاءها ويخضع فقههم للمكان والزمان

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/02/23، ملف رقم 89672، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 166.

<sup>2</sup> ملف رقم 179471، مذكور في: صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر " بن يوسف بن خدة"، بن عكنون،

2007-2006، ص 110.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

الذي ساد هذا الفقه، ومن الفقهاء من وضع مذهبا جديدا يتناسب مع المكان الذي انتقل إليه.<sup>1</sup>

كما أنّ علاقة الفرد بقرابته، يتعذر الحكم عليها بقواعد نظرية عامة، فالواقع أنها تختلف من أسرة إلى أخرى، بل ومن فرد إلى آخر، فليس صحيحا أن يُقال مثلا أن أم الأم أصلح دائما من أم الأب.

كما أن عبارة "الأقربين درجة" في المادة 64 من ق.أ و"الأقارب" في المادة 171 وعبارة "الغير" في م.أ.ش فتحت المجال على مصراعيه للقاضي في تقدير الأصلح للمحضون.

فلا يمكن حصر وتحديد كل الأقارب في مادة واحدة لذا يرجع الأمر للقاضي في انتقاء المحضون من بين أقاربه ممن هو الأصلح له، لأنه وإن كان من أسس النظام القانوني ألا تسند الحضانة إلا بعد احترام الترتيب المقترح، إلا أنه مع ذلك يجوز للقاضي ولاعتبارات تتعلق بمصلحة الطفل أن يشغل هو بتقدير مبرراتها ودوافعها وأن يقضي بإسناد الحضانة إلى الأجدر بها، وليقوم القاضي بهذا الدور يجب أن يتوفر لديه مجال واسع للاجتهاد.<sup>2</sup>

وعليه لا يمكن للقاضي أن يقوم بدوره إلا إذا كان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة التي تتجلى أيضا في انتقال الحضانة إلى حاضن آخر فالقاضي يبحث عن مصلحة المحضون التي تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، فكل قضية لها ظروفها الخاصة، ومن أمثلة ذلك ما ورد في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث جاء فيه مايلي:

"من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 45.

<sup>2</sup> حميد وزكية، مرجع سابق، ص 371.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون.<sup>1</sup>

غير أنه في قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا، أن مصلحة المحضون لا تتحقق مع أبيه، بل مع جدته بالرغم من كبرها في السن ومرضها حيث جاء في القرار: "إنّ اسناد حضانة الطفل لجدته للأم يعتبر تطبيقا للقانون."<sup>2</sup>

كما ترك المشرع التونسي أيضا للقاضي سلطة واسعة في تقدير الأصلاح للمحضون حيث جاء في أحد قرارات محكمة التعقيب: "أنّ إسناد الحضانة لأحد الأبوين أو للغير أمر موضوعي يرجع إلى اجتهاد قاضي الأساس مع مراعاة مصلحة المحضون". كما قضت أيضا بأنه: "اقتضت فقرات الفصل 67 م.أ.ش أن الحضانة تعهد إلى أحد الأبوين وإلى غيرهما، وعلى الحاكم عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون."<sup>3</sup>

ومما تقدم يتبين بأن الدور الذي يلعبه القاضي في الحضانة يختلف عن دوره في المواد المدنية الأخرى التي يقتصر فيها على تطبيق النص القانوني والقول بأن موضوع النزاع راجع لهذا أو لذاك من الخصوم حسب قاعدة مسطرة بالنص من قبل، بل إن دوره في مادة الحضانة يقتضي منه البحث من تلقاء نفسه عن مصلحة المحضون، وعدم الاكتفاء في ذلك بما يقوله الشقان المتنازعان ويقتضي منه معاملة المحضون كشخص هو صاحب الحق في النزاع عن الحضانة لا كموضوع لهذا النزاع.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محكمة عليا، غ.أ.ش، 1997/02/18، ملف رقم 13640، المجلة القضائية، 1997، عدد 1، ص 39.

<sup>2</sup> محكمة عليا، غ.أ.ش، 1997، 12، 23، ملف 178086، نشرة القضاة، 1999، عدد 56، ص 33.

<sup>3</sup> محكمة التعقيب، 1977/02/01، قرار مدني، عدد 731، نشرة محكمة التعقيب، 1977، ج 1، ص 74، عن

حميدو زكية، المرجع السابق، ص 380 .

