وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم قانون خاص

المرجع:

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

النظام القانوني لحق الحضانة في التشريع الجزائري

(دراســة مــقــارنــة)

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة :حقوق
التخصص :قانون خاص

من إعداد الطالبة:
جـلايـلـي خـديـجـة

تحت إشراف الأستاذ(ة):
د. لـعيمش غزالة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة):	بحري أم الخير	رئيسا
الأستاذ(ة):	ليعمش غزالة	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة):	وافي حاجة	رئيسا

السنة الجامعية:2023/2022

تاريخ المناقشة:2023/06/14

الإهداء

أشكر الله العلي القدير الذي أنعم عليَّ بنعمة العقل والدين. القائل في محكم التنزيل

"وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ" صدق الله العظيم

وقال رسول الله (صلي الله عليه وسلم):"من صنع إليكم معروفاً فكافئوه, فإن لم تجدوا ما تكافئونه به فادعوا له حتى تروا أنكم كافأتموه".

أهدي هذا العمل وثمرة جهدي المتواضع

إلى رحاب شفاعتك أيها الأمين، على رسالة السماء يا رسول الله.

إلى آل بيتك المطهرين سادة الفقهاء، وصحابتك الفضلاء الأخيار.

إلى من لا يضاهيهما أحد في الكون، إلى من أمرنا الله ببرّهما، إلى من بذلا الكثير، وقدّما ما لا يمكن أن يردّ، إليكما تلك الكلمات أمي وأبي الغاليان،فقد كنتما على الدّوام ملهميَّ، فعلى خطاكما أسير، وبعلمكما أقتدي، حفظكما الله و أطال في أعماركم.

إلى كل أفراد العائلة الكريمة التي ساندتني من إخوة و أخوات و أقرباء، دون استثناء

إلى رفيقات المشوار اللاتي قاسمنني لحظاته وفقهم الله و رعاهم:جوهر،صارة،حياة، فاطمة، إيمان، كريمة.

إلى من تسابقوا وقدموا لي الدعم والتشجيع، في انجاز هذا العمل المتواضع جازاهم الله خيرا: حنان، سفيان، لخضر، محمد

بالدعاء ولو ساعدني من وكل والأحباب والرفقاء الأصدقاء كل

إلى كل من تصفح يوما أوراق هذه المذكرة أهديه تحياتي و تمنياتي بالتوفيق.

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادي الإنسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فعملا بقول الرسول عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم :"من لم يشكر الناس ،لم يشكر الله"

أقدم شكري وجزيل امتناني ،وفائق تقديري واحترامي لكل من منحني من وقته الثمين أو أفادني بملاحظاته وتوجيهاته القيمة ،وأخص بالذكر الأستاذة المشرفة لعيمش غزالة ،التي تكرمت علي بقبول الإشراف على هذه المذكرة ،والشكر موصول إلى أساتذتي ،أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على تحملهم عناء تصفح البحث وإثرائه، فلهم عظيم التوقير والشكر وجزاهم الله خير الجزاء كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ، من قريب أو بعيد ،ونسأل الله عز وجل أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم إلى هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان ،وجزيل الشكر ،المشفع بأصدق الدعوات.

قائمة المختصرات

ص : الصفحة

ط : الطبعة

ج : الجزء

ج.ر : جريدة رسمية

د.ط : دون طبعة

م.ق : المجلة القضائية

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري

ق.م.ج : قانون المدني الجزائري

د.م.ن : دون مكان النشر

غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية

مقدمة

الطفل ثمرة من ثمرات الزواج، وهذه الثمرة حباها الله تعالى بالحب و الحنان و بشعور لا يوصف لدى الأبوين، إذ تعد الطفولة نبت الحياة و الغد المشرق التي تبنى عليه الآمال و تعقد عليه الأحلام، وهي البذرة الأساسية التي بصلاحها تصلح الأمم وتبنى الشعوب وقد وصف الله سبحانه وتعالى الأولاد بأنهم زينة الحياة الدنيا.

ولقد أولى الإسلام الزواج عناية كبرى و جعله من أوثق العرى بين الناس، ووصفه القرآن بأنه ميثاق غليظ لقوله تعالى:﴿... **وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً**﴾[1].فمن من أهم أهداف الزواج تحقيق الأنس والراحة والطمأنينة بين الزوجين لقوله تعالى:﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[2].

إن حفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له كل الأثر في سلوك أبنائهم وحسن تكيفهم وتوافقهم النفسي والعقلي،غير أن التماسك والمودة والرحمة والتفاهم والتي تعد دعائم الرابطة الزوجية ليست بالأمر الهين، فقد تعصف مشاكل الحياة ببناء الأسرة وتؤدي إلى التنافر فتنتفي الغاية المرجوة من الزواج، وإن لم تُجد جميع وسائل الإصلاح للتوفيق ينتهي الأمر بانفصال الأبوين عن بعضهما ومن أهم تداعيات هذا الانفصال مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل التي تثار حول كفالتهم وحضانتهم، ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ، وأهمية القوانين والتشريعات التي تحفظ للأبناء حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث تثبت نسبهم و تدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية ، وحمايتهم من الضياع، وهنا يبدو الطابع الاجتهادي للموضوع، وصلته الوثيقة بحياة الطفل و ما يعانيه من مشاكل و أزمات، كما تبدو أهمية الموضوع في كونه يطرح عدة إشكالات في الواقع العملي، حيث تثير مسألة الحضانة الكثير من الخلافات بين الوالدين عقب الطلاق،ولعل كثرة مثل هذه القضايا على مستوى القضاء لأبرز دليل على ذلك،

[1] – سورة النساء الآية 21.

[2] – سورة الروم الآية21

تماشيا مع هذه الأهمية، جاءت أغلب الأحكام المتعلقة بالحضانة مرتبطة دائما بمصلحة المحضون، سواء من حيث إسنادها أو
إسقاطها و كل ما يتعلق بذلك، وقد أراد المشرع من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع، وقد تعهدت جل التشريعات الوضعية بعديد من الأحكام تتعلق بمصير الطفل وحمايته .
حيث أن الثابت في مراجع الفقه، أن مسائل الحضانة لم يرد فيها نصوص شرعية قطعية، و إنما هي اجتهادات و آراء فقهية الهدف منها وضع أحكام للحضانة من أجل رعاية الطفل و الحفاظ على مصالحه، حيث أصبحت هذه الاجتهادات قديمة لا تتناسب مع متطلبات العصر الحالي .[1]
حيث كانت سائر أحكام الحضانة في الجزائر قبل سيطرة الاستعمار الفرنسي عام 1830 تخضع إلى قواعد الشريعة الإسلامية . وقد ظلّ الأمر كذلك إلى عهد الغزو الاستعماري واحتلال البلاد ، حيث ترتب على هذا التغيير في سيادة الدولة أن قام المستعمر بعدة محاولات ، على غرار المغرب، لإدخال بعض التعديلات على أحكام الفقه الإسلامي أو الأعراف المحلية وإحلال محلها أحكام القانون الفرنسي.[2]
وضف إلى ذلك، أن تلك الأحكام الإسلامية والأعراف لم تكن مقننة بالصياغة المعروفة
اليوم، الأمر الذي أدى بالمستعمر إلى القيام بعدة محاولات لتقنين أحكام الأحوال الشخصية عامة والحضانة خاصة . وفي هذا الشأن قام العميد مارسال موران سنة 1916 بوضع المشروع التمهيدي لقانون .الأحوال الشخصية، ويحتوي هذا المشروع على 788 مادة منها عشر مواد خصصت للحضانة.
ونستنتج مما تقدم أن المشرع الاستعماري تغاضى عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، أي
عن إعطاء حق الأولوية للأم في مسألة الحضانة ، بل منح للقاضي سلطة تقديرية مطلقة عند تقدير مصلحة المحضون. وذلك ما أكدته المادة 21 من المرسوم رقم59-1082 الصادر في 17 سبتمبر

[1] – لمين عريط، الضوابط الشرعية و القانونية لإسناد الحضانة–دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون أسرة الجزائري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ع03، 2020.
[2] – تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،ص20

1959 بقولها" للحكم الناطق بحلّ الزواج أن يقضي في حضانة الأولاد مهما كان الشخص الذي أسندت إليه حضانة هؤلاء".[1]

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر الأساسي لتشريعات الأحوال الشخصية في البلدان العربية، باعتبارها الديانة الأكثر انتشارا فيها، وقد ظهرت في الآونة الأخيرة تغيرات واضحة في هذه التشريعات نتيجة التغير الحاصل في المجتمعات وتأثرها بالاندماج الثقافي بين الشعوب وارتباطها بمعاهدات واتفاقيات الدولية، إذ يعتبر حق الحضانة من أهم الحقوق والتي بحد ذاتها جزء مهم من قانون الأحوال الشخصية الذي أصبح موجودا في أغلب الدول، ولكن تختلف أحكام القانونية لمسألة الحضانة من بلد إلى آخر، فأصدرت بعض الدول قوانين جديدة للأحوال الشخصية وصدر في بعضها الآخر تعديلات تتعلق بأحكام الحضانة، من بينها القانون المصري، والقانون الإماراتي و كذا القانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم05-02 المؤرخ في 2005/02/27،[2] حيث شملت هذه التعديلات منها رفع سن انتهاء الحضانة، وتقديم الأب بعد الأم في ترتيب حق الحضانة كما منحت بعض القوانين للأم الحاضن بعد صلاحيات الولاية، وغير ذلك مما رأى فيه المشرعون انسجاما مع التغير الحاصل في مجتمعاتهم بما يخدم مصلحه المحضون، ولا شك أن هذه التعديلات التي جرت على تشريعات الأحوال الشخصية لا تتعارض مع أحكام الشريعة الاسلاميه القطعية، وإنما تم اختيار الأصلح والأنسب منها لمصلحه المحضون من مراجع الفقهية الإسلامية، ولم تتقيد بمذهب فقهي محدد كما كان عليه الحال في معظم القوانين السابقة.[3]

حيث عالج المشرع الجزائري نظام الحضانة وأدرج أحكامها في مواد قانون الأسرة الجزائري من المادة 62 إلى 72 ، التي جاء فيها كافة الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطفل في مجال الحضانة مراعيا

[1] – تشوار حميدو، مرجع سابق، ص 20.

[2] – الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري2005، المعدل و المتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09جويلية1984 المتضمن قانون الأسرة،ج.ر، ع15، 2005.

[3]– أحمد رجوب، أحكام الحضانة في القوانين العربي و الأجنبية، ط1 ، دار العماد للنشر التوزيع، سوريا،2019.

بذلك مصلحة الطفل المحضون دون النظر لاعتبارات أخرى، و هذا الهدف ذاته تسعى إليه التشريعات الأجنبية المدنية الأخرى للحضانة.

إن إختيار موضوع الحضانة في التشريع الجزائري و تشريعات المقارنة تعددت من ورائه الدوافع، لتظهر في أسباب ذاتية و أخرى موضوعية، أما الذاتية فتتمثل :

- الدافع الشخصي والميول الشخصي لدراسة هذا الموضوع.
- أن الحياة الاجتماعية وأروقة المحاكم تعج بظاهرة الطلاق.
- وضع اليد على الجرح، الذي ذهب ضحيته الكثير من الأطفال.
- محاولة معرفة مصير الأولاد خلال فترة الحضانة وبعد انتهائها.

في حين تتمثل أسباب الموضوعية فيما يلي:

- الظلم الواقع على الأطفال نتيجة إهمال الأبوين لهم بعد الطلاق
- إبراز الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري للمحضون، والتي جاءت بها الشريعة الإسلامية والتي عالجت مثل هذه الإشكالات بالرغم من أن جميع هذه التشريعات نابعة من خلفية الشريعة الإسلامية.
- إبراز دور القاضي،وسلطته التقديرية،التي تصب لمصلحة المحضون، من خلال قانون الأسرة الجزائري.
- معرفة دور القضاء الجزائري في معالجته لقضايا الأسرة ومدى حرصه على تطبيق القانون.

تهدف الدراسة إلى إبراز مكانة الطفل في بناء المجتمعات من خلل اعتناء كل من الفقه الإسلامي ثم قانون الأسرة الجزائري، على أن تحترم تلك المكانة ولا بد من صونها لأن نواة المجتمع الفرد ولا صلح للمجتمعات إلا بصلح أفرادها، فإذا اعتني بالأطفال وخاصة في المراحل الأولى من حياتهم تستقر الأمم باستقرار مجتمعاتها، وذلك من خلل صيغ القوانين والتشريعات التي تكفل ذاك الاحترام، وكذا التطبيقات القانونية إذ يكون الهدف منها تحقيق مصالح الأطفال ودرء عنهم المفاسد فإذا تحققت تلك المصلحة ستنهض الأمة لا محال.

- من بين الصعوبات التي اعترضت البحث هي قلة الدراسات المقارنة في جوهر الموضوع، وكذلك ضيق الوقت اللازم لإعداد البحث، بالنظر لكون الموضوع ذو طبيعة شائكة يحتاج إلى فترة معتبرة للتمعن والاستيعاب.
- عدم تمكننا من الإطلاع على جميع المراجع المتخصصة التي عالجت موضوع الدراسة.
- قلة المراجع المتعلقة بالموضوع في مكتبة الكلية، وخاصة المراجع المتخصصة في موضوع الحضانة.
- أغلبية المراجع قديمة، وتميز بالجانب الفقهي أكثر من القانوني، لأنه في هذا النوع من المواضيع يغلب الجانب الفقهي على القانوني.
- قلة الدراسات والمؤلفات المقارنة، في مثل هذه المواضيع، نظرا لحداثتها وتأخر الاهتمام بمثل هذا النوع من الدراسة.

و من بين المناهج التي اعتمدت عل عليها في هذا الدراسة هو المنهج المقارن لأن العنوان يفرض ذلك من خلال مقارنة بين الحق الحضانة في قانون الجزائري مع مختلف القوانين المقارنة وتبيان مواقفهم في حضانة الطفل ، من خلال شروط استحقاقها و أسباب سقوطها و كذا انتهاءها.

و كذلك اعتمدت المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل نصوص القوانين والأحكام والقرارات القضائية، وأراء الفقهاء، بشأن موضوع حضانة الطفل و شروطها ومسقطاتها، وكذا أسباب انتهائها،للتوصل إلى معرفة أهم الأحكام المتعلقة بها. و كذلك اعتمدت على المنهج أخر و هو المنهج الوصفي الذي يتناسب مع جل الدراسات القانونية، وهذا من خلال وصف الظاهرة الاجتماعية، خاصة الحضانة والتي يكون ضحيتها الأول هو الطفل المحروم من أحد أبويه أو كلاهما.

بما أن موضوع الحضانة يتعلق بفئة هشة في المجتمع يسعى كلا التشريعين الإسلامي وكذا الوضعي لحمايتها من خلال جملة من الأحكام والشروط والتدابير مما يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

فيما تتمثل أحكام الحضانة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ينبغي الإجابة عن مجموعة من التساؤولات التالية:

- ما هو موقف كل من الشارع و المشرع من نظام الحضانة؟
- ما هي الأسس القانونية والإسلامية لإسناد الحضانة؟
- على أي أساس تم ترتيب مستحقي الحضانة في القانون الأسرة الجزائري و القوانين الوضعي؟
- و فيما تتجلى الآثار القانونية المترتبة عن الحق الحضانة؟

إضافة إلى كل هذا جاء المشرع الجزائري بمبدأ مراعاة مصلحة المحضون، فما المقصود بذلك؟ و هل القاضي مقيد بهذا المبدأ؟

و للإجابة على هذه التساؤلات، سنعالج الموضع وفق فصلين:

خصصنا في الفصل الأول: ما هية الحق الحضانة في الفقه والتشريعات المقارنة من خلال المبحثين، تعرضنا في المبحث الأول:مفهوم الحضانة، وفي المبحث الثاني:أصحاب الحق في الحضانة و إشكالاتها.

و تناولنا في الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة و سبل انقضائها و الذي يحتوي على المبحثين، تطرقنا في المبحث الأول: الالتزامات القانونية عن الحق الحضانة، وفي المبحث الثاني:انقضاء الحضانة.

الفصل الأول ماهية

الحضانة في التشريع الجزائري و الفقه و التشريعات المقارنة

لا شك أن الطفل يكون في بداية حياته عاجزا عن القيام بتدبير أموره بنفسه فهو لا يدرك ما ينفعه مما يضده ، وهو يستمر على هذه الحال غلى حين بلوغه سنا تمكنه من القيام بتنظيم شؤونه و مصالحه بنفسه ، ومن هنا كان لابد أن يكون هناك من هو أقدر على تربيته و الاهتمام به و العناية بشؤونه و إدارة مصالحه ، وهذه الفترة التي يبقى فيها الطفل غير قادر على العناية بأموره تسمى بفترة الحضانة أما الشخص الذي يقوم بالعناية بأموره فيسمى الحاضن.[1]

إن حضانة الطفل بعد الطلاق من أهم القضايا الشائكة التي تحدث بعد أن يتخذ الأب والأم قرار الطلاق، فإن الطفل في تلك المرحلة يحتاج إلى الرعاية الكاملة وأن يكون في حضانة شخص يؤتمن أن يحافظ عليه.

لذا كانت الشريعة الإسلامية السباقة إلى وضع أحكام شرعية لحماية الأطفال المحضونين نتيجة التفكك الأسري و تحديد ضوابطها في إطار لا يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية.[2] وكذا التشريعات الوضعية عناية و اهتماما خاصا حيث سار على نهجها قانون الأسرة الجزائري و ذلك الاهتمام بالطفل و رعايته ماديا و معنويا و ما قد يتبع عنها نزاع في مسألة حضانة الصغار، وهي بحد ذاتها جزء مهم من قانون الأحوال الشخصية و الأسرة الذي أصبح موجودا في معظم الدول .

نجد أن حق حضانة الطفل صار حقا دوليا، بحيث أكدت على ذلك المادة03 من اتفاقية لاهي والمتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق و الاعتراف و التنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحماية للأطفال وهي تنص على أن: "حق الحضانة تشمل حق العناية بشخص الطفل وخاصة ما تتعلق بتحديد مكان إقامته ...".[3]

---

1 – حميد سلطان علي الخالدي ،الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013،ص175.

2– الهاشم فاطمة الزهراء نجاة و عتو سامية ،مصلحة المحضون بين الشرع و القانون، مذكر لنيل شهادة المستر تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر،2017، ص 6.

1– زهية رابطي ،الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون دبلومانسي، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعةالجزئر، 2008

و قد تناولت في هذا الفصل المبحث الأول مفهوم الحضانة ، من خلاله نتطرق إلى تعريف الحضانة و خصائصها وتفريقها عما يشابهها من مصطلحات، و شروط استحقاقها، أما المبحث الثاني فسنخصصه لدراسة مراتب الحاضنين فقها وتشريعا، سنحاول معالجة هاته المواضيع من ناحية الفقهية أولا، ثم من ناحية القانونية ثانيا .

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات:ولاية التربية، والولاية على النفس والولاية على المال إن كان له مال، و ما يهمنا ولاية التربية أو ما يسمى بالحضانة.[1]

إن حضانة الطفل عند طلاق الوالدين تعتبر من قضايا الأساسية التي قد تزيد من حدة الصراع بين الوالدين ، و التي قد تؤدي إلى عدم استقرار الطفل و الحضانة إما تكون حضانة الأم أو حضانة الأب أو الحضانة مشتركة ،[2] وهي بذلك القيام بشؤون الطفل و كفالته و المحافظة عليه ، وحمايته من عوامل الانحراف و طوارئ الانحراف بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه مما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات و أن يكون لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة و القانون، وقد تبدو التشريعات الحضانة في الدول العربية متشابهة من حيث الشكل إلا أنها في الحقيقة تختلف في تفصيلاتها بمسائل عدة ، وفق ما سيظهر لنا عند بيان الأحكام المنصوص عليها في كل منها ، ولدراسة مفهوم الحضانة قمت بتقسيم المبحث إلى مطلبين بحيث تناولنا في المطلب الأول تعريف شرعي و قانوني لحق الحضانة مع الإشارة ذكر خصائصها و تفريقها عما يشابهها عن بعض مفاهيم القانونية لها ، وتطرقنا في المطلب الثاني إلى شروط اسناد حق الحضانة.

المطلب الأول: المقصود بالحضانة و تفريقها عما يشابهها

من خلال هذا المطلب سوف نتطرق إلى بيان مصطلح الحضانة من خلال تعريفها اللغة مرورا بتعريفها عند العلماء و الفقهاء الشريعة الإسلامية ، ثم اعرف الحضانة حسب ما جاءت به

2– عبد كريم نذير، الحضانة في تشريع الجزائري، العدد مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد6، العدد 4، الجزائر،2021، ص471.

3– زهية رابطي، مرجع سابق ص 54

التشريعات المقارنة المختلفة خاصة القانون الأسرة الجزائري ثم باقي التشريعات وهذا سوف نتعرض إليه في الفرع الأول ، وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها في الفرع الثاني ، كما سيأتي بيانه :

الفرع الأول: تعريف الحضانة و خصائصها

قبل بدء في ذكر المفهوم الحضانة يحسن بنا تعريف الحضانة من الناحية اللغوية، والفقهية، والقانونية وبيان خصائصها كما يلي:

أولا تعريف الحضانة لغة و اصطلاحا:

الحضانة معناها إمساك الولد و تربيته منذ أول وجوده سواء كان ذلك للأم أم غيرها ممن يقوم مقامها، فهي أول ضرب من ضروب الولاية على الطفل.[1]

سنقوم بتعريف الحضانة من الناحية اللغوية ، والفقهية ، والقانونية كما يلي :

1- تعريف الحضانة لغة:

مأخوذة من الحضن: و هو الجنب وهي الضم إلى الجنب.[2]

الحضانة بكسر الحاء، وهو ما دون الإبط، وحضن الصغير حضناً بالفتح، و حضانة بالكسر جعله في حضنه أو رباه.[3]

و لقد عرفها أهل اللغة بقولهم: الحضن أصله حفظ الشيء وصيانته. [4]

وحضانة في اللغة تأتي بمعنى حفظ الصغير و تربيته و العناية به ، وفي هذا المعنى جاء في لسان العرب لابن منظور« الحضن ما دون الإبط إلى الكشح وقيل هو الصدر و العضدان وما بينهما و الجمع أحضان ومنه الاحتضان و هو احتمالك لشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها...وحضن الصبي يحضنه حضنا رباه ،و الحاضن و الحاضنة

1- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، الجزائر،2006، ص 244

2- رمضان علي السيد الشرباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانو ن و القضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007.

3 - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية و تشريعية وقضائية، ج2، الناشر منشاة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص217

2- ابن فارس، 1979 م، معجم مقاييس ج2/ ص73

الموكلان بالصبي يحفظانه و يربيانه وفي حديث عروة بن الزبير عجبت لقوم طلبوا العلم حتى ذا نالوا منه صاروا حضانا لأبناء الملوك أي مربين و كافلين ».

و يتضح من خلال هذا أن النص أن الحضانة في اللغة يراد بها تربية الصغير و العناية به و حفظه خلال الفترة التي يكون فيها عاجزاً عن العناية بنفسه وأن الشخص الذي يتولى هذه المهمة يسمى بالحاضن أو الحاضنة.[1]

2- تعريف الحضانة اصطلاحا:

و الحضانة في اصطلاح الفقهاء تعني تربية الصغير و القيام بشئونه في مدة معينة ممن له الحق في تربيته.[2]

أورد الفقهاء تعريفات عدة للحضانة تدور كلها حول مفهوم واحد هو القيام بتربة الطفل و رعاية شؤونه و تدبير ملبسه وطعامه ونومه وتنظيفه، ممن له حق تربيته شرعا

ثانيا: تعريف الحضانة فقها و قانونا:

1- تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي:

و قد وردت عدة تعريفات مفصلة للحضانة بتعدد المذاهب الفقهية، ولكنها كلها متقاربة في معناها، إليك بعضها:

- عرفها الحنفية بعدة التعريفات نذكر منها:

فقد عرفها الإمام الكساني من الحنفية بقوله «حضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها و اعتزالها إياه من أبيه، ليكون عندها فتقوم بحفظه و إمساكه و غسل ثيابه».[3]و ما ذكره هنا خاص بحضانة الأم ، وهو تعريف قاصر لأن الحضانة يمكن أن تكون للأب في بعض الأحوال، ومعنى ذلك هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه، كطفل وكبير مجنون أو معتوه، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها.

و هو نفسه ما جاء على لسان ابن عابدين بقولين الأول " تربية الولد لمن له حق الحضانة".

3- حميد سلطان علي الخالدي، مرجع السابق، ص 176

4- محمد كمال الدين إمام، مرجع السابق،ص217

1- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع

و هو إن كان يصلح لكل من له حق الحضانة سواء أكان الأم أم الأب، أو غيرهما، إلا أن فيها دوراً 'حيث اخذ المعرف (الحضانة) جزءا في التعريف.[1]

وعرفها السرخسي بأنها:« للجارية، و إن استغنت عن التربية، فقد احتاجت إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب، والأم على ذلك أقدر».[2]

- **عرفها المالكية بعدة تعريفات منها:**

عرفها ابن عرفة بأنها: «حفظ الولد في مبيته و مؤنة طعامه ولباسه و مضجعها وتنظيف جسمه ».[3]

عرفها حاشية الدسوقي بأنها: « حفظ الولد، و القيام بمصالحه ».[4] اي معنى حفظ الولد ذلك في مبيته وذهابه ومجيئه وقوله والقيام بمصالحه أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.

- **عرفها الشافعية بتعريفات عدة:**

عرفها الإمام الرملي بقوله:« حفظ من لا يستقل بأموره ككبير و مجنون و تربيته بما يصلحه و يقيه عما يضره».[5]

وعرفها الشربيني بأنها:« حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييز كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه، بتعهده بطعامه، وشرابه ونحو ذلك».[6]

- **عرفها الحنابلة بتعريفات عدة :**

حيث عرفها المرداوي بقوله: حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته حتى يستقل بنفسه.

و عرفها الفتوحي بقوله: حفظ صغير و معتوه، و مجنون عما يضرهم، و تربيتهم بعمل مصالحهم.

2- حمزة بن حسين الفعر الشريف ، أحكام الحضانة في ضوء مقاصد الشرعية ، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي، د.س، ص 8.

3-السرخي، شمس الأئمة ، المبسوط، ج5، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ب.س ، ص107

1- حمزة بن حسين الفعر الشريف، مرجع سابق

4- الدسوقي ،محمد بن أحمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج2، ص 526 من موقع /www.islamweb.net

3- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، دار الفكر، ط أخيرة، بيروت، 1984 .

4- الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، دار الكتب العلمية،ج6، ط1994،1

ومن خلال هذان التعرفان متقاربان و إن كان تعريف الرداوي أخضر، لأن من لا يستقل بنفسه يدخل فيه الصغير و المعتوه و المجنون.[1]

و معنى ذلك ان كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك ويتعلق بها حق لقرابته لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقا له.

وعرفها الإمام العاملي من الإمامية بقوله:« هي ولاية على الطفل و المجنون لفائدة تربيته و ما يتعلق بها من حفظه و جعله في سريره ورفعه و كحله و دهنه و تنظيفه و غسل خرقه و ثيابه و نحوه».[2]

ولا يختلف بقية الفقهاء الأمة الإسلامية على مختلف مذاهبهم و من خلال النظر إلى التعريفات السابقة فإننا نستنتج أنهم وإن اختلفوا في الألفاظ التي يستعملونها إلا أنهم لم يختلفوا حول معناها و مضمونها و التي تصب عموما في صالح المحضون، من رعاية المعنوية و مادية من كل الأخطار التي قد تهدده، حتى يبلغ أشده و يستطيع الاعتماد على نفسه و تولي أموره.

ولكن معظم هذه التعريفات، أغفلت ذكر أطراف الحضانة، وبعضهم لم يذكر الغرض منها، أو سببها أو مدتها.

فتعريفات الأحناف، أكدت بأن الحضانة، تجب على الصغير أو الصغيرة، مع أنها تثبت لغير الصغير مثل المجنون والمعتوه والمريض العاجز، كما أنها لا تمنع من دخول الكفالة في التعريف.

أما تعريفات المالكية، فقد أغفلت ذكر الحاضن أو الحاضنة، و مدة الحضانة وحكمها و سببها، و قصروا الحضانة على الصغير أو الصغيرة.

أما الشافعية والحنابلة فقد أغفلوا في تعريفاتهم كذلك ذكر الحاضن أو الحاضنة، وسبب الحضانة و حكمها و مدتها.

---

[1]– حمزة بن حسين الفعر الشريف ، أحكام الحضانة في ضوء مقاصد الشرعية ، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي، ص 9.

5– حميد سلطان علي الخالدي، مرجع السابق، ص 176.

وتعريف المختار للحضانة هي رعاية وتربية من لا يستطيع القيام بأمور حياته كالطفل، أو الكبير، أو المعتوه وذلك بالقيام على مصالحه في حياته اليومية، ورعايته الرعاية التامة وحفظه عن كل ما يضره.

2- تعريف القانوني للحضانة:

إن دور المشرع هو وضع الأحكام وليس التعريف، والمشرع إذا عرف مسألة من المسائل فالأكيد أن سبب ذلك هو أهمية المسألة المعنية بالتعريف، و لم تختلف قوانين الأحوال الشخصية كثيرا في تعريفها للحضانة عما ورد بها من تعريفات في كتب الفقهاء المسلمين، ذلك أن الحضانة تعد من ضروريات في رعاية المحضونين و الحفاظ عليهم، فهناك بعض من قوانين من عرفت حق الحضانة و بعض لأخر لم تعرفها

موقف المشرع الجزائري:

جاء تحديد معنى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 62 الأمر 05/02 المؤرخ في 27-02-2005[1]

«الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا.

و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.»[2]

و عرف الاجتهاد القضائي الحضانة في القرار المؤرخ في 1989/05/22 على أنه:" من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الطفل و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون".[3]

---

[1] – الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري2005، المعدل و المتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09جويلية1984 المتضمن قانون الأسرة،ج.ر، ع15، 2005.

[2] – قانون رقم 84-11، المؤرخ في09 جوان 1984م، و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير2005م،ج.ر،ع15، الصادرة بتاريخ 28 فبراير2 2005.

[3] – قرار رقم 53578 المؤرخ في 1989/05/22، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، العدد4، 1991، ص 99.

موقف المشرع المصري:

أما التشريع المصري و المتمثل في قانون الأحوال الشخصية الصادر في 06-03-2000[1] لم يرد تعريفا محددا للحضانة بل اكتفى فقط بتحديد سن انتهاء الحضانة بالنسبة الصغير و التي حددها بـ10 سنوات للصغير و 12 سنة للصغيرة و ذلك في المادة 20 من مجلة الأحوال الشخصية.

و يستخلص مفهوم الحضانة من النصوص القانونية للحضانة و ما جاءت به الأحكام القضائية بأنها: " حفظ الطفل الصغير و رعايته و الاهتمام بشؤونه في المنزل و خارجه".[2]

موقف المشرع المغربي:

أما المشرع المغربي نظم أحكام الحضانة في مدونة الأسرة و ذلك في القسم الثاني من الكتاب الثالث تحت عنوان الولادة و نتائجها من **المادة163** إلى غاية **المادة186**، حيث عرفها المشرع المغربي في المدونة الأسرة على أنها:" الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته و مصالحه".[3]

والملاحظ أن المشرع المغربي اعتبر الحضانة أثر من آثار الولادة وليس أثر لفك الرابطة الزوجية.

موقف المشرع الإماراتي:

عرف قانون الأحوال الإماراتي الحضانة في المادة **142**[4] وجاء فيها: " الحضانة حفظ الولد و تربيته و رعايته، بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس".[5]

موقف المشرع العراقي:

ورد تعريف الحضانة في مقدمة قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم**188**[1] لسنة 1959، أنها " تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانوناً، أو المحافظة على من لا يستطيع

[1] – قانون رقم 20 لسنة 1920 المعدل و المتمم باقانون رقم2 لعام 2006، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.

[2] – أحمد رجوب، أحكام الحضانة في القوانين العربي و الأجنبية، ط1، دار العماد للنشر التوزيع، سوريا،2019، ص 31.

[3] – الظهير الشريف رقم22-04-01، المؤرخ في 2004/02/03، بتنفيذ رقم70/03، المتضمن إصدار مدونة الأسرة، ج.ر للملكة المغربية،ع5184، 2004

[4] – قانون رقم 28 لعام2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

[5] – علي أبو البصل، دراسات في فقه الأسرة،دار القلم، ط1، دبي،2004، ص 195.

تدبير أموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره". و قد تحدثت المادة السابعة والخمسين عن أحكام الحضانة بتسع فقرات وقد حلت المادة **57** الملغاة بموجب المادة السابعة من القانون رقم (21) لسنة 1978 . التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية.[2]

موقف المشرع الفرنسي:

وجعلها القانون المدني الفرنسي" **السلطة الوالدية**" ، وما تضمنته المادتين **371 و387**[3] من قانون المدني الفرنسي تبين أنها عبارة عن مجموعة الحقوق والامتيازات التي يعطيها القانون لوالدي الطفل ليتمكنا من القيام بمهامهم ومسؤولياتهم تجاه شخص الطفل وأمواله.

وهو بذلك قد أعطى مجالاً أكبر مما هو المتعارف به عندنا لأنه لم يقتصر في تعريفه لها على تربيه الطفل وتدبير شؤونه فحسب بل جعل القيام بأمور الطفل المالية ضمن التعريف، فمن له الحق في الحضانة يكون مكلفاً في نفس الوقت " رغم وجود بعض الاختلاف في الرؤى بالنسبة لأولوية الأم".

موقف المشرع الإسباني:

نص القانون المدني الإسباني على أن السلطة الأبوية مسؤولية تمارس دائما في مصلحة الأبناء حسب شخصيتهم مع احترام حقوقهم، وتشمل هذه المسؤولية رعايتهم ومرافقتهم و منحهم تربية شاملة، وإدارة أملاكهم.

و ما نلاحظه في التشريعات قانون الفرنسي و قانون الإسباني أن مصطلح بالحضانة، يعتبرجزءا من القانون المدني، حيث وردت أحكامها في فصول خاصة بما عرف في تشريعاتهم باحكام " **السلطة الوالدية أو مسؤولية الأبوية على الطفل القاصر**"

وعليه يمكن القول إن مفهوم السلطة الوالدية في التشريعات الغربية هو اعم من مفهوم الحضانة الوارد في القوانين العربية، كما أن مفهوم القاصر لديهم أعم من مفهوم المحضون، لأن لفظ القاصر

---

[1] – قانون رقم40 لعام1951 ، المتضمن القانون المدني العراقي

[2] – حميد السلطان علي، مرجع السابق، ص 17

[3] -CODE CIVIL, HAPITRE I DE L'AUTORITÉ PARENTALE RELATIVEMENT À LA PERSONNE DE L'ENFANT , *L. n° 70-459 du 4 juin 1970,WWW.DALLOZ..FR*

يطلق على كل طفل لم يبلغ سن الرشد القانوني، بينما مفهوم المحضون يطلق على كل طفل لم يبلغ سن انتهاء الحضانة[1].

