وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية.
قسم: الأحوال الشخصية

الحق في التنازل عن الحضانة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبة
حتحوت سارة

إشراف الأستاذ
أ. د/ بن مشيرح محمد

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الصفة	الجامعة الأصلية
أ.مسيخ محمد لمين	رئيس اللجنة	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
أ.د بن مشيرح محمد	أستاذ مشرف ومقرر	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
أ. سيليني كريمة	مناقشة	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

السنة الجامعية :2017 /2018 م

مقدمة

المقدمة

تعتبر الحضانة الأثر الأكثر حساسية من الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، وذلك لهشاشة أحد طرفيها وهو مستقبل الطفل.

فالطفل عند انحلال الرابطة الزوجية يجد نفسه أمام واقع صعب، حيث يغادره أحد الوالدين أو كلاهما، لسبب أو لآخر وهو في أشد الحاجة إلى الحنان والعطف، إضافة إلى قصوره على خدمة نفسه وعدم قدرته على تلبية متطلباته بمفرده.

ونظرا لما للحضانة من أثر نفسي على الطفل فإن المشرع الجزائري خصها بشروط صارمة يجب أن تتوفر في الحاضن، كما جعل أولوية الحق في الحضانة مرتبة ترتيبا محكما، وجعل الأم الأولى بحضانة ولدها بموجب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، كما سبّق حضانة النساء على الرجال لكونهن الأقدر والأصلح لهذه المهمة، لقوله صلى الله عليه وسلم "مَنْ فَرَقَ بَيْنَ وَلِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَقَ الله بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَتِهِ يَوْمَ اَلْقِيَامَةِ" **أخرجه الترميدي**.

كما خصص له نفقة ومسكنا لتنشئته ولم يحرمه من حق زيارة والده إليه ليعمد له بما يحتاجه من العطف والحب.

كما رتب سقوط الحضانة عن صاحبها، إذا أخل بأحد الشروط أو الالتزامات المنصوص عليها بنص القانون، والتي من شأنها تحقيق مصلحة المحضون، لتنتقل في الأخير لمن هو أقدر وأصلح على رعايته، الأمر الذي يثير الإشكالية التالية:

الإشكالية:

ولما كانت الحضانة من المسائل المرنة، والتي يجوز الرجوع فيها فإن المشرع الجزائري لم يتشدد في اسناد الحضانة لشخص دون غيره، ولكنه كان يتماشى دوما ومصلحة المحضون، فأجاز استرجاعها في حالة زوال أسباب إسقاطها، كما لم يفرض على الحاضن أن يستمر في الحضانة بصفة أبدية بل أعطاه حق التنازل، ولكن قيده بمصلحة المحضون.

فتثور الإشكالية وفق الصياغة التالية: " ما مدى أحقية الحاضن في التنازل عن الحضانة في إطار ضرورة مراعاة مصلحة المحضون؟

أهمية الموضوع

تتجلى أهمية موضوع: " الحق في التنازل عن الحضانة" في أن:

- ✓ الحضانة من أهم وأخطر الآثار المنجرة عن انحلال الرابطة الزوجية؛
- ✓ التنازل عن الحضانة حق مكفول شرعا وقانونا؛
- ✓ مصلحة المحضون هو المحور الأساسي الذي يدور حوله موضوع الحضانة في ممارستها أو عند التنازل عنها.

أسباب اختيار الموضوع:

- يرجع سبب اختياري لموضوع " الحق في التنازل عن الحضانة " إلى حساسية الإشكالات التي تثيرها الأحوال الشخصية في القانون الجزائري، و بالتحديد إلى حالة الأسرة والتشريعات المنظمة لها ، والاجتهاد لسد الثغرات الموجودة بها ، ومحاولة إيجاد حلول المناسبة لإحداث المساواة بين أطراف العلاقة الزوجية ومعرفة مدى حماية القانون، والقضاء لمصالح الطفل بصفته الأكثر تضررا من انحلال الرابطة الزوجية.

الأهداف:

- إن الهدف المتوخى من هذا البحث هو معرفة مصير المحضون عند انحلال الرابطة الزوجية، والإجراءات المتبعة حتى تثبت حضانته ، ومصيره في حالة تنازل الحاضن عنه؟
- معرفة مدى سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند التنازل عن حضانة.
- معرفة مدى أحقية الحاضن في التنازل.

المنهج المتبع:

موضوع الحضانة موضوع دقيق فيه جملة من الجوانب والإجراءات لدى فإن المنهج المناسب لدراسته هو المنهج الوصفي المدعم بمناهج مساعدة منها المنهج الاستقرائي ، هذان المنهجان اللذان يمكنان الباحث من جمع المعلومات للوصول إلى القواعد العامة والمبادئ التي يتأسس عليها تحليل هذه الدراسة القائمة على التشريع والقضاء والفقه، دون إهمال على المنهج المقارن، لزيادة الرونق التحليلي لهذا الموضوع الحساس.

خطة البحث

خطـــة البـــحـث

مقدمة.

الفصل الأول

الحضانة كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية

المبحث الأول: ماهية الحضانة.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة.

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة.

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة والآثار المترتبة عنها.

الفرع الأول: ترتيب اصحاب الحق في الحضانة.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عنها.

المبحث الثاني: حالات سقوط الحضانة

المطلب الأول:الأسباب العامة لسقوط الحضانة.

الفرع الأول: زواج الحاضنة بغير قريب محرم أو بالتنازل عنه.

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لسقوط الحضانة.

الفرع الأول: حالة الحاضنة كسبب لسقوط الحاضنة عنها.

الفرعالثاني: السقوط بقوة القانون.

الفصل الثاني

الحضانة بين حق التنازل وحق الاسترجاع.

المبحث الأول: حق التنازل عن الحضانة.

المطلب الأول: ماهية التنازل عن الحضانة.

الفرع الاول: النظرية التقليدية في التنازل الحضانة.

الفرع الثاني: النظرية الحديثة في التنازل عن الحضانة.

المطلب الثاني: الاشكاليات المتعلقة بالتنازل.

الفرع الأول:اشكالية تنازل الام عن الحضانة.

الفرع الثاني: اشكالية مصلحة المحضون عند التنازل.

المبحث الثاني: حق الاسترجاع.

المطلب الأول: زوال سبب سقوط الحضانة الاختياري.

الفرع الأول: الأساس الفقهي.

الفرع الثاني: الأساس القانوني.

المطلب الثاني: زوال سبب سقوطها غير الاختياري.

الفرع الأول: الأساس الفقهي.

الفرع الثاني: الأساس القانوني.

خاتمة.

قائمة المراجع.

الفهرس

الفهرس

مقدمة..... أ

الفصل الأول: الحضانة كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية

تمهيد..... 05

المبحث الأول: ماهية الحضانة..... 06

المطلب الأول: مفهوم الحضانة..... 06

الفرع الاول: تعريف الحضانة..... 06

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة..... 15

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة والآثار المترتبة عنها..... 20

الفرع الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة..... 20

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الحضانة..... 22

خلاصة المبحث..... 27

المبحث الثاني: حالات سقوط الحضانة..... 28

المطلب الأول: الأسباب العامة لسقوط الحضانة..... 28

الفرع الأول: الزواج بغير قريب محرم أو بالتنازل عنه..... 28

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لسقوط الحضانة..... 30

الفرع الأول: حالة الحاضنة كسبب لسقوط الحضانة عنها..... 31

الفرع الثاني: سقوط الحضانة بقوة القانون..... 33

خلاصة المبحث..... 35

الفصل الثاني: الحضانة بين حق التنازل وحق الاسترجاع

تمهيد. 37

المبحث الأول: تنازل صاحب الحق في الحضانة..... 38

المطلب الأول: ماهية التنازل عن الحضانة..... 38

الفرع الاول: النظرية التقليدية في التنازل عن الحضانة..... 40

الفرع الثاني: النظرية الحديثة في التنازل عن الحضانة..... 40

المطلب الثاني: الاشكاليات المتعلقة بالتنازل..... 41

الفرع الاول: إشكالية تنازل الأم عن الحضانة..... 41

الفرع الثاني: اشكالية مصلحة المحضون عند التنازل..... 44

خلاصة البحث..... 50

المبحث الثاني: حق الاسترجاع..... 51

المطلب الأول: زوال سبب سقوط الحضانة الاختياري..... 51

الفرع الأول: الأساس الفقهي..... 52

الفرع الثاني: الأساس القانوني..... 54

المطلب الثاني: زوال سبب سقوطها غير الاختياري..... 55

الفرع الأول: الأساس الفقهي..... 56

الفرع الثاني: الأساس القانوني..... 57

خلاصة المبحث..... 58

خاتمة..... 60

قائمة المراجع..... 65

قائمة أهم المختصرات:

ق. ن . إ. م قانون إجراءات إدارية ومدنية.

ق. أ. قانون أسرة جزائري.

ق. م. قانون مدني.

ص. صفحة.

شـــكر وتـــقديـــر

الحمد و الشكر لله العلي القدير الذي لا تتم بدونه الصالحات ، الذي قدرني على إتمام مذكرتي ووهبني العلم وقدر لي النجاح

أما بعد أتقدم بخالص الشكر والتقدير وفائق الاحترام إلى الأستاذ الدكتور : بن مشيرح محمد الذي أشرف على توجيهي لإنجاز عملي طيلة عامين والذي لم يبخل علي بعلمه ومساعداته وكفاءته لإتمام مذكرتي لنيل دبلوم الماستر تخصص أحوال شخصية بعنوان الحق في التنازل عن الحضانة .

جزاك الله كل الخير .

الطالبة : سارة حتحوت

الإهـــــــــداء

أتقدم بهذا العمل إلى والدي العزيزين مثلي الأعلى واللذين سهرا على تشجيعي وحثاني على عدم الفشل .

إلى رفيق دربي وتوأم روحي زوجي حيون فواز الذي ساندني وكان صبورا علي إلى غاية إتمام دراستي واختتامها بإنجاز مذكرتي .

ولا يفوتني أن أتقدم بإهداء هذا العمل إلى كل من دعمني معنويا خاصة : أختي إيمان، نسرين وعائلة الزوج الكريم .

وإلى كل شخص أحبني وتمنى لي الخير ، إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل الذي أتمنى أن يكون مفيدا وألا يضيع تعبي هباءا منثورا .

الفصل الأول

الحضانة كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية

تمهيد.

المبحث الأول: ماهية الحضانة.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة.

الفرع الاول: تعريف الحضانة.

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة.

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة والآثار المترتبة عنها.

الفرع الأول: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الحضانة.

خلاصة المبحث.

المبحث الثاني: حالات سقوط الحضانة.

المطلب الأول: الأسباب العامة لسقوط الحضانة.

الفرع الأول: الزواج بغير قريب محرم أو بالتنازل عنه.

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لسقوط الحضانة.

الفرع الأول: حالة الحاضنة كسبب لسقوط الحضانة عنها.

الفرع الثاني: سقوط الحضانة بقوة القانون.

خلاصة المبحث.

تمهيد:

ترجع أحكام الحضانة إلى القانون الذي فصل أمورا تاركا بعضها الآخر للقضاء والفقه، وبالرجوع الى القانون الجزائري نجد أن المشرع عالج أحكام الحضانة ضمن الفصل الثاني من قانون الأسرة، والذي جاء بعنوان "آثار الطلاق"، وذلك في المواد من 62 إلى 72[1]، حيث تناول تعريف الحضانة وشروط ممارستها، كما رتب أصحاب الحق فيها والآثار المترتبة عنها (**المبحث الأول**) وحالات سقوط الحضانة (**المبحث الثاني**).

(1)- المادة من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، وفقا للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المبحث الأول

ماهية الحضانة

من الحقوق المضمونة للطفل شرعا وقانونا، حق الرعاية والتربية والصحة، وكل هذا يدخل تحت ما اصطلح عليه بالحضانة[1].

وقد اختلفت نظرة التشريعات الى شروط الحضانة وترتيب الحاضنين لذلك يتوجب التطرق اولا الى مفهوم الحضانة وكذا المفاهيم المرتبطة بها كمفهوم الحضانة بشكل خاص مع بيان شروط ممارستها (المطلب الأول)، ثم ترتيب أصحاب الحق فيها والآثار المترتبة عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الحضانة

الحضانة مأخوذة من الاحتضان بمعنى الضم وعليه وجب التطرق أولا الى تعريف الحضانة لغة واصطلاحا (الفرع الأول) ثم التطرق إلى شروط ممارستها (الفرع الثاني) .

الفرع الاول

تعريف الحضانة

أولا- الحضانة لغة:

مصدر الفعل حضن، واسم الفاعل منه حاضن للرجل، وحاضنة للمرأة وكلمة الحضانة مأخوذة من الحضن بكسر وهو ما دون الابط الى الكشح[2].