<sup>4</sup> المرجع نفسه ص 374.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

ومن هنا نتساءل: هل يمكن أن تكون السلطة الواسعة للقاضي سببا في تعسفه؟

بالرغم من صعوبة حصر مفهوم مصلحة المحضون إلا أن المشرع والفقهاء قدما بعض التوجيهات للقاضي ليستعين بها في حكمه لتكون نظريته عادلة وأكثر موضوعية، ولتبتعد تخوف البعض من تعسفه بسبب المجال الواسع الممنوح له، وتتمثل في معايير يستند عليها القاضي، وأول هذه المعايير المعيار المعنوي والروحي الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة،<sup>1</sup> باعتبار أن مرحلة الحضانة من أهم المراحل في نمو الطفل البدني واللغوي والعقلي والأخلاقي، وهي مرحلة تشكيل البناء النفسي الذي تقوم عليه أعمدة الصحة النفسية والخلقية.<sup>2</sup>

وفي هذا الصدد كتب ديفيد بلانكنهورن مبرزا أهمية الحضانة ومنوها بدورها في صحة الولد النفسية والخلقية بأن فقدان الوالد يعتبر من أكثر الأسباب إيلاما لهذا الجيل، فهو السبب الأول لتراجع صحة الولد، وهو الدافع لكثير من المشكلات الاجتماعية من ممارسة الجريمة إلى العمل في الصغر قبل السن القانونية، إلى التحرش الجنسي بالأطفال.<sup>3</sup>

وفي هذا يقول أحد باحثي علم الاجرام بأن من بين العوامل التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة على الاجرام هي الأسرة، بمعنى أن الظروف الأسرية لها تأثير كبير على حياة الطفل.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> حسن محمد هند، مصطفى الحبشي، النظام القانوني لحقوق الطفل، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 16.

<sup>3</sup> العربي بختي، المرجع السابق، ص 253.

<sup>4</sup> أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 420.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

لذلك على القاضي مراعاة الجانب المعنوي للطفل قبل كل شيء، باعتباره المساعد الأول في تكوين شخصية الطفل ونموه النفسي والجسدي.

ويعتبر المعيار المادي أيضا من المعايير التي تركز عليها مصلحة المحضون، لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجياته الضرورية وهي تكاليف لا بد منها، وعليه فإن ما وفر العنصر المادي للطفل من مأكّل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاجه أحس المحضون براحة تساهم في إحياء معنوياته، المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن، وهذا ما أقره البعض عند قولهم: "الأسرة تحتاج إلى دخل اقتصادي ملائم يسمح لها بإشباع حاجاتها الأساسية من مسكن ومأكّل وملبس، كما تحتاج إلى تدبير ما يلزمها من خدمات صحية.<sup>1</sup>

ومصلحة المحضون تقتضي تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية عن طريق تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل، فإذا كان الأب مكلف بتأمين نفقة الطفل من مأكّل وملبس ومصاريف العلاج والدراسة، فهذا لا يعني إهمال العناية النفسية والتربوية المناطة به.<sup>2</sup>

لكن كيف للمحكمة التعرف على هذه العناصر المادية والمعنوية؟

ربما كان من الأحسن أن يبحث القاضي بنفسه عن تلك المصلحة، لكن هذا الحل غير عملي ولا يعقل أن ينتقل القاضي إلى المنازل فأقصى ما يمكن أن يفعله هو أن يقوم ببحث مكثبي يتلقى فيه تصريحات الطرفين وربما تصريحات غيرهما وخاصة الطفل المعني بالأمر إذا كان غير قادر على التمييز، أما في خصوص البحث على عين المكان فإن جريان العمل القضائي تتمثل في انتداب مرشدة اجتماعية علما بأن ما تقوم به هذه المرشدة ليس من أعمال الاختبار وخاصة أنه لا يستوجب استدعاء الطرفين بصورة مسبقة بل يفترض المباغثة كي لا تعد العدة لإيهاهما بأن الطفل يعيش في ظروف

<sup>1</sup> حميدو زكية، المرجع السابق، ص 118.

<sup>2</sup> سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2007 - 2008، ص 49.

## الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة

---

ملائمة، وبطبيعة الأمر يستوجب هذا العمل الدقيق أن يتوفر لهذه المرشدة العديد من الخصال مثل الحنكة، التجربة، التكوين، عدم التأثر بالمغريات، وعلى فرض أنها قدمت تقريرها إلى المحكمة فإن المحكمة غير مقيدة برأي المرشدة ومن الممكن لها أن تعتمد تقريرها على شرط أن تعلق رأيها، وإذا تراءى للمرشدة أن تنص على أن أحد الطرفين مريض حال أن هناك كشفا طبيا يثبت زوال المرض وشفاء المعني بالأمر فإن الكشف الطبي يسبق تقرير المرشدة الاجتماعية.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ساسي بن حليلة، مرجع سابق، ص 135، 136.

### الخاتمة

تتضمن خاتمة هذا البحث أهم وأبرز النتائج المتوصل إليها متبوعة ببعض التوصيات:

#### أولاً: النتائج

\_ الأصل أن حضانة الأولاد تكون للأبوين مجتمعين إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة أما في حالة الافتراق فإن الأم أولى بها دون خلاف.

\_ إن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة عبارة عن اجتهاد فقهي يختلف باختلاف نظرة كل فقيه لمصلحة المحضون وذلك بالاعتماد على تعريفات الحضانة وكذلك على الحديثين المتعلقين بهذا الموضوع.