فبرجوع إلى المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد وسع في تعريف الحضانة بشكل عام مع تركيز على مسألة التعليم و الدين و الصحة و الأخلاق فجمع فيه كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و التربوية و المادية.[2]

و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد وافق ما جاء بيه الفقه الإسلامي في تعريف الحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدلا من الصغير ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة الذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في مادته65أجاز للقاضي أن يمدد سن انتهاء الحضانة من10إلى16سنة بالنسبة للذكر، والأنثى ببلوغها سن الزواج المحدد قانونا بـ19سنة طبقاللمادة07من نفس القانون، والمعقول أن الولد في سن16سنة والبنت في سن19 سنة يكونان بالغين من الناحية الشرعية. [3]

ويرى البعض أن التعريف الذي ساقه هو أحسن تعريف للحضانة برغم من احتوائه لأهداف وأسباب الحضانة، ولاسيما أنه جاء شاملا لمفهومها لأفكار لم يشملها غيره، ومن حيث أنه في عمومه جمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل، فالطفل في صغر في أمس الحاجة لمن يتكفل برعايته وتربيته والسهر على صحته وتحسين أخلاقه.[4]

فمن خلال المادة 62 من قانون الأسرة للحضانة يمكن استخراج أهدافها والتي تتمثل في تعليم الولد والمقصود بذلك أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانيته الذهنية وقدرته العقلية

---

[1] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 235.

1– لمين عريط، الضوابط الشرعية و القانونية لإسناد الحضانة–دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون أسرة الجزائري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ع03، 2020،ص 413.

2– عادل شباب، حضانة الطفل (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و القانون، كلية علوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية جامعة ادرار،2011،ص 15.

3– صبرين مشطن و ربحة شرع، أحكام الحضانة بين الفقه و التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة غرداية، 2022،ص 11.

واستعداده الفطري والنفسي مادام التعليم مجانيا ، أما المقصود بتربية الولد على دين أبيه هو أن يربي الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائز فإن القاضي يمنح الحق الحضانة للأم غير المسلمة ولا ينكره عليها أبدا فهي كالمسلمة.[1]

ونجد كذلك أنه من واجبات الحاضنة السهر على حماية المحضون فلابد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها وكذا حفظ الطفل من الناحية الخلقية أي تهذيبه إعداده لأن يكون فردا صالحا وكذا الحفاظ على صحته .

والجدير بالملاحظة أن كلمة " حضانة " لا تقبل كلمة Garde بالفرنسية رغم أنها متداولة كثيرا، فقد درج قانون الأسرة في النص الفرنسي على استعمال كلمة Garde مكان HADANA في كل المواد المتعلقة بالحضانة ماعدا في المادة 62 حيث وضعت كلمة HADANA بين مزدوجين بعد كلمة Garde فالحراسة « Garde » في القانون الفرنسي هي تكفل مادي بالطفل وهي عنصر من عناصر السلطة الأبوية التي تنتقل مع إنتقال الطفل للطرف المتحصل على الحراسة[2]

ثالثا: خصائص حق الحضانة:

بعد تناولنا للتعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للحضانة في نص المادة 62 قانون أسرة وإعطاء شرح موجز عنه، وجب علينا وكنتيجة حتمية التطرق إلى خصائص الحضانة ، فهل هي من النظام العام ؟ بمعنى هل للأم الحق في التنازل عن دورها هذا أم هي ملزمة بذلك ؟ فكل هذه المسائل سنحاول الإجابة عنها وفق ما يلي:

1- الحضانة من النظام العام:

الحضانة من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها ، فإذا إتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب فإن الحضانة لاتسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها وقد تجبر على حضانتها إذا تنازلت عنها

1- ملف رقم 11029 ، قرار بتاريخ 1974/05/29، من المحكمة العليا، غرفة الأحوال السخصية

2- Dictionnaire Petit Larousse illustré 1984 . P 447

حتى إن لم تتوفر فيها الشروط كاملة، وقد يكون تنازل الأم على حضانة طفلها مقابل خلع نفسها والخلع إتفاق تكون الزوجة فيه هي البادئة بالعرض .[1] فالحضانة شرعت لحفظ النفوس، إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي، لإنها ولاية شرعية المقدرة تحكم بها القاضي على وجه الإلزام، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن القاضي.[2]

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ":حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأ حكام المادة62 من قانون الأسرة، وذلك بإسناد حضانة البنت(س)إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، لكن حيث أن الحضانة، وإن كانت فعلا تسقط، طبقا لأحكام المادة67 من قانون الأسرة، بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة62 من نفس القانون، إلا أن المادة67 السالفة الذكر، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة(س)تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما[3]"

2- الحضانة لا تلزم الحاضنة:

مقابل ذلك ، هناك رأي يرى أن الحضانة حق للحاضنة لها أن تتنازل عنه في أي وقت شأت وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به مالم تنكحي" دليل على أن الحضانة حق للأم فلها أن تتنازل عن هذا الحق متى شأت ذلك.[4]

[1] – المحكمة العليا ، قرار رقم 35 ، ملف رقم 26709 ، نشرة القضاء ، عدد خاص ، سنة 1982 ، ص 260 .

[2] – صالح خيضر وفارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماسترفي الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية حقوق جامعة جيجل، 2016، ص 16

[3] – ملف قرار 171684، قرار بتاريخ1997/09/30، صادر من المحكمة العليا، غرفة احوال الشخصية، العدد خاص، نقلا عن المكي صلوح وشهرزاد عبدالله، مرجع سابق، ص163.

[4] – الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، طبعة 1950 ، ص 404.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في المادة 66 قانون الأسرة حيث اعتبر أن للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها لكنه قيد ممارسة هذا الحق مع مراعاة مصلحة المحضون أي أنه إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا يحق لها أن تتنازل عنها ، والتنازل هذا يكون باللفظ الصريح بمعنى أن يعلن الطرف الذي له الحق في الحضانة صراحة عن عدم رغبته في ممارسة هذا الحق ، وقد يكون التنازل ضمنيا وذلك بعدم المطالبة بحق الحضانة مدة سنة كاملة بعد تحقيق سبب السقوط أو موت الحاضنة ، ومن قبيل التنازل أيضا إهمال الطفل عند باب المحكمة بعد صدور الحكم بالطلاق أو ترك الطفل في المستشفى بعد ولادته.[1]

وما يجب ذكره هو أن الشخص المتنازل عن الحضانة لا يمكنه استرجعها لأن التنازل من الأسباب الاختيارية للسقوط.

3- الحضانة حق مشترك:

تعتبر الحضانة عملا ماديا يتصف بصفتين متقابلتين، هما كون الحضانة حقا وواجبا في نفس الوقت، فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، و من جهة اخرى هي التزام الحاضن، ولهذا اذا وقع الطلاق بين الزوجين فينتج مباشرة حق الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار.[2]

لقوله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به مالم تنكحي " أي أن للأم الحق كذلك في التخلي عن حضانة طفلها إذا لم يضر ذلك بمصلحته.

تبين مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة 66 من ق.أ.ج فاعتبرها من هذا الوجه حقا له ومن وجه آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون

[1] – المحكمة العليا ، قرار رقم 26545 ، نشرة القضاء ، عدد خاص ، سنة 1982 ، ص 243.

[2] – صالح خيضر و فارس دبه، مرجع السابق، ص 6

فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير، أي أن المشرع ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الحق حسب ظروف ومصلحة الطفل.

4- الحاضنة غير قابلة للتجزئة:

يقصد بتجزئة الحضانة أن يقتصر طلب الأم في الحضانة على الإناث دون الذكور أو العكس أو تختار الأصغر سنا، فيما تمتنع عن حضانة الآخرين رغم من ذلك من حقها وعند عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، ومن أجل المحافظة على الأبناء ودون التفرقة بينهم والمحافظة على ترابطهم حيث قضت المحكمة العليا في قرارا لها أنه:" جاء في قرار للمحكمة العليا بهذا الشأن ما يلي ":متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تستند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاة بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي، يستوجب نقض القرار الذي قضى بخلاف هذا المبدأ بتجزئة الحضانة بين الأم والجدة لأب متى أسس حكمه على إسناد الحضانة للجدة، كان بناء على رغبة الأبناء في البقاء معها ورفضهم الالتحاق بأمهم.[1]

حيث جاء في القرار :" أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الحضانة تسند للأم من باب أولى فيها وما دامت شروطها متوفر فيها لا تسقط عنها ما لم يجردها من هذا الحق مانع شرعي،، وحيث أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في قضية الحالية، فإن أولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم إلى أمهم أولى وأحق و هذا ملائم للمصلحة التي يرعها الشرع في هذا الباب.

ومن جهة أخرى أنه ثابت من الرجوع إلى القرار لمنتقد أن قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضونين من الالتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في بقائهما عند جدتهما لأبيهما، وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي."

[1] - ملف قرار 32594، قرار الصادر بتاريخ 1984/04/02 صادر من المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد1، سنة 1989، ص 77.

و يلاحظ من هذا القرار أن القانون يمنع تفرقة الأولاد عن بعضهم البعض بعدما تفرق الأبوان، والعمل على إبقائهم معا، سواء كان بقاؤهم مع أمهم، أو الحاضنة أخرى غير أمهم، حتى يبلغوا سن نهاية الحضانة ، وهذا من أجل الحفاظ على الأبناء خاصة أنهم في مرحلة صعبة من أطوار العمر من الناحية النفسية والاجتماعية، ولهذا فإن تجزئة الحضانة تعد سببا من أسباب سقوطها عن الأم رغم أحقيتها في ذلك.[1]

5- الحضانة بمقابل المالي

أجر الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير، فله شبه بالنفقة أنه جزء من الإنفاق على الصغير، يجب من مال الصغير إن كان له مال أو من مال من تجب عليه نفقته، إن لم يكن ل وله شبه بالأجرة أنه يعطي للحاضنة مقابل عمل تقوم به، فهي تحافظ على الصغير وتتعهده بالرعاية والعناية.[2]

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأجرة الحضانة من عدمها، ذهب المالكية إلى أن الحاضنة لا تستحق أجرة على الحضانة، إلا إذا كانت فقيرة والمحضون موسوار، فينفق عليها من مال المحضون،

عكس ما ذهب جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة إلى أن الحاضنة تستحق أجرة على حضانتها للصغير، فالأم التي لازالت في عصمة زوج أب المحضون، تجب نفقتها عليه بالزوجية فلا تستحق أجرة على الحضانة حتى لا تجمع بين نفقتين، وأما الأم المعتدة من طلاق رجعي، فلا تستحق أجرة على الحضانة في زمن العدة عند الحنفية، أن لها النفقة على الزوج، وتقدر أجرة الحضانة بأجرة المثل، ويراعى في ذلك حال المنفق وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة.[3]

---

[1] - كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص عقود و المسؤولية، كلية الحقوق جامعة البويرة،2013،ص 17.

[2] – المكي صلوح و شهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية و الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، الجزائر، مجلد 05، العدد01، ص 163

[3] – المكي صلوح و شهرزاد عبد الله مرجع نفسه، ص 163و 164

أما الفقهاء الحنيفة قالوا لا تستحق الحاضنة أجرة على الحضانة إذا كانت زوجة أو معتدة لأبي المحضون في أثناء العدة، سواء عدة الطلاق الرجعي أو البائن في الأوجه، كما لا تستحق أجراً على الإرضاع، لوجوبهما عليها ديانة، ولأنها تستحق النفقة في أثناء الزوجية والعدة، وتلك النفقة كافية للحضانة[1] . قوله تعالى:﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾.[2] وبما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة، فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وإن تعدد السبب، وما عدا هؤولا فإن باقي الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة.[3]

أما الشافعية فإن الحاضنة عندهم تستحق الأجرة، سواء كانت أما أو غير أم، و هي أجرة غير الرضاعة فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع، و الحضانة أجيبت، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله، وان لا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته ويقدر لها كفايتها بحسب حالها.[4]

و يرى الحنابلة أن للحاضنة طلب أجرة الحضانة، والأم أحق بحضانته ولو وجدت متبرعة تحضنه مجاناً، ولكن لا تجبر الأم على حضانة طفلها، وإذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزماها بالعقد، وإن ذكر في العقد الرضاع لزمتها الحضانة تبعاً، وإن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع، وإذا امتنعت الأم سقط حقها، وانتقل إلى غيرها، على الوجه المتقدم.[5]

أما المشرع الجزائري فإنه لم يبقل بأجرة الحضانة فهو لم يشر اليها في المواد **78،75،76،77** ليظل هناك إشكال فيما يخص أجرة الحضانة، غير أنه نستنتج من المادة**222** ق.أ.ج ان المشرع

---

[1] – انظر الى الموقع: lib.efatwa.ir،تاريخ الولوج 01–04–2023، على الساعة:20:45

[2] – سورة البقرة الأية 233.

[3] – باديس ديابي، اثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، الحضانة، متاع)، دراسة مدعمة الإجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2008، ص 86.

[4] – كربال سهام، مرجع السابق، ص

[5] – عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، طبعة 02، دار الكتب العلمية،2003، لبنان، ص 528.

الجزائري قد أحالنا في هذه المسألة الى المبادئ الشريعة الإسلامية لعدم وجود نص قانوني ، و عليه فلابد من الرجوع إلى آراء الفقهاء، وبما أن هاته المسألة محل خلاف بين المذاهب الأربعة، و أن المشرع الجزائري غالبا ما يأخذ بالمذهب المالكي، و يمكن القول أن المشرع الجزائري أحذ بالمذهب المالكي القائل أن لا أجرة للحاضنة على حضانتها للطفل.

الفرع الثاني: تفريق الحضانة عن بعض المفاهيم مشابهة لها

بعدما تبين معنى الحضانة في اللغة والاصطلاح اتضح لنا أن مفهوم الحضانة يختلط بمفاهيم أخرى، بحيث يتباذر في الذهن منذ الوهلة الأولى إلى أن الحضانة هي نفسها الكفالة أو الوصاية أو هي التبني بحد ذاتها، أما الواقع فهو خلاف ذلك، كل منهما نظام مستقل بذاته وله شروطه به وأحكامه خاصة، وعليه ارتأينا في هذا الفرع التطرق إلى تمييز بعص المفاهيم ذات الصلة بمصطلح الحضانة تجلية وتوضيحًا لها.

أولا:تمييز الحضانة عن الوصاية

لقد جاء في مختار الصحاح بان الوصاية جاءت من وصي بشيء وأوصى إليه جعله (وصيه) واسم الوصاية بفتح الواو ، و كسرها وتواصى القوم أي أوصى بعضهم بعض إلا أنها تتفق وتختلف عن الحضانة مع نوعا ما.[1]

الوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها، أما الحضانة فهي حق مقرر لرعاية الطفل وحفظه بما يكفل حسن تربيته.

ووجه الصلة بين الوصاية والحضانة أن كلاهما فيهما معنى الحفظ والرعاية والتنمية ، وأن هدف كل منهما هو رعاية الطفل والقيام بمصالحه وحفظه من الهلاك.

و الوجه الإختلاف بينهم كالاتي:

[1] –مسيكة محمد الصغير، مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ظل الفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة زيان عشور جلفة، 2016،ص 20.

قد فرق الفقه الإسلامي بين حق الحضانة و الوصاية، فخول لولد الطفل أن يعين عليه وصيا مختارا يدير أمواله، ولم يجعل له حق اختيار من يحضنه بل جعل ذلك منوطا بمصلحة المحضون في الحدود التي رسمها ولا اعتبار والده فيها.

- الوصاية هي نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها، أما الحضانة فهي حق مقرر لرعاية الطفل وحفظه بما يكفل حسن تربيته.
- أن الوصاية، هي الأمر بالتصرف بعد الموت، كوصية الإنسان إلى من يغسله، او يصلي عليه أو يزوج بناته و نحو ذلك، فالوصاية ولاية كغيرها إلا انها تثبت بتفويض الغير، أما الحضانة فهي ثابتة بالشرع و القانون، [1]وهي حفظ المحضون، إمساكه عما يؤذيه و تربيته حتى يكبر، و القيام بجميع حاجياته و متطلباته، وعمل ما هو في صالحه، وقد يكون الوصي حاضنا، أما تبوث الوصاية إنما تكون بتفويض من الموصي للموصي أو القاصي.
- فمدار الحضانة يتمثل في الحفاظ على مصلحة المحضون و النظر في ذلك موكل إلى القاضي، الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل و عروف الحوادث، غير أن الوصاية فب المادة**92** في قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه:" يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إن لم تكن له أم تتولى أموره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك، بالطرق القانونية...".[2]

ثانيا: تمييز الحضانة عن الكفالة:

تطلق الكفالة في اللغة على الضم وعلى الالتزام كما في قوله تعالى ﴿ **وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا...**﴾، أي ضمها إلى نفسه و جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها.[3] ومعناها شرعا هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، أي في الدين في ذمتها جميعا.

[1] – كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، 2015، ص 33.

[2] – صالح خيضر و فارس دبه، مرجع سابق،ص 22.

[3] – انظر إلى الموقع:shamela.ws ، 2023/04/03، سا: 06:43

من خصوصيات قانون الأسرة الجزائري أنه اهتم بالكفالة و نظمها منذ قانون رقم**84-11**، المؤوخ في 1984/06/09م المتضمن قانون الأسرة وهذا بحسب ضمن إيجابياته، ذلك أن كفالة اليتيم أو الضائع أو مجهول النسب هو البديل الحقيق للتبني الذي هو حرام في الإسلام.[1]

وورد تعريف الكفالة في المادة 116 من قانون الأسرة بالعبارة التالية: "الكفالة التزلم على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية و تتم بعقد شرعي." فالكفالة عقد مبرم في شكل رسمي أو قضائي يهدف للتعهد بالتكفل و بولد قاصر و تربيته سليمة و مبينة على أسس أخلاقية، و معاملته معاملة الابن الشرعي.[2]

ويتضح من خلال ما سبق أن الكفالة تهدف إلى رعاية الولد القاصر و هي بهذا تشترك مع الحضانة في الغاية المقصودة من ورائها.

وتتفق الحضانة مع الكفالة من حيث تعلقها بالقاصر، بحيث يحتل الكافل و للمكفول مرتبة أحد والديه، وأن للكافل و الحاضن الولاية القانونية على القاصر.

أما فيما يخص الفرق بين الحضانة و الكفالة يكن من خلال التعريف اللغوي، يقال كفل فلانا، بمعنى انفق عليه وقام بأمره أي ضمن الرعاية و الزعامة،[3] وحضن الصبي أي جعله في حضنه و ضمه إلى صدره، ومن خلال هذين التعريفين استقطرنا **اوجه الإختلاف** بينهم كالتالي:

- أن الكفالة تحرر في وثيقة رسمية أما المحكمة أو أما الموثق، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي.
- ان الحضانة تتعلق بأطفال أصغر سننا ممن هم في الكفالة، وهذا ما قال بيه الشافعية أن جعلو الحضانة قبل بلوغ الصبي 7 سنوات، ما الكفالة فهي بعد السن.[4]

---

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزوج، ط06، الجزائر، 2012، ص 423.

[2] – فاطمة حداد، حق الطفل في الحضانة و الكفالة، www.asjp.cerist.dz ،2023/04/03، سا: 07:10

[3] – حداد فاطمة، مرج سابق، ص 175.

[4] – كمال صمامة، مرجع سابق،ص 23.

- الكفالة التزام، و على وجه الدقة عقد يتم بدون مقابل، حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه، على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجرة.[1]
- أن الكفالة عبارة عن التزام عقدي يكون بدون مقابل، وهذا بخلاف الحضانة التي يجوز فيها للحاضن، أن يتقاضى أجرة مقابل خدمة المحضون.[2]
- الحضانة تطلق عل الطفل الذي يكون في حضانة امه أو أبيه او غيرهما بينما الكفالة تطلق في الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين.[3]
- تنتهي الكفالة في القانون المغربي و التونسي ببلوغ المكفول سن الرشد، في حين ان المشرع الجزائري، أبقى الكفالة مستمرة غلى غاية طلب الأبوين أو احدهما عودة المكفول غلى ولايتهما، وهذا لغنهاء عقد الكفالة، في حين أن انتهاء مدة الحضانة في التشريع الجزائري، تنتهي ببلوغ الطفل 10سنوات، مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة، أما الأنثى فببلوغها سن الزواج اي 19سنة كاملة.[4]

ثالثا: تمييز الحضانة عن التبني

التبني أصله من بنى: بنا في الشرف يبنو،ويقال تبنيته، أي: ادعيت بنوته، وتبناه اتخذ ابناً.[5]

والتبني هو اتخاذ الرجل طفلا غريبا كابن له و نسب اسم الطفل إليه، ويكون له الحق في الحصول على الميراث كأبنائه الذين من صلبه.

وهي علاقة بين الطرفين، أحدهما وهو الشخص كبير سواء رجل أو امرأة ، ويسمى المُتَبني، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المُتَبنَي، إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب كاللقيط،

[1] – صالح خيضر و فارس دبه، مرجع سابق، ص 20.

[2] – كمال صمامة، مرجع سابق،ص 23.

[3] –علال أمال، التبني و الكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي،رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2009، ص 35.

[4] – كمال صمامة، مرجع سابقن ص 24.

[5] – ابن منظور، لسان العرب من موقع:modoee.com،2023/04/07، سا 14:35.

و التبني هو نظام جاهلي قد نهى الإسلام عنه، وذلك بقوله تعالى: ﴿ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ...**﴾[1]

فإذا كان التبني هو عقد ينشئ بين شخصين علاقة صورية و مدنية بالأبوة و البنوة المفترضة، كما يمكن أن يكون نتيجة نزع طفل من أبوين معلومين و إلحاق نسبة إلى المتبني، في حين الحضانة هي "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".[2]

و يتشابه التبني مع الحضانة:

في أن كليهما يتطلب رعاية و تربية الطفل، باعتباره من حقوق اللصيقة بطفل والأولاد اتجاه الوالدين، ومن هنا قد ينشا بعض الالتباس بين المصطلحين وهذا ما سنعرفه، من خلال الاختلافات التالية.[3]

يفرق بين تبني الطفل و حضانته من عدة أوجه فهما يختلفان في المفهوم، وكذلك في حكمهما و هي كالآتي:

- التبني تصرف قانوني، ينشأ بمقتضاه بنوه حكميه بين شخص و آخر، وفقا لأحكام القانون، بينما الحضانة بنوة شرعية و حقيقة، تنشأ بسبب رابطة النسب.
- الحضانة واجبة شرعا، ولأن في تركها تضييعا للولد و هلاكه، فالحضانة مشروعة بالكتاب و السنة وإجماع العلماء، أما التبني فهو محرما تحريما قطعيا، فإن المشرع أخذ بحكم الشريعة الإسلامية، فنصت المادة 46 من قانون أسرة صراحة و بوضوح على انه يمنع التبني شرعا وقانونا،[4]
- إن المحضون يحتفظ بنسبه، على خلاف المتبني الذي يأخذ نسب العائلة المتبنية، ومن ثم فما التبني إلا تزيف للنسب.

---

[1] – سورة الأحزاب الآية 5

[2] – المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] – كمال صمامه، مرجع سابق،ص 25.

[4] – الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، 2015، ص 168.

- المحضون شخص معلوم النسب، أما التبني يمكن أن يكون شخص معروف النسب او مجهول.
- يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة كقاعدة عامة، على نقيض التبني الذي يشترط في المتبني، أن يكون متزوجا، وهذا ما أكدت عليه مجلة الأحوال الشخصية، في فصلها التاسع.
- يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات، كحرمة الزواج، واستحقاق الميراث و النفقة مثلا، أما الحضانة، فلا ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين.[1]

المطلب الثاني: شروط إسناد حق الحضانة في الفقه و التشريعات مقارنة

تعد الحضانة من المسائل المهمة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية على حد سواء، و لأهمية الحضانة، فقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية و كذا القوانين الأحوال الشخصية فيمن يتولى أمور الحضانة أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط مما يستوجب تقسيم المطلب إلى الفرعين حيث تطرقنا في الفرع الأول شروط الحاضن في الشريعة الإسلامية، وتناولنا في الفرع الثاني شروط الحاضن في قوانين مقارنة.

الفرع الأول: شروط الحاضن في الشريعة الإسلامية:

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية توفر مجموعة من الشروط في الحاضن، وهذه الشروط منها ما هو مشترك بين الحاضنين من الرجال و النساء، و منها ما هو خاص إما بالحاضنات من النساء أو بالحاضنين من الرجال، و نخصص لكل فرع قسما مستقلا.

أولا: الشروط المشتركة بين الحاضنين من الرجال و النساء

في الحضانة هناك بعض الشروط يشترك فيها الحاضنين سواء كانوا رجالا ام نساء، و هذه الشروط تتمثل بالشروط الأربعة التالية:

1- البلوغ:

[1]- علال أمال، مرج سابق،ص 22.

و المقصود به أن يكون الحاضن قد تجاوز مرحلة البلوغ الشرعي و الفعلي، فمن هو دون سن البلوغ يكون صغيرا و هو يحتاج لمن يرعاه، ولذلك لا يجوز تسليمه المحضون الذي يحتاج لشخص بالغ راشد يرعاه و يسير أموره.[1]

ولا خلاف بين الفقهاء الشريعة الإسلامية حول هذا الشرط و ذلك استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة...وعن الصبي حتى يحتلم".

و في بيان هذا الشرط يقول الإمام ابن نجيم الحنفي" ويشترط البلوغ فيمن يحضن الولدان لأن الحضانة من الولاية... والصغير ليس من أهل الولاية". و في نفس المعني يقول الإمام ابن قدامه" ولا تثبت الحضانة لطفل أو معتوه لأنه لا يقدر عليها وهو محتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غير".[2]

2- العقل:

يتفق جمهور الفقهاء المسلمين، على أن لا حضانة للحاضنين من الرجال والنساء لمن يعتريهما الجنون، لأن المجنون لا يستطيع القيام بشؤون نفسه، فليس له تولي شؤون غيره، ويستوي في ذلك إن كان الجنون مطبقا أو قطعيا، فكليهما مانع من تولي الحضانة لأن ترك المحضون عند الحاضن المجنون فيه من الضرر على المحضون، على أساس أن الغرض من الحضانة هي مصلحة المحضون و توفير الحماية اللازمة له، وينبغي الابتعاد عن كل أذى أو ضرر يخل برعاية المحضون. [3]

واشترط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيه مبذر.[4]

---

[1]- أحد رجوب، مرجع سابق، ص 46.

[2] - حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق،ص 202.

[3] - نشوان زكي سليمان،الحضانة وشرط ممارستها(دراسة مقارنة)،مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد59،السنة 2018، ص75 .

[4] - عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق،ص 359.

و في رأي الأستاذ حميد سلطان علي الخالدي أن الجنون سواء كان مستمرا أم متقطعا يسيراً أم كثيراً فإنه يكون مانعاً من الحضانة وذلك لما يشكله من خطر المحضون عند حدوثه.

3- الأمانة:

وهذا الشرط متعدد الجوانب، فالحاضن يجب أن يكون أميناً على المحضون في جسمه وعقله وتربيته وأخلاقه وكل ما يتصل به، ويقوم برعايته بصدق وإخلاص حفاظاً عليه و على مصالحه.[1]

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشرط فرأي الحنفية قالوا:" على الأخذ بالأمانة في قولين:

أ- **القول الأول:** الأخذ بشرط الأمانة، وعدوه من ملزمات الحضانة، على أنه ورد عندهم تحت ألفاظ كثيرة و تؤدي معنى الأمانة.

منها قول ابن عابدين، الذي عبر عنها بالفسق، الذي يلزم منه ضياع الولد، و عبرعنها أيضا بالخروج من يديها كل وقت، وتترك البنت ضائعة.

ب- القول الثاني: لم يأخذ بشرط الأمانة، فقال ابن عابدين في قول اخر له: (الأم احق بالولد و لو سيئة السيرة، معروفة بفجور ما لم يعقل)."[2]

وهذا الشرط يقتضي من الحاضن أن يكون حسن خلق غير فاسق ولا فاجر، وفي هذا جاء في حاشية البجيرمي "فلا حضانة لفاسق لأن الفاسق لا يلي ولا يؤتمن ولأن المحضون لاحظ له في حضانته لأنه ينشأ على طريقته".[3]

ووافقهم المالكية إذ جاء عنهم: "الأمانة الحاضن في دينه إذا كان مسلما، فلا حضانة لفاسق، يشرب الخمر و مشتهر بالزنا".[4]

أما الرأي المالكية:قالوا في الأمانة، أنه من كان ثقة و أمينا في حفظ المال و الدين، فهو ثقة في الحضانة أمين عليها، وفاقد ذلك لا حضانة له، ولو كانت له الحضانة ثم فقدها تسقط حضاته.

---

[1] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 46.

[2] – ابن عابدين، حاشية رد مختار، ج3، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، ص 555.

[3] – حميد سلطان علي خالدي، مرجع سابق، ص 205.

[4] – الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق،ص 28.

حيث قال الإمام مالك رحمه الله:" قرب جدة لا تؤمن على الولد، ورب والد يكون سفيها سكيرا يخرج من بيته ويدع الولد".[1]

ومن هنا يفهم أن الأمانة عند المالكية لا تتحقق في الحاضن، مع السكر و السفه و كثرة الخروج من المنزل.

4- القدرة:

يشترط في الحاضن أيضا أن يكون قادرا على تربية المحضون و رعايته و القيام بشؤونه وبخلافه إذا كان الحاضن عاجزا عن القيام بشؤون المحضون لعاهة أو مرض، أو شيخوخة فإنه لا يكون أهلاً للحضانة.[2]

وفي هذا المعنى جاء في كشاف القناع" لا حضانة لعاجز عن الحضانة كأعمى و نحوه."

وابن عابدين، فقد أورد قولا، يفيد أن المقصود بالقدرة هو الإنفاق، فقال: (قال بعض الفضلاء، و لم أر ما المراد بيسار العمة في كلام صاحب الدرر، وغيره كفتح القدير، و الظاهر أن المراد به القدرة على الحضانة، قلت: بل الظاهر القدرة على الإنفاق).[3]

- **حيث جاء في قول المالكية** بضرورة توفر شرط القدرة، فاشترطوا الكفاية، التي وردت في المدونة و معانيها كثيرة، عندهم منها : عدم الإضرار بالمحضون، و الخلو من المرض المشغل والسن أو العاهة المانعة عند إتمام الرعاية، كالعمى و الخرس و الصمم.[4]
- **أما رأي الشافعية** أن شرط القدرة المقصود به سلامة البدن ولهم فيه رأيان:

<u>فالرأي الأول</u>: لا حضانة لفاقد القدرة، ومن به مرض لا يرجى شفاؤه يشغله عن النظر في كفالة المحضون، وهو ما قالو الباجوري.[5]

---

[1] – الإمام مالك بن انس الأصبحي،المدونة الكبرى، م2، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، 1995،ص357.

[2] – حميد سلطان علي خالدي، مرجع سابق، ص 206.

[3] – ابن عابدين، مرجع سابق، ص371.

[4] –الإمام مالك، بن أنس الأصبحي، مرجع سابق، ص 357.

[5] – الباجوري، إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري، ج2، مطبعة شركة دار الكتاب، مصر،ص 200.

أما الرأي الثاني: إن الأعمى تثبت له الحضانة، و اعتبره ابن حجر معتمدا.[1]

- **وقال الحنابلة:**بضرورة توفر شرط القدرة،فاشترطوا القدرة البدنية، كعدم العجز والخلو من عاهة مانعة، والخلو من مرض معدي، كما ورد في كشف القناع، فيجمل أقوالهم إذ يقول : (ولا حضانة أيضا لعاجز عنها، كأعمى ونحوه، فإذا كان بالأم مرض أو جذام سقط حقها في الحضانة، كما أفتى به ابن تيمية وصرح بذلك العلائي الشافعي في قواعده ...وهو واضح في كل عيب، متعدٍ ضرره إلى غيره.)

ويدخل في إطار عدم القدرة أيضا احتراف الحاضن لمهنة معينة تمنعه من تربية الصغير و العناية به وهو أمر متروك أيضا لقاضي الموضوع من حيث التقدير، أو قد لا يحول احتراف الحاضن لهذه المهنة دون حضانته للصغير متى ما ثبت اذ هذه المهنة لا تؤثر على قدرته على رعاية المحضون و صيانته.[2]

ثانيا: الشروط الخاصة بالحاضنات من النساء

بالإضافة إلى الشروط العامة المارة الذكر فإن حضانة النساء تتطلب توفر شروط أخرى يمكن إجمالها بالشروط التالية:

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم:

فإن تزوجت المرأة بغير ذي رحم محرم للصغير ، أي بأجنبي سقط حقها في الحضانة و ذلك لأن الزوج الذي لا تربطه بالصغير صلة رحم لا يتصور منه الشفقة و العطف اللذان يتوفران عند ذي الرحم المحرم، وهذا الاتجاه قال به فقهاء الحنيفة، و الشافعية، و المالكية، و الحنابلة، و استدلوا في قولهم هذا للحديث النبوي الشريف" :عن عمروُ بن شعيب، عن أبيه عن جده، أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء، وحجري له حواء، و

[1] – ابن حجر الهيثمي، أحمد بن محمد، الفتاوى الكبرى، ج2، مطبعة شركة دار الكتاب، مصر، ص 5.

[2] – حميد سلطان علي خالدي، مرجع سابق، ص 206.

إن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم":أنتِ أحق به، ما لم تنكحي".[1] و هذا ما أتت به المذاهب الأربعة كما يلي:

- **قال الحنفية:** أن لا تتزوج غير أبيه (والد الصغير)، فإن تزوجت سقط حقها في الحضانة، إلا أن يكون زوجها رحما للصغير، كأن يكون عما له، فإن تزوجت أجنبيا سقط .حقها، فإن طلقها الزوج الثاني عاد لها حقها في الحضانة[2]
- **وقال المالكية:** ما قال به جمهور الفقهاء، في سقوط حضانة الأم، بزواجها من رجل أجنبي عن المحضون، وهذا ما ذكره الدسوقي في حاشيته.
- **و ذهب الشافعية و الحنابلة:** إلى أنه لا يشترط الدخول بالأجنبي، فسقوط الحضانة عن المرأة المتزوجة بالأجنبي يثبت من حين العقد، لأن التزوج اسم للعقد، فلا يتوقف .السقوط على الدخول.[3]

في حين يرى بن حزم الظاهري و ابن قدامة الحنبلي، إن الحضانة لا تسقط عن الحاضنة بزواجها مطلقا و سواء أكان المحضون ذكراً أو أنثى و حجتهم في ذلك ما روي من أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم من أحق الناس بحسن صحابتي قال : أمك ثم من؟ قال أمك قال ثم من قال امك قال ثم من قال أبوك، و هذا نص صريح على إيجاب الحضانة للأم الحاضنة لأنها صحبة، ولم يفرق الرسول الله صلى عليه وسلم بين الحاضنة المتزوجة و غيرها.[4]

و الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بسقوط حضانة المرأة بزواجها بغير ذي رحم محرم، و يرد الإمام الصنعاني على طعن ابن حزم بحديث : ((أنت أحق به ما لم تتزوجي)) فيقول "و أجبت عنه بأن حديث عمرو ابن شعيب قبله الأئمة و عملوا به...فلا يلتفت إلى القدح فيه".