والحضانة: مأخوذة من الحضن، حضن الصبي، يحضنه حضنا والحضانة جعله في حضنه، والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة، والحاضن والحاضنة موكلان بالصبي

(1)- انظر: كربال (سهام)، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2012 /2013، ص 9.

(2)- انظر: أبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ص 267.

يحفظانه ويربيانه، وفي حديث عروة بن الزبير: عجبت لقوم طلبوا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا حضانا لأبناء الملوك؛ أي مربين وكافلين، وحضان: جمع حاضن لأن المربي والكافل يضم الطفل، ومنه الاحتضان هو امتلاك الشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها .

ثانيا- الحضانة في الاصطلاح الشرعي

وهي تربية الولد ورعاية شؤونه لمن له حق الحضانة حتى يبلغ سنا معينا[1].

وقد اختلف الفقهاء في تعريف الحضانة، فالشافعية يعرفونها بأنها: "حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه، ويدفع عنه الضرر بغسل جسده وثيابه، ودهنه وكحله وربطه في المهد وتحريكه لينام".

أما المالكية فيعرفونها بأنها: "هي العاجز والقيام بمصالحه؛ أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه.

فالحضانة عند فقهاء الإسلام هي تعهد من لا يستطيع تعهد نفسه، والقيام بشؤونه وحده[2].

ثالثا- الحضانة في القانون:

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة بصريح العبارة في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري حيث قال: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[3].

فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي الشرعي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا عن الصغير، ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير

---

(1)- انظر: بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ط 5 ،ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 379.

(2)- انظر: الجندي (أحمد نصر)، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، د ط، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004، ص9.

(3)- المادة 02 من قانون الأسرة الجزائري، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

والصغيرة الذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في المادة 65 منه قد حدد سن الحضانة بالنسبة للذكر بـ 16 سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج[1].

ومن ناحية النظر:

إن الصغير لما كان عاجزا عن النظر في شؤونه جعل الإسلام الولاية عليه لأبيه لقوة رأيه وقدرته على الإنفاق عليه.

وجعل الحضانة إلى الأم، لكونها أشفق على الصغير وأقدر على القيام بشؤونه وخدمته ورعايته في مراحل حياته الأولى.

وقال ابن القيم: الولاية على الطفل نوعان:

نوع يتقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها، وهي ولاية المال والنكاح، ونوع يتقدم تتقدم فيه الأم على الأب وهي ولاية الحضانة والرضاعة، وقدم كلا من الأبوين فيما جعل له من ذلك، لتمام مصلحة الولد وتوقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه وتحصل به كفايته [2].

تعريف الحضانة بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية من المدونة المغربية

عرفت المادة 97 من المدونة المغربية الحضانة بأنها: حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه.

تعريف الحضانة بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية

عرفت المادة 54 من المجلة التونسية بأنها: "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

ومن خلال ما سبق من التعريفات يتضح لنا جليا بأن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على الأهداف التي تسمو إليها الحضانة من تربية ورعاية وتعليم بالإضافة

(1)- انظر: دياني (باديس)، آثار فك الرابطة الزوجية، د ط ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د.ت)، ص 50 .

(2)- انظر: السعيدي (عبد الله عبد الرحمن)، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، عمان، دار الأفاق المشرقية، 2011 ، ص 256.

إلى حفظه وحمايته وحفظ صحته وخلقا على خلاف التعريفات السابقة الذكر والتي اختصرت الحضانة في مجرد حفظه وحفظ مصالحه وتربيته[1].

الحضانة وتميزها عن المصطلحات المشابهة لها

الفقرة الأولى

الحضانة والرضاع

فالرضاع في اللغة : من رضع، يرضع، رضاعة، فهم راضع والجمع رضع وامرأة مرضع اي ذات رضيع او لبن[2] لقوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَاد أَنْ يُتِمَ الرَضَاعَةَ..."[3].

والرضاع في الإصلاح: اسم لحصول لبن امرأة، أو ما حصل منه في معدة طفل، أو دماغه.

وتعد الحضانة والرضاعة من أهم الحقوق التي تثبت للطفل منذ ولادته غير أنها يختلفان في بعض الأمور كالمدة فالرضاعة مثلا تبدأ مند ولادة الطفل وتستمر معه إلى غاية السنتين[4] لقوله تعالي: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَاد أَنْ يُتِمَ الرَضَاعَةَ"[5]، بخلاف الحضانة التي تبدأ من الولادة، بخلاف الحضانة والتي بدورها تختلف بين الذكر والأنثى فالذكر تبدأ حضانته من الولادة إلى غاية بلوغه 10 سنوات قابلة للتمديد إلى 16 سنة، في حين تستمر حضانة الأنثى إلى غاية بلوغه سن الزواج.

---

(1) ـ أنظر: صمامة (كمال)، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014- 2015، ص 15 .

(2) – انظر: صمامة (كمال)، المرجع نفسه، ص 17 .

(3) – سورة البقرة، الآية 233.

(4) – أنظر: صمامة (كمال)، المرجع نفسه 17 .

(5) – سورة البقرة، الآية 233.

كما أن بالرضاعة تقوم المحرمية بخلاف الحضانة مع العلم بأن للرضاعة وقت مخصص وعدد رضعات محددة حتى تقوم بذلك المحرمية بخلاف الحضانة التي لها وقت أوسع ولا تقوم به المحرمية.

اما الاجرة فتثبت للمرضعة[1] لقوله تعالى: "...فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَ أُجُورَهُنَ..."[2] بخلاف الحضانة التي لا تثبت فيها الأجرة.

الفقرة الثانية

الحضانة والولاية على النفس

فالولاية هي لغة من الفعل الثلاثي ولى، يقال ولى الشيء وولى عليه ولاية، والواو واللام والياء أصل صحيح يدل على القرب والدنوا، يقال تباعد بعد ولي أي؛ قرب وجلس مما يليني؛ أي يقاربني .

الولاية على النفس في اللغة: النفس هي الروح، والنفس في كلام العرب يجري على ضربين، أحدهما قولك خرجت نفس فلان، أي روحه والضرب الآخر، معنى النفس في جملة الشيء وحقيقته والجمع من كل ذلك أنفس ونفوس

أما الولاية على النفس اصطلاحا:

الولاية هي سلطة ثابتة، بمقتضاها تنفد أقوال وتصرفات الولي على المولى عليه ولو جبرا ومحل هذه الولاية، هو تطبيب وتزويج وتعليم المولى عليه، وإجراء عملية جراحية له، حتى في غير حالات الضرورة، وصرف في أمواله على أساس من المصلحة والاعتبار[3].

وعليه فالحضانة والولاية على النفس عاملان أساسيان لحماية الطفل وحفظه من الضياع.

---

(1)- أنظر: صمامة (كمال)، المرجع السابق ، ص 17 .

(2) - سورة الطلاق، الآية 6.

(3)- انظر: صمامة (كمال)، المرجع نفسه، ص 18

غير أنهما يختلفان في بعض الحيثيات حيث يشهد الفقهاء الإسلاميون وفقهاء القانون، بأن الشريعة الإسلامية تمتاز عن غيرها من الشرائع والقوانين أن لها سابقة في تأسيس الحضانة، أي أنها مؤسسة طبيعية على خلاف الولاية على النفس، مؤسسة القانون المدني والأسري[1].

أما من حيث موضوعهما فالحضانة هي خدمة مادية ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل، وتلبية حاجاته المادية، أما الولاية فهي تقتصر على تنشئة الطفل وحراسته فحسب.

أما من حيث أصحابها: فالولاية على النفس تمارس من الأب [2]، حيث تناول قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 ولاية الولي على الأولاد القصر، من خلال نصوص المواد من 91/87، حيث تنص المادة 78 "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا [3]، وغيره من العصبة حسب تربيتهم في الإرث، بينما الحضانة فتسند للقضاة؛ أي إلى جهة الأم وغيرهن من القريبات ثم إلى جهة الرجال مع بعض الاختلافات في من لهم الحق في ممارسة الولاية على النفس في ترتيب الحواضن.

الفقرة الثالثة

الحضانة والكفالة

فالكفالة في اللغة: هي الضمان، يقال: كفيل، يكفل، كفولا، كفلا، والاسم الكفالة، يقال تكفلت بالمال أي التزمت به، وقيل هي الضم فالكفالة بالولد، أن يعوله ويقوم بأمره، [4] ومنه قوله تعالى: "وَكَفَلَهَا زَكَرِيَاءْ"[5].

(1)- صمامة (كمال)، انظر كذلك: برقوق (نسرين)، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خضر، بسكرة، 2014-2015، ص 07.

(2)- أنظر: صمامة (كمال)، المرجع نفسه، ص 20.

(3)- انظر: برقوق (نسرين)، المرجع نفسه، ص 09.

(4)- أنظر : صمامة (كمال)، المرجع نفسه، ص 20 .

(5) - سورة آل عمران، الآية: 37.

والكفالة اصطلاحا : هي ضم ذمة إلى ذمة، في المطالبة بدين أو عين أو نفس والذمة المضمومة هي ذمة الكفيل، وهو الضامن من الملتزم بتأدية ما على الأصل من الحق والذمة المضموم إليها هي ذمة الأصيل، وهو المطالب الأصيل، ويسمى المكفول عنه والمكفول به.

فمن الفقه، من جعل الحضانة والكفالة متقاربين في حين أن المشرع المغاربي قال بغير ذلك.

فنجد أن المشرع الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قد عالج موضوع الكفالة في فصل النيابة الشرعية وذلك من المادة 116 إلى غاية المادة 125 وقد سبقه في ذلك المشرع التونسي، بقانون صادر سنة 1958 بتاريخ 04 مارس 1958، يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، حيث حصر الكفالة في خمسة مواد، وهذا ما تأخر عنه المشرع المغربي غير أنه يمكننا نحصر أوجه الفرق بين الكفالة والحضانة فيما يلي:

1. الحضانة تتعلق بأطفال أصغر سنا ممن هم في الكفالة؛
2. الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام الموثق أو أمام المحكمة المختصة، أما الحضانة فلا تسند إلا بحكم قضائي؛
3. الكفالة عبارة على التزام عقدي يكون بدون مقابل، وهذا بخلاف الحضانة التي يجوز فيها للحاضنة، أن يتقاضى أجرة مقابل خدمة المحضون؛
4. الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول ، بينما الحضانة تكون في تقديم خدمات معنوية ومادية، من رعاية للمحضون وتربيته وصيانته والمحافظة عليه صحة وخلقا؛
5. الحضانة تطلق على الطفل وهو في حضانة أمه وأبيه على خلاف الكفالة فتطلق على الطفل وهو عند غير والديه؛
6. ليس للحاضن الولاية القانونية على المحضون على عكس الكافل الذي له الولاية القانونية على المكفول؛

7. تنتهي الكفالة في القانون المغربي والتونسي، ببلوغ المكفول سن الرشد، في حين أن المشرع الجزائري، أبقى الكفالة، مستمرة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما وهذا لإنهاء عقد الكفالة، في حين أن انتهاء مدة الحضانة في التشريع الجزائري، تنتهي ببلوغ الذكر 10سنوات ويمكن تمديدها إلى 16 سنة أما الأنثى فببلوغها سن الزواج 19 سنة كاملة؛
8. اشترط المشرع الجزائري والمغربي دون نظيرهما التونسي، الإسلام في الكافل ولم يشترط مثل هذا الشرط في الحاضنة، مالم يكن الحاضن رجلا، ولا جدال بأن يكون متحدا في الدين مع المحضون؛
9. أن المحضون يطلق على الطفل معروف النسب وهذا الشيء ضروري، أما الطفل المكفول فلا داعي بأن يكون معروف النسب فيجوز التكفل بطفل معلوم النسب أو مجهول النسب، على حد سواء[1].

الفقرة الرابعة

الحضانة والتبني

فالتبني لغة: هو من تبنى تبنيا، ويقال تبنى الصبي أو ادعى بنوتة أو اتخذه ابنا، وكان الرجل في الجاهلية بتبني الرجل، فيجعله كالابن المولود له ويدعوه إليه الناس، ويرث ميراث الأولاد.

والتبني في الاصطلاح : كما عرفه الدكتور بوعزارة، بأنه: عملية إلحاق شخص معروف أو مجهول النسب إلى شخص آخر، والتصريح بأنه ولد له، وليس هو بولد له في الحقيقة .

(1) ـ أنظر : صمامة (كمال)، المرجع السابق ، ص 22.

ويتشابه التبني والحضانة : في أن كليهما يتطلب رعاية وتربية الطفل باعتباره من حقوق الطفل والأولاد اتجاه الوالدين، ومن هنا قد ينشأ بعض الالتباس بين المصطلحين وهذا ما سنعرفه من خلال الاختلافات التالية :

1. التبني تصرف قانوني تنشأ بمقتضاه بنوة حكيمة وفقا لأحكام القانون، أما الحضانة فهي بنوة شرعية وحقيقية ، تنشأ بسبب رابطة النسب؛
2. التبني مرفوض شرعا [1]، لقوله تعالي: "أُدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ الله..." [2]، أما التبني في مجال القوانين المغاربية، فهو بين الأخذ والرفض غير أن المشرع التونسي أقره بالرغم من انتقائه إلى العالم العربي الإسلامي فقد أسست تونس نظام التبني بالقانون المؤرخ في 1958/03/04 من متجاهلة كل الانتقادات مطبقة لمبدأ المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي؛
3. يشترط في المتبني أن يكون متزوجا على خلاف الحضانة التي تسقط بزواج الحاضنة بغير قريب محرم.