\_ إن المشرع الجزائري قد أهمل تحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها واكتفى بعبارة "أهلاً لذلك" من خلال نص المادة 2/62 من ق.أ. فضبط هذه الشروط من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون بسهولة.

\_ إن الحضانة حق وواجب في ذات الوقت فهي حق للحاضن فإذا تنازلت الحاضنة عن الحضانة ورضي من يليها في استحقاق الحضانة بالحضانة وكان ذلك لا يضر بمصلحة الصغير فإنه يقبل تنازلها أما إذا لم يوجد غيرها أو وجد ولكن لا تتحقق معه مصلحة الصغير فإنها تجبر عليها لأن حق المحضون أقوى من حقها.

\_ إن تحديد أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم لم يرد النص عليه لا في الكتاب ولا في السنة باستثناء حديث عن أولوية الأم وحديث عن الخالة.

## الخاتمة

\_ إن ترتيب الحاضنين يعتمد على قوة القرابة مع الشفقة الداعيين إلى رعاية مصالح الطفل.

\_ إن الأصل في الحضانة أنها للنساء باستثناء الأب الذي اشترط فيه الملكية أن يكون له من يحضن من النساء، لكن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط ومن المحتمل أن لا يتوفر في الأب في بعض الحالات هذا الشرط، لذلك يستحسن التنصيص عليه خاصة إذا كان المحضون في السنوات الأولى من عمره.

\_ إن معظم المذاهب اعتمدت على التوسع في ترتيب الحاضنين حيث ذهبت بالحضانة إلى جل أقارب الصغير ذلك نظرا للظروف السائدة في ذلك الوقت حيث كانت العلاقات الأسرية من جهة الأم والأب قوية ومتراصة. وهذا التوسع تبناه المشرع المصري الذي ذهب بالحضانة بعيدا فقدم أخت الأم وخالاتها وعماتها وخالاته وعماته عليه، مع أن الأب أحن وأشفق على ولده منهن.

\_ إن الترتيب الذي اعتمده التشريعات المغاربية كان مختصرا ومقتصرا خاصة عندما نصت على "الأقربين درجة" و"الأقارب الأكثر أهلية" و"الغير" التي تركت فيها باب الاجتهاد للقاضي.

\_ إن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قائم على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون وهذا المعيار لم يحدد بدقة، إذ إن قاعدة مصلحة المحضون عامة تقبل التوسع والتضييق حسب ظروف كل قضية، فيجد القاضي نفسه ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحضون حتى يسند الحضانة للأجدد والأحق بها، ومن جهة أخرى يجد نفسه مجردا من كل الوسائل التي تمكنه من البحث والتحقق من توفر تلك المصلحة.

\_ إن ترتيب مستحقي الحضانة إجباري متى توافرت شروطها ولم تقتضي مصلحة المحضون بخلاف ذلك أما إذا لم تتوفر مصلحة المحضون فللقاضي اختيار الأصلح دون التقيد بالترتيب.

## الخاتمة

\_ ربط المشرع الجزائري ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بمصلحة المحضون وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار الأصلح للمحضون.

\_ إن التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري والذي قدم فيه الأب على أم الأم جاء مراعاة لواقع المعيشة في المجتمع.

\_ لم يخرج المشرع الجزائري في تعديله الأخير عن الشريعة الإسلامية لأن ترتيب مستحقي الحضانة من المسائل الخلافية بين الفقهاء.

\_ إن المشرع التونسي اعتمد على مبدأ المساواة بين الأبوين عكس ما اتفق عليه الفقه الإسلامي.

### ثانياً: التوصيات

\_ نوصي المشرع الجزائري بتوضيح أحكام الحضانة وضبطها خاصة بتوضيح الطبيعة الإلزامية لترتيب مستحقي الحضانة وذلك بالنص صراحة عليها.

\_ نوصي المشرع الجزائري بتوجيه القاضي وإرشاده بصورة أدق لتطبيق قاعدة مصلحة المحضون التي لا تعريف لها ولا حصر لحالاتها في دعاوى اسناد الحضانة.

\_ نوصي المشرع التونسي بإعادة النظر في مبدأ المساواة بين الوالدين مع ابقاء السلطة التقديرية للقاضي.

\_ نوصي المشرع المصري بإعادة النظر في ترتيب مستحقي الحضانة خاصة مرتبة الأب التي ذهب بها بعيداً.

## ملحق رقم 01

23546 رقم القرار [425]82 قضية: (ب.ز) ضد (ب.ن)  
تاريخ القرار 2000/02/22 المجلة القضائية، 2001، العدد 1، ص:  
280. الموضوع: حضانة- تنازل- عدول- حجية الشيء المقضي فيه- لا.

المبدأ: إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من ق.أ

إن المحكمة العليا.