---

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

[2] – العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة، ط، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر و التوزيع، الأبيار الجزائر، ص 275.

[3] – منصف عمراني، أحكام الحضانة بين الشريعة و قانون و الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي،2016، ص40

[4] – نشوان زكي سليمان، مرجع سابق، ص80.

2- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للصغير و إذا كان أنثى:

يشترط في الحضانة أن تكون ذات رحم محرم للصغير كأمه أو أخته أو جدته، فلا حق لبنات العم أو العمة و بنات الخال أو الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لابن الخال أو الخالة وابن العم أو العمة في حضانة الإناث، ولكن لهم حق في حضانة الذكور.

3- أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه:

هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء، فمنهم من لم يعتبره شرطاً في الحاضن، وهذا ما قال به الشافعية والحنابلة، ومنهم من اعتبره شرطا لازما،وهذا حسب ما ورد عن المذاهب الحنفية، وفي قول عن المالكية، بأن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد، والذكر لسن معينة، فإذا كان المحضون في جهة غير مأمونة، فإن حاضنته تسقط.[1]

فالمالكية اعتبروا إقامة الحاضنة بالولد، في بيت يتضرر به، يعرضه للعناء والضياع فالصغير يتأثر بمحيطه، فإذا وفروا له الجو المناسب، والظروف التي يجد فيها راحته النفسية، تنمى ملكاته ومواهبه،و أصبح عضوا صالح في المجتمع، ينفع نفسه وأسرته والمجتمع.

فلا يجوز للحضانة أن تمسكه عند غير ذي رحم محرم منه، كأخت الصغير، إذا كانت أختا لأم، تمسكه عند أبيها، وهو أجنبي عنه.لأن ذلك الأجنبي ينظر إليه شرراً، ولا يعطف عليه، فينشأ الطفل في جو يبغضه، ولا يألفه، فيؤثر ذلك في أخلاقه و حياته من بعد ذلك.[2]

4- أن لا تكون الحاضنة مرتدة عن الاسلام:

الردة تعني خروج المسلم العاقل البالغ المكلف عن دين الإسلام وذلك بإقدامه على فعل أ قول يدل على كفره، كجحد إحدى الشهادتين أو سب الله تعالى أو سب النبي صلى عليه وسلم.

[1] – كمال صمامة، مرجع سابق، ص61.

[2] – عصام انور سليم، حقوق الطفل، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2001، ص139.

وردة الحاضنة تكون سبباً في إسقاط حضانتها عن الصغير وذلك لأن حكم المرتدة انها نجس تحبس وتضرب حتى تعود إلى الإسلام فلا يمكن مع ذلك ان تتولى حضانة الصغير، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن مرتدة يخشى منها على الصغير إن تبدل دينه إلى دينها الجديد و بالتالي فهي لا تكون مأمونة عليه، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن نجيم " المرتدة لا حق لها فيها لأنها تحبس و تضرب فلا تتفرغ له...".[1]

حيث جاء في مدونة الكبرى " قلت أرأيت ان طلقها زوجها و هو مسلم و هي نصرانية او يهودية و معها ولد صغير من أحق بولدها قال هي أحق بولدها وهي كمسلمة في ولدها إلا أن يخاف أن بلغت منهم جارية إلا أن يكونوا في حرز.

و إلى غير هذا الرأي ذهب فقهاء الشافعية, والحنابلة, والإمامية, إذ يرون بأنه لا حضانة للكفار على المسلم الصغير على دينه, ولأن الله قطع المولاة بين الكافرين و المؤمنين وجعل المؤمنين بعضهم أولى ببعض حيث قال تعالى:﴿ **وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً**﴾. و الحضانة ولاية ولابد فيها من رعاية مصلحة المولى عليه.[2]

5- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسرٌ:

امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إعسار الأب يعد مسقطا للحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة. فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربية الولد مجانا سقط حق الأولى في الحضانة.[3]

هذا الشرط أيضا مختلف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد قال جمهور الفقهاء بعدم اشتراط هذا الشرط، وخالفهم في ذلك الحنفية، واعتبروا هذا الشرط لازماً في المرأة الحاضنة.

ثالثا: الشروط الخاصة بالحاضنين من الرجال

[1] – حميد سلطان علي خالدي، مرجع سابق، ص 209.

[2] – مرجع نفسه، ص 210.

[3] – عادل شباب، مرجع سابق، ص48

يشترط في الحاضن إذا كان رجلاً بالاضافة الى الشروط العامة المشتركة بين الحاضنين من الرجال و النساء انو تتوفر فيه شروط أخرى تتمثل بالشروط التالية:

1- أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضون إذا كان أنثى:

إن كان المحضون بنتا مشتهاة فلا بد من المحرمية ويزيد الشافعية اشتراط الإرث مع المحرمية أو الإرث دون المحرمية على الصحيح، فإن لم يكن ٍ محرما كابن عم فإنه ينظر في حالها ؛ فإن كانت دون سبع فله حضانتها وان ٍ كانت أكبر من ذلك فل ه حضانتها أيضا إن كان مأمونا وإلا فأمرها للقاضي عند الحنفية وعند الشافعية لا تضم إليه إلا إن كانت له بنت يستحيي منها فتجعل معها ؛ فإن لم يكن عنده فإنه يختار من النساء أمينة تحضنها ، وعند الحنابلة يسلمها إلى ثقة يختارها أو محرمة[1]. و ذلك لأن القول بخلاف ذلك قد يؤدي إلى الفتنة و الفساد خصوصا في زمننا هذا الذي شاع فيه فساد الذمم والأخلاق.

قد فرق الفقهاء، بين مرحلتين في حياة الأنثى المحضونة **فالمرحلة الأولى** هي المرحلة ما قبل الرغبة فيها، بأن تكون غير مشتهاة أو غير مطيقة، وقد حددها الحنابلة والحنفية بما دون سن السابعة، حيث اختلف الفقهاء حول استحقاق الحاضن الرجل، للمحضونة الأنثى على قولين:

أ- القول الأول من الشافعية والحنابلة، وبعض الأحناف والمالكية: لا يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للأنثى، لأنها غير مشتهاة، طالما أنه غير مأمون عليها، خاصة وأن وقوع الفتنه، مع هذا السن أمر مستبعد.

ب- القول الثاني من البعض الأحناف والزيديه: ويشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم في كل الحالات بدون اعتدادٍ بسن الصغيرة،حتى ولو كانت مشتهاة، سداً لأسباب الفتنة إلا أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها، فالقاضي يبقيها عنده إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده، لأنه أولى من الأجنبي والحاكم.

[1] – حسين مبارك القحطاني، ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي دراسة فقهية مقارنة، ص910.

أما المرحلة الثانية وهي المرحلة التي تكون فيها الصغيرة مشتهاة، أو مطيقة أو بلغت سن السابعة فأكثر، وفي هذه المرحلة يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة وهو يكون كذلك بنسب أو مصاهرة أو رضاع،فلا حق لأبن العم في حضانة الجارية.[1]

2- اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون:

يشترط في الحاضن الرجل بالإضافة إلى الشرط السابق أن يكون متحدا في الدين مع المحضون فلا حضانة لكافر على مسلم و في هذا المعنى يقول الإمام البجيرمي في حاشيته في بيانه لشروط الحضانة" و ثالثها الدين أي الإسلام فلا حضانة لكافر على مسلم".

و يعلل الفقهاء هذا اشتراط هذا الشرط بما يلي:

- أن الحضانة نوع من ولاية على النفس ولا ولاية مع اختلاف الدين.
- أن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث بين اختلاف الدين.
- وتعتبر جميع الديانات غير دين الإسلام ديناً واحدً فيثبت لليهودي حق الحضانة على أخيه النصراني.

وهكذا يتضح لنا بعد عرض الشروط التي اشتراطها فقهاء الشريعة الإسلامية فيمن يتولى حضانة الصغير أنهم اتفقوا على هذا الشروط باستثناء شرط واحد و هو شرط عدم كون الحاضنة متزوجة بغير ذي رحم محرم للصغير حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى هذا الشرط و خالفهم في ذلك فقاء الظاهرية.[2]

وهناك من يضيف شرطا آخر بالنسبة للرجال وهو أن يكون عنده من يحضن الصغير من النساء كأن يكون له أمه، أخته أو زوجة تتولى أمور الصغير ورعايته، فإذا لم يكن عنده أنثى فلا حضانة له لأن الرجال حسبهم غير قادرين على رعاية الطفل كالنساء.[3]

---

[1] – كمال صمامة، مرجع سابق، ص63.

[2] – حميد سلطان علي خالدي، مرجع سابق، ص 213.

[3] – أبي بكر الحسن بن حسن الكشاوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية، ط .1، مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2010 ، ص279.

الفرع الثاني: شروط الحاضن في التشريعات المقارنة

تشترط قوانين الأحوال الشخصية كما هو الحال عند الفقهاء فيمن يتولى حضانة الصغير أن تتوفر فيه بعض الشروط، ولبيان ذلك سنقسم هذا الفرع إلى قسمين يخصص الأول لبيان موقف المشرع الجزائري من شروط الحاضن و الثاني بيان موقف التشريعات المقارنة.

أولا: موقف المشرع الجزائري

إن قانون الاسره الجزائري لم يتناول الشروط الحضانة ولم يخصص لها أية فقرة أو ماده معينه تتحدث عن الشروط التي يمكن توفرها في الشخص الذي تسند إليه المحكمة الحضانة الطفل الصغير، فرغم من التعديل الأخير لقانون الأسرة رقم 84-11 بالأمر 05-02، إلا أن المشرع الجزائري في الفقرة الثانية للمادة **62** من قانون الأسرة الجزائري، بعد أن عرفت الحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته صحة وخلقا، حيث ركز على شرط واحد ألا و هو أن يكون الحاضن أهلا للقيام لذلك، أي أن يكون قادرا ماديا وقانونيا على توفير كل هذه الأمور لمصلحة المحضون مما يحفزنا على التوجه إلى الاستدلال بالقواعد العامة التي تضمنها قانون الأسرة المادة **222** من القانون الأسرة لاستدلال بآراء الفقهاء في مجال الشروط الحضانة [1]إذ يمكننا القول ليشترط في من تشترط فيه الحضانة :

1- أن يكون شخصا بالغا، عاقلا، فلا حضانة لصغير أو كان مميزا ولا لمجنون ولا مجنونة ولا لمعتوه ولا معتوهة، لأن هؤلاء جميعا في حاجة إلى من يتعهدهم ويرعاهم وذلك لعجزهم عن حفظ نفسهم وبالتالي هم عاجزون عن حفظ غيرهم، بل يخشى على الصغير منه .[2]

وسن الرشد الواجب توفرها في الحاضن هو سن 19 سنة كاملة، وهذا طبقا **للمادة 40[1] من ق.م.ج.**

[1] – ربيحة ألغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي و القانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، العدد27، ج1،2015، ص 12.

[2] – منصف عمراني، أحكام الحضانة بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي،2016، ص36.

و قد أكد القضاء الجزائري على ضرورة سلامة العقل من جميع الأمراض التي يمكن أن تؤثر على مصلحة المحضون، وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى سابقا في أحد قراراته انه: "الحاضن يشترط فيه من جملة الشروط سلامة العقل... و انه من الثابت أمام المجلس أن الزوج صمم على طلاق زوجته لأنها مصابة بمرض عقلي أو عصبي... وأن المجلس لم يسبب قراره في إسناد الحضانة إلى الأم المدعي عليها بأنها حائزة لصحة العقل أو البرء من المرض الذي أصابها حتى تصبح صالحة للقيام بالحضانة.[2]

2- أن يكون قادرا على تربية المحضون، و باستطاعته صيانة الصغير في خلقه وصحته، ونعني بالقدرة المادية و الجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان السهر على تربيته و تعليمه.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن **المادة 67** من قانون الأسرة الجزائري تتماشى مع ما قرره الفقه الإسلامي الحديث، إذ أنها تفيد بأن الخروج المرأة للعمل لا يعد سببا لمنع الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، ونجد هنا أن المشرع أعطى السلطة التقديرية للقاضي في منح أو عدم منح الحضانة، وهذا لأن الأم كانت عاملة فأنها قد تلجأ عند خروجها للعمل بوضع الابن في دور الحضانة، أو تأجير امرأة تسهر على رعاية ولدها، وهذا يدل على عدم قدرتها على ممارسة الحضانة بنفسها، وبالمقابل قد يكون عمل المرأة لساعات قليلة فلا يؤثر على هذه القدرة ولا على المصلحة المحضون بل وقد تعظم هذه المصلحة كما لو كانت معلمة تستغل وظيفتها في تعليم طفلها وتدريسه.[3]

---

[1] – قانون رقم75 –58 المؤرخ في 1975/09/26أ المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم05–10 المؤرخ في 2005/06/20.

[2] – لمين لعريط، مرجع سابق، ص 417.

[3] – مرجع نفسه،ص418.

3- أن يكون شخصا أمينا على أخلاق المحضون فالقانون يشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، وهذا شرط يتعين مراعاته .ومؤدى ذلك لا تثبت الحضانة لفاسق لأن ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا، و إسناد الحضانة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون خرقا للقانون[1].

و قد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن، و تكرس ذلك في العديد من قراراته، إذ قضى بأنة الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف، لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على الطفل و أدبه و خلقه، إذ ينشأ على طريقتها و متخلفا بأخلاقها، فإن تركت حضانة الطفل لها فلا يؤمن عليه.[2]

و قد حدد المشرع موقفه في قانون الأسرة من مسألة الدين بأن يربي الطفل على دين أبيه،" ويفهم من ذلك أن المشرع الجزائري، قصد بكلمة على دين أبيه، إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، فالعبارة وردت مطلقة من دون تفصيل فيها، ولزوال الغموض على القاضي أن يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية، دون التقيد بمذهب معين، فنجد أن المشرع الجزائري فصل الأمر بكلمة موجزة على دين أبيه دون تحديد لمذهب معين.

و لقد ايدت المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه" متى كان من مقرر شرعاً و قانونا إسناد الحضانة يجب أن تراع فيه مصلحة و القيام بتربيته على دين أبيه، و من ثم فإن القضاء بإسناد لحضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيداً عن رقابة الأب كما هو الحاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون".[3]

ثانيا: موقف التشريعات المقارنة

تفاوتت قوانين الأحوال الشخصية العربية في بيانها للشروط الواجب توفرها في الحاضن و من النحو التالي:

---

[1]- ضيف الله عادل و قاسم تواتي، الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و تطبيقاتهان مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، أحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة،2017،ص 16.

[2] – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 15-07-2010، مجلة المحكمة العليا،العدد2، 2010، ص 263.

[3] – نشوان زكي سليمان، مرجع سابق، ص88.

1- القانون المصري:

لم يتعرض المشرع المصري في قانون الأحوال الشخصية لبيان الشروط التي يجب توفرها في الحاضن رجلاً كان أم امرأة، إلا أن التطبيق القضائي في مصر جرى على اشتراط توفر الشروط التي تطلبها فقهاء الشريعة الإسلامية فيمن يتولى حضانة الصغير، ففيما يتعلق بشرط الأمانة حكم بأن محترفة البغاء ليست أهلاً للحضانة شرعاً، و ينزع منها الصغير، ولو لم يعقل الفسق صيانة لحق المحضون، و فيما يتعلق بشرط القدرة عللا تربية المحضون و القيام بشؤونه حكم بأنه إذا كان خروج الحاضنة و تركها للولد غير متكرر فإنه لا يسوغ سحب الولد منها، وفيما يتعلق بشرط اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون جرى القضاء في مصر على عدم اعتبار سببا من أسباب سقوط الحضانة ما دام الصغير لا يعقل الأديان، فإذا عقل الأديان و خيف إن يألف الكفر كان ذلك سبب في إسقاط الحضانة .[1]

أما فيما يتعلق بشرط عدم زواج الحاضنة بغير ذي رحم محرم للصغير فقد جرى القضاء في مصر على اشتراط هذا الشرط فقد حكم بأن الحاضنة يسقط حقها في الحاضنة بنكاح غير محرم، إلا أن القضاء المصري جرى في قرارات أخرى له على أن خلو الحاضنة من الزوج الأجنبي عن الصغير كشرط من شروط صلاحية الحاضنة يخضع لتقدير القاضي فله أن يبقى الصغير في يدها إذا اقتضت مصلحته ذلك اتقاء لأشد الإضرار بارتكاب أخفها.[2]

2- المدونة المغربية:

[1] – عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الكتاب العربي، مصر، 1961، ص243.

[2] – حميد سلطان علي خالدي، مرجع سابق، ص 218.

تناولت المدونة الأحوال الشخصية المغربية الشروط الواجب توفرها في الحاضن ذكرا كان أم أنثى و ذلك من خلال المادة 173 فقرة1[1]، أن من الشروط التي يجب أن تكون في الحاضن، أولها الرشد القانوني.

و في الفصل 98 من المدونة المغربية فاشترطت فيه البلوغ و العقل و الاستقامة و القدرة على تربية المحضون و السلامة من الأمراض المعدية أو المانعة من القيام بواجب الحاضنة فنص في هذا الفصل على أنه: "يشترط لأهلية الحاضن:

1-العقل.

2-و البلوغ.

3-و الاستقامة.

4-و القدرة على تربية المحضون و صيانته صحة و خلقا.

5-و السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب."[2]

فقد أضاف المشرع المغربي في المادة **173 فقرة3**، في موضوع القدرة والمتمثلة في تتبع المحضون، حتى في أمور الدارسة.

3- قانون العراقي:

إن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية من مسألة الشروط التي تتعلق بالحاضن لاستحقاقه الحضانة، نجد ام المشرع العراقي قد نص في المادة[3]**57** على البعض من هذه الشروط من دون البعض الآخر، إذا نصت على أن:" يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون و صيانته...".

---

[1] – الظهير الشريف رقم22-04-01، المؤرخ في 2004/02/03، بتنفيذ رقم70/03، المتضمن إصدار مدونة الأسرة، ج.ر للملكة المغربية،ع5184، 2004

[2] – مدونة المغربية ، مرجع نفسه.

[3] – قانون المدني العراقي، مرجع سابق

ومن النص المذكور يلاحظ أن المشرع العراقي قد أقتصر على الشروط المشار إليها على الحاضنة من دون الحاضن، و كان الأولى بالمشرع العراقي أن يشمل الحاضنين من الرجال و النساء بهذه الشروط معا.

كذلك أن المشرع العراقي لم يتطرق لا من بعيد ولا من قريب ، عن إسقاط الحضانة في حالة إصابة أي من الحاضنين بمرض معد أو مؤذي للمحضون، وأحال هذا الأمر إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون.[1]

4- قانون الفرنسي:

تضمنت المادة373 شروط ممارسة السلطة الوالدية فقضت بأنه: "يحرم الأب أو الأم من ممارسة السلطة الوالدية في حالة عدم القدرة على التعبير عن الإرادة لسبب عدم الأهلية أو الغيبة أو أي سبب آخر."

وهذا النص يبين أن الذي يمارس السلطة الوالدية يجب أن يكون متمتعا بالعقل و الأهلية و القدرة البدنية و الذهنية و أن يكون قريبا من الولد القاصر.[2]

و يتضح لنا بعد عرض الشروط التي تطلبها فقهاء الشريعة الإسلامية و قوانين المقارنة فيمن يتولى الحضانة أن هذه الشروط منها ما يخضع لتقدير القضاء من حيث تحققه أو عدم تحققه كشرط الأمانة و شرط القدرة على تربية المحضون، ومنها ما هو منضبط لا يخضع لتقدير القضاء كشرط البلوغ و شرط العقل و شرط عدم زواج الحاضنة بغير ذي رحم محرم للصغير وعدم ردتها، و شرط كون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة الأنثى و شرط اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون.

المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة وإشكالاتها

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية و كذلك بين قوانين الأحوال الشخصية على لأن الأم مقدمة على غيرها في حضانة و لدها إلا أن الخلاف حدث بين فقهاء الشريعة و قوانين المقارنة حول من

[1] – نشوان زكي سليمان، مجرع سابق، ص86.

[2] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص254.

تنتقل إليه حق حضانة الصغير بعد انتهاء فترة الحضانة الأم لوفاتها أو فقدها كل أو بعض شروط الحضانة أو بانتهاء مدة حضانة النساء، كون أن الحضانة من أثار السلبية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية فهو لا يخلو من مشاكل العملية، و للإحاطة بالاتجاهات الفقهية و القانونية في هذا الصدد يتطلب منا الأمر تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يخصص الأول منهما لبيان مراتب الحاضنين فقها و قانونا و نتناول في مطلب الثاني إشكالات الحضانة

المطلب الأول: مراتب الحاضنين في الشريعة الإسلامية و القوانين المقارنة:

لقد فصل المشرع في ترتيب الحاضنين إلى الدرجة السادسة بعد التعديل الذي جاء به في الأمر رقم 05- 02 بتاريخ 2005 / 02 / 27 :لكن تبقى السلطة التقديرية واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية عند إسناد الحضانة تقدير للمصلحة بعد الدرجة السادسة تطبيقا لمفهوم كلمة الأقربون درجة يثير المشكل وعليه يجب أن نعرف ترتيب أصحاب الحق من حيث رؤية الفقهاء كفرع الأول، و ترتيبهم من وجهة نظر القانون كفرع الثاني، وترتيبهم من حيث القوانين المقارنة في فرع الثالث.

الفرع الأول: ترتيب الدرجات الحواضن في الشريعة الإسلامية

اتفق جمهور العلماء على أنّ الحضانة بالدرجة الأولى من حق الأم، وقد اختلفوا في ترتيب انتقال الحضانة بعد الأم في حال وفاتها، أو زواجها، أو رفضها حضانة الطفل، أو عجزها عن رعايته، على أن تكون الحضانة حقًا لقريباته من النساء أولاً.

ولم يثبت لدى جمهور الفقهاء تقديم الأب على أم الأم، إلا في بعض الأقوال، و منها أحد الروايات عن الإمام أحمد بن حنبل الذي جاء فيها أن أم الأب و أمهاتها مقدمات على أم الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته،[1] ويستدل الفقهاء على رأيهم على رأيهم هذا ببعض الأدلة النقلية منها ما روي من أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى عليه وسلم فقالت :يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وان أباه طلقني ، ويريد أن ينزعه مني ؛ فقال رسول الله ﷺ: ((انتِ أحق به مالم

[1] – لمين لعريط، مرجع سابق، ص426.

تتزوجي))،[1] قال الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿**والوالِداتُ يُرْضِعْنَ أوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ لِمَن أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضاعَةَ وعَلى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إلّا وُسْعَها لا تُضارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها ولا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وعَلى الوارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإنْ أرادا فِصالًا عَنْ تَراضٍ مِنهُما وتَشاوُرٍ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما**﴾.[2]

أولا:الأم و من يليها من قريبتاها

وقد اختلف الفقهاء في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم، إلا أنه في الجملة يُقدم النساء على الرجال، لأنهن أشفق وأرفق، وأهدى إلى تربية الصغار، وجمهور العلماء على أن المقدم في الحضانة بعد الأم: أم الأم. وإليك ذكر المذاهب على وجه الاختصار :

1-ذهب فقهاء **الحنيفة** إلى أن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى محارم الصغير من النساء فتقدم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات الصغير شقيقات، وتقدم الأخوات من الأم والأب، ثم الأخت من الأم، ثم الأخت من الأب، ثم الخالات، ثم العمات.

فإن لم يكن للصبي امرأة من أهله تستحق الحضانة،[3]انتقلت الحضانة بعد ذلك إلى عصبات الصغير من الرجال ويكون ترتيب هؤلاء من استحقاقهم للحضانة بحسب ترتيبهم في

2-ذهب **المالكية** إلى أن الأحق بالحضانة الأم ثم أم الأم وإن علت ,ثم الخالة ,ثم خالة الأم ,ثم عمة الأم ,ثم الجدة من الأب ,ثم أخت المحضون ,ثم عمة الأب ,ثم خالة الأب ,ثم بنت أخ المحضون ,ثم بنت أخته ,ثم الوصي[4]

3-ذهب **الشافعية** في الجديد عندهم إلى أن الأم هي الأحق بالحضانة ,ثم أمهات الأم الوارثات إذا كان الحواضن إناث ً ا ممن يصلح للحضانة ,ثم أم أبي الأب ,ثم أم أبي الجد ,ثم الأخوات ثم

---

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1الزواج و الطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005،ص 381.

[2] – سورة البقرة، الآية 233.

[3] – انظر إلى موقع: www.islamweb.net،2023/05/07، سا13:29.

[4] – محمد بن أحمد عرفة، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص527

الخالات[1]. وعلى القديم: تقدم الأخوات والخالات على أمهات الأب والجد. ثم بنات الأخت وبنات الأخ، ثم العمة[2].

4-وذهب فقهاء **الحنابلة** إلى إن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى أم الأم ثم جدة الأم وأن علت ، ثم الأب ، ثم أم الأب ثم جدة الأب ، وان علت ثم الجد لأب ، ثم أم الجد لأب وان علت ثم الأخت لأبوين ثم الأخت لام ثم لأخت الأب ثم الخالة لأبوين ثم الخالة لام ثم الخالة لأب ثم العمة لأبوين ثم العمة لام ثم العمة لأب ثم خالة الأم لأبوين ثم خالة الأم لام ثم خالة الأم لأب ثم خالة الأب ثم عمة الأب ثم بنت الأخ لأبوين ثم بنت الأخ لام ثم بنت الأخ لأب ، ثم بنت الأخت لأبوين ثم بنت الأخت لام ثم بنت الأخت لأب.[3]

ثانيا: الأب وما يليه من أقاربه

ونقصد بهم العصبة من الرجال،فإن لم توجد من هاته المحارم واحدة سابقة ذكر أو وجدت وليست أهلا للحضانة انتقل الحق في حضانة الصغير إلى المحارم من الرجال على حسبب ترتيبهم في الإرث،[4]وهذا ما سنتعرض له من خلال ما جاء به فقهاء الشريعة، على النحو التالي:

1-قالوا فقهاء **الحنيفة** فإن لم يكن للصبي امرأة من أهله تستحق الحضانة،انتقلت الحضانة بعد ذلك إلى عصبات الصغير من الرجال ويكون ترتيب هؤلاء من استحقاقهم للحضانة بحسب ترتيبهم في استحقاق الإرث، واختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيباً.[5] فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب.[6]

---

[1] – حمزة بن حسين الفعر الشريف، مرجع سابق، ص13.

[2]- انظر إلى موقع: www.islamweb.net،2023/05/07،سا15:10.

[3] – حميد سلطان علي، مرجع سابق، ص182.

[4]– عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ص 207.

[5]– انظر إلى موقع: www.islamweb.net-،2023/05/07، سا13:29.

[6] – حميد سلطان علي، مرجع سابق، ص 181.

2-قالوا **المالكية** تنقل الحضانة بعد الحواضن من النساء المحرميات، إلى الوصي الذي يعينه القاضي، أو الولي ثم الأخ، فالجد، فابن الأخ، ثم العم، وقيل الأخت فالجد، و أن علا ثم ابن الأخ ثم ابن العم، وقيل الأخ ثم الجد الأدنى، فابن الأخ، فالعم، فابن العم، وإن سفل فأبو الجد، ويمكن أن يسبق بابن العم وقد اختلف في الجد لأم، فقال ابن رشد، ليس له حضانة كالخال، والذمي يجعل له حضانة لحنانه وشفقته، فهو أب وإن لم يرد فيه نص ويفضل جد الأب، على جد الأم.[1]

3- أما **الشافعية:** وتثبت للحاضنين الذكور من ذوي المحرم إذا كانوا وارثين على ترتيب الإرث،[2] قدم الأب لأن له ولادة وفضل الشفقة، ثم انتقل إلى آبائهم، ثم تنتقل إلى من بعدهم من العصبات فذهب بعض الشافعية إلى أن الحضانة لا تنتقل إلى العصبات لأنهم لا يعرفون بها فهم كالأجانب، فتثبت فقط للآباء والأجداد، والرأي الثاني وهو المعمول به أن الحضانة تنتقل إلى باقي العصبات مستدلين بحديث "الخالة بمنزلة الأم".[3]

4-أما **الحنابلة:** لا تثبت إلا للعصبة من الرجال ويتقدم الأقرب، الأب ثم الجد أبوه و أن علا، ثم أخ لأب و أم، ثم أخ لأب، ثم أخ لأب وأم، ثم ابن الأخ الأب، ثم العم لأب ولأم، ثم العم لأب، ثم أبن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب، و إن كان الصبي غلام و أن كانت جارية لا تسلم إليه، لأنه ليس بمحرم.

ثالثا:حضانة ذوي الأرحام

[1] - كمال صمامه،مرجع سابق، ص71.

[2] – حمزة بن حسين الفعر الشريف، مرجع سابق،14.

[3] – عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة الماجستير في الفقه المقارن،كلية الشريعة، جامعة الإسلامية بغزة، 2003، ص38.

فإن لم يوجد من عصبته الرجال المحارم احد، أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقل حق حضانته إلى محارمه من الرجال غير العصبة على هذا الترتيب الاتي:[1]

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الأخوال بتقديم الخال الشقيق، فالخال لأب فالخال لأم.

و إذا رفض الحضانة من يستحقها من النساء أو رجال انتقل الحق إلى من يليه و يبلغه القاضي بذلك، فإن رفض أو لم يبد رأيه خلال خمسة عشر يوما، انتقل الحق إلى من يليه ايضا و هكذا.[2]

فمن هذا يتبين أن الحق في حضانة الطفل لأقربائه المحارم من النساء والرجال بتقديم محارمه النساء، فمحارمه الرجال العصبة، فمحارمه الرجال غير العصبة، على أن يراعى في الترتيب بين أفراد كل فريق ما قدمناه.

وإذا فقريباته وأقاربه غير المحارم لا حق لهم في حضانته، فلا حق لبني العم والعمة والخال والخالة في حضانة الصبية لعدم المحرمية ولهم الحق في حضانة الصبي. ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة في حضانة الصبي ولهن الحق في حضانة الصبية. والمحارم غير القريبات كالأم رضاعا, والأخت رضاعا لا حق لهن في الحضانة[3].

و خلاصة القول هذا ما ذكره الفقهاء في ترتيب المستحقين للحضانة فنجد أنهم وقد اختلفوا في تقديم وصي الأب على غيره ,عند عدم وجود النساء ,واختلافات تفصيلية في المذاهب المتقدمة عند بعض علمائها والمذكور هو الأشهر.[4]

اتفقوا على لأن الأم أحق الناس بحضانة الصغير فهي تقدم على غيرها من الناس و أن ترتيب الحاضنين إنما بحسب شفقتهم و عطفهم على الصغير لذا نجد أن جمهور الفقهاء و انطلاقا من هذه الناحية يقدمون النساء على الرجال في تولي الحضانة.

---

[1] – عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص208.

[2] – علي أبو بصل، مرجع سابق،ص203.

[3]– عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق،ص208.

[4]– حمزة بن حسين الفعير شريف، مرجع سابق، ص14.

ومما تقدم يتبين لنا بجلاء مراعاة جانب النساء في الحضانة ,وتقديم الأم وأمهاتها ,وتبين كذلك أنه عند عدم وجود الأم أو أمهاتها فإن المذاهب في الأعم الأغلب تراعي جانب من يتصل بالأم من قراباتها ,وإن كان هناك اختلاف في تفضيل من يقدم من الأمهات بعد الأم وأمهاتها ,وتقديم الأب ومن فوقه بعد أمهات الأم ,كما عند الحنابلة.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري قبل و بعد التعديل

المشرع الجزائري في معالجته لموضوع ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ظهر من خلال نص **المادة 64** من قانون الأسرة الجزائري وسنحاول دراسته من خلال ما يلي:

أولا: موقف المشرع الجزائري قبل التعديل قانون رقم 11/84

نص المشرع الجزائري في المادة64 ق.أ، على أنه:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي يحكم باسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".[1]

يتبين من هذه المادة أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلا، لكونهن أقد و اصبر من الرجال على تربية الطفل و العناية به. كما يتضح لنا بأنّ القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم رتب المستحقين لها مبتدئا بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب. فالأصل في الحضانة هي مصلحة الطفل بحضانة أمه في هذه الفترة (سواء كانت زوجة لأبيه، أم معتدة من الطلاق الرجعي أو البائن أو معتدة بعد وفاته)،لأنها أعطف الناس على صغيرها وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته والأم هي أحق بولدها إن لم تتزوج مادامت أهلية وشروط الحضانة متوفرة لديها و إلا انتقلت إلى من يليها بالحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.[2]

وانطلاقا من نص **المادة 64** من قانون الأسرة ، فإن حق الحضانة في القانون الجزائري يكون على الشكل التالي:

---

[1] – قانون رقم 84–11، مؤرخ في 09 جوان1984، متضمن قانون الأسرة، معدل و متم، بالامر رقم 05–02، المؤرخ في 27 فبراير2005، ج.ر، عدد15، صادرة بتاريخ 27فبراير 2005.

[2] – بلحاج العربي، مرجع سابق،ص 380–381.

1-الأم.

2-أم الأم مهما علت.

3-الخالة.

4-الأب.

5-أم الأب مهما علت.

6-ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.[1]

وهذا الترتيب يقوم على أساس سليم ، وهو أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب عند اتحاد درجة القرابة لان الأم مقدمة في الحضانة على الأب ، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق ، كما أن الجدة مقدمة عن الأخت مطلقا ، لان اتصال الصغير بالجدة من طريق الولادة ، فهو جزء منها ، فكانت أولى بحضانته[2].

لقد قضت المحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون".[3] ونجد تكريسا لهذا النص القانوني تطبيقا في مجال القضاء، فقد قضت المحكمة العليا

أنّ قضاة الموضوع لما أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون.[4]

---

[1] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 382.

[2] – مرجع نفسه، ص 382.

[3] – حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر و محكمة النقد المصرية في مسائل(الزواج و انحلاله– الخطبة–عقد الزواج ة اثباته– الطلاق و آثاره– النيابة الشرعية– التبرعات– الوصية– الهبة و الوقف)، دار الخلدونية، الجزائر، 2015، ص 39.