الفقرة الخامسة

الحضانة والوصاية

تعرف الوصاية في اللغة: على أنها مصدر الفعل وصى والفعل أوصيت والاسم منه الوصاة والوصاة والوصاية بفتح الواو وكسرها.

اصطلاحا: ففقهاء الشريعة يعرفونها بأن الوصية تختص بالتبرع المضاف إلى ما بعد الموت، والوصاية تختص بالعهد إلى من يقوم على أموال وديون وشؤون الموصي بعد موته.

ومن أهم الفروقات بينها وبين الحضانة :

(1)- أنظر: صمامة (كمال)، المرجع السابق، ص 24-26 .

(2)- سورة الأحزاب، الآية 05.

1. فالوصية هي تفويض للغير لأداء معين بعد الموت أما الحضانة فهي ثابتة بالشرع والقانون؛
2. الوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر، أما الحضانة فهي حق مقرر لحماية الطفل[1].

الفرع الثاني

شروط ممارسة الحضانة

الحضانة هي حق في جميع الأحوال للشخص المؤهل والذي تتوفر فيه شروط ممارستها، هذا ما جاء به المشرع الجزائري بصريح العبارة في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري؛ أي جعل شرط الأهلية شرطا وحيدا لممارستها وبالرجوع إلى المادة 222 نجدها تحيلنا إلى الشريعة العامة، وعليه فلابد من الاستنجاد بقواعد الشريعة الإسلامية والتي وضعت جملة من الشروط، هذا ما سيتم تبيينه فيما يلي:

الفقرة الأولى:

شروط ممارسة الحضانة المتفق عليها

أ)البلوغ :

يعد البلوغ أول الشروط الضرورية لممارسة الحضانة، لأن الصغيرة لا تستطيع أن تقوم برعاية نفسها فلا تصلح لرعاية غيرها، فالحضانة للصغير المميز بحكم عجزه عن رعاية شؤون نفسه بنفسه [2]، الأمر الذي يتطلب رجحان العقل، وبالتالي حسن تدبير شؤون المحضون.

(1) ـ أنظر: صمامة (كمال)، المرجع السابق، ص26 ، 27

(2)– أنظر: بلحاج (العربي)، المرجع السابق، ص 383.

ب)العقل:

لقد أكد عليه المشرع الجزائري، لان به يدرك الحاضن حجم المسؤولية الملقاة على عاتقه، كما نص على أن الحضانة هي : ولاية على النفس وذلك تطبيقا لنص المادة 87 المعدلة والتي نصت على: "وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"[1].

ومما تقدم يمكن أن نستخلص بأنه ليس للمجنون والمعتوه قدرة على أداء هذه المهمة لأنهم فاقدون لحس الإدراك والاستطاعة على تدبير شؤونهم الخاصة، بالتالي فليس من الأجدر تكليفهم بما لا قدرة لهم على فعله لأنفسهم حتى يكون لهم الولاية على صغير لاحتضانه والقيام بشؤونه، هذا ما أجمع الفقهاء جميعا عليه[2].

ج)الأمانة على الأخلاق :

الأمانة على الأخلاق التزام يقع على عاتق الحاضنة، محتواه أن ينشأ المحضون في بيئة سليمة من كل فساد وأن يغرس فيه الأخلاق الحميدة وعليه فلا حضانة لفاسق أو سكير أو زاني أو لاهي باللهو الحرام سواء كانت امرأة أو رجل.

د)القدرة:

فالقدرة هي أن يراعى في جانب الحاضن قدرته على رعاية المحضون صحيا وخلقيا واجتماعيا، وعليه فليس للعاجز بسبب كبر في السن، أو بسبب المرض أن يتكفل بالمحضون كما تقتضي الضرورة.

---

(1)- أنظر: دياني (باديس)، المرجع السابق ، ص 55.

(2)- انظر: بوعزة (أمينة)، مصلحة المحضون في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2014-2015، ص 23.

كما أضاف الفقهاء بعض العاهات التي تحول دون جواز ممارسة الحضانة كالتي تتعلق بالحواس كالكفيف أو ضعيف البصر أو المريض بمرض معدي أو كانت الحاضنة عاملة أو محترفة وعملها يشغلها على حضانة الصغير فلا حضانة لها[1].

ج)الاسلام

أما الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة ففيه اختلاف فقهي، فالشافعية والحنابلة قالوا: بشرط الإسلام للممارسة الحضانة كما أكدوا على عدم جواز ولاية الكافر على المسلم[2]، مستشهدين بقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[3].

غير أن المالكية والأحناف فأجازو مخالفة الحاضنة للمحضون في دينه وسواء كانت أما أو غير ذلك، واختلافهم الوحيد كان حول مدة بقاء المحضون تحت رعاية الحاضنة غير المسلمة.

فالأحناف قالوا بجواز بقاءه عندها إلى حين بلوغه 7 سنوات وما فوق ذلك فيشكل خطر عليه وذلك من خلال الخشية عليه من الاعتياد [4] على عادات الحرام كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير أو الذهاب إلى المعابد.

أما المالكية فلا يرون حرجا من بقاء المحضون تحت رعاية الحاضنة غير المسلمة وفي حالة الخوف عليه أعطي الى احد المسلمين حق الرقابة على الولد لحفظه من الضلالة.

أما المشرع الجزائري فقد ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة، لكون هذه الأخيرة تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون، ودليل ذلك ما ورد في المادة 62 ق أ التي نصت على ما يلي: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا".

---

(1)– أنظر: خليفي (سارة)، المرجع السابق، ص 7.

(2)– أنظر: دياني (باديس)، المرجع السابق، ص 61.

(3)– سورة النساء، الآية 141.

(4)- أنظر: دياني (باديس)، المرجع السابق ص 63. انظر كذلك: العمروسي (انور)، موسوعة الاحوال الشخصية، د ط، ج 3، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 242.

الفقرة الثانية

شروط ممارسة الحضانة المتعلقة بالنساء

بالإضافة إلى ما سبق من الشروط لممارسة الحضانة إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد خصوا النساء ببعض الشروط نذكر منها [1]:

ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه، فقد أجمع عليه الفقهاء الأربعة[2]، واستدلوا على ذلك بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم عما رواه عبد الله بن عمرو: أن امرأة قالت: "يا رسول الله والله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَنْتِ أَحَقُ بِهِ مَا لَمْ تَنْكَحِي" **رواه أبو داود**[3].

غير أنه إذا تزوجت الأم الحاضنة بقريب محرم للطفل كعمه فلا تسقط حضانتها لأن العم صاحب حق في الحضانة وهو صاحب حق وشفقة عليه، على غرار الأجنبي الذي قد لا يصون المحضون ولا يعطف عليه.

أما القانون الجزائري فقد نص في المادة 66 ق أ على سقوط حضانة الأم إذا تزوجت بغير قريب محرم ما لم يضر بمصلحة المحضون فإذا ثبت إصابة المحضون بضرر جراء إسقاط الحضانة على أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم فإن الحضانة تظل معها مع مراعاة مصلحة المحضون.

أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون، الأمر الذي نوه عليه المشرع الجزائري في مادته 72 من قانون الأسرة عندما نص على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار، وتنص المادة 70 من نفس القانون على أنه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

---

(1)- انظر: دياني (باديس)، المرجع السابق، ص 63 .

(2)- انظر: كربال (سهام)، المرجع السابق، ص 23.

(3)- أنظر: سنن أبي داود، الطلاق 2275 مسند أحمد، مسند الكثيرين من الصحابة (2/182).

الملاحظ أن لفظ الملائم في المادة 72 وما جاءت به المادة 70 تفسر تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربيته تربية سوية بعيدا عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على أخلاقه ومستقبله.

ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا وكان الأب معسرا، لأن من شروط الحضانة عدم الامتناع عنها، فإن امتنعت الحاضنة الأم عن حضانة ولدها بسبب إعسار الأب وعدم حصولها على أجرة الحضانة سقط حقها فيها[1].

الفقرة الثالثة

الشروط المتعلقة بالرجال

أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى، فقد أجمع الفقهاء على أن الحاضن للأنثى ينبغي أن يكون محرما لها [2]، وقال الأحناف والحنابلة المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها، لانتهاء المحرمية، أما في حالة عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة، فلا مانع من حضانتها لأنه في حال البلوغ لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه البالغة غير أن الحنفية أجاز حضانة ابن العم بنت عمه إذا لم يكن هناك أحد.

أن يجمع بين الحاضن والمحضون اتحاد الدين، فهو المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا ثورات بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة بل حضانة إلى ذوي رحمه دون ذلك فلا حضانة إليه لأنه لا توارث بينهما"[3].

(1)- أنظر: دياني(باديس)، المرجع السابق ، ص 64 .

(2)- انظر: دياني (باديس)، المرجع نفسه، ص 68.

(3) – أنظر: آيت عكوش (وزنة)، بن كرو (نوال)، الحضانة بين التشريع الجزائري، وبعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013-2014، ص 68 .

المطلب الثاني

ترتيب أصحاب الحق في الحضانة والآثار المترتبة عنها

لقد أورد المشرع الجزائري أصحاب الحق في الحضانة واتبع ترتيب محكما (الفرع الأول) حتى لا يتضارب أصحاب الحقوق ويراعي مصلحة المحضون، كما بين الآثار المترتبة عنها(الفرع الثاني) وفيما يلي توضيح لما جاءت به المادة 64 من قانون الأسرة.

الفرع الأول

ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

إن مسألة إسناد الحضانة لا تكون بالطريقة العشوائية، وإنما تخضع لترتيب وارد بنص القانون، والذي يراعى فيه جنس وسن المحضون في بعض الحالات.

الفقرة الأولى

ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005

نص المشرع الجزائري في المادة 64 ق أ على: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ومما يمكن ملاحظة أن المشرع أعطى حق الحضانة كأصل عام للنساء، بدأ من جهة الأم ثم جهة الأب ثم الأقربون لجهة الأم من جهة الأب فحق الحضانة يثبت للنساء لكونهن أقدر وأصلح وأصبر من الرجال على العناية والرعاية والعطف على الصغير [1]، لقوله عليه السلام: "من فرق بين الود وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة" **أخرجه الترميدي**[2].

(1)- انظر: سنن الترميدي السير 1566، مسند أحمد –باقي مسند الأنصار (5/413).

(2)- انظر: بالحاج (العربي)، المرجع السابق، ص 380.

فالمادة 64 ق أ تحدثت عن الولاية بتلفظها بمصطلح (أولى) والمعروف أن الولاية نوعان ولاية على النفس وولاية على المال.

فالولاية على النفس تشمل الإشراف على شؤون المحضون العامة من صحة وأخلاق وتأديب ورعاية وتعليم وتمدرس وكل ما يشمل ذلك.

أما الولاية على المال فهي الإشراف على شؤون المحضون المالية في حدود التصرفات المالية كالبيع والإيجار والرهن وغيرها.

وحسم الإجماع على أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة لكونها تعد عنصر إجماع، ولما رزقها الله سبحانه وتعالى من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان[1].

وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكان الأم في ممارسة حقها في الحضانة بل واعتبر حتى تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح مادام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية، وأن إسناد حضانته لشخص آخر يجعل من القرار مجانبا للصواب[2].

وعليه فيمكننا أن نستخلص أن النساء الحاضنات رتبن على النحو التالي:

"الأم، ثم الجدة، فالخالة، فالأب، وأخير الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون"[3].

الفقرة الثانية

ترتيب الحاضنين بعد تعديل فبراير 2005

أحدث المشرع الجزائري انقلابا في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 05، 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 نصت على ما يلي:

---

(1)- انظر: بالحاج (العربي)، المرجع السابق، ص 380.

(2)- أنظر: دياني (باديس) ، المرجع السابق ، ص 68.

(3) - أنظر: بالحاج (العربي)، المرجع السابق، ص 38.

"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب للجدة الأم ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

فالتعديل جاء معالجا للواقع الذي تعايشه العائلة الجزائرية، لاسيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة [1].

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على الحضانة

الفقرة الأولى

نفقة المحضون وأجرة الحاضنة

انطلاقا من نص المادة 72 من ق، أس، فإن نفقة المحضون تجب من ماله إن كان له مال من إرث أو هبة أو أوصى له من أحد الأقارب فإن، لم يكن له مال فأبوه أولى بنفقته أو من هو أحق بنفقته إذا كان الأب معسرا أو غائبا.