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960،  
الأيبار، الجزائر العاصمة، بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

وبناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257 وما بعدها من ق.إ.م.  
بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، و على عريضة الطعن بالنقض  
المودعة بتاريخ 06 أوت 1999، وعلى مذكرة الجواب التي قدمها المحامي المطعون ضده.  
بعد الاستماع إلى السيدة خيرات مليكة المستشار المقرر في تلاوة تقريرها  
المكتوب، وإلى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث أن المدعو (ب، س، ز) طعن بالنقض بعريضة قدمها محاميه الأستاذ إدريسي  
حسين بتاريخ 16/08/1999 في القرار الصادر في 08/05/1999 عن مجلس قضاء  
بجاية القاضي بقبول الاستئناف الأصلي و الفرعي شكلا و في الموضوع بالمصادقة  
مبدئيا على الحكم المستأنف في 23/09/1998 عن محكمة بجاية التي قضت بإسناد  
حضانة البنات (ص.ن.ه) للمدعية مع إلزام المدعى عليه بالإنفاق على كل واحدة منهن  
شهريا مبلغ 2000 دج ابتداء من تاريخ صدور هذا الحكم وتعديلا لهذا الحكم قضى  
المجلس بحفظ مبلغ نفقة الأولاد إلى 1500 دج لكل واحدة وجعلها تسري من تسليمهن  
لأمهن.

حيث أن الطعن مستوفي الشروط القانونية فهو مقبول شكلا.

في الموضوع:

حيث أن الطاعن استند في تدعيم طعنه لنقض وإبطال القرار المطعون فيه على خمسة أوجه:

عن الوجه الأول: المأخوذ من إغفال قاعدة جوهرية في الاجراءات. بدعوى أن القرار المطعون فيه لا يتضمن الإشارة إلى إحالة القضية للنائب العام للإطلاع عليها طبقاً لأحكام المادة 141 من ق.إ.م.

لكن حيث أن القرار المطعون فيه قد أشار إلى المادة 141 من ق.إ.م وهذا يعني أن الاجراء المنصوص عليه بهذه المادة قد تم القيام به مما جعل الوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة المادة 142 من ق.إ.م. بدعوى أن القرار المطعون فيه لم يذكر أن المداولة قد تمت دون حضور النيابة العامة كما تنص عليه المادة 143 من ق.إ.م.

لكن حيث أن القرار المطعون فيه يتضمن الإشارة إلى أنه صدر بعد المداولة القانونية وفقاً للمادة 142 من ق.إ.م و بالإضافة إلى ذلك فالمادة 142 من ق.إ.م لا تشترط الإشارة إلى القرار أن المداولة تمت دون حضور النيابة مما يجعل الوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة المادة 66 من ق.أ. بدعوى أن القرار المطعون فيه قد أسندت حضانة البنات للأم مع أنها تنازلت عن حقها في الحضانة أثناء الحكم بالطلاق.

لكن حيث أن القرار المطعون فيه قد أجاب الطاعن أنه لم يتبين أن الأم قد تنازلت عن حقها في الحضانة وأنها لم تطالب بها في الحكم القاضي بالطلاق وقضاة الموضوع قد راعوا مصلحة البنات و اعتبروا أن الحضانة تكون للأمهن باعتبارها هي أول من غيرها و لا يقدم الطاعن ما يثبت أنها غير مؤهلة لحضانتهم مما يجعل الوجه غير مؤسس.

عن الوجه الرابع: المأخوذ من تناقض الأسباب.

بدعوى أن القرار المطعون فيه ذكر أسبابه أن المطعون ضدها لم تتنازل عن حقها في الحضانة بينما المدعي قدم الحكم بالطلاق وكذلك محضر عدم الصلح اللذان يثبتان تنازل الأم عن الحضانة .

لكن حيث أن هذا الوجه ما هو إلا تكرار للوجه الثالث التي تمت مناقشته مما يجعل الوجه غير مؤسس.

عن الوجه الخامس: المأخوذ من مخالفة المادتين 341 و 342 من ق.م. بدعوى أن القرار المطعون فيه أسند حضانة البنات للأم مع أنها تنازلت عن حقها في الحضانة بموجب حكم قد حاز حجية الشيء المقضي فيه.

لكن حيث أن التنازل عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد هي من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من ق.أ مما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن. لهذه الأسباب

قررت المحكمة :

غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا مع الزام الطاعن بالمصاريف القضائية بهذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثاني والعشرين من شهر فيفري سنة ألفين ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المترتبة من السادة:

الهاشمي هويدي الرئيس

خيرات مليكة المستشارة المقررة

أمقران المهدي المستشار

بمساعدة السيد نويوات ماجد أمين ضبط رئيسي، و بحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام.

## ملحق رقم 02

قضية: (خ.م) ضد: (ص.ع)

رقم القرار 54353

المجلة القضائية، 1992، العدد 1، ص: 45

تاريخ القرار 1989 /07/03

الموضوع: حضانة- تنازل الأم عنها- اسنادها للأب- دون مراعاة لمصلحة المحضون -  
خرق الأحكام الشرعية.

المرجع: المادة 66 ق.أ.