[4] – أيت عكوش وزنة و بن كرو نوال، الحضانة– دراسة مقارنة– بين التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية،2013،ص26

و في أحد قراراتها المؤرخ في 1991/06/18:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون و اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكد ذلك فان قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون".[1]

أنّ قضاة الموضوع لما أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون.[2]

أما إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة ، كإخوة أو أعمام ، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلفا ، فإن تساووا كان أولاهم أكبرهم سنا. وقد خول للقاضي حق اختيار الأصلح على أساس مصلحة المحضون.[3]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري بعد التعديل قانون رقم02/05

خالف المشرع الجزائري في تعديله للقانون الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، ذلك بمقتضى المادة64 من ق.أ.ج المعدل بالأمر02/05 بنصها:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ث الجدة الأم، ثم الجدة الأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مراعاة المصلحة المحضون في ذلك..."[4]

ونلاحظ هنا إن المشرع الجزائري قد غير مراتب المستحقين للحضانة غير أن الأم تبقى دائما هي الأولى بحضانة ولدها، و الجديد هو جعل الأب بعد الأم مباشرة، كما انه أضاف العمة التي جاءت

---

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرارا بتاريخ1997/02/18، ملف قرار153640، نقلا عن العربي بلحاج،، قانون الأسرة مع تعديلات الامر02/05 معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة1966–2006،ديوان مطبوعات الجامعية، 2007، ص 354.

[2] – أيت عكوش وزنة و بن كرو نوال، الحضانة– دراسة مقارنة– بين التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية،2013،ص26

[3] – بلحاج العربي، مرجع سابق،ص382.

[4] – المادة 64 – من الأمر 02 – 05 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005

في آخر الترتيب مع الخالة، بعد أن كانت الخالة في المرتبة الثالثة مباشرة بعد الأم و أمها، و ذلك على اعتبار أن الأصول و إن علو أكثر شفقة على الأبناء من غيرهم، وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه"... وفي كل الأحول فإن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة64".[1]

وبالتالي فإن ترتيب المشرع الجزائري للحاضنين كان على أساس الوالدية وذلك بمنح الامتياز للأم في ممارسة هذا الحق ثم انتقاله للأب على أساس أن الوالدين أقدر الأشخاص على رعاية ابنهما وحفظ مصالحه، بعد ذلك ينتقل الحق في الحضانة للنساء مع تفضيل جهة الأمومة على جهة الأبوة، ويقدم النساء على الرجال لأنهن أشفق وأرفق وبها أليق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة و إقامة مصالح الصغار أقدر، مع الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد المقصود بالأقربين درجة رغم أننا نميل إلى الرأي القائل بأنه يقصد به هو ترتيب القريبات من المحارم ثم العصبات من المحارم ثم ترتيب الحواضن من الرجال على أساس الأحقية في الميراث.[2]

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا انه لا يمكن مخالفه الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الاسره بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بدليل من هو أجدر لقيام بدور الحماية والرعاية المحضون بمعنى أن العبرة بمصلحه المحضون لا بترتيب الوارد في المصحفين ومن بين ما جاء في احد القرارات المحكمة العليا ما يرد بدعوى انه وفقا لنص المادة 64 من قانون الاسره فان الحضانة بعد الأم تنتقل إلى الأب وليس للجدة وان المطعون ضدها تعيش في سكن ضيق وان تأييد القرار لحكم المستأنف يعد خرقه لنص المادة المذكورة لكن حيث أن المدار الحضانة مصلحه المحضون وليس و ليس بترتيب الوارد في نص المادة 64 من قانون الاسره وان تقدير لمصلحه يخضع لسلطه التقدير القضاة الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة وترجيحهم لان مصلحه البنت تقتضي بقائها مع جدتها

[1] – لمين عبريط ، مرجع سابق، ص 430–431.

[2] – قندوز سناء ، دور القاضي في الموازنة بين مصحة المحضون و امتياز الام بحق الحضانة، مجلة أبحاث القانونية و سياسية، مجلد07، ع1،2016، ص907

التي تعيش معها منذ وفاه والدتها عام 2001 وطبقوا بذلك نص المادة 64 تطبيقا سليما مما يجعل الوجه غير شديد مستوجب الرفض.[1]

كما أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها المؤرخ في 1991/06/18:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون و اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكد ذلك فان قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون".[2]

و في الأخير نستنتج أن الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري في تعديله الجديد فيما يخص أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم قد خالف فيه الترتيب المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية إلا أنه لم يخرج في ذلك عن أحكامها باعتبار أن كلاهما يهدف إلى تحقيق ومراعاة مصلحة المحضون أن الترتيب الوارد في المادة 64 من (ق.أ.ج) ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن أحد الحواضن ليس أهلا لممارسة الحضانة وأن غيره أحق بها، فالمشرع أورد عبارة ''مع مراعاة مصلحة المحضون"، التي تعني إمكانية مخالفة هذا الترتيب إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.

و قد أكت المحكمة العليا في أحدر قراراتها المؤرخ في 1991/06/18:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، و لما كان ثابتا في قضية الحال ان الحضانة اسندت إلى الاب مراعاة لمصلحة المحضون و اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكد ذلك فان قضاة الموضوع اعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون".

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة

[1] – القرار رقم613469، صادر من مجلة المحكمة العليا عن الغرفة شؤون الأسرة و المواريث، بتاريخ 2011/03/10، ع1، لسنة2012، 288.

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرارا بتاريخ1997/02/18، ملف قرار153640، نقلا عن العربي بلحاج،، قانون الأسرة مع تعديلات الامر02/05 معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة1966–2006،ديوان مطبوعات الجامعية، 2007، ص 354.

لا خلاف بين قوانين الأحوال الشخصية في أن أولى الناس بحضانة الصغير هي أمه، ولكن قد تغيب الأم أو تفقد أحد شروط الحضانة أو تضطر للتخلي عنها لظروف خاصة بها، وفي هذه الحالة لا بد أن تنتقل الحضانة لشخص آخر أو حاضن جديد، و درء للنزاع فيمن يليها في الترتيب لهذا الحق[1]، أوردت قوانين أحول الشخصية بعض الأحكام الخاصة ببيان مراتب أصحاب الحق في حضانة الصغير إلا أن هذه القوانين اختلفت فيما بينها كما هو شأن الفقهاء في ذلك،و سوف نبين في من تنتقل إليه الحضانة بعد الأم ومن هذه القوانين مايلي:

أولا: قانون المصري

تعديل نص المادة 20 فقرة3 من قانون 100 لسنه 1985 المعدل بقانون رقم 4 لعام 2005 وأصبح كالتالي:"يثبت الحق في الحضانة لام ثم لمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبر فيه اقرب من جهتين على الترتيب التالي لامه فأم الأم وان علت فأم الأب وان علت فالأخوات الشقيقات والأخوات الأم فأخوات الأب فبنت الأخت الشقيقة فبنت الأخت الأم فخالاتي بالترتيب المذكور في الأخوات فبنت الأخت لأب فبنت الأخ بترتيب المذكور في الخالات الأم بترتيب المذكور فخاله الأب بترتيب المذكور والعمات وإلام بترتيب المذكور عن مات الأب بترتيب المذكور فان لم توجد حاضنه من هؤلاء النساء... الجد لام ثم أخ لام ثم ابن الأخ لام لما العن ثم الخال ثم الشقيق فالخال لأب فالخال لام".

تناولت هذه الفقره تتم مستحق الحضانة مع إعطاء الأولوية للام ثم لأمها ثم لأمي الأب ثم الأخوات بذلك حافظ النص على الحضانة دون الرجال إلا في حاله انتفاء وجود من يحضر من النساء الأقارب حتى درجه المتقدمة.[2]

ثانيا: مدونة المغربية

[1] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص50.

[2] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص194.

نصت المادة171 من مدونة الأسرة المغربية تنص على أن:" 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 ".[1]

ويلاحظ في هذا النص سابق ذكر أن المشرع المغربي أعطى الأب حق الحضانة بعد الأم مباشرة ثم أم الأم ثم للمحكمة، وبذلك لم يتقيد كباقي القوانين العربية بل اكتفى بذكر باقي الأقارب لكي لا يلزم القاضي بترتيب معين وترك له اختيار أحد الأقارب دون تحديد ليختار الأصلح للمحضون،[2] وهذا ما قد نفسره بأن الأقربون هم القريبات من النساء كالأخت و العمة، وبنت الأخت، أو ممكن قصدوا بالقربة الرجال من العصبات، وحتى غير العصبات كالجد و الأخ وابن الأخ.[3]

ثالثا: قانون التونسي:

الحضانة بموجب مجلة الأحوال الشخصية التونسية حق مشترك للأبوين إذا كانت الحياة الزوجية بينهما قائمة و هذا ما نص عليه الفصل57 و الذي جاء فيه"الحضانة من حقوق الأبوين ما دامت الزوجية مستمرة بينهما".[4]

فإذا ما انتهت الزوجية بموت أحد الزوجين سواء كان الأب أو الأم فإن الحضانة تنتقل إلى من يبقى حيا منهما، إما إذا انتهت الحياة الزوجية بالطلاق فإن للمحكمة أن تعهد بحضانة الصغير إلى أي شخص تراه مناسبا لهذا الأمر و بما يحقق مصلحة الصغير، وسواء كان هذا الشخص هو الأب أو الأم أو أي شخص أخر[5] و هذا ما قرره الفصل 67 و الذي جاء فيه " إذا انفصم الزاج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين، وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدت

---

[1] – مدونة الأسرة المغربية ، مرجع سابق

[2] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص134.

[3]– عديلة صارة، الحضانة في التشريعات المغاربية (تونس، المغرب، الجزائر)، مذكرة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية، تخصص قانون أسرة،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أكلي محند اولحاج بويرة،2021، ص19.

[4] – حميد سلطان علي، مرجع سابق، ص191.

[5] – مرجع نفسه، ص 191–192.

الحضانة إلى احدهما أو إلى غيرهما، وعلى القاضي عند البت في ذلك إن يراعي مصلحة المحضون...".

و يتبين من هذا النص أن القانون لم يفضل الأم في الحضانة على الأب أو غيرهما إلا من خلال مصلحة المحضون، و للقاضي إسناد الحضانة لمن يراه أصلح للمحضون من الوالدين أو غيرهما دون ترتيب معين،ولم يذكر الذي بعدهما في الترتيب، على عكس المشرع الجزائري و المغربي اللذان رتبا الجدة بعد الأم مباشرة، غير أنه تدارك ذلك بعد التعديل إذ جاء في أحكام المجلة أنه: " إذا توفي أحد والدي المحضون فلجديه ممارسة حق الزيارة و يراعي قاضي الأسرة في ذلك مصلحة المحضون و يبت في طلب الزيارة طبقا للاجراءات المقررة بالفصل المتقدم" .[1]

رابعا: قانون العراقي

اعتبر قانون الأحوال الشخصية العراقي الأم أولى الناس بحضانة الصغير فهي تقدم في ذلك على والد الصغير وعلى بقية أقاربه، غلا أن تقديم الأم على غيرها مقيد بتحقيق مصلحة الصغير فإذا تبين أن مصلحته تقتضي إعطاؤه لغير الأم تم ذلك و هذا الحكم نصت عليه المادة57 الفقرة1 على إن :" الأم أحق بحضانة الولد و تربيته، حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون".[2] حددت هذه الفقرة أولوية الأم في الحضانة طالما كان ذلك في مصلحة المحضون.

و تقتضي الفقرة7 من نفس المادة على إن:" في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنقل الحضانة إلى الأب إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير."

[1] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 190.

[2] – حميد سلطان علي، مرجع سابق، ص186.

وبموجب هذا النص يقدم الأب على غيره من حيث استحقاق الحضانة، إلا أن هذا الأمر مقيد بمصلحة الصغير فإذا اقتضت مصلحة الصغير عدم انتقال حضانته إلى الأب، قضت المحكمة بانتقالها إلى من تراه مناسبا لذلك.[1]

وخلاصة القول أن كل من الفقه و القانون تعرضوا إلى ترتيب مستحقي الحضانة وفق درجة القرابة سواء النساء أو الرجال فأولى هذه الدرجات درجة الأم كونها الأعلم و الأقرب و الإحن على ولدها من سواها.

وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال، لأنهن الأقدر على تربيته ومده بالعناية والرعاية الكاملة، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر 2006/06/04 ما يلي ":حيث أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وأن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد حضانة الطفل لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضاءهم على أساس قانوني الأمر الذي تعين معه رفض الطعن[2]."

المطلب الثاني :ابرز الإشكالات المطروحة في مجال حق الحضانة

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان ومراعاة حقوق الطفل والتكفل به، والطريقة التي انتهجتها التشريعات هي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون التي يفصل من خلالها القاضي في موضوع الحضانة. وعليه سنحاول في هذا المطلب تحديد معنى هذه القاعدة وسلطة القاضي في تقديرها مع إدراج ما اعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة، وسوف نتعرض في هذا المطلب إلى إشكالية

[1] – مرجه نفسه، ص187.

[2] – ملف رقم 368395، قرار بتاريخ: 2006/06/04، صادر من المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نقلا عن جمال غريسي، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، مجلد13، العدد02، 2021، ص505-506.

مراعاة المصلحة المحضون (كالفرع الأول) ، وتناولنا في(الفرع الثاني) إشكالية الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط.

الفرع الأول: إشكالية مراعاة المصلحة المحضون

سنتناول في هذا الفرع إلى تعريف قاعدة مصلحة المحضون (أولا)، ثم نبين سلطة القاضي في تقدير المصلحة المحضون (ثانيا)

أولا: المقصود بمبدأ مصلحة المحضون

لجأ العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف مصلحة المحضون ومن بين هؤلاء الفقهاء نجد:

- الامام أبو حامد الغزالي والذي عرفها بأنه : " فإنّ جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع منالخلق خمسة :وهو أن يحفظ عليهم دينهم ،أنفسهم، عقلهم ، نسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعهت مصلحة".[1]
- كما عرفها نجم الدين الطوفي بأنها: " هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق".[2]
- وعرفها الخوارزمي" :أنها المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق".

أما التشريعات الأسرية المغاربية، فإنها لم تعط تعريفا للمصلحة، و انما وظفت تارة لفظ المصلحة، وتارة أخرى شملت فكرتها دون ذكر المصطلح.

والملاحظة على هذه التشريعات أنها اتفقت على توظيف "المصلحة" في نفس المسألة من بعض المواضيع. ومثال ذلك، المادة 7 من قانون الأسرة والفصل5 من المجلة والمادة 20 من المدونة، عالج فيها المشرعون المغاربيون الإذن بالزواج دون السن القانونية وقيدوه بمصلحه الطرفين.و كذا الأمر بالنسبة لولاية الزواج، ذكر المشرع المغربي على غرار مشرع الجزائري " المصلحة" فيها، أما

[1] – فهد مسلم الرحيلي، مصطلحات مقاصد الشريعة جمعا ودراسة، ص831

[2] – مرجع نفسه

المشرع التونسي، فإنه احتوى هذه المصلحة ضمنيا بكلامه عن القاصر و تقييد زواجه بموافقة الولي أو الأم.[1]

ورغم عدم وضع تعريف لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة يصعب وضعها في اطار محدد ، إلا أنه هناك مميزات و خصائص تنفرد بها فيمكن ابرازها كما يلي:

- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون شخصية وذاتية، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لطفل في السابعة من عمره.

قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست ثابتة بل هي قابلة للتغيير ، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر .[2]

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل اعتبار، بحيث أورد قاعدة مصلحة المحضون في كل المسائل المتعلقة بالحضانة، حيث أن تغليب المصلحة المادية والمعنوية للطفل المحضون أجدر بالحماية[3]، غير أن مراعاة هذه المصلحة أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة، و من الأمثلة على ذلك ما ورد في الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا أين

[1]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2005، ص75.

[2] – أيت عكوش وزنة و بن كرو نوال، مرجع سابق، ص 53.

[3] – قندوز سناء، دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة، مجلة ابحاث القانونية و السياسية، مرجع سابق، ص908.

اعتبر القضاة إسناد الحضانة إلى الجدة للأم تطبيق صحيح للقانون على الرغم من دفع الطاعن بكبر سنها و أن مصلحة المحضون تقتضي بقائه مع أبيه لكون الرابطة الزوجية انفكت بالوفاة.[1]

غير أنّه في قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا، أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح للقانون مؤسسين على ذلك كون الحضانة أثر من آثار الطلاق ، و ليست من آثار الوفاة، و أن مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء البنت والدها الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت أن ترعاها و تربيها، مبيّنين أن الطاعنة مسنة و تسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 2/62 من (ق.أ).[2]

ونلاحظ من خلال هذان القراران أنه رغم تشابه الوقائع إلا أن الأحكام كانت مختلفة ففي كل قضية حكم القاضي وفقا لقناعته وبحسب ما رآه أنه أصلح للمحضون.

وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته و تقدير مصلحة المحضون تقديرا سليما يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه و نذكر منها:

1-التحقيق و المعاينة :

للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم ، و تحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون ، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الأطراف و الموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون،[3] وعلى القاضي اعتماد على نص المادة27 من ق.ا.م.إ.ج، وهذا بأن يطلب حضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لتحقيق مصلحة المحضون، كما له أن يأمر شفهيا بإحضار أية وثيقة لنفس الغرض، و

2- ملف رقم 178086، قرارا بتاريخ: 1997/12/23،صادر من المحكمة العليا، غرفة الاحول الشخصية،العدد56، 1997.

[2] – ملف رقم 256629، قرار بتاريخ:12 /2001/02، صادر من المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية العدد02،2002، ص421.

[3] – خالد دوادي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، ط1، دار الاعصار العلمي، عمان، 2017، ص123

حسب المادة28 من نفس القانون يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها الصادر في 2003/05/21 بانه: " إن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف معيشة الأطفال و البيت الذي يقيمون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في التسبيب".[2]

2- لاستعانة بالخبراء:

حسب نص المادة 126 من ق إ.م.إ التي تنص أنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

فباستقراء هذا النص تتضح السلطة التقديرية المعطاة للقاضي والذي يستطيع من تلقاء نفسه أن يأمر بالإجراءات خبرة عن طريق أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة والمؤهلات العلمية في المجالات التي تتوفر عند القضاة بحكم التخصص العلمي ،إذ تعتبر الخبرة نوع من أنواع المعاينة التي يقوم بها الخبير باعتباره صاحب، دراية خاصة بالمسائل لا تتحقق في المحقق أو القاضي ،ومن هذه المسائل الطب الهندسة علم النفس، علم الاجتماع وغيرها من المجالات أخرى.[3]

وعليه يمكن للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية.

وقد صدرت بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 عدة قرارات عن المحكمة العليا تتعلق بإمكانية الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون.

---

[1] – صالح خيضر و فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، مرجع سابق، ص 52/51.

[2] – ملف رقم302428، قرار صادر بتاريخ:2003/05/21، صادر من الحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاء، العدد2006،58.

[3] – مسيكة محمد صغير،مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ظل الفقه الاسلامي و القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق،جامعة زيان عاشور الجلفة،65،2016.

فأول قرار صدر في هذا المجال كان بتاريخ2005/05/18 حيث أقرت المحكمة العلا بأن: "المبدأ هو أن يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية، حيث جاء في هذا القرار بأن الطاعنة تدعي بأن ابنها الذي أسندت حضانته لأبيه موجود عند عمته مهملا ولا يتمتع بأي رعاية، خاصة أن أبوه الحضن يعمل بمكان بعيد عن محل إقامة الطفل، وأن القرار المطعون فيه مشوب بالقصور ومخالفة القانون لأن المجلس أسند الحضانة للجدة لأم وأسقطتها عن الأب، في حين أنه كان من المفروض التأكد من صحة أو عدم صحة إدعاء الطاعنة بتعيين مرشدة اجتماعية تزور الطفل بمكان إقامته وهو ما يجعل القرار عرضة للنقض والإبطال". وهو ما يدل على إلزامية الاستعانة بالمساعدة الاجتماعية في تقدير مصلحة المحضون عند منح الحضانة أو إسقاطها[1].

أما في قرار آخر صادر بتاريخ 2006/05/17 فقد أكدت المحكمة العليا أنه: " يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة اجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون".

3- الاستماع إلى أحد أفراد العائلة:

تنص المادة 459 من ق.إ.م.إ على أنه ":يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين"

من خلال هذه المادة يتبين أنه يجوز للقاضي عند وجود نزاع حول أوضاع العائلة وخاصة في مسائل الحضانة أن يطلب حضور أفراد العائلة أو أقارب الخصوم من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي يستطيع بها ترجيح أ ريه، وإسناد الحضانة لمن هو أصلح لرعاية مصلحة المحضون[2].

[1] – ملف رقم 330566، قرار صادر بتاريخ2005/05/18 من المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواؤيث، المجلة القضائية، العدد1، 2005.

[2] – محمد غريسي، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، مجلد13، العدد02، 2021، ص514.

وفي القرار الصادر بتاريخ 1982/10/21 عن مجلس قضاء قسنطينة، و الذي اعتمد على رفض المحضونين لالتحاق بأمهما وعلى رغبتها في البقاء عند جدتهما لأبيهما، فاعتبر المجلس الأعلى هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي.[1]

فرع الثاني: إشكالية الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط

تكتسي مسألة الحضانة في الزواج المختلط أهمية بالغة نظرا لتعلقها بمصلحة المحضون ،إلا أنه يوجد تشريعات فضلت السكوت على مسألة الإسناد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق في حين خصتها بعض التشريعات بقاعدة إسناد صريحة على غرار المشرع التونسي والمشرع العراقي ،الا أنه نظرا لخصوصيتها أبرمت بعض الدول اتفاقيات دولية للحد من المشاكل التي تثيرها في القانون الواجب التطبيق، سنتعرض أولا إلى دور التشريعات المقارنه في حل مسألة الحضانة في زواج المختلط، وثانيا إلى دور اتفاقيات الدولية في حل مسألة الحضانة في زواج المختلط.

اولا: دور التشريعات المقارنه في حل مسألة الحضانة في زواج المختلط

1- موقف المشرع الجزائري

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إلا أنه اعتبرها أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية وباستقراء أحكام الفقرة 2 من المادة 12 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد أخضع انحلال الزواج لقانون الزوج وقت رفع الدعوى96 ، حيث جاء فيها: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، وبالتالي يمكن القول أن القانون الجزائري قد أخضع الحضانة إلى قانون الزوج وقت رفع الدعوى ، كما يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا لنص المادة 13 من القانون المدني، وعليه يرجع القاضي إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة لتحديد من تثبت له الحضانة والوقوف على أسباب انقضائها وسقوطها أو التنازل عنها، وتحديد نفقة المحضون97 ، فقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وايطالي حيث أسندت المحكمة الابتدائية الحضانة للقانون الايطالي، ولكن الزوجة الجزائرية

[1] – ملف رقم 32594، قرار بتاريخ:1984/04/02، نقلا عن مسيكة محمد صغير، مرجع سابق،ص 67.

طعنت في هذا الحكم على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج ولم يصدر بشأنها مرسوم لنزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية، فقررت المحكمة العليا نقض هذا الحكم حسب نص المادة 13 مدني98 ، وطبقت القانون الجزائري[1].

2-التشريع التونسي:

حدد التشريع التونسي قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في المادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي تنص على أنه : تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل فقد أخضع المشرع التونسي حضانة الطفل للقانون الأفضل له، وهو إما القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية في صورتي الطلاق والتفريق الجسدي للأبوين أو حالة إبطال عقد زواجهما وهذا القانون هو القانون الشخصي المشترك للأبوين أو قانون آخر مقر مشترك لهما أو قانون المحكمة عند عدم وجود قانون مشترك يجمع بينهما سواء على أساس اتحاد الجنسية أو وحدة المقر ،أو قانون مقر الطفل،فالمشرع التونسي ترك الامر بيد القضاة للأخذ بعين الاعتبار الحلول التي تحمي مصلحة المحضون.[2]

3-التشريع المصري

وبخصوص القانون المصري قد كان له اتجاهان من الفقه، أحدهما يكيَف الحضانة على أنها ولاية على المال وبالتالي إخضاعها لقانون الشخص الذي تجب حمايته، وذلك عملا بنص الماد ة 16 من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبون قانون الشخص الذي تجب حماية "، أما بخصوص الاتجاه الثاني والذي يمثل غالبية الفقه، فقد أجمع على أن الحضانة كأثر من آثار ا لزواج يسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية أي قانون جنسية الزوج .[3]

---

[1] – المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد5، العدد1، الجزائر،2021، ص 177.

[2] – برايرية عائشة و لعبسي نصيرة، إشكالية الحضانة كأثر الزواج المختلط، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة،2022، ص24.

[3] – المكي صلوح و شهرزاد عبد الله، مرجع سابق، ص 178.

4-التشريع الفرنسي:

من التشريعات التي جاءت خالية من أحكام خاصة بالحضانة نجد التشريع الفرنسي الذي يكفيها على أنها من أثر انحلال الزواج حيث اعتد في بعض أحكامه بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لكن بعد الانتقادات الموجهة إليه من قبل الفقه قرر إتباع قانون جنسية الزوج وقت الزواج وقد سلم القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه في حكم أصدرته المحكمة المدنية في مدينة Lavale بتاريخ 1906/04/12 بصدد نزاع بشأن الحضانة عرض على المحكمة أثناء نظرها في مسألة إثبات بنوة شرعية ،حيث أخضعت النزاع بشان حضانة الابن الشرعي في هذا الحكم للقانون الانجليزي باعتباره القانون الوطني المشترك للطرفين،وهو يخول للقاضي حتى أثناء استمرار علاقة الزواج أن يتعهد بالحفاظ على الأطفال والأم ،مع حفظ حق الأب في الزيارة ورؤية أطفاله إذا اقتضت مصالح الأطفال القصر اتخاذ مثل هذا الإجراء ، غير أن هذا الاتجاه انتقد بحجة عدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطليق ،فيطبق على الحضانة القانون الذي يحكم انحلال الزواج ورغم تضارب الآراء في الفقه والقضاء الفرنسيين إلا أن الرأي الراجح ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون وكما جاء في اتفاقية لاهاي المنعقدة في 05 أكتوبر 1961المتعلق بحماية القصر ،وما اتجه إليه القضاء الانجليزي فتخضع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل على أساس أن ذلك المكان هو الذي ترتكز فيه حياة الطفل وعلاقته بالغير.[1]

5-التشريع العراقي:

كان موقفه مميزا، وذلك بجمعه المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية ووسائل والواجبات ما بين الآباء والأولاد، بقاعدة إسناد واحدة وإخضاعها لقانون الجنسية الأب بموجب المادة 04/19 من قانون المدني العراقي، وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة. وقد كرس القضاء العراقي هذا المبدأ في إسناد العلاقة الخاصة بالحضانة إلى قانون الجنسية الأب في قضيه تتعلق بزوجين مصريين مسيحيين يعملان في العراق، رفعت الزوجة أمام

[1] – برايرية عائشة و لعبسي نصيرة، مرجع سابق، ص26-27.

المحكمة الشرعية في الموصل الدعوى تفريق ضد زوجها، وإثناء النظر القاضي في دعوى أشهرت الزوجة إسلامها أمام القاضي وصرحت به، وأسندت المحكمة الاختصاص التشريعي للقانون المصري، وعرضت المحكمة الإسلام على زواجها فأبى ولم يقبل الدخول في الإسلام، وحكمت المحكمة لصالح الزوجة بحضانة الأطفال ميز الزوج الحكم أمام المحكمة التمييز، التي صادقت على القرار المحكمة الشرعية في الموصل.[1]

ثانيا: دور اتفاقيات الدولية في حل مسألة الحضانة في زواج المختلط

1- اتفاقية لاهاي لسنة 1961:

نجد اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 1969 / 02 / 04 ، تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، على أساس أنّ ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقاته بالغير، لأنّ فلسفة اتفاقية لاهاي جاءت أساسا لحماية الطفل ذاته وتحديد الضمانات القانونية لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين دون الاهتمام لشروط الشخص الحاضن، ونجد القانون الإنجليزي أيضا تأثر بنفس الاتجاه، الّذي أخذت به اتفاقية لاهاي وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل.[2]

2-اتفاقية تنائية المبرمة بين الجزائر و فرنسا:

نصت الاتفاقية الثنائية المبرمة بين البلدين على أن الجزائر وفرنسا ورغبة منهما في دعم التعاون القضائي وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال وحرية تنقلهم بين البلدين وإقناعا منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هما في حالة انفصال، عقدت حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية

[1] – امحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيا الدولية و التشريعات العربية المقارنة، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد11، عدد2،ص 592-593.

[2] – المكي صلوح و شهرزاد، مرجع سابق، ص178-179.

الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية اتفاقية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.[1]

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة بالنظر لما جاء في هذه الاتفاقية من نصوص التي تنصب كلها حول حماية الطفل المحضون ،لا نجد نص صريح يشير للقانون الواجب التطبيق على الحضانة، ولكن بالرجوع لنص المادة 5 من الاتفاقية التي تشير للمحاكم المختصة بنظر نزاعات الحضانة،ألا وهي الجهة القضائية التي توجد بدائرة اختصاصها مكان مسكن الزوجين ،نجد إشارة ضمنية إلى القانون الواجب التطبيق على اعتبار أن أغلب الزيجات الجزائرية الفرنسية مقر إقامتها بفرنسا **75** ،،وعليه تطبيق قواعد الإسناد الفرنسية ،والملاحظ أن الاتفاقية تضمنت أحكام تمييزية لصالح الطرف الفرنسي على حساب الطرف الجزائري فالاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي فيستبعد القانون الجزائري ويطبق الفرنسي، فالاتفاقية من هذا المنظور جاءت لا تخدم سوى مصلحة الأم الفرنسية التي غالبا ما تمنحها المحاكم الفرنسية حق الحضانة استنادا إلى قواعد القانون الفرنسي المتعلقة بتنازع القوانين[2].

أما بالنسبة لبقية الدول العربية، فهناك اتفاقية ثنائية مبرمة بين المملكة المغربية ومملكة اسبانيا بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال 106، وكذلك الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المغربية وجمهورية فرنسا والمتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي107 ، بالإضافة إلى المعاهدة الثنائية بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية المنعقدة بتاريخ 1998/05/27، وكذا الاتفاقية التونسية الفرنسية لعام 1982 المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة،[3] و أيضا الاتفاقية المغربية البلجيكية لعام2002.

---

[1] – المكي صلوح و شهرزاد عبدالله، مرجع سابق، ص179.

[2] – برايرية عائشة و لعبسي نصيرة، مرجع سابق، ص32–33.

[3] – المكي صلوح و شهرزاد عبدالله، مرجع سابق، ص180.

من خلال ما سبق التعرض له، توصلنا إلى انه نظر لاختلاف التشريعات وتضارب أرائهم، عقدت اتفاقيات ثنائية وجماعية لتقليل من هذا المشكل، وتسهيل الحل على الدول المنتمية إليها، حيث أكدت هذه الاتفاقيات على تحقيق المصلحة الطفل قبل كل شيء، كما تنوعت إحكام الحضانة بين الدول العربية بين التشريعات ووضعت قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وأخرى لم تضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في حالة زواج مختلط، بل اكتفت بإدراجها ضمن قاعدة الإسناد الخاصة بآثار فك الرابطة الزوجية مثل ما رأينا في القانون المصري والتشريع الفرنسي.

الفصل الثاني

الآثار القانونية المترتبة عن الحق الحضانة وسبل الانقضاء

الحضانة تعتبر كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية،ومن شانه إن يرتب إسناد حضانة الأطفال لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها شرعا و قانونا ،ولعلها تكون الأم مبدئيا لكونها الأنسب والأجدر بها وينتج عن ذلك أثر فتتطلبها ممارسة الحضانة ،لكون تربية المحضون ونشأته السوية تستوجب مسؤولية شاقة و مجهودات كبيرة خاصة الجانب المادي،لان العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لابد منها، فالغرض من الحضانة هو العناية المحضون وحفظه على الوجه المطلوب، إلا أن هذه الإلتزامات المتبادلة لا تكون أبدية باعتبار أن الحق في ممارسة الحضانة ليس كذلك فهو ينتهي إما مؤقتا وذلك بسقوطها عن مستحقها إذا توافرت موجبات لذلك ، وإما نهائيا بانتهاء مدة معينة.

وهذا ما سنحاول التعرف عليه في هذا الفصل من أثار القانونية و كذا أسباب انقضائها فقها و قانونا، بعد ما تعرضنا في الفصل الأول كل ما يتعلق بمفهوم الحضانة،من تعريفات و مميزات، وكذا شروط استحقاقها وترتيب مستحقيها، وقد تمت دراسة الموضوع من وجهة نظر شرعية و تشريعية.

المبحث الأول: الالتزامات القانونية عن الحق الحضانة

الحضانة من الأعمال التي تتطلب من الحاضن بذل العناية اللازمة لرعاية المحضون والقيام بتربيته و إعداده الإعداد الصحيح حتى يبلغ السن التي تمكنه من الاعتماد على نفسه الأمر الذي يتطلب بالطبع جهدا بدنيا ونفسيا . و من جانب أخر فإن الحضانة الصغير و رعايته تستلزم نفقات معينة لغرض إعداد الصغير و الإيفاء بكافة متطلبات وهذا يعني إن من يقوم بالحضانة لابد له من مورد مالي يستطيع منه الإيفاء بهذه المتطلبات و النفقات،[1] و إذا كان معنى الالتزام ينصرف إلى الحقوق والواجبات ، ونظرا لما تتطلبه الحضانة من مجهودات مادية ومعنوية في سبيل رعاية المحضون وتربيته وتنشئته التنشئة القويمة، ولهذا سنبين أهم حقوق الولد المحضون التي يسعى المحضون له لضمانها تحقيقا لمصلحة المحضون (كالمطلب الأول)، ثم نبين الوجبات الحاضن اتجاه المحضون في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقوق الولد المحضون

ينشأ لكل طفل منذ ولادته حاجات وحقوق على والديه، ويحصل منهما على تلك الحقوق بصورة عفوية بحكم رابطة الأبوة الأمومة، ولكن في حالة النزاع بين الأبوين وتفرقهما قد تضيع حقوق الطفل بينهما، فيلجأ الحاضن إلى المحكمة ليفصل القاضي بها وفقا للأحكام الواردة في قانون والأحوال الشخصية الواجب التطبيق على النزاع، وبشكل عام يمكن تلخيص حقوق وحاجات المحضون على والديه التي وردت في القوانين المقارنة،[2] ولذلك سنبين حقوق المحضون من خلال فرعين، فرع يتعلق بالنفقة وأجرتها، وفرع آخر بتوفير السكن.

[1] – حميد سلطان علي الخالدي ،الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013،ص222.

[2] – أحمد رجوب، أحكام الحضانة في القوانين العربي و الأجنبية، ط1، دار العماد للنشر التوزيع، سوريا،2019، ص 55.