فنفقة المحضون تصرف إلى الحاضنة في شكل أموال أما مسكن الحاضنة فمثلما يلزم الأب بحضانة ابنه، فإنه يلزم بتوفير مسكن الحاضنة وإلا دفع بدل الإيجار.

ولقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في ديسمبر 1980[2] الحكم في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة [3].

(1)- انظر: دياني (باديس)، المرجع السابق، ص 79.

(2)- قرار المجلس الاعلى رقم 24148 المؤرخ في 12/02/ 1980 نشرة القضاة 1981، عدد 1، ص83.

(3)- انظر: بلحاج (العربي)، المرجع السابق، 387.

أما أجرة الحضانة فهو مقابل الخدمة الذي تقوم بها الحاضنة في خدمة الطفل والقيام بشؤونه، فهي عمل مشروع يمكن الإعتياض عنه بالمال، ويسمى ذلك العوض في عرف الفقهاء بأجرة الحضانة، غير أن ذلك العوض ليس أجرة خالصة بل فيه شبه بالنفقة[1] غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في القول بأجرة الحضانة من عدمها إذا كانت أما.

فالحقيقة يقولون: لا تكون الحاضنة مستحقة للأجرة إذا كانت أما وكانت زوجيتها قائمة مع أب المحضون، أو كانت معتدة له من طلاق رجعي أو بائن لأن النفقة ثابتة لها فلا تجمع بين النفقة والأجرة، وإنما تستحقها إذا انقضت عدتها وبانت من زوجها.

أما المالكية فبحسب قول حكاه الجعفري بأنه لا أجرة للأم الحاضنة لعدم ورود نص على الوجوب ولم تجبر العادة على الأجرة[2].

ولم تكن أجرة الحضانة من النفقة في شيء حتى تجب على الأب، كما وجبت عليه أجرة الرضاع.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فإنها تستحق الأجرة، لأن المعني الذي أوجب الأجرة للأم في حال عدم قيام النكاح وهو أن الأب لا يقوم بالإنفاق عليها وهو أمر موجود في غير الأم[3].

(1)- انظر: شلبي (محمد مصطفى)، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2، بيروت، دار النهضة العربية،1977 ،ص 747.

(2)- أنظر : بوصبيعة (مفيدة)، منازعات الحضانة في التشريع الجزائري، رسالة ماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955 . سكيكدة . 2013 ص 97 .

(3)- انظر: العمروسي (أنور)، المرجع السابق، ص248.

الفقرة الثانية

سكن الحاضنة

نص المشرع الجزائري في نص المادة 72 ق أ على أنه في حالة الطلاق يجب على الاب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

حيث أعتبر المشرع الجزائري السكن من ضمن النفقات الواجبة على الزوج غير أنه لم يحدد طبيعة هذا السكن واكتفى بالقول سكنا ملائما، وهذا ما تبناه الفقه الإسلامي وقام فقهاء الشريعة الإسلامية باشتراط المعالم الواضحة في السكن وأطلقوا عليها صفة السكن الشرعي والتي يمكن حصرها في ما يلي:

1/ أن يكون المسكن يحتوي على باب له غلق والمطبخ والحمام والغرف...؛

2/ أن يكون محتويا على مستلزمات العيش الضرورية من طعام وكسوة؛

3/ أن يكون المنزل له جيران فإذا أسكنها في بيت له وحشة لبعده أو لخلوة من الساكنين يعد سكنا منهي عنه شرعا؛

4/أن يكون بعيدا عن اللصوص وأهل الفساد والبغي مما يستلزم على الزوج أن يأتي بامرأة تؤنس الزوجة أو محرما شرعيا من أصول الزوجة كالخال أو الشقيق.

ومن ثمة فإن إعداده لإقامة الزوجة أصبح واجبا ولزاما عليه وفق مقدوره [1]، طبقا لقوله تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم"[2].

(1)- انظر: جغادر (خاليدة)، المرجع السابق، ص 87.

(2)- سورة الطلاق، الآية 06.

وفي حالة حصول المرأة على حق الحضانة بعد الطلاق فعلى مطلقها توفير السكن اللائق لها و لمحضونيها حتى تتمكن من تربيتهم ورعايتهم و هذا ما تم التنويه عليه في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري[1].

الفقرة الثالثة

حق الزيارة

مما يمكن استنتاجه من نص المادة 64 من قانون الأسرة أن القاضي وبعد استفائه لجميع الإجراءات لإنقاذ العلاقة الزوجية فإنه يحكم بالطلاق، ويتوجب عليه في نفس الوقت الذي يحكم فيه بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، وذلك لمرات وأوقات وأماكن معينة[2].

وهذا ما قضت به المجلس الاعلى في قرارها رقم 43594 المؤرخ في 1986/09/22،[3] "انه من المستقر عليه فقها وقانونا ان بعد المسافة بين الحاضن وصاحب الزيارة والرقابة على الاطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود وأن المسافة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد بدون شك عن ألف كيلومتر فإن دلك يعد مانعا لوالد المحضونين من الرقابة عليهما وعليه يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[4].

كما أنه حين استعمال الأب مثلا لحقه في الزيارة أن يكون محدودا وفي فترة يتم تحديدها ما بين الأبناء، فإذا كان الطفل رضيعا فلا يجوز أخده والاحتفاظ به لوقت طويل[5].

---

(1)- أنظر: جغادر (خليدة)، المرجع السابق، ص 88 .

(2)- انظر: سعد (عبد العزيز)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ط2، دار البعث، قسنطينة، 1986، ص296.

(3)- انظر: قرار المجلس الأعلى رقم 43594 المؤرخ في 1986/09/22، نشرة القضاء، السنة 1988، العدد 44.

(4) - انظر: سايس(جمال)، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري ط1، ج1، الجزائر،2014، ص144.

(5)- انظر: دلاندة (يوسف)، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دط، الجزائ، دار هومة، 2007، ص 74- 75.

الفقرة الرابعة

مسألة الانتقال بالمحضون

وفيه اختلاف حول مسألة قرب وبعد المكان الذي تود الانتقال إليه، كما تثار مسألة نوعية المكان المراد الذهاب إليه إن كان قرية أو مدينة خاصة وأن البيئة تؤثر على نفسية الصغير ويتأثر بها، خاصة وأن عادات وتقاليد كل بلد تختلف عن البلد الآخر [1].

وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 62 ق أ أين أقر بضرورة مراعاة مصلحة المحضون في حالة رغبة أحد الاشخاص الموكلة لهم الحضانة في الاستيطان خارج البلد وتبقى في دلك السلطة التقديرية للقاضي في ابقاء الحضانة له أو اسقاطها عنه.

وكما يلاحظ من المادة أنها قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي، لأن الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل خشية تأثره بدين البلد الأجنبي وعاداته وتقاليده، ولكي يبقى الطفل خاضعا لرقابة الاولياء.

ومما يجب توضيحه أن المقصود بالانتقال بالمحضون من أجل الاستيطان هو الانتقال من اجل السكن والاستقرار بصفة دائمة، أما ادامان الانتقال من أجل العلاج أو لقضاء عطلة أو كان لأجل العلاج فإن ذلك يخرج عن نطاق المادة 62 ق أ[2].

هذا ما جاءت به المحكمة العليا في أحد قراراتها والمتمثل في أن القضاء بإسناد حضانة الصغار الى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة، الأب كما هو حاصل في قضية الحال بعد قضاء مخالفا للشرع والقانون[3].

---

(1)- انظر: ديابي (باديس)، المرجع السابق، ص 82 .

(2)- أنظر: مدخل فقهي عام، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، د ط، دار العلوم، عنابة، 2001، ص 129 . وأنظر كدلك، حميدو(زكية) مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان -2005/2004، ص562.

(3)- قرار رقم 59013 غرفة الأحوال الشخصية 19 -02 -1991/04/1990، ص129.

خلاصة المبحث:

ومما يمكن استخلاص من هذا المبحث أن الحضانة من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية وتعتبر من أشد الآثار لما فيها من العنصر الحساس ألا وهو الطفل ومصلحته، أين على الحاضن أن يرعاه في صحته ويحرس على تربيته على دين أبيه.

ولما كانت الحضانة ذات مسؤولية فقد اشترط المشرع في الحاضن بعض الشروط والتي من شأنها أن تجعله جدير للقيام بهذه المسؤولية.

كما رتب في نص المادة 64 أصحاب الحق فيها وقد أولى الحضانة لجهة النساء على الرجال لما فيهم من قدرة على التحمل و الصبر والقدرة على العطف ورتب اثار على الحضانة كالنفقة على المحضون والتي نصت عليها المادة 72 ق أ، حيث تجب نفقته من ماله ان كان لديه والأب اولى بنفقته ان كان موسرا وكان المحضون لا مال له وبين لمن تجب أجرة الحضانة، حيث أنها تثبت للحاضنة غير الام وكما نص على سكن الحضانة فقد اشترط المشرع على الأب توفير مقر للحضانة والذي يجب أن يكون ملائما وإلا دفع بدل الإيجار، كما نص على حق الزيارة وذلك لمرات وأوقات وأماكن معينة.

المبحث الثاني

حالات سقوط الحضانة

إن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون ، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه سواء كان سبب الإسقاط يندرج تحت الأسباب العامة لسقوط (المطلب الأول)، **أو** كان يدور في إطار الأسباب الخاصة (المطلب الثاني)[1].

المطلب الأول

الأسباب العامة لسقوط الحضانة

تناول المشرع الجزائري مسألة سقوط الحق في الحضانة من خلال نصوص المواد 66، 67، 70 من قانون الأسرة الجزائري وحيث تدخل تحت الأسباب العامة لسقوط الزواج بغير قريب محرم وبالتنازل (فرع أول).

الفرع الأول

الزواج بغير قريب محرم أو بالتنازل عنه

سواء دخل بها أو لم يدخل، فإن كانت متزوجة بأجنبي عنه فلا حق لها في الحضانة إذا كان غير محرم من الصغير [2]، لقوله عليه الصلاة والسلام: "أنت أحق به ما لم

(1)- انظر: بلحاج (العربي)، المرجع السابق، ص 388 .

(2)- انظر: عطية (أحمد ابراهيم)، المرجع السابق، ص 151.

تتزوجي" رواه أبو داوود [1]، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شررا فلا نظر له[2].

وبهذا قال الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، فالصبي يلحقه ضرر بكرة الزوج له، وتضجره منه، لاسيما وأن الأم قد تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعهده طلبا لمرضاة الزوج ولاشك يضر على الصبي أيضا فوجب إزالة الضرر، بإسقاط حقها في الحضانة[3].

غير أن المشرع الجزائري وليوازن بين المصالح أي مصلحة الأم الحاضنة في الاحتفاظ والتمسك بحضانة صغيرها وزواجها بغير محرم للصغير في إطار عدم المساس بمصلحة المحضون، مكن القاضي الأم من حقها في الحضانة بشرط تعهد الزوج الأجنبي وذلك تحت عنوان الكفالة، بحيث يكون ذلك بصفة رسمية وأمام القضاء بأن يرعى الولد ولا يتسبب له بأي ضرر[4].

أما في مسألة التنازل عن الحضانة فهو تنازل عن حق قانوني وشرعي والذي يشترط فيه أن يصدر عن المحكمة المختصة، وألا يضر بمصلحة المحضون وذلك تطبيقا لنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري[5].

وعادة ما يصدر التنازل عن الحضانة من طرف الطفل أثناء دعوى الطلاق ويفترض الحالتين التاليتين:

1 – إما أن يكون التنازل عن الحضانة هو صفة بين الزوجين لتحصل الزوجة على الطلاق دون أية مصاعب، ومن هنا يكون التنازل اضطراريا للحصول على حريتها فهذا

(1)– انظر: سنن أبو داوود، الطلاق 2276، مسند أحمد (2/182).

(2)– انظر: عطية (أحمد إبراهيم)، المرجع السابق، ص 151

(3)–انظر: نصر(سلمان) وسطحي (سرعاد)، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دط، دار الهدى، عين مليلة، ص212.

(4)– انظر: رحايل (سارة)، المرجع السابق، ص 61.

(5)– انظر: العربي (بلحاج)، المرجع السابق، ص 388 .

التنازل لم يتم بإرادتها الحرة، فالزوج استغل هنا حاجة الزوجة إلى الانفصال ليجبرها على قبول التنازل وهنا على القاضي أن يحقق في سبب التنازل؛

2 – أن تكون الحاضنة غير مبالية لاستبقاء الأولاد معها، إما لرغبتها في الزواج من آخر، أو انها ليست قادرة ماديا ونفسيا على واجب الحاضنة إذا لم يكن هناك أحد من أهلها لمساعدتها، إذ قد تكون دائما خارج البيت بحكم العمل فإن تأكد القاضي من عدم اهتمام الزوجة بإسناد الحضانة فمن الغلط إسناد الحضانة لها، لأنها تصبح عبئا لها ويضيع الأطفال من جراء ذلك؛

ولذلك فإن نص المادة 66 ق أ سلاح ذو حذين فيه محاسن ومساوئ، فالتنازل إذا كان يضر بمصلحة المحضون فإنه لا يسقط حقها في الحضانة وهذا ما أكدت عليه قرارات المحكمة العليا .