المبدأ : من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالزواج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم  
يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا من قضية الحال\_ أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط  
حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها و إسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن  
البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا  
الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بمقره الكائن بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر العاصمة  
بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه.

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 وما بعدها من ق.إ.م.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ  
19/ أكتوبر/1986.

بعد الاستماع إلى السيد يوسف ولد عوالي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى  
السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن السيد (خ.م) أقام طعنا بواسطة الأستاذ وقواق عبد القادر ضد السيدة (ص، ع) و  
ضد القرار الصادر من مجلس قضاء الأغواط بتاريخ 17/06/1986 رقم 06/68 وف 34  
والقاضي بما يلي:

بقبول الاستئناف شكلا .

و في الموضوع : قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى بإسناد حضانة البنت (خ،ن) إلى  
أبيها وزاد عن ذلك بإلزامه برعايتها وقضى بالمصاريف على المستأنف .

حيث أن محكمة متليلي كانت أصدرت حكما بتاريخ 14/12/1985 عدد 85/46 حكمت  
بما يلي:

بإسقاط حضانة البنت (خ،ن) عن أمها (ص،ع) لتنازلها عن حضانتها وإسنادها لأبيها  
المدعى عليه (خ،م) .

حيث للوصول إلى النقض استند الطاعن على وجه وحيد مأخوذ من خرق المبادئ الشرعية  
الخاصة بالحضانة والمنصوص عليها في المادة 66 من ق.أ القصور في التعليل و انعدام  
الأساس الشرعي حيث يستفاد من الشهادات الطبية التي تخص البنت مريضة مرضا مزما  
يوجب عناية كل وقت و أن الطبيب الذي عالجها بشهادة مؤرخة 21/ 11/ 1985 ينصح  
الأبوين بقوله: " ومن الأفضل أن ترافق الأم البنت المريضة خلال مكوثها بالمستشفى، وأن  
والدها لا يمكن أن يبقى معها طول النهار وهو ملزم بالخروج لأجل عمله اليومي الذي هو  
وسيلة عيشه و عيشها، وأن تنازل المدعى عليها في حق حضانة بنتها أصبح بدون جدوى  
وغير ملتفت إليه طبقا للمادة 66 من ق.أ.

حيث طلب نقض القرار.

حيث أن المطعون ضدها لم تجب .

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

حيث عن الوجه الوحيد: المثار خرق المادة 66 من ق.أ.

حيث أن الشهادة الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا مزمنًا وتحتاج إلى رعاية أكثر والذي يوفر هذه العناية الأم فقط ولذلك وحسب المادة 66 من ق.أ والتي تنص صراحة: يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير القريب وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

حيث أن تنازل الأم عن الحضانة يضر بالبنت لأن الأب يخرج لمزاولة مهامه و لذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه.

حيث أن الملف أحيل على السيد النائب العام للإطلاع عليه و طلب في ملتسمه الكتابي نقض القرار.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى:

نقض القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء الأغواط بتاريخ 17/06/1986 رقم 86/06 وأحال القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى.

وقضى بالمصاريف على المطعون ضدها.

بهذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث من شهر جويلية سنة تسع و ثمانين و تسعمائة و ألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية المترتبة من السادة:

حمزاوي أحمد الرئيس

يوسف ولد عوالي المستشار المقرر

محمد بلحبيب المستشار

و بحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام، و بمساعدة السيد صالح دليش كاتب الضبط.

## ملحق رقم 03

[407] رقم القرار: 178085 قضية: (ح.م) ضد (س.م)

تاريخ القرار: 1997/12/23 نشرة القضاة، 1999، العدد 56، ص: 33

الموضوع: حضانة - المصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسناد الحضانة إلى الجدة للأم - طعن بالنقض - لأن الجدة للأم كبيرة السن و مريضة و مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع أبيه لأن فك الرابطة الزوجية كان بوفاة الزوجة وليس بالطلاق - رفض.

المبدأ: إن القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب شرعي - إن إسناد حضانة الطفل لجده للأم يعتبر تطبيقا للقانون.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر العاصمة بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 وما بعدها من ق.إ.م.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة كتابة الضبط بتاريخ 18 مارس 1997 .

بعد الاستماع إلى السيد نعمان السعيد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد عيبودي رابع المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أقام السيد (ح . م) طعنا بواسطة الأستاذ ميمون محمد العربي يرمي فيه إلى النقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 18 / 12 / 1996 الذي قضى بالمصادقة على الحكم المستأنف والمصاريف على المستأنف.

حيث استند الطاعن في عريضة طعنه على وجهين للنقض:

الوجه الأول: المأخوذ من القصور في التعليل:

بدعوى أن قضاة الموضوع لم يجيبوا على الطلبات والدفع المقدمة من طرف المدعي والمؤدية إلى إجراء تحقيق مع تعيين مساعدة اجتماعية لإثبات هل المدعى عليها في الطعن تتوفر فيها كل شروط التربية والعناية بالطفل، بالإضافة إلى أن الطاعن قدم وثائق تثبت بأن المدعى عليها في الطعن مسنة و تعاني من الضغط الدموي العالي كما تعاني من قلبها مما يجعلها غير مؤهلة للعناية ولتربية الطفل المحضون وأن القرار الذي لا يجيب عما قدم من طلبات أو دفع يكون مشوباً بالقصور في التعليل.