الفرع الأول: الالتزام بالنفقة الحضانة

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى النفقة أولا، ثم أجرة الحضانة ثانيا

أولا: نفقة المحضون وفقا الشريعة الإسلامية

1-تعريف النفقة:

أ- **لغة:** الدراهم و نحوها من الاموال.[1]

ب- شرعا: هي كفاية من يمونه طعاما وكسوة وسكنى وما يتبع ذلك[2]. وقد اتفق فقهاء المسلمون على وجوبية نفقة الأب الموسر على ولده، و قد نقل ابن منذر إجماع أهل العلم على ذلك فقال:" و أجمعوا على إن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم"،[3] واستدلوا بقوله تعالى:﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[4] نفقة المحضون على أبيه، فإن كان الأب معسراً أُنفق على المحضون من ماله، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه نفقته، ولا تسقط عنه إلا بأداء أو إبراء.

كانت آراء الفقهاء حول هذه المسألة نحو التالي:

- يرى المالكية بأنه :يجب على والد المحضون أن يدفع للحاضنة سواءً كانت أم أو غير أم، ما يحتاج إليه الولد من نفقة وغطاء وكسوة ونحوه، وليس للأب أن يقول لها أرسليه ليأكل عندي ثم يعود إليك، لأن ذلك يعود بالضرر على المحضون والحاضنة[5].
- قال الحنفية، فيما يخص نفقة الأولاد أنه" لا فرق بين أن يكون الولد ذكرا أو أنثى، فإن كان ذكرا فإن نفقته تجب على أبيه وذلك إذا لم يكن للولد مال، أو لم يبلغ الحلم".

---

[1] – صالح بن فوزان بن عبدالله الفوزان ، إعانة المستفيد بشرح كتاب التوحيد ، ج2، مؤسسة الرسالة ، ط2002،3، ص448

[2] – انظر إلى موقع:http://www.al-eman.com ، بتاريخ2023/05/16، سا: 12:21.

[3] – جمال الديب، نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية،المجلد11، العدد1، 2019، ص17.

[4] – سورة البقرة، الاية 233.

[5] – صبرين مشطن و ربحة شرع، أحكام الحضانة بين الفقه و التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية،48،2022.

- أما الشافعية ، قالوا "تجب للولد على أبيه النفقة، وذلك أن يكون الابن صغيرا وحرا فإن مملوكا فنفقته على مالكه".[1]
- قال الحنابلة، انه "تجب النفقة للأولاد على أبيهم، وذلك إن يكونوا فقراء وحرين".[2]

اتفق أغلب فقهاء الفقه الإسلامي على أن نفقة الأولاد كأصل تكون من مالهم إذا كان لهم مال، أما إذا لم يكن لهم مال فإن نفقتهم واجبة على أبيهم سواء كانوا معه أو مع غيره، وبالتالي إذا تولت المرأة بعد الطلاق حضانة الأولاد وجب على الأب أن يقوم بالإنفاق عليه.

ومن شروط وجوب الإنفاق على أولاد وهذا اغلب ما اتفق عليه جمهور الفقهاء:

- أن يكون الطفل فقيرا، فإن لم يكن فقيرا فنفقته من ماله، لأن الأصل أن نفقة الإنسان على نفسه سواء كان صغيرا أو كبيرا، أو أنثى أو ذكرا، فإن كان له مال فينفق عليه من ماله، ولا يجب على أحد الإنفاق عليه.[3]
- أن يكون الأب قادرا على الإنفاق عليهم وتتحقق قدرة الأب على الإنفاق بأخذ أمرين اليسار و القدرة على الكسب بأن يكون له عمل يفي كسبه بحاجته وحاجة أولاده[4].
- أن يكون الطفل عاجزا عن الكسب بعد البلوغ، لأنه إذا كان قادرا على الكسب، فنفقته من كسبه، ولا يعتبر في ضرورة يتعرض فيها للهلاك إذ لم ينفق عليه.

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها و إلى أن يبلغ الولد حتى يكون قادرا على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزا عن الكسب بسبب عاهة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.[1]

---

[1] – عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على مذاهب الأربعة،دار الكتب العلمية،ج5،ط2،لبنان،2003،ص514.

[2] – مرجع نفسه.

[3] – غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر1،2018، ص285.

[4] – عادل شباب، حضانة الطفل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الإفريقية ادرار،2011،ص 80.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من حق النفقة:

فالأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب، رغم أن الأصل هو أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله، إن كان له مال وإلا فالأب يلزم بالنفقة وقد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في **المادة 75** من قانون أسرة الجزائري التي تنص على أن:" **تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب."**[2]

ويفهم من النص أنها تستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها و إلى أن يبلغ الولد حتى يكون قادرا على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزا عن الكسب بسبب عاهة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.[3]

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا انه:" من المقرر قانونا انه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب".[4]

وملاحظ أن المشرع قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، حيث أوجب أن تكون نفقة الولد على أبيه، غير أنه إذا كان للولد مال فينفق عليه من ماله هو فإذا كان ذكرا ينفق عليه إلى حين بلوغه سن الرشد إن كانت أنثى فالنفقة تستمر إلى غاية الدخول بها ولعل الاختلاف الذي وقع بين الفقهاء هو حول ما يدخل

---

[1] –موريس صادق، قضايا النفقة و الحضانة و الطاعة معلقا عليها بأحدث أحكام القضاء و النفقة في مصر و الدول العربية، دار الكتاب الذهبي، القاهرة،1999، ص28.

[2] – قانون رقم 84–11 ، مؤرخ في 1984/06/09 ، متضمن قانون الأسرة، معدل و متمم ، بالأمر رقم05–02، المؤرخ في2005/02/27.

[3] –موريس صادق، قضايا النفقة و الحضانة و الطاعة معلقا عليها بأحدث احكام القضاء و النفقة في مصر و الدول العربية، دار الكتاب الذهبي، القاهرة،1999، ص28.

[4] – الغوثي بن ملحة، قانون اسرة على ضوء الفقه و القضاء، ج1، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة،2015، ص185.

ضمن مشتملات النفقة،[1] وفقا لما ورد في المادة 78 ق.أ على أن :" **تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**"[2]

و يفهم من نص المادة سالفة الذكر أن المشرع عرف النفقة من خلال مشتملاتها فبين أنها تشمل الغذاء و ملابس و العلاج و السكن أو اجرته، فلعبارة التي أضافها المشرع"...و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة" فقد فعل الصواب لكي لا يحصر النفقة فيما سبق بل ترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون[3].

أما إذا أعسر الأب عن النفقة وعجز عنها، ولم يستطع توفيرها، بأن أصيب بعاهة، أو مرض يمنعه من الكسب، أو فقد عمله وأثبت بأنه بحث عن العمل ولم يجد...، وكانت الأم موسرة قادرة، فإن واجبَ النفقة على أولادها ينتقل إليها لتتحمل كل تبعاتها حرصا على حياتهم، وضمانا لرعايتهم، كما أنها أولى الناس بفعل ذلك،[4] وهذا ما ورد في المادة 76 من ق.أ.ج ، حيث نصت على ما يلي: " **في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك** "، فيفهم من خلال النص المادة المادة أن المشرع نقل واجب النفقة على الأبناء من الأب إلى الأم حال إعسار أبيهم بشرط قدرتها على ذلك، فإنها إن لم تكن قادرة، فسينتقل هذا الواجب إلى غيرها من أقارب الأولاد الآخرين.

وهذا ما ورد في قرار المحكمة العليا الذي مفادها أنه:" تجب نفقة الأولاد بعد الأب على الأم، إذا كانت قادرة ولها دخل، ولا تنتقل إلى الجد إلا إذا كانت الأم بدون دخل، و ذلك طبقا لأحكام المادتين 76 و 77 من قانون الأسرة، وهذا في حالة إثبات الإعسار الفعلي للأب"[5]

---

[1] – أيت عكوش وزنة و بن كرو نوال، الحضانة دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة المستر تخصص قانون خاص، كلية الحقق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية،2013، ص31.

[2] – قانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[3] – بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، مجلد4، العدد02، 2019، ص237.

[4] – جمال الديب، مرجع سابق،ص22

[5] – ملف رقم 390381، قرار بتاريخ 2007/05/09، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 2،2008، ص295.

تحديد النفقة في القانون يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي المختص مع مراعاة حال الطرفين، كأن يقدر له شهريا، أو أسبوعيا أو نحو ذلك ، ويراعي فيها ظروف الزمان و المكان ووسع الزوج وحال الزوجة.[1] فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها إلا بتحقق الإنفاق عليه .و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه ":يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

القاضي وحده الذي له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا كما أنه ليس للأب أن يدفع المبلغ الذي يحدده هو بنفسه، ومع ذلك بإمكان الأب إذا كان مقتدرا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاء و لكن ليس له أن يمنحه أقل من ذلك[2].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها قرار الصادر بتاريخ 1999/03/16:

"من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين و ظروف المعاش.

ولما كان ثابتا _في القضية الحال _أن القرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفين و أجاب على أن النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون و أن عدم الأخذ بشهادة الصادرة عن البلدية تصادق فقط عن إمضاء الشاهدين، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.[3]

---

[1] – نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي(مادة بمادة) على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية و الاجتهاد القضائي ، ط3، دار هومة، الجزائر، 2018، ص278.

[2] – بن اود حنان ، مرجع سابق، ص238.

[3] – الملف رقم216886 ، قرار بتاريخ16-03-1999، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة قضائية عدد خاص، 1992، نقلا عن حدادة هبة و عريبي أيمان، رعاية مصلحة المحضون بين النص قانوني و الاجتهاد قضائي، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة8 ماي 1945 قالمة، 2022، ص 48.

وقد أقرت المحكمة العليا في قررها أنه من مقرر قانونا إن عدم الإطلاع على الوضعية المادية و الاجتماعية للزوج، وعلى مرتبه الشهري و إغفال ذكر السندات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يجعل القرار يستوجب النقض.[1]

وقد أكدت المحكمة العليا في معظم قراراتها الحديثة على وجوب إنفاق الأب على ابنه المحضون حسب حاله ولا يمكن له التذرع بشهادة عدم العمل لإعفائه من النفقة على أولاده والأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد وكذلك فإن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي.

ثالثا: موقف التشريعات المقارنة من حق النفقة

نصت القوانين العربية على حق النفقة للمحضون، وفقا للقاعدة العامة التي تقول:" أن نفقة كل إنسان تكون بالأصل من ماله" و أن" نفقة المحضون الذي ليس له مال تكون نفقته على ابيه"، وأما إذا كان الأب معسرا، فقد وجدت بعض الاختلافات في النصوص حول تكليف الشخص الذي يلي الأب في نفقة المحضون، فنص بعضها على وجوبها على الأم الموسرة، ونص بعضها الآخر على وجوبها على الجد لأب أو على من يليه حسب ترتيب الإرث.[2]

1-بالنسبة للمشرع المصري:

تضمنت المادة17 مكرر2 من القانون 20 لسنة1929 المعدل بالقانون100 لسنة1985 النص التالي: " إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه. تستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها و إلى أن يبلغ الولد حتى يكون قادرا على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزا عن الكسب بسبب عاهة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.

---

[1] – ملف رقم21823، قرار بتاريخ 1980/12/15، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ،العدد1981،2، نقلا عن بلحاج لعربي، قانون الاسرة مع تعديلات الامر02/05 معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، جزائر،2007.

[2] – أحمد رجوب ، مرجع سابق، ص59-60.

و يلتزم الأب بنفقة أولاده و توفير المسكن لهم بقدريساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم."[1]

وفقا لقانون الأحوال الشخصية، فإنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه، و يلتزم الأب بنفقة ابنه حتى يتم سن 15 سنة، ولكن تبقى نفقته واجبة بعد تلك السن على أبيه إذا كان الابن لا يستطيع الكسب بسبب إعاقة مرضية أو بسبب طلب العلم والدراسة أو إذا لم يتيسر للولد مصدرا للكسب ينفق منه على نفسه.[2]

وحال إذا كان الأب معسراً، فلا ينتقل وجوب النفقة إلى غيره بل يبقى الوجوب عليه، ولكنه لا يكلف بالأداء بل تكلف الأم بالإنفاق إن كان لها مال ويكون ما تنفقه ديناً على الأب ترجع به عليه إذا أيسر، فإن لم يكن للأم مال كلف من يليها فلا ترتيب من تجب عليهم النفقة وهو الجد لأب بالإنفاق ليرجع على الأب إذا أيسر كذلك .

2-بالنسبة للمشرع المغربي:

قنن المشرع المغربي أحكام نفقة الأولاد ضمن الباب الثالث تحت عنوان: نفقة الأقارب خصص له فرع عنونه: النفقة على الأولاد، وذلك في المادتين 198 و199 من م.أ.م ، كما تناول نفقة الطفل المحضون في القسم الثاني من المدونة ضمن الباب الأول في مادتين[3].

إن النفقة على الأولاد واجب عمى الأبوين طبقا للمادة 197 من مدونة الأسرة، والتي تنص:" تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة و العشرين بالنسبة لمن

[1] –موريس صادق، قضايا النفقة و الحضانة و الطاعة معلقا عليها بأحدث احكام القضاء و النفقة في مصر و الدول العربية، دار الكتاب الذهبي، القاهرة،1999، ص28.

[2] – أحمد رجوب ، مرجع سابق، ص 199.

[3] – مباركي كهينة و تكفة إلهام، نفقة الأولاد دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون(قانون الاسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية)، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية،2017، ص 15.

يتابع دراسته. وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها. وتستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة و العاجزين عن الكسب".

ويتضح من خلال المادة أن يلتزم الأب بالإنفاق على أولاده إلى حين بلوغه سن الرشد الذي حدده المشرع في ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة في المادة 209 من مدونة الأسرة. إلى أن هذا السن لا يبري ذمة الأب من الإنفاق في حالة بلوغ الإبن سن الرشد، بل ينفق عليه متى كان معوزا. بل إلى حين تدير أمره كمن يتابع دراسته حتى يتسنى لهم التحصيل العلمي دون إرهاق إلى حين بلوغهم الخامسة والعشرين سنة.

أما بالنسبة للبنت فحدد لها شروط خاصة نظرا لما تفرضه الأعراف والعادات السائدة في مجتمعنا، حيث علق واجب النفقة عليها على شروط سقوطها وهي، إما أن تتوفر على كسب كأن تعمل ويصبح ليا دخل قار، أو بزواجها حيث تنقل النفقة إلى الزوح، وهي من واجبات هذا الأخير على زوجته، وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية بالرباط في حكم رقم1250 بتاريخ 31 ماي 2002، أما بالنسبة للأبناء المعاقين والعاجزين عن الكسب، فإن واجب النفقة عليهم لا يسقط، بل تستمر إلى حين الوفاة.[1]

3-بالنسبة للمشرع التونسي:

تناول المشرع التونسي أحكام النفقة في الكتاب الرابع تحت عنوان: أحكام من تجب لهم النفقة بموجب القرابة، فقنن أحكام نفقة الأولاد في ثالثة فصول، من الفصل 46 إلى الفصل 48 كما خصص فصل 53 مكرر ضمن الكتاب الخامس لنفقة الأولاد بعد فك الرابطة الزوجية.

فافي الفصل46 نص على أن :" تستمرّ الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلمهم، على ألاّ يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم

[1] – نور الدين الطوخ و صابر الدراج، أحكام النفقة في التشريع المغربي و المقارن، بحث مادة قانون الأسرة الفصل الأول ، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة محمد الخامس بالرباط،2018، ص7.

يتوفّر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها. كما يستمر الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن سنّهم".و في الفصل 47 "على الأب أن يقوم بشؤون الإرضاع بما يقتضيه العرف والعادةّ إذا تعذّر على الأم إرضاع الولد".

4-بالنسبة للمشرع الفرنسي:

بينت المادة371 مكرر2[1] من قانون المدني الفرنسي، أن نفقة الولد تكون على الأبوين بنسبة موارد كل منهما و حسب حاجة الطفل، و لا يتوقف الالتزم بالنفقة بمجرد بلوغ الولد سن الرشد، بل يستمر واجب الأبوين بالنفقة على الولد إذا كان بحاجة للنفقة، و من يعارض ذلك عليه مراجعة المحكمة حتى يصدر حكم بعدم توجب النفقة.[2]

وبينت نص المادة 373 مكرر2،[3] من نفس القانون أن في حال الانفصال بين الوالدين و بينهما الطفل ، تأخذ المساهمة في إعالته و تربيته وتعليمه في شكل نفقة مدفوعة حسب الأحوال ، من أحد الوالدين إلى الآخر أو إلى الشخص آخر أسندت إليه مهمة العناية بالطفل.

إن طرق و ضمانات هذه النفقة تحدد بموجب اتفاقية مصادق عليها من قبل القاضي ، ويمكن لهذه النفقة أن تأخذ كليا أو جزئيا شكل الالتزام المباشر بالمصاريف المفروضة لمصلحة الطفل،أو يدفع كليًا أو جزئيًا في شكل حق الاستخدام والسكن.

---

[1] -Art. 371-2 (Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse *(L. nº 2019-1480 du 28 déc. 2019, art. 8)* «de plein droit ni lorsque l'autorité parentale ou son exercice est retiré, ni» lorsque l'enfant est majeur. *WWW.DALLOZ.FR*.

[2] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص252.

[3] - Art. 373-2-2 (L. nº 2019-1446 du 24 déc. 2019, art. 72-I-1º) «I. —» En cas de séparation entre les parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié.

«Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par:

«1º Une décision judiciaire;..... Cette pension peut en tout ou partie prendre la forme d'une prise en charge directe de frais exposés au profit de l'enfant ou être, en tout ou partie, servie sous forme d'un droit d'usage et d'habitation.*WWW.DALLOZ.FR*.

فعلى الوالدين أن يوقعون اتفاق يتضمن النفقة الاسره بكافه فروعها منعا نفقة الطفل المحضون وتستمر هذه الالتزامات بعد الانفصال ، وفي حال عدم وجود الاتفاقية لأي سبب يجب على الوالدين مراجعه المحكمة ليحدد القاضي الالتزامات كل منهما اتجاه المحضون في النفقة والسلطة الو الدية بموجب اتفاقيه يصادقها أو بموجب حكم[1].

وفي المادة373-2-5،[2] أكدت على وجوب الاستمرار النفقة للولد الذي لا يستطيع الكسب حتى بعد بلوغه سن رشد،و أن يطلب من الوالد الآخر أن يدفع له مساهمة في إعالته وتعليمه ،و يمكن للقاضي أن يقرر أو أن يوافق الوالدان على أن تدفع هذه المساهمة كليًا أو جزئيًا في يد الطفل. و يلاحظ أن في قوانين سابقة الذكر أنها اتفقت على اعتبار الغذاء و الكسوة إحدى مشتملاتها و أولها إلحاحا، فالحاجة إلى القوت لا تحتاج غلى عناء إثبات، إذ لا يمكن للمرء أن يعيش بمعزل عن الطعام و الشراب، أما اللباس فهو معافاة للبدن، يقي الجسد من برد الشتاء و حرارة الصيف، و هو أيضا ستر للعورة.[3]

والجدير بالذكر أن كل من فرنسا و مصر و تونس دول تعتمد على الصندوق لضمان دفع النفقة المستحقة قانونا ، إذ يتم إنشاء هدا الصندوق في إطار قانون المالية ، على أن يحِّل الصندوق محل الدائن بالنفقة و تخوّل له جميع الطرق و الوسائل القانونية المجدية و الفعالة لتحصيل المبالغ التي يكون قد دفعها للدائن الأصلي بالنفقة وهذا حسب قرار المحكمة العليا أهم ما جاء فيه أنه من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش ,

[1] –أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 256.

[2] -Art. 373-2-5 Le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou partie entre les mains de l'enfant.

[3] - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية،لبنان،2008،ص139.

أما الشهادة الصادرة عن البلدية والمقدمة من طرف الطاعن لا يمكن الأخذ بها كدليل على وضعيته انه عاطل عن العمل لأن هذه الشهادة تصادق فقط على إمضاء الشاهدين.[1]

الفرع الثاني: التزام بتوفير المسكن

الأصل إن مسكن الزوجية هو مسكن الحضانة بالنسبة للام الحاضنة طالما كانت الزوجية قائمة،أو كانت المرارة مطلقة رجعية أو معتدة من طلاق بائنا،[2] فإذا كانت النفقة أثر من آثار الطلاق فإن توفير سكن للحاضنة لممارسة الحضانة يعتبر جزء من الحضانة وذلك حماية لحقوق مصلحة ومن هنا سنحاول معرفة موقف فقهاء الشريعة**(أولا)**، ثم موقف المشرع الجزائري**(ثانيا)**، ثم مواقف باقي التشريعات **(ثالثا)** .

أولا :الموقف الشريعة الإسلامية من مسكن الحضانة

اختلف موقف الفقهاء حول أحقية وعدم أحقية المحضون في السكن لهذا لابد من التعرف على موقف كل منهم:

1-عند المالكية

اتفق المالكية على أن السكن واجب على الأب فيما يخص المحضون، واختلفوا فيما يخص الحاضنة،[3] ومنهم من قال أنها على المعسر بمعنى أن الحاضنة إذا أيسرت دون الأب لم يكن على الأب سكنى، و إن أيسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء.

---

[1]- قرار رقم 216886 بتاريخ 16 مارس 1999 , الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية, عدد خاص الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001, ص 203 .

[2]- محمد كمال الدين، أحكام الاحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية و تشريعية و قضائية،ج2 ، دار منشاة المعارف، مصر،2001، ص228.

[3]- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006 ، ص262.

وقال الإمام سحنون سعيد التنوفي: " إن سكنى الطفل على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها، ويكون توزيع الأجرة بين أب المحضون ونصفها على الحاضنة"، وقيل أيضا إن الأب إذا كان في مسكن يملكه أو يستأجره ولو كان ولده معه لم تزد عليه في الأجرة، فلا شيء عليه، لأنه ضرورة عن دفع الأجرة في سكناه، وإن كان يزداد عليه في الكراء أو عليها هي لأجل الولد.[1]

أما بالنسبة للحاضنة ففريق قال بأن سكناه أيضا على من عليه نفقة المحضون، وفريق قال بل عليها هي سبب الاجتهاد فيما تتحمله ويتحمله المحضون أو على قدر الرؤوس.[2]

2-عند الحنيفية

لفقهاء الحنفية خلاف في وجوب توفير مسكن الحضانة للصغير على من تلزمه النفقة، وقد أراد ابن عابدين أن يوفق بين القولين بالوجوب وعدمه، فرأي في رد المختار أنه إن كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها لم يلزم المسكن لعدم احتياج الطفل إليه.[3]

وردت عبارته في رسالة" الإنابة "تنص على عدم اللزوم متى كان للحاضنة سكن دون تقييد بإمكان سكناها مع الولد فيه، وبتمحيص نصوص الفقه يتبين أن الأوجه فيه هو لزوم أجرة مسكن الحضانة، ولو كانت الحاضنة تملك مسكنا تسكنه فعلا هي والصغير، لأن المسكن من أنواع النفقة الواجبة للصغير.[4]

3- عند الشافعية والحنابلة:

اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة على حق الصغير الفقير في أجرة السكن على أبيه إن كان

---

[1] – كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أوكلي محند او لحاج بويرة، 2013، ص60.

[2] – كربال سهام، مرجع سابق، ص60.

[3] – أيت سعيد حياة، احكام ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة المستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة اوكلي محند أو لحاج بويرة،2015، 66.

[4] – نبيل صقر ، مرجع سابق، ص262.

موسرا، فكما تجب عليه أجرة الحضانة وأجرة الرضاع تجب عليه أجرة المسكن أو إعداده إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير، وهذه الأجرة تجب في حين قيام الحاضنة بها وتكون دينا في ذمة الأب لا يسقط إلا بالإبراء أو بالأداء فالمقرر شرعا أن أجرة المسكن من أجرة الصغير.[1]

ثانيا:الموقف المشرع الجزائري

بعد تعديل قانون الأسرة وضع المشرع نصا خاصا جاعلا حدا لكل اجتهاد أو تفسير، حيث نص صراحة في نص المادة 72 المعدلة و المتممة بالأمر 05 – 02المؤرخ في 2002/02/27 على أنه:" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".[2]

ونستخلص من هذه المادة أن توفير سكن لممارسة الحضانة لازم و لصيق بها ، إذ هو المجال و الإطار الذي ينشأ فيه الطفل و يُرعى و يربى وهو المكان الذي يتطلب لتحقيق مضمون الحضانة ممّا نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة المعدل و المتمم .

وأكدت المحكمة العليا المبدأ الوارد في المادة 72 من قانون الأسرة المعدل و المتمم بإلزام الأب بتوفير سكن للحضانة أو دفع أجرته ، و ذلك بالقرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية الذي مفاده أن :"عدم الاستجابة لطلب الطاعنة في تخصيص سكن لها لممارسة الحضانة أو منحها مقابل لإيجار سكن ، رغم القضاء لها بعد الطلاق بنفقة العدّة و نفقة إهمال و تعويضها عن الطلاق و الحكم لها بنفقة الأولاد المحضونين ، إلا أنّه و حسب المادة 72 من قانون الأسرة فإنّه

[1] – كربال سهام، مرجع سابق، ص61

[2] – قانون رقم 84–11، المعدل و المتمم، مرجع سابق

يقع على عاتق الأب أن يوفر للمحضون سكنا أو أجرته مما كان يستوجب على القضاة أن يحكموا لها بالسكن أو بأجرته".[1]

وقد أثار الجدل حول فقرة الأخيرة في المادة72 ، فكانت محل انتقاد الكثير من القانونيين و من بين هذه الانتقادات، أنه في حالة عدم امتلاك الأب لمسكن آخرأي في حالة المسكن الوحيد، فإن تطبيق هذه الفقرة سيؤدي إلى تشرد، الانتقاد الثاني هو ما أتى به الأستاذ عبد العزيز سعد وهو أن تطبيق هذه الفقرة أمر يكاد يكون مستحيلا لأن الزوجة عادة ما تخرج من البيت الزوجية بمجرد طلاقها فلا يمكن تصور بقائها في بيت طليقها إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن.[2]

ومن بين انتقادات كذلك أنه استعمل مصطلح "بيت الزوجية" ليس في محله، بل الأصح بينت المطلق" لأن الزوجية صفة لشخصين مرتبطين بعقدة النكاح، وهو لم يعد كذلك بعد طلاقهما، و يمكن أيضا استبدال الزوجية بـ" بيت الولد المحضون" إذ أن العبارة أليق هي الأولى، لأن هذه المادة تعالج مسألة الحضانة.[3]

ويقصد المشرع بالسكن الملائم السكن الذي تتوافر فيه الوسائل المساعدة للعيش(المطبخ، الفراش، الكهرباء، غاز، ماء ...الخ، فبالرجوع للمادة "72" اشترط القانون على الأب أن يوفر سكنا ملائما للحاضنة ذلك أن المسكن هو المجال أو الإطار الذي ينشأ فيه الطفل ويتربى فيه وهو المكان الذي يتطلب التحقيق-الهدف من الحضانة ومضمونها حسب المادة 62 من قانون الأسرة[4].

ثالثا :موقف التشريعات المقارنة من المسكن الحضانة

1-مشرع المصري

2– ملف رقم 175646، قرار بتاريخ1997/11/25، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة ، العدد1997،56،

[2] – أيت عكوش وزنة و بن كرو نوال، مرجع سابق، ص 35.

[3] – تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص 161.

[4] – حليمة كرميش، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد بوضياف مسيلة،2017،ص 17

اتجه المشرع المصري في ظل أزمة الإسكان التي يمر بها المجتمع، إلى تدخل التشريعي لصالح الصغير وحضانته وجاء القرار بقانون رقم 44 لسنه 1979 في مادته الرابعة بنص على انه:" للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهيئ المطلق مسكنا آخر مناسبا، فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ قانونا".[1]

وقد آثار النص زوبعة من النقد الفقهي، ثم أوقفت المحكمة الدستورية العمل بقانون رقم 44 سنه 1979لعيوب فيه فسقط معه النص، وعاد المشرع بالتدخل مرة أخرى بصورة معدلة في القانون رقم 100 لسنة 1985 ونصت المادة 18 مكرره ثالثا بأن: " على الزوج أن يهيئ لصغاره من مطلقته و لحضانتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون الطلق مدة الحضانة.....فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن..."[2]

انتقد هذا التدخل التشريعي، وقالوا إن المقصود الأصلي منه ليس حماية مصلحة الصغير، و إنما تقييد حق الطلاق.[3]

و جاءت المحكمة الدستورية العليا فأصدرت حكمها بإلغاء هذا النص لمخالفته للدستور في حكم له أسبابه القوية، و أدلته الرصينة وبعد حكم محكمة العليا لم يعد لهذا النص مكان في التطبيق القضائي، وعاد أمر مسكن الحضانة يقضي به على أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، حيث تطالب الحاضنة التي لا مسكن لها بمسكن مناسب أو بأجرة مسكن، ويجب ذلك في مال الصغير إذا كان له مال، إلا يجب في مال أبيه.[4]

---

[1] – محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 228.

[2] – موريس صادرق، مرجع سابق، ص

[3] – محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 229

[4] – محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 229.

2- بالنسبة للمشرع المغربي

لقد أدخل المشرع المغربي نصا جديدا لم تعرفه المدونة من قبلن حاول بواسطته حل مشكل سكن المحضون وسد الفراغ التشريعي الذي كان سائدا، حيث كان القضاء يطبق الاحكام العامة المتعلقة بالنفقة.[1] فقد ورد في المادة168 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:" تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، وأن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه...."[2]

و ما يفهم من هذه المادة فقد ألزمت ولي المحضون في توفير مسكن الحضانة أو أن يدفع للحاضن أجرة مسكن، و منحت الحاضن الحق في استمرار الإقامة مع المحضونين في مسكن الزوجية بعد الانفصال حتى تتأكد المحكمة من توفير الولي لمسكن حضانة آخر مناسب.

حيث أن المشرع المغربي قد قدم حماية كبيرة و ضمان أوفر فيما يخص سكن المحضون، هذا من الجهة، وكما أنه متع القاضي بسلطة واسعة و أكبر مما كانت له، من جهة أخرى.[3]

ونصت الفقرة الأخيرة من المادة175،[4] على إعفاء ولي المحضون من تكاليف مسكن الحضانة و اجرة الحضانة في حال تزوجت الحاضن من زوج آخر و بقي المحضون بيدها.

و ما ينبغي ملاحظته أيضا هو إن المشرع لم يتوقف عند التزام الأب بتوفير مسكن للمحضون فحسب، و إنا أوجب أن يكون ذلك المسكن لائقا و هذا ما نستشفه من المادة[5]171 من نفس القانون.[6]

3- بالنسبة للمشرع التونسي

---

[1] – تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص 174-175.

[2] – مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[3] – تشوار حميدو زكية، مرجع سابق،ص 175.

[4] – نص المادة من مدونة الاسرة المغربية ".... زواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون و اجرة الحضانة، و تبقى نفقة المحضون واجبة على الأب".

[5] – تنص المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية على أن:"... مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة".

[6] – تشوار حميدو زكية، مرجع سابق،ص 175.

لقد أثارت مجلة الأحوال الشخصية منذ صدورها الإعجاب حتى أن كبار رجال القانون اعتبروها صرحا تشريعيا عظيما "Un monument législatif ،وقد بنى المشرع التونسي مجلة الأحول الشخصية على عدة مبادئ منها تكريس حرية الزواج وتحقيق المساواة في الطلاق الذي لا يقع إلا في المحكمة وضرورة مراعاة مصلحة المحضون عند البت في حضانته، وقد اهتم بها المؤسس الدستوري ورسمها ضمن الدستور التونسي. طالما أن مصلحة المحضون هي العنصر الجوهري لإسناد الحضانة ،فإن الحق في السكن بالنسبة للحاضنة حق مستقل عن النفقة والجراية العمرية ،فالمشرع أكد على استقلالية مؤسسة سكنى الحاضنة من خلال إدخال تنقيح جوهري في 04 مارس 2008 على أحكام الفصل 56من .م.ا.ش مع تدعيم حقها في السكن بمعية محضونها بجملة من الضمانات الإجرائية والمتمثلة في اعتبارها من المسائل المؤكدة التي يتعين على قاضي الأسرة الحسم فيها على الفور إلى جانب إقرار المشرع جملة من الضمانات المدنية والجزائية بإضافة المشرع للفصل 56مكرر من نفس المجلة.[1]

يهدف هذا القانون لحماية حق الحاضنة في السكن بمعيّة محضونها ومزيد توفير الحماية لها ولبقية عائلتها وبالتحديد "أطفالها" في مرحلتيّ ما قبل الطلاق وبعده حسب منطوق الفصل56 من مجلة الأحوال الشخصية و التي تنص على إن:" مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال و إلا فمن مال أبيه، و إذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون.
و يرتب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع المحضون حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق بزوال موجبه.

[1] – فؤاد العربي قدوري، سكني الحاضنة على ضوء مجلة الأحوال الشخصية التونسية، انظر إلى موقع: www.portal.arid.my، بتاريخ2023/05/19، سا15:22، فؤاد العربي قدوري، سكني الحاضنة على ضوء مجلة الأحوال الشخصية التونسية

وفي صورة إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون في المسكن الذي في تسوغه يستمر الأب على أداء معينات الكراء على زوال الموجب....."[1]

حيث أن التنصيص على إبقاء الحاضنة مع محضونها بالمسكن الذي هو على ملك الأب أو في تسوغه في صورة إلزامه بإسكانها مع المحضون، يهدف بالأساس إلى ضمان حق المحضون في الحفظ والبقاء في فضائه الأسري، مراعاة لمصلحته الفضلى وهو ما يشكل جانبا من المضامين التي تنطوي عليها رعاية الأسرة في إطار تكريس مبادئ اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل.[2]

3- بالنسبة المشرع الفرنسي

قضت المادة371 مكرر3،[3] على حق الطفل البقاء في المسكن العائلي، وجاء في المتن المادة أنه لا يجوز للطفل من غير إن والديه مغادرة المنزل العائلي ولا يمكن اخراجه منه إلا في حالات الضرورة التي يحددها القانون.

المطلب الثاني: واجبات الحاضن

بعد فك الرابطة الزوجية يبقى الابن عند أحد الوالدين أو غيرهما، مما يجعله يشتاق إلى أحدهما أو كليهما معا إذا كان الحاضن شخصا آخر غير والديه، لذا يجب الحكم لأحدهما أو لكليهما بحق زيارة المحضون عند أي شخص يكون حتى لا يؤثر طلاق والديه عليه و هذا ما تحدث عنه فقهاء الشريعة الإسلامية كما نص عليه المشرع الجزائري وباقي التشريعات و هذا ما سيأتي بيانه.

الفرع الأول: تمكين المحضون له من الزيارة

[1] – أمر مؤرخ في13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، المنشور في الرائد الرسمي ، عدد66 الصادر في 17 أوت 1956،المعدل و المتمم بالقانون عدد20 لسنة 2008 المؤرخ في 4 مارس 2008.