من المقرر قانون أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولد لأمها رغم تنازلها عنها صراحة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك أستوجب رفض الطعن[1].

المطلب الثاني

الأسباب الخاصة لسقوط الحضانة

وهذه الأسباب منها ما تكون خاصة بالحاضنة بصفة شخصية خاصة وأنه موكل إليها مسؤولية تنشئة وتربية والسهر على الرعاية والحماية (الفرع الأول)، وذلك تطبيقا لنص المادة 62 ق أ س أو كيف يكون ذلك إذا كانت الحاضنة قد ارتدت عنها دينها، أو كانت

(1)– انظر: بالحاج (العربي)، المرجع السابق، ص 388.

تعمل بالتالي عملها يشغلها عن هذا المحضون، أو كان سبب وأخيرا استيطانها في بلد أجنبي[1]، ومنها ما يكون سبب سقوط الحضانة عنها بسبب نص القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حالة الحاضنة كسبب لسقوط الحضانة عنها

أولا: ردة الحاضنة:

فإن ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة، لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي، ولو قامت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع، وأما الذمية فإنها أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان، لأن الحضانة تبين على الشفقة وهي أشفق عليه فيكون الدفع إليها أنظر له ، فإذا عقل الأديان يضم لوالده لاحتمال الضرر وكذا الكتابية والمحبوسة وأهل الذمة في الحضانة بمنزلة الإسلام والكفر، وكذا إتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت في الحضانة كالمسلمة[2].

ثانيا: عمل الحاضنة

كأن تعمل الحاضنة عملا لا تكون مستطيعة معه القيام بأعباء حضانة الصغير، كأن يقتضي منها كثرة الخروج من المنزل وإهمالها شؤون الصغار بما يعرض المحضون للخطر، وبالتالي مع القيام بمتطلباته أو كانت تمتهن مهنة منهيا عنها شرعا أو كانت ضد مصلحة الصغير كراقصة في ملهى ليلي أو تحترف السرقة أو التسول أو ما شابه ذلك.

---

(1)- انظر: رحايل (سارة)، المرجع السابق، ص 65 – 67 .

(2)- انظر: عطية (أحمد إبراهيم)، المرجع السابق، ص 152 . انظر كذلك: (بدران أبو العينين بدران)، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، د ط، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، ص 553.

وعليه فإن استطاعت الحاضنة التوفيق بين مسؤولياتها في حضانة الطفل ومسؤولياتها اتجاه عملها فهنا حقها في حضانة طفلها لا يسقط عنها مادام لا يتسبب في ضياع المحضون[1].

هذا ما جاءت به المحكمة العليا في أحد قراراتها [2]، حيث جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء، أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن إسقاط حضانة الولدين عن الطاعة باعتبارها عاملة، أخطئوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".

ولم يختلف موقف التشريع المغربي على التشريع الجزائري فقد قال بنفس الموقف، وهذا موضح في القرار الصادر على المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 1975/02/10 بقوله: "حيث أن الحضانة إذا زاولت وظيفة من الوظائف الإدارية أو التعليمية التي لا تستغرق إلا جزء من يومها، ولا يقوم بها مانع يمنعها من القيام بشؤون المحضون وأن القول بخلاف ذلك إدعاء لا تصدقه حالات الناس اليومية...".

ثالثا: الاستيطان في بلد أجنبي

حيث نصت المادة 69 ق أ "إذا أراد الشخص الموكل إليه حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه مراعاة لمصلحة المحضون".

فإذا أراد الشخص الذي صدر الحكم لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع الحاضنة، حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة

(1)- انظر: عطية (أحمد إبراهيم)، المرجع السابق، ص 157.

(2)- قرار رقم 245156 المؤرخ في 2000/07/18 المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص188

للحاضن، ولو خرج به إلى بلد أجنبي وهذا هو معنى ما نصت عليه المادة أما إذا انتقل الحاضن بالمحضون من بلد إلى آخر داخل الوطن من شماله إلى جنوبه أو بالعكس فلا محالة للحديث عن السقوط [1].

الفرع الثاني

سقوط الحضانة بقوة القانون

نص المشرع الجزائري في المادة 68 من ق أ على: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

فمن خلال المادة السابقة الذكر يمكن أن نستنتج بأن الحضانة وحق ممارستها مقيدان بطلب من له الحق فيها وأن يكون ذلك في مهلة لا تتجاوز السنة تحت طائلة اسقاطها عنه بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة[2].

وهذا ما نص عليه المشرع المغاربي صراحة في نص المادة 176 من المدونة المغاربية، وقالت به المجلة التونسية في فصلها 58 ففي حالة وجود عذر مقبول تبقى الحضانة لمن أسندت له، وهذا ما قال به المشرع الجزائري والمغربي ولم ينص عليه التشريع التونسي.

وعليه فحق الحضانة يسقط بقوة القانون في حالة تراخي من له مصلحة في طلب الحضانة مدة تزيد عن السنة بدون عذر وقد صدرت عدة قرارات قضائية في هذا المجال حيث جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى رقم 32829 بتاريخ 1984/07/09، إذ يقول "...أن الاجتهاد القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام، من تاريخ الفصل في الحضانة"[3].

(1)- أنظر: رحايل (سارة)، المرجع السابق ، ص 64 ،65 .

(2)- انظر: رحايل (سارة)، المرجع السابق، ص 65.

(3)- قرار المجلس الأعلى رقم 32829 المؤرخ في 1984/07/09 المجلة القضائية، السنة 1990، العدد01.

وكذلك القرار الصادر على المجلس الأعلى الجزائري رقم 15403 في: 1978/02/27، بقوله: "حيث أن المطعون ضدها، لما تركت حضانة البنتين كانت مصابة بمرض خطير، أرغمها على إجراء عدة عمليات جراحية... وتركها حضانة ابنها كان أمرا ضروريا..."[1].

وبالتالي لم تصبح هذه الأم الحاضنة صحيحة قادرة على الحضانة فلا يسقط حقها فيها، ولو بعد مرور السنة، لأن عذرها مقبول ويصب في مصلحة المحضون، لأن الأم أقدر من غيرها على حضانة أبنائها.

(1)- قرار المجلس الأعلى رقم 15403 المؤرخ في ن1978/02/27 غير منشور، ملحق رقم 27 قرار المجلس الأعلى رقم 53340 المؤرخ في 1989/03/27، المجلة القضائية، السنة 1990، العدد 03.

خلاصة المبحث:

لقد كان المشرع الجزائري صارما في مسألة الحضانة فبعد أن اشترط في الحاضن شروطا لمزاولتها ونص على ترتيب الحاضنين والأثار المترتبة عنها فقد نص في المواد 66، 67، 70، من ق أ، على الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة والتي من شأنها أن تسقط حق الحضانة على أصحابها لتنتقل إلى من يليه درجة.

كما قسم المشرع الجزائري حالات سقوط الحضانة إلى حالات عامة والتي جاءت بها نص المادة 67 ق أ والمتمثلة في الزواج بغير قريب محرم والتنازل الصريح عنها ،إلا أن سلطة القاضي تتدخل لتحقيق مصلحة المحضون فإذا تبين له أن مصلحة الطفل هو في بقاءه مع أمه ولو تزوجت بغير محرم فلا يسقط حقها في الحضانة ولكن بشرط تعهد الزوج الأجنبي بموجب كفالة بأن يرعاه ولا يضر به أبدا أما مسالة التنازل فلا تقبل في جميع الأحوال إذا مست مصلحة المحضون .

أما فيما يخص الأسباب الخاصة فعلى الحاضنة أن لا تخل بواجباتها اتجاه المحضون والتي تم النص عليها بنص 62 ق أ، كما يجب أن يتماشى عملها واحتياجات الطفل والذي يشترط فيها عدم الغياب المطول على الطفل وألا يكون ماسا بشرفه أو منهيا عنه شرعا كما نص على ضرورة المطالبة بحق الحضانة وقيدها بمدة سنة وذلك بنص المادة 68 ق أ ذلك حتى تتجلى رغبة الحاضن في احتضان الصغير وإلا سقط حقه فيها وبقوة القانون.

كما عارض المشرع في المادة 69 ق أ مشكل السفر بالمحضون للاستيطان به في بلد أجنبي لما فيه من حرمان أبيه وأقاربه من حق زيارته وتبقى في جميع الأحوال السلطة التقديرية للقاضي في اثبات الحضانة لها أو إسقاطها عنها.

الفصل الثاني

الحضانة بين حق التنازل وحق الاسترجاع

تمهيد.

المبحث الأول: تنازل صاحب الحق في الحضانة.

المطلب الأول: ماهية التنازل عن الحضانة.

الفرع الاول: النظرية التقليدية في التنازل عن الحضانة.

الفرع الثاني: النظرية الحديثة في التنازل عن الحضانة.

المطلب الثاني: الاشكاليات المتعلقة بالتنازل.

الفرع الاول: إشكالية تنازل الأم عن الحضانة.

الفرع الثاني: اشكالية مصلحة المحضون عند التنازل.

خلاصة البحث.

المبحث الثاني: حق الاسترجاع.

المطلب الأول: زوال سبب سقوط الحضانة الاختياري.

الفرع الأول: الأساس الفقهي.

الفرع الثاني: الأساس القانوني.

المطلب الثاني: زوال سبب سقوطها غير الاختياري.

الفرع الأول: الأساس الفقهي.

الفرع الثاني: الأساس القانوني.

خلاصة المبحث.

تمهيد:

لقد كان المشرع الجزائري متشددا في مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال إلا أنه منح الحاضن حقوقا حتى لا تتضارب، مصالح الأطراف كحق التنازل عن الحضانة (المبحث الأول)، وفقا لأسباب قد تكون بإرادة الحاضن أو لأسباب طارئة لا دخل للحاضن فيها كحلول المرض، كما أجاز له حق استرجاع الحضانة (المبحث الثاني) إذا ما زالت الأسباب المسقطة للحضانة، وكان من الضروري استرجاع الحاضنة لمحضونها لاستئناف حضانته.

المبحث الأول

تنازل صاحب الحق في الحضانة

إن التنازل عن الحضانة هو حق مشروع وذلك بموجب نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، من ثم فإن حق الحضانة لا يثبت للشخص بصفة أبدية ومطلقة دون الأخذ بعين الاعتبار للتغيرات التي قد تطرأ على الحاضن في حد ذاته، والتي قد تمس بمصلحة المحضون، وعليه يصبح حق المطالبة بإسقاط الحضانة عن صاحبها حقا أصيلا ومثبت قانونا (المادة 64) وذلك ما لم تتنازل عنه الحاضنة ودون المساس بمصلحة المحضون، وعليه يتوجب علينا التطرق أولا الى ماهية التنازل عن الحضانة (المطلب الأول) والاشارة الى أهم الإشكاليات المتعلقة بالتنازل (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية التنازل عن الحضانة

إن حق الحضانة حق مخول لكل شخص تجتمع فيه الشروط المنصوص عليها بنص القانون، فتثبت لمن اشتمل على كافة الشروط وتسقط عن من فقدها، غير أنه يجوز لكل شخص توفرت فيه الشروط أن يتنازل عنها بمحض إرادته، ومن هنا تناولت في هذا المطلب النظرية التقليدية في التنازل عن الحضانة (الفرع الأول) والنظرية الحديثة في التنازل عن الحضانة (الفرع الثاني).

تناولنا فيما سبق تعريف للحضانة وبأنها الوضع اللذي يطال الأطفال بعد انفكاك الرابطة الزوجية، حيث يتحتم عليهم الاستقرار مع أحد الأبوين وفي غالب الأحيان يكون استقرارهم مع أمهم والتي ينصب عليها مسؤولية تربيتهم ورعايتهم وحفظهم صحة وخلقا لأنها الأجدر بالقيام بهذه المهمة كونها نبع الحنان والأكثر صبرا ورغبة في ضم صغار، إلا أنه وفي بعض الحالات نجد الأم ولاعتبارات أخرى تتنازل عن حقها في ذلك، لتسند إلى غيرها

أو قد لا ترغب في ذلك ولكن ونتيجة لظرف ما تسقط حضانتها وتنتقل في جميع الأحوال الى من هو أصلح في رعاية الأطفال وفي كلتا الحالتين وسواء كان تنازلا أو سقوطا فإن حضانة الأطفال تسلب منها لتسند لغيرها في اطار مراعاة مصلحة المحضون.

إن استعمال المشرع الجزائري للمصطلحين معا في نفس النص(المادة 66) فهذا لا يعني رغبته في إثراء النص لغويا ولكن للفرق القائم بينهما.