الوجه الثاني: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب، بدعوى أن المادة 64 من ق.أ تحدد الأولوية في إسناد الحضانة لكن في نفس القانون يجبر بأن مصلحة الطفل المحضون هو الشرط الأساسي الذي يؤخذ بعين الاعتبار و بالرجوع لهذا الشرط، يشترط أن يكون الحاضن سليم العقل و سنه يسمح له برعاية الطفل و يلبي كل احتياجاته ويوفر له مسكناً لائقاً وهذا ما جاء به سيدي خليل، ومصدق عليه باجتهاد قضائي زيادة عن ذلك فإن المادة 64 من ق. أ تطبق في حالة صدور الطلاق بين الطرفين ولكن في القضية الراهنة وقع فك الرابطة الزوجية نتيجة وفاة المرحومة وبالتالي في حالة وفاة الزوجة يتولى وصية الطفل الأب بناء على أن الحضانة من آثار الطلاق وليس من آثار الوفاة وأنه زيادة على ذلك فإن قضاة الموضوع لم يبرروا قرارهم واكتفوا بالقول بأن المحكمة الابتدائية أصابت في حكمها كما أنهم ينعوا على المدعي بأنه لم يقدم أي سبب شرعي يدعم به تصريحاته بينما هذا الأخير قدم وثائق تثبت بصفة قاطعة بأن المدعى عليها بالطعن غير مؤهلة لحضانة الطفل كما ينص عليه القانون والاجتهاد القضائي الثابت وكان على قضاة الموضوع أن يأمرُوا بإجراء تحقيق كما يطلبه المدعي وهذا لفائدة الطفل فقط مما يجعل هذا القرار قابل للطعن.

حيث أن المطعون ضدها لم ترد.

حيث أن النيابة العامة التمسست رفض الطعن.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية والقانونية فهو مقبول شكلاً.

وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجه الأول: المأخوذ من القصور في التسبيب.

حيث أنه خلافا لما يدعيه الطاعن فقضاة القرار المطعون فيه قد أجابوا الطاعن عن دفعه بخصوص إسقاط حضانة الطفل عن المطعون ضدها و قد جاء في أسباب القرار موضوع الطعن أن الطاعن لم يقدم أي سبب شرعي يجعل المستأنف عليها غير مؤهلة للقيام بواجب الحضانة و بهذا يكون قضاة المجلس قد سببوا قرارهم تسببيا صحيحا وأن النعي يكون القرار المنتقد مشوب بالقصور في تسبيب ورد على غير أساس.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد أن قضاة الموضوع قد احترموا الترتيب الوارد في المادة 64 من ق. أ بخصوص إسناد الحضانة و أنهم بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف الذي منح حضانة الطفل لجده من الأم يكونون بذلك قد طبقوا صحيح القانون ولاسيما منه المادة المشار إليها وما يليها من ق. أ كما أن قرارهم قد جاء مسببا تسببيا كافيا ، وعليه فهذا الوجه غير مؤسس، الأمر الذي يستوجب رفض الطعن.

حيث من يخسر طعنه يتحمل المصاريف القضائية طبقا للمادة 270 من ق.إ.م.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا:

غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا و تحميل الطاعن المصاريف القضائية بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث و العشرين من شهر ديسمبر سنة سبعة وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث والمترتبة من السادة:

هويدي الهاشمي الرئيس

نعمان السعيد المستشار المقرر

لعوامري علاوة المستشار

بحضور السيد عيبودي رابح المحامي العام، وبمساعدة السيد زاوي ناصر كاتب الضبط.

## ملحق رقم 04

[370] رقم القرار: 153640 قضية: (خ.ع) ضد: (خ.ع)

الموضوع: الحضانة - إسنادها للأب اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية و مصلحة المحضون السلطة التقديرية في ذلك.  
المرجع: اجتهاد قضائي.

المبدأ: من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.  
و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت للأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون.  
مما يستوجب رفض الطعن.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، الجزائر العاصمة، وبعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231، 233، 244، 257 وما بعدها من ق.إ.م .

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 11/12/1995، وعلى مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع إلى السيد هويدي الهاشمي الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.  
حيث أن المسماة (خ، ع) قد طلبت نقض ابطال القرار الصادر عن مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 08/03/1994 القاضي بإسناد حضانة الأولاد الثلاثة إلى والدهم .

حيث استندت الطاعنة في طلبها على وجهين للنقض:

حيث التمس المطعون ضده رفض الطعن.

حيث التمس النيابة العامة رفض الطعن.

عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة المادة 64 من ق.أ :

بدعوى أن قضاة الموضوع قد أسندوا حضانة الولد محمد إلى والده مع أن المادة 64 من ق.أ تقضي بأن تسند للأم أو الجدة للأم وأن الامكانيات المادية التي أشارت إليها المرشدة الاجتماعية ليست هي الأساس في إسناد الحضانة.

لكن و حيث أن قضاة الموضوع قد أجابوا الطاعنة بأن مصلحة الولد تقتضي أن يكون مع والده اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية المؤرخ في: 1993/02/25 وعليه فالوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من قصور الأسباب:

بدعوى أن المرشدة كان في صالح الطاعنة مع أن القضاة قد أسندوا حضانة الولد إلى والده. لكن و حيث أن القضاة لم يعتمدوا على التقرير المؤرخ في 1992/08/09 بل اعتمدوا على التقرير المؤرخ في 1993/02/25 وللقضاة السلطة التقديرية في الأخذ بأحد التقريرين. وعليه فهذا الوجه أيضا غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا:

غرفة الأحوال الشخصية والمواريث رفض الطعن وعلى الطاعن المصاريف القضائية.

بهذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثامن عشر من شهر فيفري سنة سبعة وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من طرف المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المترتبة من السادة :

هويدي الهاشمي

الرئيس المقرر

نعمان السعيد

المستشار

خيرات مليكة

المستشارة

و بحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام، و بمساعدة السيد دليش صالح كاتب الضبط.



## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع العامة

- 1\_ أبو الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، (د.ط)، دار صادر، بيروت، (د.ت.ن).
- 2\_ أبو حامد محمد الغزالي، الخلاصة المسمى خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر، الطبعة الأولى، دار المنهاج، لبنان، 2007.
- 3\_ أبو عبد الله الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، القسم الأول، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993.
- 4\_ أبو عبد الله محمد المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، (د.د.ن)، 1978.
- 5\_ أبو محمد بن حزم، المحلى، الجزء العاشر، (د.ط)، إدارة المنيرية، مصر، 1352 هـ.
- 6\_ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الرابع، (د.ط)، دار المعرفة، لبنان، (د.ت.ن).
- 7\_ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الخامس، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998.
- 8\_ ابن عبد السلام البر بن يوسف بن عمر، الكافي في فقه الندينة المالكي، (د.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت.ن).
- 9\_ أحمد الدردير، الشرح الصغير، الجزء الثاني، (د.ط)، مؤسسة العصي، الجزائر، (د.ت.ن).
- 10\_ بن علي الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، الجزء الثالث، (د.ط)، دار صادر، بيروت، (د.ت.ن).

- 11\_ شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، (د.ط)، دار الفكر، (د.م. ت.ن).
- 12\_ شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المعرفة، لبنان، 1997.
- 13\_ الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، (د.ط)، مؤسسة الريان، (د.م. ت.ن).
- 14\_ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد الثاني، (د.ط)، دار صادر، بيروت، (د.ت.ن).
- 15\_ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء الثامن، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 16\_ حسن محمد هند- مصطفى الحبشي، النظام القانوني لحقوق الطفل، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- 17\_ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- 18\_ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، المكتبة التجارية الكبرى، 1969.
- 19\_ علاء الدين أبي بكر الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 20\_ محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة السادسة، الجزء الثاني، دار المعرفة، لبنان، 1982.
- 21\_ المنذري، مختصر سنن أبي داود ومعالم السنن لأبي سليمان الخطابي وتهذيب الامام ابن القيم، الجزء الثالث، (د.ط)، دار المعرفة، لبنان، (د.ت.ن).

22\_ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر دمشق، 1984.

### ثانيا: المراجع الخاصة

- 1\_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، (د.ت.ن).
- 2\_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 3\_ أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد(الزواج والطلاق)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2012.
- 4\_ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، (د.ط)، الدار الجامعية، بيروت، 1998.
- 5\_ بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، (د.ط)، مؤسسة شباب الجامعة، (د.ب. ت.ن).
- 6\_ بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1977.
- 7\_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ب.ن)، 2005.
- 8\_ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ( دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 9\_ حامد الجندي، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011.

- 10\_ زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة و القانون، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ت.ن).
- 11\_ ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، (د.ط)، مركز النشر الجامعي، (د.ب.ن)، 2011.
- 12\_ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
- 13\_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 14\_ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم، الكويت، 1990.
- 15\_ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009.
- 16\_ عمر أوزكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، منشورات دار القضاء، المغرب، 2014.
- 17\_ غادة همج، الزواج والطلاق وآثارهما لدى الإسلام والمسيحية واليهودية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، 2001.
- 18\_ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 19\_ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (د.ط)، دار الفكر، (د.ب. ت.ن)
- 20\_ محمد أحمد سراج- محمد كمال أمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1999.