[2] – انظر على الموقع:*www.maitreimennasri.over-blog.com*

[3] -Art. 371-3 L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.*www.dalloz.fr.*

إن إسناد الحضانة إلى مستحقها ، و الذي يكون في الغالب للأم ، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، مما يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن والده وهذا يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة ، و عدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون ، و الزيارة على العادة لاتكون يومية ، بل يوما في عدد من الأيام ، لكن لابأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إن كان منزلها قريبا.

أولا: حق الزيارة المحضون في الفقه الإسلامي

لا يوجد في المسألة نص يحدد عدداً معينا أو زمناً معيناً لرؤية المحضون ومشاهدته، ومرجع الحكم فيها إلى الفقهاء، وما قرروه حول مدة الزيارة والمبيت كان حسب ظروف حياتِهم

و يرى المالكية أن لكل من الأم و الأب حق رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيرا، أما إذا كان كبيرا فلها رؤيته كل أسبوع مرة، و نفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ سن التعليم، أما بعد بلوغه هذه السن فله حق الرؤية و الإطلاع عليه من حين لآخر ليتولى تأديبه و تعليمه.[1]

كما يرون أن أجرة النقل على طالب الزيارة، و إن كانت الأم متزوجة و طلبت من والد المحضون أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد، فإن رفض فعليها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت سواء عند أبيه أو عند حاضنته.

- **أما الشافعية والحنابلة :**لقد فرق الشافعية والحنابلة في رؤية المحضون بين الذكر والأنثى، فإن كان المحضون ذكرا و اختار الأم، وكان في سن التمييز كان عند الأم ليلا وعند الأب نهارا ليعلمه ويؤدبه؛ لأن في هذا مصلحة للمحضون، أما لو اختار أباه فيبقى في حضانة أبيه ليلا ونهارا، ولا

[1] – كربال سهام ، مرجع سابق

يمنع من زيارة أمه، لأن منعه فيه عقوق بالوالدين وقطيعة الرحم وكلاهما محرمان فإذا مرض المحضون فإن الأم أولى بتمريضه سواء كان ذكرا أو أنثى، لأن لها قدرة كبيرة على التحمل والصبر لا يملكها غيرها.[1]

- **أما الحنفية** فقالوا إذا كان الولد عند الحاضنة فلأبيه حق رؤيته، كل يوم، وإذا كان الولد عند أبيه فلأمه كذلك رؤيته كل يوم إذا رغبت بذلك بشرط أن لا يضر بالأب أو المحضون.[2]

وعليه يلاحظ مما سبق، أن حق الرؤية أو زيارة الأبوين لمحضونهما هو حق مقرر شرعا، لأنه من باب صلة الرحم التي أمر الله بها .وإذا كانت المذاهب الفقهية الأربعة اشترطت في الحاضن أن يكون أمينا في دينه ، فإنهم لم يشترطوا هذا الشرط في طالب رؤية المحضون؛ كما ليس للأب أن يمنع الأم من رؤية ولدها إذا انتهت مدة الحضانة، بل يجب عليهما أن يتعاون في ذلك، وألا يتخذ من الولد وسيلة للانتقام بسبب خلافهما.[3]

ثانيا: حق زيارة في قانون الأسرة الجزائري

كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الأخر، الذي تسند إليه الحضانة ذلك تطبيقا لمضمون المادة 64 من قانون الأسرة، أما بعد تعديل أضاف المشرع المادة 57 مكرر وكذا نص المادة 442من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4].

وحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة و رعاية دائمة لمصلحة المحضون ، بل رتّب عقوبات جزائية لمن يُخلّ بهذا الحق ويعبث به حسب نص المادة **328** من

---

[1] –غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر1،2018، ص 136.

[2] – عادل موسى عوض، حقوق المحضون في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة الإسلامية و البحوث الأكاديمية. العدد76،ص184.

[3] – غضبان مبروكة، مرجع سابق،ص 137.

[4] – حدادة هبة و عريبي ايمان، رعاية مصلحة المحضون بين النص القانوني و الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص50.

ق.ع بأنّه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، و بغرامة من**500** إلى **5000** د.ج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة ، و كذلك كل من خطفه ممّن وكلت إليه حضانته ، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه ، أوعن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ، و تزداد عقوبة الحبس إلى **3** سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني " .[1] وتكرس

حق الزيارة في عدّة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية أنه : " متى أوجبت أحكام المادة **64** من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزّيارة ، فإنّه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرّة في الأسبوع لتعهّدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم ،و من ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر ، يكون قد خرق القانون ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

فالأصل أن الأوقات رؤية و زيارة الولد المحضون، مسألة مبنية على مرونة و التوسعة بين أصحاب الشأن بما يحقق مصلحة الصغير، وبعدم تحقق ذلك،[2] فترك المشرع تحديد أوقات الزيارة ، خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي أي هو الذي يحدد ما إذا كانت الزيارة مرة في الأسبوع أو مرتين ، غير انه لا يجب أن تكون مرات الزيارة قليلة ، إلى حد تضر بالصغير، فقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها ، أن الحكم بحق الزيارة مرتين في الشهر خرق للقانون ، ومن حق الأب زيارة أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع.

[1] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 385–386.

[2] – نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر الزواج المختلط الجزائري الفرنسي،مجلة الحقوق و العلوم الانسانية، مجلد11، عدد2،سكيكدة، 2018، ص 492.

و منه نستنتج أن القانون الجزائري، لم يأخذ برأي الفقهاء الذين قالوا بأن الوالدان فقط هما من لهما حق الزيارة، بل يمكن الحكم بهذا الحق لأحد الأقارب غير الأبوين.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا المبدأ أن زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة. [1]

ثالثا : حق الزيارة المحضون في التشريعات المقارنة

1- بالنسبة للمشرع المصري:

تناول القانون المصري حق الرؤية في المادة 20، حيث أنه لكل من الأبوين الحق في الرؤية الصغير أو الصغيرة و للأجداد عند عدم وجود الأبوين، ويكون تنظيم الرؤية اتفاقا و إلا يكون ذلك بحكم القاضي و في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا، ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا، وإذا امتنع من بيد الصغير تنفيذ الحكم أنذره القاضي و إن تكرر ذلك يجوز للقاضي أن يحكم بنقل الحضانة مؤقتا لمن يليه من أصحاب الحق فيها، ويرى المراقبون أن القانون يبتعد عن تحقيق الأهداف الرؤية ولا يحصل الاطفال على الفرصة الكافية من الرعاية الابوية، و تشجيعا للمحاكم بإطالة فترة الزيارة و الحكم بالمبيت.[2]

2-بالنسبة للمشرع المغربي:

كما نصت المادة 180على حق الرؤية في مدونة الأسرة المغربية على أن: "لغير الحاضن من الأبوين حق زيارة واستزارة المحضون".[3]

وما نلاحظه من خلال هذه المادة هو أن حق الزيارة مقرر لأحد الأبوين فقط، كما أضافت المادة 181من نفس المدونة[1]، أنه يمكن للأبوين أن ينضموا هذه الزيارة باتفاق بينهما، ويبلغان به المحكمة، وهو ما لم يقم به المشرع الجزائري.[2]

---

[1] – ملف رقم350942، قرار بتاريخ2006/01/04، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد1، 2006، ص 455

[2] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص91.

[3] - قانون رقم03-70، مدونة الأسرة مغربية، مرجع سابق

وجاءت المادة184[3] من مدونة، التي أجازت للمحكمة اتخاذ إجراءات مناسبة في تعديل نظام الزياة و فرض عقوبات منها إسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو الحكم المتعلق بالرؤية.

3-بالنسبة للمشرع التونسي:

تناولت مجلة الأحوال الشخصية حق الأبوين في رؤية المحضون، وذلك في الفصل66 الذي ينص: " الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه لزيارة فكلفه الزيارة عليه".

فقد اعترفت هذه المادة بصريح العبارة بحق الزيارة للطرف الذي لم تمنح له الحضانة، غير أنه إذا كان بعيدا عن المحضون وطلب نقله إليه، فإن تكاليف نقل المحضون يتحملها هو، ضف إلى ذلك جاء في الفصل 66 مكرر، و الذي أعطى حق الرؤية للجدين بحيث ينص:" إذا توفى أحد والدي المحضون فلجديه ممارسة حق الزيارة و يراعي قاضي الأسرة في ذلك مصلحة المحضون، ويبت في طلب الزيارة طبقا للإجراءات المقررة بالفصل المتقدم". [4]

4-بالنسبة للمشرع الفرنسي:

في النظام القانوني الفرنسي، يعتبر حق الزيارة للوالدين غير الحاضن حقا قانونيا و تعتمد مدته و ترتيباته على الظروف الفردية و مصلحة الطفل، حيث تهدف المحكمة إلى تحقيق التوازن بين حاجة الأطفال للتواصل مع كلا الوالدين و حاجة الأطفال للاستقرار و التكيف مع بيئة جديدة، إضافة إلى

---

[1] – المادة 181 :" يمكن للابوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما، يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة."

[2] – كربال سهام، مرجع سابق، ص40

[3] – المادة 184:" تتخذ المحكمة ما تراه مناسبا من إجراءات، بما في ذلك تعديل نظام الزيارة، و إسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الأتفاق أو مقرر المنظم للزيارة"

[4] –أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 189–190.

ذلك يتم تحديد ترتيبات الزيارة بناء على اتفاق الوالدين إذا توصلوا إلى اتفاق، وإلا فإن المحكمة ستتدخل لاتخاذ قرار نهائي بناء على مصلحة الطفل.

كما بينت المادة373/2-1[1]، حق الوالد الذي لا يمارس السلطة الوالدية بزيارة المحضون و إيوائه لديه، ولا يحجب هذا الحق عنه و إذا كانت هناك ضرورة يمكن للقاضي أن ينظم الزيارة بمكان ووقت محدد ليضمن استمرار علاقة الولد بوالديه، وعليه أن يبقى ملزما بواجب المساهمة بالنفقة.[2]

5-أما بالنسبة لباقي التشريعات: قد حرصت على تأكيد و إثبات حق الرؤية و الزيارة للأبوين أو لغيرهما من الأقارب كالأجداد. إلا أنها بشكل عام وردت قاصرة ولم تحقق الهدف منها، حيث اختزلت في عبارات عامة و نصوص قليلة غير واضحة، مما جعلت المحكمة تلجأ للرجوع إلى المصادر و الأحكام الفقهية التي أشار إليها القانون.

فنص القانون الامارتي على حق الأبوين في زيارة المحضون و استزارته و استصحابه وذلك حسب المادة 154.[3]

وفي القانون السوري أكد على حق الرؤية لكل من الأبوين لأولاده الموجودين بشكل دوري، وعند المعارضة تكون الرؤية بموجب طلب يقدم للمحكمة و يصدر القاضي قراره بالرؤية وينفذ فورا، ومن يتعنت و يخالف أمر القاضي بتنفيذ الرؤية يحكم عليه من قاضي التنفيذ بعقوبة الحبس بين ثلاثة أشهر وسنة.[4]

الفرع الثاني: التزام بالرقابة المحضون

إن التزمات الحاضن لا تتوقف عند القيام بواجب الحضانة ولا تمكين المحضون له من رؤية المحضون أو العكس، بل تتعداها إلى أكثر من ذلك، فيقع على عائق الحاضن التزام برقابة

[1]-Art. 373-2-1 Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents. L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves. *www.dalloz.fr.*

[2] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 256.

[3] – مرجع نفسه، ص 88.

[4] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 91.

المحضون و تحمل المسؤولية عن أفعاله الضارة بالأخرين، وعليه سنحاول أن نبين هذه المسؤولية وفقا مايلي:

أولا: شروط المسؤولية شخص الحاضن عن رقابة المحضون

هذه المسؤولية تقوم في حالة تولي شخص رقابة شخص آخر يحتاج إلى هذه الرقابة بسبب صغر سنه أو مرضه فهي قانونية كما في الحضانة أو اتفاقية، وهذا حسب نص المادة134 قانون الأسرة التي تنص:" كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".[1]

و يفهم من هذا المادة أنها تشترط لقيام المسؤولية توفر شرطين هما:

1-الالتزام بالرقابة:

بتطبيق نص المادة 134 من ق.م.ج على الحاضن ، فإنه لابد أن يلتزم هذا الأخير برقابة شخص آخر وهو المحضون، الذي يكون في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو بسبب آفة عقلية أو جسمية توجب وضعه تحت الرقابة للاعتناء به والقيام بشؤونه، ويكون حكمه حكم الصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ويدير شؤونه ويتولى رقابته، وهذا يعني أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا كان ملتزما برقابة المحضون، لأن وجود هذا الالتزام هو سبب مسؤوليته.

[1] – الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم إلى غاية القانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

والمشرع ذكر حالة الرقابة بسبب القصر بدون تحديد، وبالتالي فإن حكم المادة يطال كل شخص لم يبلغ سن الرشد كما حددته المادة 40 من ق.م.ج ب 19 سنة مع مراعاة مدة الحضانة المنصوص عليها في المادة 65 من ق.أ.ج.[1]

2-صدور عمل ضار ممن هو تحت الرقابة المحضون:

لقيام مسؤولية الحاضن يجب أن يصدر من الشخص الخاضع للرقابة المحضون فعل غير مشروع يصيب الغير، فإذا تحققت مسؤولية المحضون قامت بجانبها مسؤولية الحاضن على أساس الإهمال في الرقابة أو سوء التربية والتأديب.[2]

فيلاحظ أن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا وقع العمل غير المشروع من المحضون، فإذا كان هذا الأخير هو المضرور سواء أصيب بالضرر من فعل أجنبي أو من فعل نفسه، فلا تقوم مسؤولية الحاضن.[3]

ثانيا : أساس قيام مسؤولية الحاضن:

إن مسؤولية الحاضن لا تقوم إلا إذا وقع العمل الضار من المحضون وحسب أحكام المادة 134 من القانون المدني الجزائري يفترض قيام المسؤولية الشخصية لمتولي الحضانة والرقابة على أساس أن الإضرار بالغير من قبل المحضون يرجع إلى إخلال الحاضن بواجب الرقابة،

وهذا يفيد قطعا أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة، لكن هذه القرينة المقررة هي قرينة بسيطة حيث يستطيع إثبات عكسها، وعليه سنبين ذلك فيما يلي:

1-الخطأ المفترض في واجب الرقابة:

الخطأ المفترض في جانب الحاضن هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة، فالمفترض هو عدم قيام

[1]- صالح خيضر و فارس دبه، مرجع سابق، ص 82.

[2] - كربال سهام، مرجع سابق، ص 87.

[3] - مرجع نفسه.

متولي الرقابة (الحاضن) بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، فإذا ارتكب المحضون عملا غير مشروع، أفترض أن الحاضن قد قصر في رقابته فمكنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل.
ويتسع افت افتراض الخطأ لمدى أبعد، فيفترض أيضا أن الحاضن قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته، فهيأ له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع[1]. أما إذا تحققت المسؤولية فكلما أوقع المحضون ضررا بالغير أفترض أن سبب الضرر هو تقصير وإهمال في واجب الرقابة من الحاضن، فواجب الرقابة هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، فعدم تحقق النتيجة وهي عدم الإضرار بالغير لا يعني حتما أن الحاضن لم يقم بتنفيذ واجبه بل قد يكون قد وفى بالتزامه، مما جعل المشرع يفترض خطأ الحاضن (متولي الرقابة) افتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس.[2]

2-دفع الحاضن للمسؤولية:

نصت الفقرة الثانية من المادة 134 من القانون المدني:"ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان البد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".[3]

3-نفي الخطأ المفترض:

إن أساس المسؤولية الملقاة على عاتق متولي الرعاية هو خطأ المفترض في القيام بهذا الواجب الذي يلقيه القانون أو الاتفاق على عاتقه، وأن افتراض الخطأ هنا افتراض بسيط قابل لدليل العكس، ومعنى هذا أن المكلف بالرقابة يتخلص من المسؤولية من أقام الدليل على أنه قام بواجب الرقابة كما ينبغي، وحتى أثبت أنه اتخذ كل الاحتياطات المعقولة يمنع ارتكاب الصغير المحضون أو الشخص الموضوع تحت رقابته لسبب أخر غير الصغير المحضون، الفعل الضار الذي وقع بالفعل، وهكذا فإنه يبقى للقاضي سلطة تقدير الرقابة والعناية التي يبذلها الحاضن بناءا على الأدلة

[1] – صالح خيضر و فارس دبه، مرجع سابق، ص84

[2] – كربال سهام، مرجع سابق، ص88.

[3] –. قانون رقم 75-58، المتضمن القانون المدني.

التي يلجأ إليها الإثبات قيامه بواجب الرقابة على النحو المطلوب، أي إثبات أنه بذل العناية الواجبة في الرقابة[1].

4-نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار وخطأ الحاضن في الرقابة:

إن العلاقة السببية مفترضة، فلا يكلف الشخص المضرور بإثباتها، بل يتولى الحاضن فيها بأن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أي علاقة بالخطأ المفترض في جانبه، فوقوعه كان بسبب أجنبي بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير وكان من شأن هذا أن يقطع الصلة مابين التقصير المفترض في الحاضن وبين الضرر الذي أصاب المضرور وأنه كان البد من وقوع الضرر ولو اتخذ الحاضن كل الاحتياطات المعقولة لمنعه فلم يكن الخطأ المفترض في جانب الحاضن هو السبب في حدوث الضرر[2].

المبحث الثاني: انقضاء الحضانة

لقد أخذ كل من الفقه الإسلامي والقانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، ولهذا عددوا شروطا معينة، فإذا وقعت الحصانة مستوفية مقوماتها وشروطها كانت صحيحة يجوز لمستحقها أن يولاها بمجرد الحكم بها ومعنى ذلك أنه إذا توفرت في الحاضر الأهلية للقيام بالحصانة كما سبق شرحها، فله أن يمارسها وقد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيسقطها،[3] فتسقط عن الحاضن وتسند إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط، إلا أن سقوط الحضانة عن الحاضن، أي خروج المحضون من تحت يده، هو خروج مؤقت، فقد يعود المحضون إلى الحاضن إذا ا زل سبب السقوط.[4] و هذا ما سيتم تعرض له في (المطلب الأول)، من جهة أخرى فإن الحضانة ليست مؤبدة، وإنما محصورة في مدة محددة، تنتهي بنهايتها و هذا ما سنتعرض له في (المطلب الثاني).

---

[1] – غراسي محمد الصالح، جودي محمد إلياس، أحكام حضانة القصر بعد الطلاق و الوفاة، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة،2022، ص97.

[2] – كربال سهام، مرجع سابق، ص89.

[3] – تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص 437.

[4] – صالح خيضر و فارس دبه، احكام الحضانة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون الاسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2016،ص

المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة وعودتها

تسقط الحضانة بوجود مانع منها، أو زوال شرط من شروط استحقاقها، كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، وكأن يصاب الحاضن بآفة كالجنون والعته، أو يلحقه مرض يضر بالمحضون ، أو بسبب سفر الولي أو الحاضن حسب ما هو مبين في مكانه. وقد تسقط الحضانة بسبب إسقاط المستحق لها. كذلك إذا أسقط الحاضن حقه ثم عاد وطلب أجيب إلى طلبه، لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة. وإذا امتنعت الحضانة لمانع ثم زال المانع كأن عقل المجنون، أو تاب الفاسق، أو شفي المريض. عاد حق الحضانة، لأن سبيلها قائم وأنها امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم طبقا للقاعدة المعروفة (إذا زال المانع عاد الممنوع).

الفرع الأول: أسباب إسقاط الحضانة وفقا للشريعة الاسلاميه والقوانين المقارنة

أولا :موقف الشريعة الإسلامية

سقوط الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي ان الحق في الحضانة يسقط بوجود مانع من الحضانة، أو انتقاء وتخلف شريط من شروط استحقاقها، كأن يصاب مستحق الحضانة بالجنون، أو بمرض يصر المحضون أو كان مستحق الحضانة عبر أمين أو تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون.[1]

واستثنى المالكية حالات لا يسقط فيها حق الخاصة بتزوجها من أجنبي من المحضون، وهذه الحالات هي:

1-أن يعلم من له حق الحصانة بعدها بدخول زوجها بها، وسقوط حقها بالحضانة ولكن يسكت بعد علمه بذلك دون عذر لمدة سنة، فحينئذ لا تسقط حضانتها.

2-أن لا يقبل المحضون غير مستحقة الحضانة، أماً كانت أو غيرها، فلا تسقط حضانتها بدخول الزوج بها.

[1] - عدنان علي إبراهيم الملا، حالات سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنا بقانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلة كلية دار العلوم، العدد142، 2022، ص218

3-أن لا تقبل المرضعة أن ترضعه عند بدل أمه الذي انتقلت له الحضانة بسبب تزوج الأم.

4-أن لا يكون للولد حاضن غير الحاضنة التي دخل بها، أو يكون له حاضن غيرها ولكنه غير مأمون، أو عاجز عن القيام بمصالح المحضون.

5-أن لا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على المحضون، وذلك في رواية، وفي رواية أخرى لا يشترط ذلك.

كما أن الحضانة تسقط بسبب سفر الحاضن، أو الولي مع مراعاة ما تم ذكره في هذه المسألة فيما سلف، وقد تسقط الحضانة بسبب إسقاط المستحق لها. إلا أن الحق في الحضانة قد يعود بعد سقوطه أو إسقاطه، فإذا أسقط الحاضن حقه في الحضانة ثم عاد وطلب الحضانة أجيب إلى طلبه؛ لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان،و إذا امتنعت الحضانة لمانع ثم زال هذا المانع، كأن تاب الفاسق، أو شفي المريض، أو عقل المجنون، عاد له حق الحضانة.

وهذا كله متفق عليه عند جمهور الفقهاء – الأحناف والشافعية والحنابلة إلا أنهم اختلفوا في بعض التفصيلات، وبيانها على النحو التالي:

6-فقال الحنابلة وهو المذهب عند الشافعية: إن حق الحضانة يعود بطلاق المنكوحة من أجنبي فور الطلاق، سواء أكان بائنا أم رجعيا دون انتظار انتهاء العدة وذلك لزوال المانع.

وعند الحنفية والمزني من الشافعية أن حق الحضانة يعود فور الطلاق البائن أما الطلاق الرجعي فلا يعود حق الحضانة بعده إلاّ بعد انتهاء العدة.

7- أما المالكية فإنهم يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري. فإذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري لا يقدر معه الحاضن على القيام بحال المحضون كمرض الحاضن أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة، أو سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفاء الحاضنة من المرض، أو عودة الولي من السّفر، أو عودتها من أداء فريضة

الحج، عادت الحضانة للحاضن، لأن المانع كان هو العذر الاضطراري وقد زال، وإذا زال المانع عاد الممنوع.[1]

وإذا كان سقوط الحضانة بسبب اختياري، كأن تتزوج برجل أجنبي من المحضون ثم طلقت، أو أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بإرادتها دون عذر، ثم أرادت العودة للحضانة، فلا تعود الحضانة بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق الحاضن وهو المشهور عند الإما م المالك[2].

لكنهم قالوا :إذا كانت الحضانة لا تعود للمطلقة إلا أنه من حق من انتقلت له الحضانة رد المحضون لمن انتقلت عنه الحضانة، فإن كان الرد للأم فلا مقال للأب، لأن المحضون نقل لما هو أفضل، وإن كان الرد لأختها مثلا فللأب المنع من ذلك، فمعنى أن الحضانة لا تعود، هو أن من انتقلت له الحضانة لا يجبر على رد المحضون، وله رده باختياره.

ومن بين الحالات التي تسقط فيها الحضانة فعند المالكية أربعة أسباب وافقهم في اغلبها غيرهم

1-سفر الحاضن سفر نقلة و انقطاع إلى مكان بعيد، وهو مقدار132 كلم، فلو سافرت الحاضنة ستة برد فللولي اخذ المحضون و تسقط حضانتها إلا إن تسافر معه.

2-إصابة الحاضن بآفة، كالجنون والعته، أو بمرض خطير يضر بالمحضون، كالجذام والبرص؛ لأنه لا يتأتى منه الحفظ، فهي تحتاج إلى من يقوم بشؤنها

3-فسق أو قلة الدين الحاضن أو الحاضنة، لأن المحضون لا حظ له في حضانة الفاسق؛ لأنه يتربى وينشأ على طريقته.

4-زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون.

5-و كذا تسقط الحضانة عند الشافعية و الحنابلة بالكفر.[3]

---

[1] – انظر إلى موقع:http://www.al-eman.com .،بتاريخ2023/05/19، سا 15:30.

[2]– مرجع نفسه

[3] – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري حسب اخر تعديل له (قانون رقم05-09 المؤرخ في 4 ماي سنة 2005)،ط1، دار خلدونية، الجزائر،2007،ص 360.

6-إذا كان بيت الحاضن غير مأمون، بأن كان بيته مأوى للفاسق، أو يجاورهم، بحيث يخاف على البنت المحضونة المطيقة منهم الفساد، وعلى الولد المحضون سرقة ماله وغصبه

7-الجدة إذا سكنت مع بنتها سقطت حضانتها.

8-تسقط الحضانة بالنشوز عند الزيدية[1].

ثانيا :الموقف المشرع الجزائري

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 أجل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه.[2]

لقد نص المشرع الجزائري على الحالات أو الأسباب التي تسقط فها حق الحضانة الواردة في المواد66 إلى 70 من ق.ا.ج، وهذا ما يتم بيانه فيما يلي:

1-زواج الحاضنة بغير قريب محرم:

تسقط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي ، أي بغير قريب محرم، ولا تسقط بزواج القريب وهذا ما نصت عليه المادة 66 من نفس القانون على إن: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون."[3] هذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه:" من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المراة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم اشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة.

[1] – عدنان علي إبراهيم الملا، مرجع سابق، 221.

[2] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسر الجزائري،ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، جزائر، 388،2005.

[3] – القانون رقم84-11 ،المعدل والمتمم، مرجع سابق.

لذلك يستوجب نقض قرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة.[1]

والجدير بالذكر أن المشرع عندما أسقط عن الأم المتزوجة من غير محارم الصبي المحضون حق الحضانة، فهو بذلك لا يعاقب المرأة المطلقة، أو يحرمها من أولادها، أو يخيرها بين زواجها والأمومة، وانما لمراعاته لمصلحة الولد التي تبقى اهتمامه الأول والأخير.[2]

ومن خلال ما تقدم نجد أن المشرع الجزائري ، بنصه للمادة 66 بقواعدها الآمرة، قد قيدت من سلطة القاضي، الذي جعل مجرد زواج الحاضنة ولو كانت أما، مسقطا لحقها في الحضانة، إلا إذا تبين أن هذا التنازل الضمني عن حقها، يضر بمصلحة المحضون فعلى القاضي أن يحكم بخلاف ذلك[3].

ترى الأستاذة حميدو زكية تشوار أنه:"على المشرع الجزائري إدخال تعديل على المادة 66 من قانون الأسرة بأن لا يجعل أمر إسقاط الحضانة بالتزوج وجوبيا وحتميا، وإنما يفيدها باستثناءات كما فعل المشرعن المغربين و التونسي، تتمثل منها خاصة في حالة عدم وجود حاضنة للمحضون سواها أو في حالة عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له الحق في الحضانة، أو في حالة ما إذا كان الحاضن الذي مرتبة غير مأمون أو عاجز أو إذا كان المحضون رضيعا لا يقبل إلا ثدي أمه..."

2-تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة:

أجاز المشرع الجزائري التنازل عن الحضانة حيث اعتبرها حقا له ، ولكن قيد هذا التنازل بعدم الاضرار للمحضون، ولكنه لم يوضح الحالات التي يكون فيها هذا التنازل، مما يعني الاستناد إلى ما قرره

[1] – ملف رقم 39559، قرار بتاريخ1986/01/13، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، غ.م، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 346

[2] – صبرين مشطن و ربحة شرع، أحكام الحضانة بين الفقه و التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون خاص، جامعة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة غرداية، 2022، ص86.

[3] – كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، 2015، ص 122.

فقهاء الإسلام في هذا الصدد، إذ ينبغي لإحداث هذا الأثر أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون وأن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقا لأحكام القانون لذلك فإن الحضانة حتى وإن كانت حقا للحاضنة، فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها فقط، بل يشترط في هذا التنازل أن يكون هناك حاضن أخر تستند له الحضانة وتتوافر فيه الشروط المطلوبة مع قبوله لهذه الحضانة،[1] هذا ما جسدته المحكمة العليا في قرارها أنه " من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن الحضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإذا لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها".[2]

وفي قرار أخر عن المحكمة العليا أنه:"من المقرر قانونا أنه لا يتقيد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمها رغم تنازلها عنها لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون ".[3]

3-اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق إ ج:

تسقط الحضانة بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة62 ق.أ سواء تعلقت بأهلية الحاضن أو اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي تربية و الرعاية الصحية و الخلقية، لكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون طبقا لما ورد في المادة67 فقرة2 ق.أ،[4] وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها أنه من مقرر شرعا إن سقوط حق الحضانة

[1] – لمين لعريط، الضوابط الشرعية و القانونية لإسناد الحضانة، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية،المجلد 34، العدد 3،قسنطينة، 2012، ص439.

[2] – ملف رقم 40438، قرار بتاريخ 1986/05/05، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية،عدد2، ص75، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 364

[3] – ملف رقم 189234، قرار بتاريخ 21-1998/04ن صادر من المحمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 175

[4] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 388.

عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها، فإنه يسقط حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.[1]

4- عدم المطالبة بالحضانة لمدة تزيد عن سنة:

تنص المادة68عل أن:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها". [2] فقد تضمنت المادة العناصر التالية:

- تنظم هذه المادة سقوط الحق لا سقوط الدعوى.
- إن صاحب الحق في الحضانة، إذا مرت عليه السنة ولم يطالب فيها بحقه، سقط عنه هذا الحق.
- إذا لم يطالب الحضانة من له الحق فيها خلل مدة السنة، فالاحتمال الوارد أنه تنازل عنها ضمنا.

إذا وجد عذر أو سبب قاهر منع صاحب الحق في الحضانة من المطالبة بها، فإن حقه لا يسقط مهما طالت المدة[3].

ومما لا شك فيه أن المشرع أراد من وراء إقحام هذه المادة الإجرائية في القواعد الموضوعية حماية للمحضون من أية زعزعة من جهة ، وحماية الحاضن وأصحاب الحق في الحضانة من جهة أخرى.

أنتقدت هذه المادة على أساس أنها أتت بصياغة اللغوية خاطئة مما يجعلها تثير بعض اللبس في معناها، مما يجعلنا نتساءل هل سقوط حق الحضانة تكون بقوة القانون أم للقاضي سلطة تقديرية في ذلك؟

فصحة المادة كما رآها بعض من الفقه أنها إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها. في حين صححها البعض الآخر أنه إذا لم يطلب الحضانة مستحقيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها.[4]

---

[1] – ملف رقم 31997، قرار بتاريخ 1984/01/09، صادر من المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة القضائية، عدد1989،1،ص73

[2] – قانون رقم84–11، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

[3] – عادل شباب، مرجع سابق، ص40–41.

[4] – عادل شباب، مرجع سابق،41

أما السقوط فلا يحصل بقوة القانون ولا بصفة تلقائية بل يجب أن يصدر حكم قضائي لإثبات وجود حالة من حالات الإسقاط، فالقاضي هو الذي يقدر من الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تنازل عنها أو لم يتنازل عنها، وهذه السلطات استمدت بالخصوص من عبارة " بدون عذر" التي توسع من سلطة القاضي وذلك صيانة لحقوق المحضون وحماية لمصالحه[1].

ومن العيوب التي انطوت عليها المادة 68 كذلك هو عدم تحديد تاريخ بدأ سريان مدة السنة،[2] باعتبار أن المشرع الجزائري أخذ نص هذه المادة من المذهب المالكي، فإن التاريخ المحدد لبدأ سريان مدة سنة حسب أصحاب هذا المذهب هو من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة، كما أنهم اعتبروا السكوت بأنه بدون عذر في حالتين:

الحالة1:أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها، أما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

الحالة2: أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله.[3]

إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق خلا لسنة، و بناء على ذلك فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا قد خالفوا المبدأ و بالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة، الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للبطلان و النقض.[4]

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقيها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون : "وهذا ما أكده القرار على انه :" من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة

---

[1] – حدادة هبة و عريبي إيمان، رعاية مصلحة المحضون بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة،2022، ص33

[2] – عادل شباب، مرجع سابق، ص 41.

[3] – كربال سهام، مرجع سابق، ص 97.

[4] – ملف رقم19303، قرار بتاريخ1979/02/05، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، نشرة قضائية،عدد1981،1، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 376.

تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكونون قد خالفوا القانون".[1]

و في قرار أخر أنه من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له سنة كاملة دون مطالبة بها، وكان من مقرر قانونا كذلك، أن القرار الذي يكون أسبابه غير كافية لمواجهة ما قدم من أدلة و أبدى من الطلبات و دفوع في الدعوى، فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب و مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية في مقتضياته.[2]

إلا أن هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة **68** السابقة الذكر عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة وعدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنسهم وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون. فالضابط في المسألة هو مصلحة المحضون ، فأينما تكون تجلب وان تدفع المفاسد عن المحضونين دون الالتفات إلى مدة أو عذر.[3]

5-سقوط الحق في الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

نصت المادة 69 من قانون الأسرة على انه :" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".[4]

---

[1] -ملف رقم58220، قرار بتاريخ1990/02/05، صادر من الحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد1990،03،ص53.

[2] – ملف رقم 33636، قرار بتاريخ 1984/06/25، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد1989،3،ص45.

[3] – عادل شباب، مرجع سابق، ص 43.

[4] – قانون رقم84-11،المعدل و التمم، مرجع سابق

والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي، انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية.

حيت جاء في القرار المحكمة العليا على انه :" أن المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة لا بعد مبررا موجبا لسقوط حق الحضانة عن الأم ولا يمنع استعمال حق الزيارة".[1]

وفي قضية أخرى قضت المحكمة العليا أنه:"من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد على ألف كيلومتر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون. ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

وفي قرار أخر قضت أنه:" إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة."

6-سقوط الحضانة بسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم:

ورد في المادة تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ويكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ، وعلة ذلك أن الحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن

[1] – ملف رقم 1969، قرار بتاريخ 1969/09/25، صادر من المحكمة العليا غرفة القانون الخاص ، نشرة قضائية، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع السابق، ص378

[2] – ملف رقم 43594، قرار بتاريخ1986/09/22ن صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، نشرة قضائية، عدد4، ص41، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 379.

المحضون، وسكنت وهي متزوجة مع ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضنة . وهنا تعود الحضانة إلى الأب طبقا للترتيب الوارد في المادة **64** من قانون الأسرة.