فالتنازل: هو عمل يعلن فيه شخص تنازله عن وظيفته العامة أو هو تنازل عن حق بلا قيد أو شرط.

كما عرف بأنه تصرف يعمد إلى اسقاط حق، فإذا كان التنازل هو اسقاط للحق فإن السقوط هو عقوبة تطال حائز الحق الاتفاقية أو القضائية بمنع صاحب العلاقة[1].

ومن التعريفات يتضح لنا جليا بأن التنازل هو فعل إرادي يؤدي إلى سقوط الحق أما السقوط فهو نتيجة تطال المقصر عن أداء عمل أو قصور في العناية أو عدم ممارسة الحق خلال مدة معينة[2].

وعليه فإن التنازل والسقوط كلاهما يؤديان إلى نفس النتيجة ألا وهي خسارة للحق ولكنهما لا تحكمهما نفس الارادة، فالتنازل يكون بمحض إرادة المتنازل أما السقوط فيفرض على الشخص لسبب معين وهو بمثابة عقوبة في غالب الأحوال.

كما أن السقوط لا يكون تلقائيا كما هو الحال في حالة إسناد الحضانة بعد صدور الحكم بالطلاق وإنما يكون بموجب دعوى ترفع إلى المحكمة المختصة بغية صدور حكم قضائيا لإثبات وجود حالة من حالات الإسقاط[3].

---

(1)- أنظر: جيرار(كورنو)، معجم المصطلحات القانونية ، ط 1، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت، 1998 ص 562-903 .

(2)- أنظر: جيرار(كورنو): المرجع نفسه، ص 562-903 .

(3) - أنظر: صمامة (كمال)، المرجع السابق، ص 99 .

أما التنازل فيشترط فيه أن يكون صادرا عن المحكمة المختصة وألا يضر بمصلحة المحضون، ومنه فالحكم الصادر عن المحكمة في شأن إسقاط الحضانة يكون حكم مقرر للسقوط وليس منشأ[1].

الفرع الاول

النظرية التقليدية في التنازل عن الحضانة

استقر جمهور الفقهاء على أن للحاضنة حقوق ثلاثة حق المحضون وحق الحاضنة، وحق الأب، وأن هذه الحقوق الثلاثة إذا تعارضت قدم حق الصغير المحضون لمصلحته، ومؤدى هذا أجازوا للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة ما لم تعين هي وحدها للحاضنة، بأن لا يوجد حاضنة غيرها أو وجدت الحاضنة التالية لها ورفضت الحضانة، أو كان الأب فقيرا لا يمكنه أن يدفع أجر حاضنة غير الأم الحاضنة، في هذه الحالات راعى الفقهاء مصلحة الصغير حتى لا يضار بعدم الحضانة .

الفرع الثاني

النظرية الحديثة في التنازل عن الحضانة

حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 66 من قانون الأسرة بأنه يسقط حق الحضانة بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

فالمشرع الجزائري أقر للحاضنة حق التنازل عن الحضانة إذا لم يكن ذلك مضرا بمصلحة المحضون بشرط وجود حاضن آخر تسند له الحضانة ويكون أهلا لذلك، هذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1989/03/27 بأنه " من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله

(1)- أنظر: عماري (سناء)، المرجع السابق، ص 70 .

القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة النقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة[1].

المطلب الثاني

الاشكاليات المتعلقة بالتنازل

غالبا ما تتعلق بمسألة التنازل عن الحضانة مشكلات عديدة و توثر في جميع الاحوال على نفسية الطفل مما ينعكس على نفسيته بالسلب خاصة ادا كان الطفل في مرحلة يعي فيها تخلي احد والديه عليه.

وفي هدا المطلب سوف نقوم بمعالجة اهم ما في التنازل من مشاكلات ألا وهي اشكالية تنازل الام عن الحضانة (الفرع الاول)، ومصلحة المحضون عند التنازل (الفرع الثاني).

الفرع الاول

إشكالية تنازل الأم عن الحضانة

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه بحيث أعتبرها المشرع الجزائري حقا له، فإذا تنازلت الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به، تطبيقا لنص المادة 66 من قانون الأسرة[2].

(1)- أنظر: عماري (سناء)، المرجع السابق، ص 69. وأنظر كذلك: سليمان أبو القاسم (عايدة)، المرجع السابق، ص74.

(2)- أنظر: ونوغي (أمنية) ، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائرية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015 ص 47.

وذلك ما عبر عنه المجلس الاعلى الجزائري في قراره الصادر في 1988/12/19 عندما قضى بأنه: "من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الام عن حضانة أولادها تقتضي وجود حاضن اخر يقبل منها تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض... "[1].

كما أن القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1996/07/09 والقاضي بـ: "حصل الاتفاق بين الاب والأم، فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد دلك للأطراف الرجوع فيه"[2].

ويثبت التنازل عن المحكمة بموجب حكم، لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة يفقد حقه في إعادة إسناد الحضانة إليه، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع المتنازل عن حقه في الحضانة[3].

ولكن التساؤل المطروح هل يمكن إجبار الأم على حضانة الأولاد؟

لقد اختلف الفقهاء في ذلك وظهر في ذلك قولين:

القول الأول: ذهب بعض الحنفية ومالك وبعض الشافعية وبعض الحنابلة الظاهرية إلى القول بأن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة.

القول الثاني : ذهب محمد وأبو ليث والهنداوي جواهر زادة من الحنفية ومالك في رواية أخرى وغيرهم إلى القول بأن: الصغير هو صاحب الحق في الحضانة[4].

---

(1)- أنظر: حاميدو (زكية)، المرجع السابق، ص 466-478.

(2)- قرار المحكمة العليا رقم 138949، المؤرخ في 1996/07/09، المجلة القضائية، السنة 1996، العدد 02.

(3)- أنظر: ونوغي (أمينة)، المرجع السابق، ص 48.

(4)- أنظر: سليمان أبو سالم (عايدة)، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2003، ص 70.

وبناءا على هذه الأقوال فإن القول الأول كان مع عدم إجبار الأم على الحضانة غير أنه إذا لم يوجد من يرضع المحضون، أو فقد الأب ولا يوجد مال للمحضون وكان الطفل لا يقبل رضاعة أحد غير أمه، فإنها تجبر على ذلك خوفا من هلاك الولد.

أما إذا قبل الرضاعة من غيرها فلا تجبر على رضاعته والدليل على عدم إجبارها على الرضاعة قوله تعالى: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَاد أَنْ يُتِمَ الرَضَاعَةَ وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَ وَكِسْوَتُهُنَ بِالمَعْرُوفِ لاَ تُكَلِفُ نَفْسٌ إِلاَ وُسْعَهَا"[1].

أما أصحاب القول الثاني فيرون إجبار الأم مطلقا على حضانة الطفل.

الرأي الراجح:

من خلال ما سبق يتضح أن أصحاب القول الأول هو الراجح لصحة ما ذهبوا إليه فرغم أن الحضانة حقا للأم ولا تجبر عليها إلا أن هذا الحق ليس مطلقا وإنما هو مقيد بضوابط تقضي مراعاة مصلحة جميع الأطراف الطفل، حيث يضمن له الحفظ والصيانة وعدم الهلاك والأم تمارس حياتها الطبيعية دونما أي ضرر، وكذلك زوج الأم الغير محرم للصغير الذي له حق التملك، والاستمتاع دون انتهاك لذلك إلا إذا اقتضت الضرورة استنادا لقاعدة ارتكاب أدنى الضررين لدفع أعلاهما أما الرأي الثاني فهو مقتصر على مصلحة الصغير دون اعتبار لغيره[2].

(1) – سورة البقرة، الآية 233.

(2)– أنظر: سليمان أبو سالم (عايدة)، المرجع السابق، ص 71.

الفرع الثاني

اشكالية مصلحة المحضون عند التنازل

أولا/ تعريف المصلحة

المصلحة لغة هي المنفعة، فكل ما يبعث على الصلاح وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى المصلحة.

أما اصطلاحا فقد عرفها أبو حامد الغزالي بأنها عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني بذلك جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم.

أما المصلحة من الناحية القانونية فهي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى فإذا انتفت تلك المصلحة أن تكون قانونية وأن تكون شخصية ومباشرة[1].

والأصل أن الشخص إذا اعتدي على حقه تحققت له المصلحة إتجاه القضاء وهو أيضا يعني منفعة من هذا الاتجاه فالمصلحة إذن هي الباعث على رفع الدعوى وهي من ناحية أخرى الغاية المقصودة منه، ويقال لا دعوى بغير مصلحة وأن المصلحة هي مناط الدعوى[2].

فالمبدأ العام سار الى ما توصل إليه الفقهاء في كون زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير أو الصغيرة يسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع قد أدرج في نفس المادة انشاء ما يتعلق بمصلحة المحضون فإذا ما رأى القاضي مصلحة المحضون في البقاء

(1)- أنظر: رحايل (سارة)، المرجع السابق ص 6.

(2)- أنظر: رحايل (سارة)، المرجع نفسه، ص 6 .

مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم، فإنه يحكم برفض الطعن وببقاء الحضانة للحاضنة[1].

وجاء في قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 54353 في 03 /07 / 1989 وهو أكثر وضوحا: (من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعي خرقا للقانون ولما كان ثابت في قضية الحال، أن قضاة المجلس لما قضوا لتأييد الحكم القاضي بإسقاط الحضانة عن الأم لتنازلها عنها وإسنادها للأب 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)[2].

فالملاحظ من خلال القرارين أن المشرع الجزائري أعطى القاضي واسع الصلاحيات والسلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون في كل النزاعات المتعلقة بالحضانة وإسقاطها[3].

ثانيا/ في تقدير مصلحة المحضون

لقد خول المشرع الجزائري مسؤولية تقدير مصلحة المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية لقاضي شؤون الأسرة استنادا إلى بعض العوامل المادية الموضوعية المتعلقة بحياة الطفل دون أن يستند في تقديره إلى آرائه الشخصية .

كما مكن المشرع الجزائري القاضي من الاعتماد على آليات لتقدير، تلك المصلحة، كما أجاز له أن يأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا سواء بطلب

(1)- أنظر: بوصبيعة (مفيدة)، المرجع السابق، ص 81-83.

(2)- قرار المحكمة العليا رقم 54353 المؤرخ في 1989/07/03، المجلة القضائية، السنة 1992، العدد01.

(3)- انظر: بوصبيعة (مفيدة)، المرجع السابق، ص 83 .

الخصوم أو من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وحتى قبل مباشرتها فيأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال[1].

الآليات المعتمدة من طرف القاضي لتقدير المصلحة:

1): الخبرة :

تنص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة[2].

والخبرة هي تدبير تحقيقي يتم اللجوء إليها للحصول على بعض المعلومات من قبل الأشخاص المتخصصة للبث في أمور فنية تكون محل نزاع، كما تقتصر الخبرة على الوقائع المادية دون المسائل القانونية والتي تقتصر الخبرة على الوقائع المادية دون المسائل القانونية والتي هي من اختصاص القاضي، ومنه يقوم الخبير المعين بدراسة الحالة الصحية والنفسية للمحضون بالإضافة إلى بعض المعلومات الاجتماعية والمسائل المادية وذلك قبل البث في تحديد الأصلح لإسناد الحضانة إليه.

حيث صدر على المحكمة العليا قرار في 1997/02/18 الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن[3].

(1)- انظر: ونوغي (أمينة)، المرجع السابق، ص72، أنظر كذلك: بوصبيعة (مفيدة)، المرجع السابق، ص83.

(2)- المادة 626 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في: 18صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/25.

(3)- قرار المحكمة العليا رقم 153640 المؤرخ في 1997/02/18 المجلة القضائية، السنة 1997، العدد01.

2): المعاينة

وبعد إجراء المعاينة من أهل التخصص وتبين للقاضي عدم كفاية الخبرة في جمع المعلومات الفنية وتبيان الأصلح للمحضون فيمكن للقاضي الانتقال إلى عين المكان الذي سوف يزاول فيها الاحتضان، ليتحقق من الظروف المحيطة بالطفل ومدى قرب وبعد المسافة من المدرسة وإعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية[1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/05/21 إن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف معيشية الأطفال يعد قصورا في التسبيب[2].

ثالثا/ سماع الشهود

نصت المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجواز الأمر بسماع الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية.

أ) ــ الاستماع إلى أطراف النزاع:

وغالبا ما يكون أطراف النزاع هما الأب والأم فيقوم القاضي بالاستماع إلى كلاهما ومراجعة الوثائق المقدمة من طرفهما حتى يفحصها وتتكون لديه قناعة بمن هو أصلح للطفل.

حيث نصت المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

- ✓ سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر فيه فائدة في سماعه؛

(1) – أنظر: عماري (سناء)، المرجع السابق، ص 199–200.

(2)– قرار المحكمة العليا رقم 302428 المؤرخ في 2003/05/21، المجلة القضائية، السنة 2003، العدد 02.