- 21\_ محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الامام شيخ الاسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، المجلد الثاني، (د.ط)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (د.ب. ت.ن).
- 22\_ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1977.
- 23\_ محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، (د.ب. ت.ن).
- 22\_ محمد حسن مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، (د . ط)، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2007.
- 23\_ محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 24\_ معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، (د.د.ن)، 2000.
- 25\_ نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصاً وفقهاً وتطبيقاً، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2006.

### ثالثاً: المراجع الخاصة

- 1\_ أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني، طنطا، 2009.
- 2\_ أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 3\_ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (عدة، نفقة، حضانة، متاع)، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، (د.ت.ن).

## رابعاً: المقالات

1\_ لحسن بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، دراسات قانونية تصدر عن مركز البصيرة، العدد 02، سبتمبر 2008.

## خامساً : المذكرات والرسائل

1\_ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014

2\_ حميدو زكية، مذكرة مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

3- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007-2008.

4\_ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، باتنة، 2008-2009.

5\_ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، 2006-2007.

## سادساً: الاجتهادات القضائية

1\_ نشرة القضاة لسنة 1969 عدد 04.

- 2\_ نشرة القضاة لسنة 1999، عدد 56.
- 3\_ المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 04.
- 4\_ المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 01.
- 5\_ المجلة القضائية لسنة 1997، عدد 01.
- 6\_ المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.

## الفهرس

.....مقدمة	
04.....	الفصل الأول: الملامح العامة لترتيب مستحقي الحضانة
05.....	المبحث الأول: ملامح الترتيب من خلال تحديد مفهوم الحضانة
05.....	المطلب الأول: تعريفات الحضانة ودلالاتها على الترتيب
10.....	المطلب الثاني: طبيعة الحضانة ولامح ترتيب المستحقين
	الفرع الأول: تكييف الحضانة على أنها حق
11.....	للحاضن أو للمحضون
	الفقرة الأولى: مدى إلزامية الترتيب من خلال تكييف
11.....	الحضانة كحق للحاضنة
	الفقرة الثانية: مدى إلزامية الترتيب من خلال تكييف
14.....	الحضانة كحق للمحضون
16.....	الفرع الثاني: تكييف الحضانة بأنها حق مشترك
17.....	الفقرة الأولى: مدى اعتبار الحضانة كحق مشترك
	الفقرة الثانية: الآثار المترتبة على تكييف الحضانة
20.....	بأنها حق مشترك
24.....	المبحث الثاني: ملامح الترتيب من خلال مشروعية الحضانة
24.....	المطلب الأول: أحاديث الحضانة ودلالاتها على ترتيب الحاضنين
25.....	الفرع الأول: الأحاديث الواردة في الحضانة
27.....	الفرع الثاني: دلالة الأحاديث على ترتيب مستحقي الحضانة
31.....	المطلب الثاني: شروط مستحقي الحضانة وأثرها على الترتيب
32.....	الفرع الأول: شروط مستحقي الحضانة
32.....	الفقرة الأولى: الشروط العامة لمستحقي الحضانة
35.....	الفقرة الثانية: الشروط الخاصة لمستحقي الحضانة

- 35.....أولا: الشروط الخاصة بالنساء
- 36.....ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال
- 38.....الفقرة الثانية: أثر الشروط على ترتيب المستحقين
- 41.....الفصل الثاني: نطاق ترتيب مستحقي الحضانة
- 42.....المبحث الأول: الترتيب الموسع لمستحقي الحضانة
- المطلب الأول: المذاهب والتشريعات التي تبنت
- الترتيب الموسع.....42
- 43.....الفرع الأول: الترتيب الموسع في المذاهب
- 43.....أولا: ترتيب مستحقي الحضانة لدى الحنفية
- 45.....ثانيا : ترتيب مستحقي الحضانة في المذهب الحنبلي
- 47.....ثالثا: ترتيب مستحقي الحضانة في المذهب الشافعي
- 48.....رابعا: ترتيب مستحقي الحضانة في المذهب المالكي
- 50.....خامسا: ترتيب مستحقي الحضانة في المذهب الجعفري
- 51.....الفرع الثاني: التشريعات التي تبنت الترتيب الموسع
- 53.....المطلب الثاني: مضمون الترتيب الموسع
- 53.....الفرع الأول: أساس الترتيب الموسع
- 56.....الفرع الثاني: تقييم الترتيب الموسع
- 57.....المبحث الثاني: الترتيب المضيق لمستحقي الحضانة
- المطلب الأول: المذاهب والتشريعات التي تبنت
- الترتيب المضيق.....58
- 59.....الفرع الأول: المذاهب التي تبنت الترتيب المضيق
- 60.....الفرع الثاني: الترتيب المضيق في بعض التشريعات
- 61.....أولا: ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري

66.....	ثانيا: ترتيب الحاضنين في القانون التونسي والمغربي
68.....	المطلب الثاني: مضمون الترتيب المضيق
69.....	الفرع الأول: أساس الترتيب المضيق
73.....	الفرع الثاني: تقييم الترتيب المضيق
79.....	الخاتمة
82.....	الملاحق
94.....	المراجع
101.....	الفهرس