جاء في قرار المحكمة العليا أنه:"من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألا تسكن ابنتها المتزوجة بأجنبي، وان تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه مع بالقصور في التسبيب غير مؤسس.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة (أم الأم)، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونون قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسببيا كافيا.[1]

ثالثا: الموقف القوانين المقارنة

قد سبق أن ذكرنا الشروط العامة المطلوبة في الحاضن و بينا أنها شروط متفق عليها في جميع التشريعات مقارنة، و لذلك يعتبر فقدان أي شرط من الشروط العامة مسقطا للحضانة فورا لثبوت تضرر المحضون، فهناك بعض تشريعات أضافت شروط خاصة ولكن لم يجعلها القانون مسقطة لحق الحضانة في حالة تخلفها، وإنما ترك سلطة النظر فيها للقاضي وفق مصلحة المحضون، وعدم توفر هذا الشرط الإضافي يمكن إن يكون سببا لإسقاط الحضانة وقد لا يكون، ولذلك سنبين أسباب سقوط حق الحضانة و بعض الأسباب الأخرى التي وردت في قوانين الأحوال الشخصية كالتالي:

1-بالنسبة للمشرع المصري:

كما سبق القول فإن المشرع المصري لم يتطرق إلى الشروط المطلوبة في الحاضن ولا إلى أحكام زواج الحاضن من أجنبي فيرجع فيه للمذهب الحنفي الواجب التطبيق وفق ما هو مقرر في

[1] – ملف رقم50011، قرار بتاريخ 1988/06/20، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد1991،2 ص57.

القوانين،[1] كما يوضح لنا المستشار محمد منيب الحالات المتداولة بالمحاكم لسقوط حق الحضانة بما يلي:

- أن يصيب الحاضن أو الأم بمرض يعيق الحفاظ و رعاية الصغار مما يسبب الإضرار الصحية لهم.
- اتهام و اثبات تورط الحاضنة الأمة في جريمة و صدور حكم قضائي مخل بالشرف و الامانة و السمعة.
- الجنون والعتة يؤدى بكل تأكيد إلى إسقاط الحضانة.
- في حالة كان الحاضن غير بالغ.
- عند زواج الأم من رجل أجنبي وخصوصا في حالة كان الطفل المحضون بنت .
- في حالة حصول الأب على الحضانة يجب أن يكون لديه امرأة تهتم بالطفل.
- عدم مطالبة من لديه الحق في الحضانة بالحصول على الحضانة قبل مرور ستة أشهر وبدون وجود عذر يمنعه من المطالبة في هذه المدة[2].
- إذا انتقلت الحاضنة بالمحضون من مكان الحضانة إلى بلد آخر فلا يرتب على ذلك سقوط حقها أو في أجرة إلا إذا قررت المحكمة خلف ذلك لمصلحة المحضون ، يجوز للأب أو لأقرب عاصب منع الحاضنة من السفر بالمحضون و إذا أصرت على السفر يمكن للولي أن يطلب استلامه، لأنه بذلك يسقط حقها في الحضانة و تسقط نفقاته أيضا.[3]

1-بالنسبة المشرع المغربي:

إن المشرع المغربي، على غرار المشرع الجزائري، جعل حق الأولوية في الحضانة للنساء، وخاصة إذا كانت أماً، وهذا بشرط عدم الزواج بأجنبي، لما فيه ضرر للصغير، فإن تزوجت بغير ذي رحم

[1] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص196.

[2] – محمد منيب،الحالات القانونية التي تسقط فيها الحضانة،2022، مأخوذ من الموقع:mohamumasr.com، 10:40، بتاريخ2023/05/20.

[3] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 198.

عن الصغير سقط حقها في الحضانة باختلال أحد شروط الحضانة المنصوص عليها في المادة 173 فقرة4 ما يلي:" عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين174 و 175بعده".[1]

وهناك استثناءات وردت في المواد 174 و 175 ، بحيث في حالة توفر هذه الشروط لا يسقط القاضي الحضانة عن مستحقها الأول وخاصة إذا كانت أماً، على عكس المشرع الجزائري الذي قال بسقوط الحضانة في هذه الحالة حتى ولو كانت أما.

وما يؤكد هذا كله هو التطبيقات التي سايرت المدونة وهذا ما أقره المجلس الأعلى المغربي في قراره الصادر بتاريخ:1984/03/26 على أن" :الزواج من قريب الصغير وهو ذو رحم منه لا يسقط، حضانتها، لأن الطفل في هذه الحالة سيكون عند من يعطف عليه في الغالب".[2]

والغريب عن الشريعة الإسلامية هو أن زواج الأم لا يسقط حضانتها مطلقا متى كان المحضون صغيرا لم يتجاوز عمره سبع سنوات أو تجاوز هذا السن غير أنه قد تأكد أن الطفل المحضون قد يلحقه ضرر من فراق أمه أو إذا كان المحضون مصابا بعلة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير أمه، خصوصا لو كان المحضون بنتا حيث يدخل عليها زوج أمها بمقتضى القانون، هكذا يتضح جليا أنه أصبح من الصعوبة بمكان إسقاط الحضانة عن الأم رغم زواجها لأن مصلحة الطفل حسب مفهوم حقوق المرأة تقتضي بقاءه إلى جانب أمه، ولو كانت هذه الأم في المتسببة في الطلاق بصفة تعسفية.[3]

لم يورد نص يخص مسألة المساكنة بالمحضون في بيت يبغضه، كما قال به المشرع الجزائري ، وبالتالي في حالة عدم التنصيص نذهب إلى ما قال به الفقه الملكي، حسب ما نصت عليه المادة 400من ذات القانون.

---

[1] – قانون رقم03–70، مدونة الأسرة مغربية، مرجع سابق

[2] – كمال صمامة، مرجع سابق،ص 123.

[3] – فوزي كريم، الحضانة و النفقة وفق مدونة الأسرة، طنجة،2019، ص 6

وهذا ما تم العمل به في القضاء، عندما نص المجلس الأعلى المغربي في قضية طرحت عليه، فصدرقراره بتاريخ 1994/10/04، يقضي بما يلي: ... أن الجدة الطالبة للإستحقاق الحضانة، تسكن مع إبنتها المطلقة والتي سقطت حضانتها، وما ردت به المحكمة عن هذا الدفع، كون الفصل 98لم ينص على عدم سكنى المستحق للحضانة مع من سقطت حضانته له، هذا الجواب غير سليم، فقد نص غير واحد من الفقهاء على انفراد سكنى الجدة عن ابنتها التي سقطت حضانتها، قال الشيخ خليل وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة...إلخ، إلى أن قال ثم أمها ثم الجدة إذا انفردت بالسكن عن أم سقطت حضانتها...لما لم تعتبر المحكمة ما ذكر، و قضت للجدة باستحقاق الحضانة رغم ثبوت سكناها مع بنتها التي سقطت حضانتها، تكون خالفت القانون وعرضت قضاءها للنقض".[1]

وقد صدر هذا القرار، طبقا لما جاء به المذهب المالكي.

عالج المشرع المغربي، موضوع انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي، وجعله من أسباب سقوط الحضانة، وذلك حسب نص المادة 179 من المدونة، بأنه" :يمكن للمحكمة بناءً على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي[2].

3-بالنسبة المشرع تونسي

ذكرته المجلة التونسية، في فصلها 58 بقولها":يشترط في مستحق الحضانة،أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون،سالما من الأمراض المعدية، و يزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا، أن يكون عنده من يحضن من النساء، وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى، وإذا كان مستحق الحضانة أنثى، فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها، ما لم يرى الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون، وإذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له، أو يسكت من له

[1]- كمال صمامة، مرجع سابق، ص129.

[2] – مرجع نفسه، ص 135.

الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها، أو أنها كانت مرضعاً للمحضون، أو كانت أماً وولياً عليه في آن واحد".

من خلال النص نلاحظ أن المشرع ذكر شروط الحضانة للمراة و الرجل، و اعتبر زواج الحاضن من أجنبي مسقطا للحضانة إلا كان المحضون رضيعا أو كانت الحاضن أما لها حق الولاية على المحضون، و كذلك إذا رأى القاضي مصلحة للمحضون حكم باستمرار الحضانة لها، ما اعتبر النص إن سكوت مستحق الحضانة عن المطالبة بها لمدة سنة زواج الحاضن و الدخول بها يسقط حقه في المطالبة بالحضانة.[1]

وفي هذا قال القضاء التونسي، في قرار لمحكمة التعقيب، بتاريخ:1964/03/31 بأنه:" يشترط في مستحق الحضانة، أن تكون خالية من زوج دخل بها".

وفي حالة اختلاف الدين بين الحاضن و المحضون لا يسقط الحضانة عن الأم، ولكن تسقط الحضانة عن غيرها بعد أن يتم المحضون 5 سنوات، وفقا مارد في الفصل[2]59 من مجلة تونس.

4- بالنسبة للمشرع الفرنسي:

في القانون الفرنسي يتم استخدام مصطلح" نزع السلطة الوالدية" déchéance de l'autorité parentale ،للإشارة إلى إجراء القانوني يتم من خلاله سحب حقوق الوالدين عندما يعتبر غير قادريين على تلبية حاجيات الطفل و رعايته، فورد في قانون الفرنسي في مادته[3]378، أنه يمكن للسلطة الوالدية أن تنزع كليا أو جزئيا بالنص الصريح للحكم الجزائي بحق الأب ولام المدانين

[1]- أحمد رجوب، مرجع سابقن ص188.

[2] – الفصل 59 من مجلة تونسية ينص:" إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره و أن يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه. ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة".

[3] -Art. 378 (L. no 2010-769 du 9 juill. 2010, art. 9) «Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale (L. no 2019-1480 du 28 déc. 2019, art. 8) «ou l'exercice de l'autorité parentale» par une décision expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime (L. no 2020-936 du 30 juill. 2020, art. 4) «ou délit» sur la personne de l'autre parent.» *www.dalloz.fr*

كفاعلين أو شريكين أو متدخلين في جناية أو جنحة واقعة على شخص ولدهما، أو كشريكين أو متدخلين في جناية أو جنحة مرتكبة من ولدهما.إن هذا النزع يطبق على الأصول غير الأب و الأم بالنسبة لما يعود لهم من حصة في السلطة الوالدية على فروعهم.[1]

ونصت المادة378مكرر1[2]، أن السلطة الوالدية يمكن أن تنزع تماما من الأب و الأم المفرط في شرب المشروبات الكحولية و المخدرات أو كان لهما سلوك إجرامي، أو تسببا في نقص العناية للمحضون مما وضع سلامته في خطر.

الفرع الثاني: عودة الحضانة لمستحقيها

تعود الحضانة إذا سقطت عندما يزول المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضن فيه، أما الذي لإرادته دخل فيه إذا زال المانع لا تعود الحضانة بزواله.

أولا: موقف شريعة الإسلامية من عودة الحضانة

لقد اختلف الفقهاء في سقوط الحضانة لمانع من الموانع، ثم عودتها إلى رأين:

1- قول الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) : يرون إذا سقطت الحضانة لمانع ثم زال المانع ، عادت الحضانة إلى صاحبها ، سواء كان المانع اضطرارا كالمرض أو اختيار كالزواج والسفر والفسق لزوال المانع لكن عند:

أ-الحنفية: إن حق المطلقة في الحضانة لا يعود ، إلا إذا انقضت عدتها ، لأن المعتدة زوجة حكما ، وتأخذ أحكام الزوجة بشكل عام ، فهي ترث ولها النفقة ، ويقع عليها الطلق والإيلاء والظهار ، ويحرم عليه الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها ، ولذلك فهي في العدة زوجة، فلا تعود لها الحضانة إلا إذا انقضت الزوجية، ويكون انقطاع الزوجية ، بانتهاء عدة الطلاق.[3]

[1] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 270

[2] -Art. 378-1 *(L. nº 96-604 du 5 juill. 1996)* «Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par --une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux,»

[3] – عادل شباب مرجع سابق، 29

ب-فيرى الشفعية : أن المطلقة تستحق الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب ، بشرط رضا الزوج بدخول المحضون ببيته إذا كان له فان لم يرض لم تستحق.

ج-أما الحنابلة : قرروا استحقاق المطلقة للحضانة ، ولو كان الطلاق رجعيا ، ولو لم تنقضي العدة.[1]

2- قول المالكية: فيرون أن حق الحضانة يسقط إما لعذر أو لغير عذر و انتقال الحضانة و عودتها مبنيان على هذين الحلين:

أ- سقوط الحضانة لغير عذر: إذا كان سقوط الحضانة لغير عذر، كما لو تزوجت بعد أن انتقلت الحضانة إليها، او أسقطت حقها منها بعد استحقاقها لهان أو سكتت عاما فأكثر بعد انتقال الحضانة إليها مع علمها بذلك، فغن الحضانة لا تعود لها في ذلك كله.[2]

ب- سقوط الحضانة لعذر: إذا سقطت الحضانة لعذر كمرض وخوف مكانة وسفر الولي بالمحضون سفر نقله ، وسفرها لأداء فريضة الحج ، ثم زال العذر كشفائها من المانع للحضانة هو العذر الاضطراري وقد زال ، فإذا زال المانع عاد الممنوع.[3]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من عودة الحضانة

تقتضي المادة71 من قانون الأسرة على انه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

[1] – برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة المستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة،2015 ص 74

[2] – برقوق نسرين، مرجع سابق، ص 74.

[3] – بركات مروان و شريفي عبد الغني، الحضانة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكر لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف مسيلة،2020، ص 74.

وما يستشف من خلال مضمون هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر على رعايته و حمايته و ضمان العناية به صحيا و خلقيا فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه سبب الذي كان ينقصه و أثبت ذلك للمحكمة.

أما إذا كان سبب سقوط الحضانة وفقا لنص المادة71 ق.أ، سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه.[1]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها انه:" من المقرر قانونا أنه يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختيارين ومن ثم فغن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".[2]

و في قضية أخرى قضت المحكمة العليا أنه:"من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري.

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم، ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقعا في الحضانة، فغن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لاحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون.[3]

كما جاء في حكم للمحكمة العليا :"إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لان حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة".[4]

الملاحظ من خلال ما تقدم أن الشريعة الإسلامية و كذا المشرع الجزائري قد أقروا حقوقا لمحضون منها النفقة ، المسكن ، الزيارة. كما قد بينوا أسباب سقوط الحضانة و عودتها و ذلك حفاظا على مصلحة المحضون و توازنه من الناحية النفسية و الجسمية و العقلية

[1] – بلحاج العربين مرجع سابق، ص 390.

[2] – ملف رقم58812، قرار بتاريخ1990/02/05، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية/ مجلة قضائية، عدد4، 1992،ص58، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 383

[3] – ملف رقم201336، قرار بتاريخ1998/07/21، صادر من المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 178، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 384.

[4] - ملف رقم235456، قرار بتاريخ 22/02/2000،صادر من المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية،المجلة القضائية ، عدد 2001، 1، ص280.

المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون

كما أن للحضانة مدة تبدأ بتاريخ معين فإن الحضانة تنتهي بتاريخ آخر و تبدأ مدة الحضانة بولادة الطفل حيا ولا فرق في هذا بين الذكر والأنثى. ولكن الصغير بعد مدة محددة يصبح قادرا على القيام بشؤونه لوحده، وبالتالي يستغني عن خدمة النساء ويحتاج إلى من يؤهله ويعلمه لخوض تجارب الحياة، ولذلك سنقسم في هذا المطلب إلى فرعين يخصص (الأول) منهما تحديد مدة الحضانة، ويخصص(ثاني) مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة.

الفرع الأول: انتهاء مدة الحضانة

أما انتهاء مدة الحضانة فإن فقهاء الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية قد اختلفت في بيان هذه المدة، وهم يميزون بين الذكر و الأنثى، ولبيان ذلك سنتعرض (أولا) إلى مدة الحضانة في شريعة الإسلامية، و(ثانيا) موقف مشرع جزائري،ومقف باقي التشريعات(ثالثا).

أولا: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي

انتهاء الحضانة فيه اختلاف بين المذاهب الأسلامية، وهي في كل الأحوال مرهونة بمصلحة المحضون:

1-فالأحناف يرون أن غير مميز يظل في حضانة المستحق حتى يتم السابعة، وبعدها تستمر الفتاة في رعاية الحاضنة الأم حتى تبلغ فتنتقل حضانتها إلى الأب، وفي هذا المعنى يقول الغمام ابن همام:" و الأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض.."[1] أما الذكور من الأولاد فالأب

[1] – حميد سلطان علي الخالدي ،الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية، ط1. ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013 ،ص256.

أولى بهم فور بلوغهم سن السابعة.[1] حيث يقول الإمام ابن نجيم:" و الأم و الجدة أحق بالغلام حتى يستغني وقدر بسبع".[2]

2-أما المالكية: فيرون أن الحضانة تستمر في الغلام إلى بلوغ [3]سن الاحتلام و بعد ذلك يخير بين أمه و أبيه حيث جاء في المدونة الكبرى:" قلت كم يترك الغلام في حضانة الأم في قول مالك (قال) قال مالك حتى يحتلم ثم يذهب حيث شاء"[4]، و الأنثى حتى تتزوج و يدخل بها الزوج، حيث جاء في المدونة الكبرى:" قلت الجارية حتى متى تكون الأم أولى بها... قال مالك حتى تبلغ النكاح و يخاف عليها فإذا بلغت مبلغ النكاح وخيف عليها نظر فإن كانت أمها في حرز ومنعه و تحصين كانت أحق بها".[5]

3-أما الحنابلة: يرون أن الصغير يبقى في حضانة النساء حتى يبلغ السن التمييز و الذي قدروه بسبع سنين ثم يخير بين أبويه فيضم إلى من يختار منهما، وهم يستدلون على ذلك بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه من النبي صلى الله عليه و سلم خير غلاماً بين أبويه بعد بلوغه هذه السن و كذلك فعل الخليفة عمر.[6]

4-أما الشافعية: فيرون عن بانت المراة من زوجها في حال الحياة، وبينهما ولد له سبع سنين فما زاد وهو مميز، وتنازع الأبوان فيمن يكون عنده، فإنه يخير بينهما فإن اختار أحدهما كان عنده.[7]

ثانيا :مدة الحضانة في القانون الأسرة الجزائري

---

[1] – محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص232.

[2] – حميد سلطان علي، مرجع سابق، ص 253.

[3] – محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق،ص 256.

[4] – حميد سلطان علي، مرجع سابق، ص 253

[5] – مرجع نفسه، ص 257.

[6] – مرجع نفسه، ص 253.

[7] – علي أبو البصل، دراسات في فقه الاسرة، ط1، دار القلم، الامارات العربية المتحدة، 2004،ص 199.

نصت المادة65 من قانون الأسرة الأمر05-02 المؤرخ في 2005/02/27 على انه:" تنقضي مدة الحضانة للذكر لبلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى ست عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".[1]

واضح من هذه المادة أن مدة الحصانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، وببلوغ الأنثى سن الزواج القانوني أي ثماني عشرة سنة وفقا للمادة 7 من قانون الأسرة(1). غير أنه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من عشر (10) سنوات الى ست عشر (16) سنة، وذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها، وألا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون.[2] هذا ما جسدته المحكمة العليا في قرار لها أنه: "من المقرر قانونا انه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواح وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة اما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم على أن المشرع الجزائري في المادة 2/65 ق.أ، نص بأنه يجب أى يراعى في الحكم بانتهاء الحضانة مصلحة المحضون في الرعاية والتربية والحماية. كما أن المادة 64 ق.أ، تقضي بأنه يجب على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة، أن يحكم بحق الزيارة، لمرات معينة، وفي أوقات وأماكن محددة.[3]

فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني ولما كان ثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر أولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون."[4]

---

[1] – ربيحة إلغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، حوليات، ج1، العدد27، 2015، ص46.

[2] - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 385.

[3] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 385.

[4] – ملف رقم 59156، قرار بتاريخ 1990/03/19، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة قضائية، عدد2، 1991، ص76، نقلا عن نجيمي جمال ، مرجع سابق،ص 237.

وفي قرار أخر قضت أنه:" من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة".[1]

وذلك قضت المحكمة العليا في قرارها أنه:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال إن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون. مما يستوجب رفض الطعن."[2]

ونلاحظ أن المحكوم له بالحضانة سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما، سيكون مسؤولا عن تربية الولد وحمايته وصيانته، ومسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر يلحقه هذا المحضون بالغير مدة الحضانة (أي مدة وجوده لديه). أما إذا كان المحضون عند المحكوم له حق الزيارة droit de visite فإنه يكون تحت سلطة ورقابة هذا الأخير.[3]

ثالثا: مدة الحضانة في القوانين المقارنة

ومن الرجوع للنصوص القانونية التي وردت في قوانين الأحوال الشخصية العربية حول تحديد سن انتهاء الحضانة للمحضون نجد صور مختلفة لها وهذا ما سنوضحه كالتالي:

1-بالنسبة للمشرع المصري:

[1] – ملف رقم 66552، قرار بتاريخ 1990/12/10، صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، مجلة القضائية، عدد2، 1995،ص 89

[2] – ملف رقم 123889، قرار بتاريخ 1995/10/24،صادر من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، نشرة قضاة،عدد52ن 1997، ص 111ن نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق،ص 362.

[3] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 386

تناول قانون الأحوال الشخصية المصري الأحكام الخاصة بانتهاء الحصانة في المادة (20) والتي جاء فيها:" ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة من اثنتي عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحته تقتضي ذلك"[1].

وبموجب هذا النص جعل المشرع حضانة النساء تنتهي بالنسبة للصغير الذكر بلوغ سن العاشرة وللأنثى ببلوغ سن الثانية عشرة، و أجاز للمحكمة تمديد هذه الفترة حتى سن الخامسة عشر بالنسبة للذكر وحتى الزواج بالنسبة للأنثى، ولا يحق للحاضنة أن تطالب بالآجرة لقاء فترة التمديد، وجعل جواز التمديد من عدمه مرتبط بصلحة الصغير.

وينقد **الدكتور عبد الناصر توفيق العطار** الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع المصري في مد حضانة النساء للأنثى حتى الزواج ويعتبر هذا الحكم مخالفاً للشريعة الإسلامية لتعارضه مع قوله تعالى: ﴿**وابتلوا اليتمى حتى إذا بلغوا النكاح فإن استم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾[2]

فهو نص قطعي الثبوت والدلالة يقضي بانتهاء الولاية على المال ببلوغ الصغير سن الزواج راشدا. ومن المتفق عليه أن الحضانة والولاية على النفس تنتهي قبل انتهاء الولاية على المال ويرى من جانب آخر أن هذا الحكم يؤدي إلى التقليل من دور الأب في العناية والإشراف على أولاده، ويؤدي إلى الأضرار به لأنه سيضطر إلى دفع نفقة الحضانة لفترة طويلة.[3]

1-بالنسبة للمشرع المغربي:

حددت المادة166 من مدونة الأسرة المغربية سن انتهاء الحضانة على أن:" تستمر الحضانة إلى بلوغ سن القانوني للذكر و الأنثى على حد سواء. بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشر سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه و أمه..."[4]

[1] - عصام أنور سليم، حقوق الطفل، ب.ط، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية،2001، ص131.

[2] – سورة النساء، الاية 6.

[3] – حميد سلطان علي، مرجع سابق،ص 262.

[4] –قانون رقم03–70، مدونة الأسرة مغربية، مرجع سابق.

وبموجب هذا النص أن مشرع المغربي لم يفرق بين الذكر و أنثى وأن الحضانة تستمر إلى غاية بلوغ سن الرشد، فبعد انفصال الزوجين و بينهما أطفال أتموا 15 سنة مما جعل المشرع هذا السن متساويا للذكر وأنثى ، فلهم أن يختاروا من يحضنهم من الأب و الأم حتى بلوغ سن القانوني و هي أقصى سن الحضانة.

- لم يتطرق المشرع التونسي للأحكام الخاصة بمدة الحضانة.

2-بالنسبة القانون الإماراتي:

حدد سن انتهاء حضانة النساء في المادة 106 ببلوغ المحضون الذكر 11 سنة و الانثى 13 سنة، و أجاز للمحكمة مد هذه السن لمصلحة المحضون حتى يصل الذكر لمرحلة البلوغ الشرعي و للأنثى حتى زواج، ولم ينص القانون الاماراتي على تخيير المحضون بعد بلوغه سن انتهاء الحضانة.[1]

3-بالنسبة للمشرع العراقي:

لم يفرق القانون العراقي بين سن انتهاء الحضانة للذكر و للانثى ، فنصت المادة57 فقرة4 على أنه: " للأب النظر في شؤون المحضون و تربيته و تعليمه حتى يتم العاشرة من العمر، و للمحكمة إن تأذن بتمدبد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها الشعبية أن مصحة الصغير تقضي بذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته."[2]

و بموجب هذا النص على بقاء المحضون لدى الأم حتى يتم العاشرة من عمره، و للمحكمة أن تأذن يتمديد حضانة الصغير حتى اكماله سن 15 متى ما تبين لها أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك،

[1] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص 81-82.

[2] – حميد سلكان على، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 259.

كما نصت الفقرة 5[1] على تخيير المحضون بعد إتمامه سن15 إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار.[2]

4-بالنسبة للمشرع السوري:

حددت المادة146 من قانون الأحوال الشخصية السوري سن انتهاء الحضانة بإكمال الذكر13 سنة من عمره و البنت15 سنة من عمرها، و أوجب القانون في المادة147 تسليم المحضون للأب بعد وصوله سن انتهاء الحضانة المذكور، وفي حال عدم وجود الأب للقاضي أن يحكم بمد سن الحضانة للام على أن يختار الاصلح للمحضون من الأم أو الولي غير الأب، حتى يبلغ الذكر سن الرشد و تتزوج الانثى، ولم ينص القانون على تخيير المحضون.[3]

5-بالنسبة للمشرع الفرنسي:

لا يوجد تحديد صارم لمدة الحضانة في قانون الفرنسي، بل يتم تحديدها بناء على الظروف الفردية لكل عائلة و توافق الوالدين ومصلحة الطفل، لكن بالرجوع إلى المادة2/371[4] ، من قانون المدني الفرنسي نجد أن سن انتهاء السلطة الوالدية يكون ببلوغ الطفل سن الرشد، ويمكن أن يحصل الولد قبل بلوغه سن القانوني على الإذن من المحكمة المختصة لممارسة بعض حقوقه الخاصة المالية.

ويتضح لنا بعد عرض النصوص المتعلقة بانتهاء الحضانة قوانين الأحوال الشخصية أن هذه القوانين قد اختلفت في بيان المدة التي تنتهي بها حضانة النساء، إلا أنه يلاحظ أن توجه هذه القوانين هو أن حضانة النساء للأنثى والذكر تنتهي ببلوغ سن النكاح .وذلك ببلوغ الحيض بالنسبة للأنثى وظهور العلامات التي تدل على بلوغ النكاح بالنسبة للذكر حيث جعلت هذه القوانين حضانة الأنثى ببلوغها سناً يتراوح بين التاسعة والعاشرة وهو السن الذي غالباً ما تحيض فيه الأنثى،

---

[1] – المادة5/57:" " إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من عمره يكون له حق الاختيار مع من يشاء من أبويه أو أحد اقاربه لحين اكماله الثامنة عشرة من العمر.."

[2] – أحمد رجوب، مرجع سابق، ص83.

[3] – مرجع نفسه، ص 83

[4]- art371-....jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

وجعل حضانة الذكر تنتهي ببلوغ سناً يتراوح بين العاشرة والخامسة عشرة، وهو السن الذي غالباً ما تظهر فيه علامات البلوغ عند الذكر كالاحتلام والانبات.

اما حضانة الرجال للصغير فهي تنتهي ببلوغه سن الرشد اختلفت القوانين العربية فيما بينها في تحديده[1].

الفرع الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة

إذا لم تسقط الحضانة عن الحاضن فهذا يعني بقاء المحضون عنده، لكن بقاءه لا يكون مؤبدا، بل ينتهي متى انتهت المدة المقررة لممارسة الحضانة، وبالتالي قد يصبح المحضون بعد نهايتها في خطر، لذا فقد حاول الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه بيان مصير المحضون بعد نهاية مدة الحضانة على خلاف القانون الجزائري الذي لم يتطرق إلى هذه المسألة.

أولا :المصير المحضون حسب الشريعة الإسلامية

تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للصغير متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء ، وقدرت هذه المدة ببلوغه العاشرة ، وتنتهي بالنسبة للصغيرة إذا بلغت مبلغ النساء ، والسبب في انتهاء حضانة النساء متى بلغ الصغير هذا السن واستغنى عن خدمتهن ، أنه حينئذ يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة ، والأب أقدر من الأم على ذلك ، أما البنت فإنها تحتاج بعد الاستغناء عن خدمة غيرها إلى معرفة آداب النساء والعمل في المنزل والتدرب على مهمتها في المستقبل والنساء على ذلك أقدر من الرجال ، ولهذا كان من الأفضل لها أن تبقى في يد الحاضنة سواء كانت أما أو غيرها.[2]

ولقد ذهب الحنابلة والشافعية إلى أن الولد إذا بلغ سن التمييز خير بين أبويه، لأنه في تلك الحالة تحرك همته لتعلم القرآن والأدب ووظائف العبادات وذلك يستوي فيه الغلام

والصبية، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في رواية أبو داوود عن أبي هريرة قال:"جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت:" يا رسول الله، إن زوجي يريد

[1] – حميد سلطان علي، مرجع سابق، ص 266

[2] – نبيل صقر، المرجع السابق، ص252

أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني"، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "إستهما عليه"، فقال زوجها:"من يحاقني في ولدي"؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم :"هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أحدهما شئت"، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به".[1]

فالحديث دليل على أن الصبي بعد استغنائه بنفسه يخير بين الأم والأب، واختلف العلماء في ذلك، فذهب جماعة قليلة إلى أنه يخير الصبي عملا بهذا الحديث وهو قول إسحاق بن راهوية وحد التخيير من السبع سنين، وذهب الحنفية إلى عدم التخيير وقالوا :الأم أولى به إلى أن يستغني بنفسه فإذا استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر، والأم أولى بالأنثى، ووافقهم الإمام مالك في عدم التخيير.[2]

وروي أن رجلا أسلم ولم تسلم امرأته فاختصما في ولدهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال:" لهما إن شئتما خيرتماه فأجلس الأب ناحية والأم ناحية، ثم خير الغلام فانطلق نحو أمه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" اللهم أهده" فرجع الغلام إلى أبيه فتخيير النبي صلى الله عليه وسلم كان بعد اختيار أبويه"، فاختار الغلام الأب.

فالصبي إذا انتهت مدة حضانته انتقلت جبرا إلى أبيه و إن لم يكن لديه أب تنتقل إلى أقرب عصبته من الرجال سواء كانوا محارم كإخوته الأشقاء أو غير محارم كأبناء عمه، وذلك لأن الشارع رأي مصلحة الصغير في أن يمسكه أبوه أو عاصبه بعد تجاوزه سن الحضانة ليهذبه ويربيه.[3]

ولكن في حالة ما إذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للمحضون أحد من العصبة الذين لهم حق الضم وأهليته ، ولم يكن هناك وصي يمكن أن يسلم إليه الغلام فانه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو الأصلح له.

أما بخصوص البنت فقد فرق الحنفية بين البكر والثيب ، فإن تعلق الأمر بالبكر فإن أبوها يضمها إليه ومع ذلك فان تقدمت في السن وكانت لها تجربة في الحياة يمكنها أن تسكن وحدها ، أما الثيب فان

[1] – كربال سهام، مرجع سابق،ص 102

[2]– صالح خيضر و فارس دبه، مرجع سابق، ص 104.

[3] – مرجع نفسه، ص 104.

كانت أخلاقها حسنة فغنها لا تضم إلى والدها لان الولاية سقطت عنها ولأن لها تجارب في الحياة ، ولكن إذ كانت أخلاقها فاسدة فالأجدر ضمها جبرا إلى والدها أو من يقوم مقامه بتأديبها.[1]

ثانيا :مصير المحضون حسب قانون الأسرة الجزائري:

إن المشرع الجزائري أغفل عند ضبطه لموضوع الحضانة أن يتحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة لذا لابد من الرجوع إلى المادة222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالرغم من اختلاف أراء الفقهاء في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة.

كما أن المشرع لم يضع نصا خاصا بالابن الذي انتهت حضانته دون إخوته، وخاصة إذا كان أكبرهم، وقد تنتهي سن الحضانة بالنسبة إليه ويبقى مع إخوته، وقد لا يبادر الأب بأخذه مع عدم استمراره في النفقة عليه وبالتالي يثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة.[2]

ثالثا: تمديد مدة الحضانة

تمديد مدة الحضانة يعتبر قرار قانوني يتم اتخاذه بناءا على ظروف معينة و بموجب إجراءات قانونية محددة، حيث يختلف الإجراء المتبع و قوانين التمديد من دولة إلى أخرى، و سنتطرق في هذا الصدد الو موقف الفقه ثم موقف مشرع الجزائري.

1-موقف فقهاء الشريعة الإسلامية:

- قول الحنفية قال ابن عابدين من بلغ معتوها كان عند الأم سواء كان ابنا أو بنتا ومعنى ذلك أنه إذا كان الصغير مفسدا مجنونا أو معتوها ,فإنه يبقى عند الأم وصار في حضانتها إلى أن يشفي.
- قول الحنابلة : قال البهوتي إن اختيار ابن سبع سنين أباه ثم ا زل عقله رد إلى أمه لحاجته إلى من يتعهده كالصغير وبطل اختياره.

[1] – مسيكة محمد صغير، مرجع سابق، ص 62.

[2] – كربال سهام، مرجع سابق،ص 104

وقال ابن قدامة إذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار ,إذا لم يكن معتوها أو مجنون.[1]

– قول الشافعية ومن التمييز غالبا إن الحضانة تنتهي بالتمييز ولا تمدد بينما إذا كان غير مميز كالجنون فإن الحضانة تمدد بالنسبة للصغير المميز.

– المالكية : تستمد الحضانة في الغلام إلى البلوغ على المشهور ولو مجنونا أو مريضا,وفي الأنثى إلى الدخول بها.[2]

2–تمديد مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، و الأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كنف أي شخص يعيش ، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة .

و هذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج..."[3] ، إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل ، عندما أضافت : "...و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية .

من خلال تحليلنا لنص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أورد استثناء عن القاعدة التي تقضي بانتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغه العشر سنوات ، إذ نص على أنه يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة حضانته من سن 10 سنوات إلى غاية بلوغه 16 سنة وذلك في حالة ما انتهت المدة القانونية لحضانته وطلب الحاضن من هيئة المحكمة تمديدها له وذلك في حالة توفر شرطين وهما:

---

[1] – سارة نوري، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة،2014.، ص 57.