- ✓ سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك؛
- ✓ الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.

إلا أن السؤال المطروح هل يعتد برأي المحضون في مثل هذه القضايا؟

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1970/10/21 بأن: "سماع الأولاد المحضونين والنظر للأم بطريق الأولوية كما أنه ليس هناك نص يلزم القضاة بسماع الأولاد في هذا الموضوع"[1].

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 1981/12/14 أقر بأنه: "يظهر من تحريات قضاة الموضوع ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حق للزوجة مراعاة لسماح الزوج ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الدين فضلوا البقاء مع أمهم إلى حين المواجهة أمام المجلس وبحبسه فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض النقض"[2].

ومن القرارين يتضح ان القضاء الجزائري يبدو هو الاخر حاسم في عدم الاقرار بتخيير المحضون، كما ان هدين القرارين يكشفان عن احتمال وهو التخير اذا طرح، فإنه يطرح بصدد اسناد الحضانة أي في تعيين الحاضن واختياره، ومن ثم يكون التخير أثناء مدة الحضانة ولا بعدها كما يراه الفقه الاسلامي[3].

وترتيبا على ذلك فإن القاضي قد لاحظ بأن اختيار الطفل فيه فعلا مصلحة له حكم له به وإذا رأى انتفاء مصلحته مع الغير أبقى الحضانة للحاضن الأول.

(1)- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1970/10/21 نشرة القضاة، السنة 1972، العدد 01.

(2)- قرار المجلس الأعلى رقم 26225 المؤرخ في 1981/12/14 غير منشور، ملحق رقم 04

(3)- انظر: حميدو (زكية)، المرجع السابق،ص175

ب) ــ الاستماع إلى أفراد العائلة :

يجوز للقاضي استدعاء بعض من أفراد العائلة كأقارب الخصوم أو أصهارهم أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة وأخوات وأبناء عموم الخصوم وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي يستطيع بها ترجيح رأيه[1].

وهذا عملا بنص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تنص يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين[2].

(1)– انظر: عماري (سناء)، المرجع السابق، ص 402.

(2) ـ أنظر: المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الصادر في 2008/02/25،.

خلاصة المبحث

وفي الأخير ثم توضيح نية المشرع في جعل الحضانة حق مرن حيث تتماشى ومصلحة المحضون فأين كانت مصلحته اتجه القاضي إلى اسناده لها ولوكان هناك تنازل صريح عنها كأن يحدث وتتنازل الأم عن حضانة أولادها إلا إذا كان ذلك التنازل فيه مصلحة أو أن عدم قبول تنازلها سوف يعود بالمضرة على الأطفال وبما أن مشكلة الحضانة مسألة متعلقة بحالة الأشخاص ومصالحهم فيجوز الرجوع فيها وعلى القاضي قبولها إذا ما تبين له تحقق المصلحة في ذلك.

المبحث الثاني

حق الاسترجاع

وكما سبق ووضحنا بأن حق الحضانة لا يسقط بمجرد الإسقاط فقط وإنما يمتنع بموانعه ويعود بزوالها[1].

فإن صاحب الحق في الحضانة له أن يستأنف ذلك حالة زوال سبب سقوطها الاختياري (المطلب الأول) كانقطاع الزوجية لأي سبب كان سواء بالطلاق أو بالوفاة.

وهذا لا يعني أن حق الاسترجاع قاصر فقط على الأسباب الاختيارية، وإنما يتعداها إلى الأسباب غير الاختيارية (المطلب الثاني) كالمرض والشفاء منه مثلا.

المطلب الأول

زوال سبب سقوط الحضانة الاختياري

لقد تطرقنا فيما سبق للأسباب الخاصة والعامة والتي من شأنها أن تسقط حق الحضانة عن صاحبها وينتقل هذا الحق لمن يليه في المرتبة دون الإخلال بمصلحة المحضون.

وبما أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة وإنما هو أداء يقوم به وفق لشروط والتزامات لا يجوز مخالفتها، وذلك تحت طائلة إسقاط مزاولة هذا الحق، إلا أن المشرع الجزائري قد أعتبر حق الحضانة من المسائل الشخصية، والتي يجوز الرجوع فيها خاصة إذا تعلق الأمر بمسألة سقوط حق الحضانة الاختياري كأن تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم أو بتنازلها الاختياري عن هذا الحق[2].

(1) – أنظر: الجندي (أحمد نصر)، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، الكتب القانونية، مصر 2006، ص 392.
(2) –أنظر: بوصبيعة (مفيدة)، المرجع السابق، ص 88.

فكلاهما سببان من الأسباب الرئيسية والاختيارية لفقدان حق الحضانة، ولكن مع مراعاة لمصلحة المحضون فالقاضي يحكم بعودة الحضانة إلى صاحبها إذا ما تبين له زوال السبب الذي كان حائلا دون مزاولتها وهذا ما جاء به القرار رقم 235456 الصادر في 22-02-2000 قضت المحكمة العليا بعودة الحضانة لأم التي تنازلت عنها وذلك اعتبارا لمصلحة المحضون، حيث جاء فيه إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائيا لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من ق أ ج[1].

و **فيما** يلي سنولي الأساس الفقهي (الفرع الأول) الذي يقوم عليه حق استرجاع الحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري مع الإشارة إلى أساسه القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأســـاس الفـــقـــهي

إن فقه الأحناف والشافعية والحنابلة يرون أنه إذا أسقطت الحضانة لمانع ضروريا أم اختياريا.

وجمهور الفقهاء لا يفرقون في عودة الحضانة بين الأمر العادي لا دخل لها فيه، والأمر الذي لها دخل فيه، فالمانع أيا كان نوعه فإذا زال عادت الحضانة، وأساس هذا رأي هو أن سبب استحقاق الحضانة قائم وأن امتناع الحاضنة عن الحضانة كان لوجود مانع، فإذا زال المانع عاد الحق إليها ومؤدى هذا أن الحاضنة إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير وسقط حقها في الحضانة، ثم فارقها الزوج بطلاق أو وفاة عاد إليها حقها في الحضانة والقضاء الشرعي يقرر أن مع تتبع أعمال الفقهاء من الأحكام في باب الحضانة يبين له أنها أحكام عمليه وضعت لترتب عليها آثارها في هذه الدنيا بمصلحة الولد في الحال، وليست

(1)- قرار المحكة رقم 235456 المؤرخ في 2000/02/22، المجلة القضائية، السنة 2001، العدد 01

أحكاما تبين من يكزن آثرها في هذه الدنيا بمصلحة الولد في الحال، وليست أحكاما تبين من يكون آثما في الآخرة ومن لا يكون، فكون الأم ليس لها إمساك الصغير إذا تزوجت بأجنبي لا يقال إنها بذلك تكون آثمة فحسب ويكون الحكم كذلك في الحاضنة التي لها نقل الصغير من بلد الأب إذا نقلته وأصرت على ألا تحضنه في بلد أبيه أن ينزع منها الولد ما دامت خارج بلد الأب[1]، فإن عادت إلى حاضنته إلى بلد أبيه عاد إليها حقها.

والقول بغير هذا يكون معناه أن ما وضع لمصلحة الصغير، أو مصلحة الأب تكون الحاضنة في حل من تعطيله، ويقف أمامها القاضي و الاب مكتوفا الأيدي، إذ لا يملكان إجبارها على الانتقال لأنه ليس لهما سلطان وقد تكون ذات زوج يريد بقاءها حيث هي ولا يوجد مانع، فإذا لم ينتزع الصغير منها مع هذا كان ذلك تعطيلا للحكم الذي يقول إنه شرع لمصلحة الصغير ولمصلحة الأب وإصدار لتلك المصلحة ينبغي نزعه، وقضى بأن المنصوص عليه شرعا أن حق الحضانة يعود بالطلاق البائن لزوال المانع ـ وهو إمساك الصغير في بيت المبغضين له.

وقد ارتفعت بالفرقة البائنة ولاية الزوج الأجنبي فلا ضرر على الصغير سواء مضت مدة تحمل انقضاء العدة أو لا[2].

هذا ما قال به المذهب المالكي حيث فرق بين زوال الحضانة لعدر اضطراري وبين زوالها لعدر اختياري.

1 -العذر الذي لا يقدر معه القيام بحق المحضون كالمرض او عدم وجود اللبن، فإذا زال عنها دلك استحقت الولد مرة أخرى، الا أن تتركه بعد زوال العدر سنة فأكثر.

(1)- أنظر: الجندي (أحمد نصر)، المرجع السابق، ص 392.

(2)- أنظر: الجندي (أحمد نصر)، المرجع نفسه، ص 393 .

2- سفر الولي بالمحضون وانتقاله به الى بلد اخر، فانه اجا ترتب عليه سقوط الحضانة لعدم رغبة الحاضنة في الانتقال معه، ثم رجع الولي بالمحضون الى بلده الاول رجع الحق للحاضنة من جديد.

3- سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، فإذا رجعت كان لها الحق في الولد.

وعلى هدا فإن المشرع الجزائري قد اعتمد المذهب المالكي في هده المسألة حين فرق بين العدر الاضطراري والعدر الاختياري في سقوط الحضانة[1].

الفـــرع الـــثانـــي

الأســـــاس القـــانـــوني

إن من أهم الأسباب الشائعة لسقوط الحضانة الاختيارية هو زواج الحاضنة بغير قريب محرم ، والمشرع لم يورد عليه استثناءات مراعاة لمصلحة المحضون وذلك في حالة ما إذا كان المحضون رضيعا يحتاج إلى إبقاء عند أمه لأنه في تركه، أو كان المحضون ذو عاهة أو مريضا مرضا يلزم منه إبقاءه عند أمه، وإنما جعلها قاعدة صارمة كلما تحقق الزواج توجب على القاضي إسقاط الحضانة عن صاحبتها متى أثبت المدعي ذلك، وعليه فالقاضي سلطته مفيدة[2] في هذا الشأن وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/13 إذا كان القاضي قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم[3].

(1)-انظر: بن الصغير(محفوظ)، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة السنة 2009/2008 ص675.

(2)-أنظر: عماري (سناء)، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014-2015، ص 65

(3)- قرار المحكمة العليا رقم 336017 المؤرخ في 2005/07/13، المجلة القضائية، السنة 2005، العدد 01.

وفي قرار آخر نصت المحكمة العليا بأنه " حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطأ في تطبيقه وذلك لأن الطاعنة وهي أم للطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة حيث إن القرار المطعون فيه رفض تدخل الجدة لام لان تدخلها لم يكن وفق القانون على مستوى مجلس قضاء تيارت الأمر الذي يجعل هذا الأخير سليما[1].

ولم يخالف القانون والوجه المثار غير وجيه مما يتعين رفضه وتبعا لذلك رفض الطعن[2].

المطلب الثاني

زوال سبب سقوط الحضانة غير الاختياري

والمقصود في هذه الحالة بالسقوط الغير الاختياري هو توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66 وما يليها من قانون الأسرة الجزائري والتي أدت إلى إسقاط حق الحضانة ممن كانت موكلة له بموجب حكم قضائي، وعليه فإذا كان حق الأم في الحضانة لا يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون، أو حالة ما إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن

(1) – يتضح من القرار أن ما ذهب إليه المحكمة العليا بتأييدها للقرار المطعون فيه كون هذه الأخيرة قد أصاب وطبق القانون تطبيقا سليما وصحيحا ولم يخالفه عندما قضي بإسقاط الحضانة عن الأم بسبب زواجها من غير محرم للمحضون تطبيقا لنص المادة 66 من ق أ ج كما أنه وفق عند رفض طلب الأم القاضي بالإسناد حضانة إبنها لأمها أي للجدة الام فلا يحق للأم أن تحل محل أمها بالمطالبة بإسناد الحضانة لها وكانت أهلا لذلك لها أن تقوم شخصيا برفع دعوى أمام المحكمة المختصة بقسم شؤون الأسرة والمطالبة بإسناد الحضانة لها بعد إسقاطها عن الأم وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك وأن تدخلها على مستوى المجلس في القضية مخالفا للإجراءات القانونية المعمول بها، أنظر كذلك: عماري (سناء)، المرجع السابق، ص 66.

(2)– أنظر: عماري (سناء)، المرجع نفسه، ص 66.

به أم المحضون وكانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه فإنها تكون بذلك قد خالفت قاعدة قانونية منصوص عليها في نص المادة 70 من ق أ ج وتسقط عنها الحضانة بموجب حكم قضائي ولن تعود إليها أي إما الجدة لأم أو خالة إلا إذا انتقلت مع المحضون الى سكن مستقل عن أم المحضون وبعيدا عنها نوع ما.

منه يمكن القول أنه إذا كان السقوط غير اختياري فإنه يحق للحاضنة استرجاع حقها إذا زال بسبب السقوط[1].

وعليه سوف نشير إلى الأساس الفقهي (الفرع الأول) والأساس القانوني (الفرع الثاني) الذي يقوم عليه حق الاسترجاع لزوال سبب سقوط الحضانة غير الاختياري.

الفرع الأول

الأســـــاس الفقـــهي

لقد اختلف الفقهاء في حكم ما إذا للحاضن حق في عودة الحاضنة أم لا؟

فقد ذهب جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا أسقطت الحضانة عن الحاضن لمانع ثم زال المانع كأن يكون بالحاضن جنون أو فسق أو مرض، فزال الجنون وتاب الفاسق ، وشفي المريض، عاد إليه حقه في الحاضنة ، لأنه زال المانع عملا بالقاعدة الفقهية " إذا زال المانع عاد الممنوع ".

اما المالكية : فقد ذهبوا إلى أنه إذا زالت الحضانة عن الحاضن بعذر اضطراري كمرض وسفر ونحوهما، مما يصعب على الحاضن القيام بأعمال المحضون، ثم زال هنا

(1)– انظر: ونوغي (أمينة)، المرجع السابق، ص 60، أنظر كذلك: برقوق (نسرين)، المرجع السابق، ص 69.

العذر عاد حق الحضانة للحاضن لان المانع هو العذر الاضطراري، وإذا زال المانع عاد الممنوع [1].

الفرع الثاني

الاساس القانوني

تكلم المشرع الجزائري على حالتين يمكن فيهما أن يعود حق الحضانة للحاضن:

فالحالة الأولى : ذكر أنه إذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون، فكون هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت أو توفي زوجها ولم تتزوج من شخص غريب عن المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها 21/ 02 / 2000 أن القضاء بسقوط الحضانة ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من ق أ ج يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبيب.

أما الحالة الثانية : هي ما إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون، وكانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه، فإنها تكون بذلك قد خالفت القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة 70 ولن تعود إليها الحضانة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون وبعيدا عنها[2].

(1) ـ أنظر : ونوغي (أمينة)، المرجع السابق ، ص 53 .

(2)– أنظر: ونوغي (أمينة)، المرجع السابق، ص 53.

خلاصة المبحث:

وفي الاخير يمكن القول بان الحضانة حق مرن يتماشى ومصلحة المحضون والدي يمكن التنازل عنه ادا لم تتضرر مصلحته كما يمكن استرجاعها ادا مازالت الاسباب المؤدية الى اسقاطها وسواء كانت تلك الاسباب اختيارية او غير اختيارية فكلهما تنظمهما اسس فقهية وأخرى قانونية .

خاتمة

بعد دراسة موضوع " الحق في التنازل عن الحضانة "، تبين أنه الصورة التطبيقية لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله " إن أبغض الحلال عن الله الطلاق" رواه النسائي، وذلك لما له من أثر على شخص لا يملك إرادة كاملة لتصريف شؤونه، ومازال يحتاج لكلا الأبوين من أجل تنشئته تنشئة سليمة وقارة.

فمصلحة المحضون إذن هي المحور الأساسي، الذي تدور حوله الحضانة بكل أبعادها سواء الأمومية منها أو العائلية، لذلك جاء موقف المشرع الجزائري صارما فيما يخص قاعدة مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما تم ملاحظته في استعماله المتكرر في نصوص المواد من 62 إلى غاية 72 عبارة ـ مع مراعاة مصلحة المحضون –.

إن المشرع الجزائري ضبط أحكام الحضانة في نصوص المواد من 62 إلى غاية 72 بمقتضى الأمر رقم 84 /11 المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 فحدد معنى الحضانة ونص على شروطها ورتب أصحاب الحق فيها ترتيبا محكما دقيقا وحدد مسقطاتها وحقوق الأطراف الآخرين،

ولقد تمخضت عن معالجة هذا الموضوع مجموعة من النتائج هي :

1. أن الحضانة هي حق مشترك فهي حق للحاضنة وحق للمحضون وحق للاب
2. مسألة إسناد الحضانة تكون بالأساس للأم؛
3. جواز تنازل الحاضنة عن حضانة الطفل يتطلب مراعاة مصلحة المحضون؛
4. سلطة القاضي التقدير في تحقيق مصلحة المحضون سلطة واسعة أين قد تصل لعدم قبول تنازل الحاضنة عن حضانتها وذلك إذا ما ارتئ له أن مصلحة الطفل في بقاءه مع حاضنتة الأم؛
5. أجاز عودة الحضانة بعد التنازل عنها إذا مازال سبب سقوطها.

6. نص في نص المادة 62 من ق أ ج على شرط تربية الطفل على دين أبيه وأن يكون الحاضن مؤهلا وترك بذلك الباب مفتوحا للحاضن فقد يكون الحاضن بذلك لا يدين بنفس الديانة والطفل في تلك المرحلة يكون متعلق أشد التعلق بحاضنه ومنه يخاف عليه من أن يتعلق بديانة حاضنه ولو لم يقصد الحاضن ذلك وعليه فالمشرع بذلك أغفل نقطة حساسة، فالحضانة ليست فقط تزويد الطفل بالحب والحنان، ولكن تزويده بمبادئ الشريعة الإسلامية وعادات وتقاليد الإسلام ،ل دلك كان يجدر بالمشرع الجزائري أن يشير في نص أو فقرة قانون ية الى وجوب اعتناق الحاضن للديانة الاسلامية ، أو يدرج شرط الإسلام من بين مسقطات الحضانة؛
7. جعل عبارة الأقربون درجة عبارة مبهمة، فكيف يتم تحديدهم ،فيما يخص مسالة الحضانة؟ وماذا لو كانوا في نفس الدرجة التي تتحقق معها المصلحة فلمن يعطي القاضي أولوية الحضانة؟ هل يترك القاضي أصحاب الحق المتضارب حتى يخلصوا فيما بينهم إلى من يؤول إليه الحق ،أو ينحاز القاضي لطرف دون الآخر، أو يرجع مسألة الاختيار للطفل، حيث يصبح الطفل هو المسؤول عن اختيار حاضنه ؟ ألم يتفطن القاضي الى أن الطفل يكون سهل التأثير عليه بالتالي لا تكون رغبته صافية ،ألم يتفطن القاضي الى أن الطفل قد يكون صغير على تحديد مصير بنفسه؟

لذلك أتقدم ببعض التوصيات :

التوصيات:

1. **إن** الحضانة تسند بالأساس للأم وفي حالة زواجها بغير قريب محرم تسقط حضانتها إلا إذا تم إثبات تحقق المصلحة في بقاءها مع أولادها، وغالبا ما نجد الأب يقف كحجرة عثرة أمام ذلك، الأمر الذي يفتح الباب لتدخل المشرع لحماية المحضون أكثر في حالة سقوط الحضانة الاختياري.

2. بما أن المشرع جعل عبء الحضانة على الأم ابتداء مع حقها في التنازل عن ذلك اختياريا أو اضطراريا يجعل مصلحة المحضون في البقاء مع أمه في حالة تنازها عن الحضانة نوع من الإرغام على الرعاية، الذي قد يعود بالإهمال والمضرة للمحضون يستوجب من المشرع التدخل لتنظيمها

3. معالجة حالة عدم التوازن في الواجبات بين الأم الحاضنة التي تكون بعد الطلاق مكرسة لكل وقتها وحياتها لأولادها، في الوقت الذي تنفتح أبواب الفراغ والحياة الجديدة أمام الزوج فهو له حق الزيارة فقط، ومن ثم التخلص من واجب الرعاية الأخلاقية والاجتماعية التي تكون متأثرة بحالة عدم التوازن الناشئة عن الطلاق و الماثلة في حياة المحضون، لذلك يجب على المشرع أن ينص على الرعاية التي تكون في جانب الأب والتي تكون بمقدوره القيام بها.

4. **تحديد** من هم الأقربون درجة بشكل واضح وتحديد الأسس التي تم الاعتماد عليها في دلك، لتفادي أي لبس خاصة ادا كان الطفل موسرا فقد يصبح محل طمع بالنسبة لحاضنه مما ينفي تحقق المصلحة لديه.

5. **تقنين مسألة** الأم البديلة وكيف يتم تطبيق مسألة الحضانة فيها.

في الأخير أشير الى أن المشرع الجزائري ترك مساحات من الفراغ التشريعي لم يسدها بنصوص قانونية واضحة جامعة ومانعة تاركا مسألة الفصل في بعض المسائل للقاضي تستوجب الملائمة حكما، وسد الفراغ النصي تشريعا.

قائمة المراجع

أولا- القرآن الكريم:

1. سورة البقرة.
2. سورة الطلاق.
3. سورة آل عمران.
4. سورة الأحزاب.

ثانيا- الكتب باللغة العربية:

1. أحمد فراج (حسين): أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1998.
2. أحمد نمر (الجندي): الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر 2004.
3. بدران أبو العينين (بدران): الفقه المقارن للأحوال الشخصية، د ط، ج1، بيروت، دار النهضة العربية.
4. بلحاج (العربي): الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 5، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2007.
5. بن حرز الله (عبد القادر): الخلاصة في الزواج والطلاق، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2000.
6. الجندي (أحمد نصر): الأحوال الشخصية في القانون الكويتي.
7. جيرار (كورنو): معجم المصطلحات القانونية ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998.
8. دلاندة (يوسف): دليل المتقاضي في مادة الشؤون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2007.
9. ديابي (باديس): آثار فك الرابطة الزوجية، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ت.
10. سعد (عبد العزيز): الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار البعث، قسنطينة، 1986.

11. السعيدي (عبد الله عبد الرحمان): أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الأفاق المشرقية، عمان، 2011.
12. شلبي (محمد مصطفى): أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977.
13. عطية (أحمد ابراهيم): نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة.
14. العمروسي (انور): موسوعة الاحوال الشخصية، د ط، ج 3، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
15. محمود حامد (عثمان): تعريف الحضانة والمقصد الشرعي منها، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436 هـ.
16. مدخل فقهي عام: الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم، عنابة، 2001.
17. نصر (سليمان) وسعاد (سطحي): أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الهدى، عين مليلة.

ثالثا- المذكرات:

1. بن الصغير (محفوظ): الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتورة، العلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.
2. بوصبيعة (مفيدة): منازعات الحضانة في التشريع الجزائري، رسالة ماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.
3. جغادر (خاليدة): حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، 2014.

4. حميدو (زكية): مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004.

5. خليفي (سارة): حق الحضانة في السكن، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014 .

6. سليمان أبو سالم (عايدة): الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2003.

7. صمامة (كمال): مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014-2015

8. عماري (سناء): التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014-2015.

9. كربال (سهام): الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013.

10. ونوغي (أمنية): حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائرية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

رابعا- القوانين:

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في مؤرخة في 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02/05، الجريدة الرسمية، العدد 24 .

2. قانون الاسرة.

3. قانون الاجراءات المدنية والادارية.

خامسا- القرارات القضائية:

1. قرار المحكمة العليا رقم 59013 المؤرخ في 1990/02/19 المجلة القضائية، السنة 1991، العدد 04 .
2. قرار المجلس الاعلى رقم 32829 المؤرخ في 1984/07/09 المجلة القضائية، السنة 1990، العدد01.
3. قرار المجلس الاعلى رقم 15403 المؤرخ في 1978/02/27 غير منشور، ملحق رقم 27 قرار المجلس الاعلى رقم 53340 المؤرخ في 1989/03/27 المجلة القضائية، السنة 1990، العدد03.
4. قرار المحكمة العليا رقم 138949 المؤرخ في 1996/74/09 المجلة القضائية، السنة 1996، العدد 02.
5. قرار المحكمة العليا رقم 54353 المؤرخ في 1989/07/03 المجلة القضائية، السنة 1992، العدد01.
6. قرار المحكمة العليا رقم 153640 المؤرخ في 1997/02/18 المجلة القضائية، السنة 1997، العدد01.
7. قرار المحكمة العليا رقم 330566 المؤرخ في 2005/05/18مجلة المحكمة العليا، السنة 2005، العدد 01.
8. قرار المحكمة العليا رقم 302428 المؤرخ في 2003/05/21 المجلة القضائية، السنة 2003، العدد 02.
9. قرار المجلس الاعلى المؤرخ في 1970/10/21 نشرة القضاة، السنة 1972، العدد01.
10. قرار المجلس الاعلى رقم 26225 المؤرخ في 1981/12/14 غير منشور، ملحق رقم 04.

11. قرار المحكة رقم 235456 المؤرخ في 2000/02/22 المجلة القضائية، السنة 2001 العدد 01.

12. قرار المحكمة العليا رقم 336017 المؤرخ في 2005/07/13 المجلة القضائية السنة 2005، العدد 01.

13. قرار المجلس الاعلى رقم 48/24 المؤرخ في 1980/12/02 نشرة القضاة، السنة 1982، العدد01.

14. قرار المجلس الاعلى رقم 43594 المؤرخ في 1986/09/22 نشرة القضاة، السنة 1988، العدد 44.