[2] – سارة نوري، مرجع سابق، ص 57

[3]-قانون رقم84–11،المعدل و المتمم، مرجع سابق

أ- **الشرط الأول:** أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها.

ب-الشرط الثاني : أن لا تكون الأم متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس بمحرم للمحضون معنى ذلك أنه إذا قضت المحكمة حين فصلها في موضوع الطلاق بإسناد حضانة الطفل المحضون لأمه ، وكان سنه لا يتجاوز مثلا السبع سنوات ثم بلغ سن العشر (10) سنوات وبالتالي انتهت المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 65 من قانون الأسرة ، جاز لها أن تطلب من هيئة المحكمة تمديد مدة هذه الحضانة وإبقاؤه عندها إلى أن يبلغ سن 16 من عمره ، أما في حالة عدم مطالبتها بتمديد مدة الحضانة فإنها تسقط منها كما سلف ذكره حين تطرقنا إلى أسباب سقوط الحضانة.

جاء في قرار المحكمة العليا :" من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه، ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة ".[1]

وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق واسناد الحضانة للأم وتم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضونين تجاوز سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه : " أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر (16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضونين دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة".[2]

3-موقف التشريعات المقارنة من تمديد مدة الحضانة:

- نجد أن المشرع التونسي أخذ بتمديد الحضانة ضمنيا عندما سكت عند تحديد مدة الحضانة فإنه فضل أن يترك السلطة التقديرية للقاضي حسب المادة 22 منه .

[1] – ملف رقم 66552، قرار بتاريخ 1990/12/10، صادر من المحكمة العليا، غ.ا.ش، م.ق، ع2،1995، ص 89.

[2] – ملف رقم123889، قرار بتاريخ1995/10/24، صادر من المحكمة العليا، غ.أ.ش، ن.ق، ع52،1997، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص361-362.

- أما المشرع المغربي فقد نصت المادة 122 منه تدل على دلالة قطعية بأنه لم يأخذ بتمديد الحضانة إلا ما بعد سن الرشد لأنه حدد مدة الحضانة ب 12 سنة.
- أما المشرع الأردني حسب نصوص مواده فإنه لم يأخذ بتمديد مدة الحضانة حسب المادة 122 منه أن الحضانة مدة انتهائها إلى البلوغ أما بالنسبة لحضانة غير الأم فهو حددها بسن معين ولكن لن يذكر لهم تمديد الحضانة.[1]

[1] – سارة نوري، مرجع سابق، ص59.

الخاتمة

من خلال دراستنا للموضوع"النظام القانوني لحق الحضانة في التشريع الجزائري و قوانين المقارنة "، يتبين لنا أهمية أحكام الحضانة التي يضعها المشرع و تطبقها المحكمة على النزاعات المتعلقة فيها، و بالقدر الذي تكون فيه تلك الأحكام واضحة وجلية في تحقيق مصلحة المحضون، تكون قد حققت الهدف في واجب الدولة و المجتمع في حماية الأطفال و رعايتهم، وخاصة بعد تفكك الأسرة و حصول الانفصال و النزاعات المختلفة بين الوالدين. قد تبين لنا أن التشريعات العربية المتعلقة بالحضانة قد شابها الكثير من النصوص القانونية التي لا تتماشى مع مصلحة المحضون، فكانت مقيده لسلطة القاضي التقديرية التي تحجبه في بعض الأحيان عن حكم وفق ما يثبت له من مصلحة المحضون، بما يخاف المبدأ المعروف " أن مصلحة المحضون و نفعه هو محور الحضانة، و أين وجدت مصلحته وجب المصير إليها" وقد يظهر ذلك جديا في نصوص التي تحير القاضي فيما لم يرد به نصف القانون إلى مصادر الفقه التي يجب عليه تطبيقها والالتزام بها،ولو وجد أنها مخالفة لمصلحة المحضون وواقع الدعوى التي ينظر فيها. كما تبين لنا وجود اختلافات كثيرة في التشريعات العربية حول أحكام الحضانة وذلك لأسباب عديدة نذكر منها:

- اختلاف المصادر الفقهية التي أخذت منها النصوص القانونية.
- اختلاف العادات و الأعراف في كل دولة و عجز بعضها عن تطوير أحكام الحضانة بما يتناسب مع الزمان و المكان.
- ظهور ثقافات و مفاهيم اجتماعية جديدة متباينة، نتيجة حصول الاندماج و التفاعل و التزاوج بين الجنسيات و الشعوب المختلفة.

وقد يقول قائل إن بعض الدول العربية قامت بإصدار قوانين جديدة للأحوال الشخصية، كما أجرى بعضها الآخر تعديلات على أحكام الحضانة، ولذلك كانت هذه التشريعات الجديدة، أفضل ما يمكن تحقيقه لمصلحة المحضون.

و بملاحظة أن التشريعات الغربية كقانون الفرنسي و غيره، اعتبرت الحضانة جزءا من القانون المدني وهو ما يعرف عندهم بأحكام السلطة الوالدية أو المسؤولية الأبوية على الطفل القاصر.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها من خلال دراسة هذا الموضوع كالتالي:

- أن الحضانة في أغلب القوانين الوضعية هي تكليف يكلف به الوالدين رعاية مصلحة الطفل الصغير عندما تصبح الحياة الزوجية مهددة بالفراق ، ولا يجوز لمن له ذلك الامتناع عنها أو التنازل عنها أو جعلها أحد شروط العقد .لكنها في الفقه الإسلامي قد أخذت بعدة أشكال فمنهم من يعتقد على إنها تكليف وآخر يعتقد أنها حقاً وتكليفاً في آن واحد . وقد اعتمد المشرع الفرنسي هذا الرأي أيضاً.
- اختلاف الفقه و القانون في تعريفهم للحضانة، إلا أن التعريفات جميعها تصب حول معنى واحد و هو حفظ المحضون و رعاية مصالحه. ما يمكن ملاحظته في قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم ، تبيّن لنا أن المشرع الجزائري لم يضبط تعريف محدد للحضانة و إنما اكتفى بذكر أهدافها و أسباها من خلال المادة62 من ق.أ، و يكون ذلك في حدود نطاق الحضانة وظائفها الأساسية.
- اشترط الفقه و القانون عديد من الشروط لمن يستحق ممارسة الحضانة، واتفق الفقه و القانون على أن لا حضانة لمن يعتريه عارض الجنون أو العته أو السفه، لان هؤلاء ليس لهم ولاية على أنفسهم. وما نلاحظه في المشرع الجزائري أنه لم ينص على الشروط الحضانة، و إنما مكتفيا بالنص المادة 62/ف2 من ق.أ، على أن:"... أن يكون أهلا لذلك"، مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وذلك حسب المادة222 من ق.أ.
- أما في ما يخص ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، فقد اتفق الفقه و القانون على أولوية الأم في هذا الحق إلا أن المشرع التونسي قد سوى بين الأم والأب في المرتبة، وكذا في القانون الفرنسي الذي اعتبره حقا مشتركا للوالدين.

- اهتم الشرع و التشريع بحالات سقوط الحضانة،كحالة فقدان أحد شروط إسنادها، أو زواج الحاضنة بأجنبي أو تنازل الحاضنة عن الحضانة، إلا إذا كان هذا السقوط لا يخدم مصلحة المحضون.

- أن القوانين الوضعية رغم كثرتها لكنها لم تستطع أن تحقق السعادة المنشودة للطفل والأم بحيث تمكنه من خوض سبل الحياة المختلفة ، لأن حياة الطفل وكيفية ارتباطه مع والديه تتطلب أمور كثيرة دقيقة لطيفة تتلاءم ومعنى الطفولة وهذا هو السبب في إخفاقها في وضع الحلول المناسبة والسليمة لأنها أمور يجب على أفراد المجتمع أن يدركونها ثم ينجزونها بحب واشتياق فالحضانة لا تستقيم بالأحكام القضائية ، إلا في حالات خاصة من عدم استقامة الوالدين أخلاقياً أو لعدم إدراكهم لمسؤولياتهم بالنحو الصحيح عندها لابد للقضاء من اتخاذ الإجراءات اللازمة لحلها لأجل مصلحة الطفل نفسه.لذا لا يمكن للقوانين والأنظمة الحقوقية أن تعيها وتحددها لأنها غير قادرة على تصورها فكيف لها أن تنظر إليها وتأخذها بنظر الاعتبار.

- أغفل المشرع الجزائري الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة أو سقوطها بقوة القانون. والحكم الفقهي في ها الخصوص أنه يعود إلى الأب، وليس للمحضون حق في أن يختار الأب أو الأم.

الإقتراحات:

من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة لم يعالج المشرع بعض النقاط الحساسة التي كانت أمل القضاة و الباحثين في موضوع الحضانة والتي ذكرناها سابقا ، و اكتفى في تعديله إلى الإشارة بتغيير ترتيب الأب فيما يخص أصحاب الحق في الحضانة وهنا أحسن المشرع لتوعية الأم بالتنازل عن الحضانة للأب حتى يرى مدى خطورة الأمر وصعوبته فيعيد النظر في الطلاق تحت ضغط مشاكل ومصلحة الأولاد, وتطرق إلى عمل المرأة الذي اعتبره حقّا لها لا يمكن أن يكون سببا لسقوط الحضانة ، و ما جاء في المادة 57 مكرر بإعطاء صلاحيات لرئيس المحكمة للفصل على وجه السرعة في مسائل

الحضانة ، المسكن ، الزيارة و النفقة ، و إسناد الولاية على الطفل إلى حاضنه مع إلزام ألأب بنص صريح بتوفير مسكن الحضانة أو دفع بدل الإيجار ،وهي تعديلات مهمة وجوهرية تدارك المشرع من خلالها بعض الفراغات القانونية مع إعادة النظر بحل الإشكالات المطروحة على مستوى المحاكم المذكورة سابقا بنصوص يراعي فيها مصلحة المحضون وتتماشى مع الواقع.

- كما يتضح من خلال دراستنا لموضوع الحضانة أنها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، فهذا المصطلح قد ذكره المشرع تقريبا في كل المواد المتعلقة بالحضانة، لكنه لم يعط لنا مفهوما لهذا المبدأ وترك ذلك خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي الفاصل في النزاع، إلا أنه كان من المستحسن لو أن المشرع ضبط مفهوما لهذا المبدأ فلكل قاض مفهومه الخاص.

- وقد جعل المشرع الجزائري من أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه، لكن كيف يتمكن الأب من مراقبة تربية الطفل على دينه عندما تمنح الحضانة لأم غير مسلمة ؟ نلاحظ أنه من الصعوبة بما كان أن يستطيع متابعة ابنه في هذه الحالة ، و لبعده عنه و عدم التقائه يوميا به ، والقول بأن الوالد يراقب الطفل عند ممارسته لحقه في الزيارة في غير محله كون أن المدة التي يبقى فيها معه عند ممارسته لهذا الحق لا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع حاضنته غير المسلمة، ثم أن الزيارة حق ، فماذا يترتب لو لم يمارس صاحب الحق حقه ؟ و كيف تكون تربية الطفل ؟ و من يراقب ذلك؟

نرى أنه على المشرع أن يتدخل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة ، و تربية الولد على دين أبيه.

- حيث كان من الأجدر على المشرع أن يخصص مادة لتناول تلك الشروط خاصة و أنه كما سبق ذكره أن الموضوع يتعلق بمصير أطفال لا يتعدى أعمارهم بضعة سنوات، حيث نقترح أن تكون صياغة الفقرة الثانية من المادة62 كالتالي:" و يشترط في الحاضن ان يكون أهلا للقيام بذلك، بأن يكون بالغا، عاقلا، رشيدا، قادرا، أمينا."

- المشرع الجزائري لم يعطي تفصيل في الأشخاص الذين يحق لهم الحضانة وبين فقط بأن الأم هي صاحبة الأولوية في ذلك، كما لم يبين من هم الأقارب الذي يحق لهم الحضانة و اكتفى بالقول "الأقربون درجة "و عليه تدارك هذا النقص و إعطائه جانبا من التفصيل.
- وعندما نص المشرع على تمديد حضانة الذكر الذي أتم10 سنوات إلى غاية16 سنة ، و حصر طلب ذلك على الأم فقط ، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب التمديد ، و لا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان الحاضن عند شخص غير الأم ، حتى و لو كانت مصلحة المحضون تقتضي التمديد ، و هذا في رأينا قصور من المشرع يجب تداركه، لذا نقترح أن تكون صياغة المادة65 كالتالي: " تنقضي مدة حضانة الذكر بالبلوغ، و الأنثى بزواجها أو ببلوغ سن 19 سنة على الأكثر".
- على المشرع مراجعة المادة72 من ق.أ.ج الفقرة2 في ما يخص بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم، في هذه الحالة أصبحت الحاضنة أجنبية من الجانب الشرعي.و لذا نقترح ان تكون صياغة المادة72 كالتالي:" في حالة الطلاق، تبقى الحاضنة في بيت زوجية حتى انتهاء عدتها، ويجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للطفل المحضون بعد انتهاء العدة، ما لم تكن الحاضنة تملك سكنا خاصا بها، و إذا تعذر عليه توفير المسكن فعليه دفع بدل الإيجار".

- ضرورة وضع حلول للمشاكل المتعلقة بحضانة الأطفال في حالة الزواج المختلط، من خلال إضافة فقرة ثانية للمادة69 من ق.أ ، تنص صراحة على إسناد مسائل الحضانة في حالة زواج المختلط، بحسب الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع الجزائر، وعند عدم وجودها يطبق القانون الأصلح للطفل.

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

قائمة المراجع:

1-الكتب:

- ابن حجر الهيثمي احمد بن محمد، الفتاوي الكبرى، ج2، مطبعة شركة دار الكتاب، مصر.
- ابن عابدين حاشية،رد مختار، ج3، طبعه الحلبي، القاهرة مصر.
- أبي بكر الحسن بن حسن الكشاوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية، ط. 1 ، مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2010 .
- أحمد رجوب، أحكام الحضانة في القوانين العربي و الأجنبية، ط1 ، دار العماد للنشر التوزيع، سوريا،2019.
- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، طبعة الثالثة، دار الفكر العربي، 1950.
- الإمام مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، م2 ، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1995.
- باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، الحضانة، متاع)، دراسة مدعمة الاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين ميلة،2008.
- الباجوري إبراهيم الباجوري، حاشية الباجورين ج2، مطبعة شركة، دار الكتاب مصر.

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج،1 ط،4 ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2005.
- بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الامر05 /02(معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنه 1966– 2006)، ديوان مطبوعات، الجامعية،2007.
- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامية و القوانين الوضعية دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية،لبنان،2008.
- حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا في الج ا زئر و محكمة النقد المصرية في مسائل (الزواج و انحلاله– الخطبة– عقد الزواج و اثباته– الطلاق و آثاره– النيابة الشرعية– التبرعات– الوصية– الهبة و الوقف)، دار الخلدونية، الجزائر،2015 .
- حمزة بن حسين الفعر الشريف ، أحكام الحضانة في ضوء مقاصد الشرعية ، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي.
- حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل (دراسة مقارنه بين الشريعة الاسلاميه وقوانين الأحوال الشخصية)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- خالد دوادي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، ط1 ، دار الاعصار العلمي، عمان، 2017 .
- الدسوقي ،محمد بن أحمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج.
- الرملي ، شمس الدين محمد ب ن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7 ، دار الفكر، ط أخيرة، بيروت،1984 .

- رمضان علي السيد الشرباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- السرخي، شمس الأئمة ، المبسوط، ج5 ، ، دار المعرفة للطباع ة والنشر، بيروت، لبنان.
- الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، دا ر الكتب العلمية،ج6 ، ط1 ،1994.
- صالح بن فوزان بن عبدالله الفوزان، إعانة المستفيد بشرح كتاب التوحيد،ج2، مؤسسة الرسالة ، ط2002،3.
- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، طبعة 02 ، دار الكتب العلمية، لبنان،2003.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الاسره الجزائري حسب أخر تعديل له قانون رقم 05 09 المؤرخ في 4 ماي سنه 2005، ط1، دار الخلدونية ،الجزائر، 2007.
- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1 ، دار الكتاب العربي، مصر،1961.
- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2 ، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة.

- العربي بختي، نظام الأسرة، في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة ، ب.ط ،مؤسسه كنوز الحكمة للنشر والتوزيع الابيار، الجزائر.
- عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية،2001.
- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع .
- علي أبو البصل، د راسات في فقه الأسرة،دار القلم، ط1 ، دبي ،2004.
- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، 2015.
- فهد مسلم الرحيلي، مصطلحات مقاصد الشريعة جمعا و دراسة.
- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين(دراسة تاريخيه و تشريعيه وقضائية)،ج2، الناشر منشاة المعارف، الإسكندرية.
- موريس صاد، قضايا النفقة والحضانة والطاعة (معلقا عليه بأحدث أحكام القضاء والنفقة في مصر والدول العربية)، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، 1999.
- .. الغوثي بن ملحه قانون الاسره على ضوء الفقه والقضاء ج1 ط3 ديوان المطبوعات الجامعية، قسطنطينة، 2015.

- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي(مادة بمادة)على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي ، ط3، دارهومة، الجزائر، 2018.

2-الرسائل الجامعية:

أ-رسائل دكتوراه:

- حميدو زكية،"مصلحة المحضون في القوانين المغاربية(دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2005.
- غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2018.

ب-رسائل الماجستير:

- زهيه رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقيه حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكره من اجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون دبلوماسي، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، الجزائر، 2008.
- كمال الصمامة، مسقيطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكره لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كليه الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الوادي، 2015.
- علال أمل، التبني والكفالة(دراسة المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان،2009.

- عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، جامعة الاسلامية بغزة، 2003.
- عادل شباب، حضانة الطفل (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، جامعة الافريقيه ادرار،2011.

ج-المذكرات:

- ايت عكوش وزنة بن كرو نوال، الحضانة دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه عبد الرحمن ميرة 2013.
- برقوق نسرين، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2015.
- حليمه كرميش، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماسترن تخصص قانون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسيةن جامعة محمد بوضياف ،مسيلة، 2017.

- سارة نوري، مصلحة المحضون بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة،2014.

– صالح خيضر وفارس دبه ،أحكام الحضانة في قانون السرة الجزائري، مذكرة شهادة المستر، التخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل،2016.

– ضيف الله عادل وقاسم التواتي، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق أحوال الشخصية، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، بالجلفة،2017.

– عديلة سارة الحضانة في التشريعات المغاربية(تونس المغرب الجزائر)،مذكرة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية، تخصص قانون الأسرة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد اولحاج، 2021.

– عيد سعيد حياه ، أحكام ممارسه الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة المستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محمد اولحاج بويرة، 2015.

– كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكره لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كليه الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البويرة، 2013.

– مسيكة محمد الصغير، مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في ظل الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كليه الحقوق العلوم السياسية ،جامعة زيان عاشور، جلفة، 2016.

- منصف عمراني، أحكام الحضانة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 2016.

3–القوانين:

- القانون رقم84–11 المؤرخ في1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتم بالأمر رقم 05–02 المؤرخفي2005/02/27.
- القانون رقم 03–70 المتضمن اصدار مدونه الاسره الصادر في 3 فبراير 2004، للمملكه المغربية عدد 5184 الصادر يوم الخميس 5 فبراير 2004 ظهير شريف رقم 04 –22
- المدونة المغربية للأحوال الشخصية، بظهير رقم190–57–1 المؤرخ في1957/08/19 و المعدل و المتمم بالقانون رقم01–04–22، الصادر بتاريخ2004/02/05.
- مجلة الأحوال الشخصية التونسي، المؤرخ في1956/08/13، المعدل و المتمم بالقانون عدد 20 لسنه 2008 المؤرخ في 4 مارس 2008

- الأمر رقم75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم05-10 المؤرخ2005/06/20.
- قانون رقم 20 لسنة 1920 المعدل و المتمم بالقانون رقم2 لعام 2006، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.
- قانون رقم 28 لعام2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
- قانون رقم40 لعام1951 ، المتضمن القانون المدني العراقي.

4-المجلات:

- المجلة القضائية لسنة 1981، العدد1، 2.
- المجلة القضائية لسنة 1989، العدد1، 3.
- المجلة القضائية لسنة 1990، العدد3.
- المجلة القضائية لسنة1991، العدد2 ، 4.
- المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الخاص.
- المجلة القضائية لسنة1995، العدد1.
- المجلة القضائية لسنة2001، العدد الخاص.
- المجلة القضائية لسنة2001، العدد1.
- المجله قضائية لسنة2002 ،العدد2.
- المجله القضائية لسنة2005 ،العدد1.

- المجلة القضائية لسنة2006، العدد1.
- المجلة القضائية لسنة2008، العدد2.
- المجلة القضائية لسنة2010 ، العدد 2
- المجلة القضائية لسنة 2012، العدد2.

5-المقالات:

- المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربيه والاجتهاد القضائي، مجله العلوم الانسانية، مجلد 05 العدد 01الجزائر.
- نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها (دراسة مقارنه)، مجله الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 59، سنه .2018.
- ربيحة الغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري (مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا) ،العدد27 ،ج،1 2015.
- قندوز سناء، دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة، مجلة أبحاث القانونية والسياسية، مجلد 07 ،ع1، 2016.
- عدنان علي ابراهيم، الملا حالات سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلة كلية دار العلوم، العدد 142، 2022.
- لمين لعريط ،الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 34، العدد 3، قسنطينة، 2012.

- عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية مجلد6 ،العدد 4، الجزائر ،2021.
- عادل موسى عوض، حقوق المحضون في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة، مجلة الاسلامية والبحوث الاكاديمية، العدد 76.
- محمد منيب، الحالة القانونية التي تسقط فيها الحضانة، 2022، Mohamumasr.com
- جمال غريسي، السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائرية، مجلة آفاق علمية، مجلد13، العدد2، 2021.
- محمد بوزينة امنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة،مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد11 ،العدد 2.
- جمال الديب، نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجله افاق علمية المجلد11، العدد،1 2019.
- بن داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 4، العدد 02 ،2019.

6-الأبحاث العلمية:

- فوزي كريم، الحضانه والنفقة وفق مدونه الأسرة، طنجة،2019.

- نور الدين الطوخ وصابر الدراج أحكام النفقة في التشريع المغربي والمقارن، بحث مادة قانون الأسرة، الفصل الاول ،كلية العلوم الاجتماعية ،جامعة محمد الخامس، بالرباط، 2018.
- حسين مبارك القحطاني، ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي دراسة فقهية مقارنة .

7-المواقع الإلكترونية:

- http://www.asjp.cerist.dz
- http://www.dalloz.fr
- http:// www.islamweb.net
- http:// www.portal.arid.my
- http:// www.maitreimennasri.over-blog.com
- http:// www.al-eman.com
- http://www. shamela.ws

فـهـرس الـمـحـتـويـات

الإهداء	
الشكر و التقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	**12-6**
الفصل الأول: ما هية الحضانة في الفقه والتشريعات المقارنة	
المبحث الأول: مفهوم الحضانة	**14**
المطلب الأول : تعريف الحضانة وتفريقها عما يشابهها	**14**
الفرع الأول: تعريف الحضانة وخصائصها	**15**
أولا: التعريف الاصطلاحي والشرعي لحق الحضانة	**15**
ثانيا: موقف التشريعات المقارنة	**16**
ثالثا: خصائص الحق الحضانة	**23**
الفرع الثاني: تفريق الحضانة عن بعض المفاهيم المشابهة لها	**29**
أولا: تمييز الحضانة عن الوصاية	**29**
ثانيا: تمييز الحضانة عن الكفالة	**30**
ثالثا: تمييز الحضانة عن التبني	**32**
المطلب الثاني: شروط إسناد حق الحضانة	**34**
الفرع الأول: شروط الحاضن في الشريعة الاسلاميه	**34**
أولا: الشروط المشتركة بين الحاضنين من الرجال والنساء	**34**
ثانيا: الشروط الخاصة بالحاضنات من النساء	**38**

ثالثا: الشروط الخاصة بالحاضنين من الرجال	**42**
الفرع الثاني:شروط الحاضن في التشريعات المقارنة	**44**
أولا:موقف المشرع الجزائري	**44**
ثانيا: موقف التشريعات المقارنة	**47**
المبحث الثاني: أصحاب الحق في الحضانة وإشكالاتها	**49**
المطلب الأول: مراتب الحاضنين في الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة	**50**
الفرع الأول: ترتيب الدرجات الحواضر في الشريعة الاسلاميه	**50**
أولا:الأم و من يليها من قريبتاها	**51**
تانيا: الأب وما يليه من أقاربه	**52**
ثالثا:حضانة ذوي الأرحام	**54**
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري قبل و بعد التعديل	**55**
أولا: موقف المشرع الجزائري قبل التعديل قانون رقم 11/84	**55**
ثانيا: موقف المشرع الجزائري بعد التعديل قانون رقم02/05	**57**
الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة	**60**
أولا: قانون المصري	**60**
ثانيا: مدونة المغربية	**61**
ثالثا: قانون التونسي	**61**
رابعا: قانون العراقي	**62**
المطلب الثاني :ابرز إشكالات المطروحة في مجال حق الحضانة	**63**

الفرع الأول: إشكالية مراعاة المصلحة المحضون	**64**
أولا: المقصود بمبدأ مصلحة المحضون	**64**
ثانيا: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون	**65**
فرع الثاني: إشكالية الأبناء الناتجين عن الزواج المختلط	**69**
أولا:دور التشريعات المقارنة في حل مسألة الحضانة في زواج المختلط	**69**
ثانيا: دور اتفاقيات الدولية في حل مسألة الحضانة في زواج المختلط	**72**
الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الحضانة وسبل الانقضاء ها	
المبحث الأول: الالتزامات القانونية عن الحق الحضانة	**77**
المطلب الأول: حقوق الولد المحضون	**77**
الفرع الأول: الالتزام بالنفقة الحضانة	**78**
أولا: نفقة المحضون وفقا الشريعة الإسلامية	**78**
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من حق النفقة	**80**
ثالثا: موقف التشريعات المقارنة من حق النفقة	**83**
الفرع الثاني: التزام بتوفير المسكن	**88**
أولا :الموقف الشريعة الإسلامية من المسكن الحضانة	**89**
ثانيا:الموقف المشرع الجزائري من المسكن الحضانة	**90**
ثالثا :موقف تشريعات المقارنة من المسكن الحضانة	**92**

المطلب الثاني: واجبات الحاضن	**96**
الفرع الأول: تمكين المحضون له من الزيارة	**96**
أولا: حق زيارة المحضون في الفقه الإسلامي	**96**
ثانيا: حق زيارة في قانون الأسرة الجزائري	**97**
ثالثا : حق زيارة المحضون في تشريعات مقارنة	**99**
الفرع الثاني: التزام بالرقابة المحضون	**102**
أولا: شروط المسؤولية شخص الحاضن عن رقابة المحضون	**102**
ثانيا : أساس قيام مسؤولية الحاضن:	**103**
المبحث الثاني: انقضاء الحضانة	**105**
المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة وعودتها	**106**
الفرع الأول: أسباب إسقاط الحضانة وفقا للشريعة الاسلاميه والقوانين المقارنة	**106**
أولا :موقف الشريعة الإسلامية	**106**
ثانيا :موقف المشرع الجزائري	**109**
ثالثا: موقف قوانين المقارنة	**116**
الفرع الثاني: عودة الحضانة لمستحقيها	**121**
أولا: موقف شريعة الإسلامية من عودة الحضانة	**121**
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من عودة الحضانة	**122**
المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون	**124**
الفرع الأول: انتهاء مدة الحضانة	**124**

أولا: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي	**124**
ثانيا :مدة الحضانة في القانون الأسرة الجزائري	**125**
ثالثا: مدة الحضانة في قوانين المقارنة	**127**
الفرع الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة	**131**
أولا :المصير المحضون حسب الشريعة الإسلامية	**131**
ثانيا :مصير المحضون حسب قانون الأسرة الجزائري:	**133**
ثالثا: تمديد مدة الحضانة	**133**
الخاتمة	**138**
قائمة المصادر و المراجع	**144**
الفهرس	**156**
الملاحق	**162**
ملخص دراسة	**168**

الـمـلاحـق

الملحق رقم01

قرارات واجتهادات المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

قرار بتاريخ 2022/01/05

- **المبدأ:** يخضع تقدير ملائمة المسكن المخصص لممارسة الحضانة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

قرار بتاريخ2021/10/06

- **المبدأ:** يحق للأم المطالبة بالحضانة من جديد، بعد تنازلها عنها أثناء الطلاق بالتراضي، متى بررت طلبها و كانت الحضانة الفعلية عندها.

قرار بتاريخ2019/04/03

- **المبدأ:** لا يؤدي اللعان إلى إسقاط الحضانة عن الأم مراعاة لمصلحة المحضون.

قرار بتاريخ2019/07/03

- **المبدأ:** إن إسناد الحضانة من مسائل الحالة ولا تطبق في شأنها قاعدة قوة الشيء المقضي فيه.

قرار بتاريخ 2019/12/04

- **المبدأ:** يكون الأب وليا شرعيا بعد وفاة الأم الحاضنة. وبمقتضى هذه الإنابة يحق له منح كفالة المحضون لغير الجدة لأم، لأنه الأجدر بمراعاة مصلحته يحق للجدة لأم المطالبة بالزيارة على أساس صلة الرحم.

قرار بتاريخ 2018/06/06

- **المبدأ:** لا يسقط حق الأم في الحضانة، بمجرد السفر و التردد على الخارج، لأن مناط السقوط ليس العمل أو الدراسة أو السفر المشروع المتكرر و إنما الضياع و الإهمال المترتب على ذلك السفر.

يمكن للأم الحاضنة إشراك من تثق فيهم من الأقارب لرعاية المحضون، دون أن تكون ملازمة له لمباشرة شؤونه.

قرار بتاريخ05 /2017/04

- **المبدأ:** يعود الحق في الحضانة، إذا زال سبب السقوط غير الاختياري.

يعد سقوطا اضطرابا غير اختياري: المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع.

قرار بتاريخ2017/05/03

- **المبدأ:** لا يعتد برغبة الطفل غير المميز في اختيار من يحضنه، و الحالة الميسورة لطالب إسقاط الحضانة ليست كافية لوحدها لإسنادها له، ما لم يثبت أن الطرف المستفيد من الحضانة غير أهل لمماستها.

قرار بتاريخ2016/10/05

- **المبدأ:** لا يجوز رفض دعوى إسقاط الحضانة، على أساس حق الأم بالأولية في الحضانة، دون التحقق من مدى رعاية المحضون و السهر عليه.

قرار بتاريخ2015/10/14

- **المبدأ:** لا تسقط الحضانة برفض المحضون الالتحاق بالحاضن.

قرار بتاريخ2014/02/14

- **المبدأ:** تراعي مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، ولا يعتد برغبة الطفل فقط.

قرار بتاريخ2012/09/13

المبدأ: تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون. مصلحة المحضون، الواجب على القاضي مراعاتها، تنصب عن التنازل عن الحضانة فقط.

الملحق رقم02

جدول يبين أهم النقاط الإختلاف في أحكام الحضانة بين القوانين المقارنة

جنسية القانون	جمهورية الجزائرية	المملكة المغربية	لجمهورية المصرية
رقم القانون المعمول به و المواد	القانون رقم11-84 سنة 1984 المواد61-72	القانون رقم 80-03 لسنة2004 المواد163-202	القانون25 لعام1929 المادة20
ترتيب مستحقي الحضانة	ا لأم- الأب- أم الأم - الأم الأب	لأم- الأب- لأم الأم- تقدير المحكمة	لأم- أم الأم- أم الأب- الأخوات
الشروط المطلوبة في الحاضن	الشروط العامة و شروط خاصة	الشروط العامة	الشروط العامة
سفر الحاضن و الولي بالمحضون	لا يسقط الحضانة و يعود تقدير ذلك للمحكمة	لا يسقط داخل الدولة	لا نص، و يعود ذلك وفق تقدير القاضي
اختلاف الدين بين الحاضن و المحضون	يرد نص بخصوص هذا و إنما متروك لتقدير المحكمة	لا نص فيه، تعود سلطة التقديرية للقاضي	لا نص، و يعود ذلك وفق تقدير القاضي
زواج الحاضن من أجنبي عن المحضون	يسقط الحضانة	يسقط الحضانة إلا في حالات محددة استثنيت بنص القانون	لا نص، و يعود ذلك وفق تقدير القاضي
سن انتهاء الحضانة	10سنوات للذكر، أما الأنثى حتى بلوغ سن الزواج 19 سنة	18 سنة للذكر و الأنثى	15سنة للذكر و أنثى و يخير المحضون بعد هذه السن

جنسية القانون	الجمهورية الجزائرية	المملكة المغربية	الجمهورية المصرية
سكوت المستحق الحضانة	يسقط حق المطالبة بعد مدة سنة من تاريخ العلم	يسقط حق المطالبة بعد مدة سنة من تاريخ العلم	لا نص
مد سن الحضانة	للأم التي لم تتزوج مد حضانة الذكر حتى16 سنة	يمكن مد سن الحضانة باختيار المحضون	للقاضي تخيير المحضون و الحكم بمد سن الحضانة
رؤية المحضون	للأبوين باتفاق و الخلاف بحكم القاضي	للأبوين و الجدين بإشراف المحكمة	للأبوين و الأجداد و لتقدير المحكمة
نفقة المحضون	من ماله، ثم على أبيه، ثم على أمه	من ماله، ثم على أبيه، ثم على أمه	من ماله، ثم على أبيه
أجرة المحضون	لا نص فيه	لغير الزوجة إلا إذا تزوجت	أجرة بعد بلوغ المحضون 15 سنة
مسكن الحضانة	على الأب توفير المسكن	على الولي إلا إذا تزوجت	على الأب توفير المسكن لأولاده

جنسية القانون	الجمهورية التونسية	الجمهورية السورية	الجمهورية العرقية
م القانون المعمول به و المواد	مجلة الأسرة لعام1956	قانون رقم59 لعام1953	قانون رقم188 لسنة 1959المادة 57
ترتيب مستحقي الحضانة	حد الأبوين وفي حال غيابهما للغير وفق مصلحة المحضون	الأم– أم الأم– أم الأب– الأخت	للأم– للأب ثم للمحكمة
لشروط المطلوبة في الحاضن	الشروط العامة و الخاصة	الشروط العامة	الشروط العامة
سفر الحاضن والولي بالمحضون	سفر نقله يسقط الحضانة حسب تقدير القاضي	للأم و أمها ضمن الدولة	نص يعود لتقدير القاضي
اختلاف الدين بين الحاضن و المحضون	يسقط الحضانة للأم ومسقط لغير الأم بعد بلوغ المحضون5سنوات	لا نص فيه يعود لتقدير القاضي	نص يعود لتقدير القاضي
زواج الحاضن من أجنبي عن المحضون	يسقط الحضانة وفقا لتقدير القاضي	يسقط الحضانة	لا يسقط الحضانة لأم و يعود لتقدير القاضي وحسب مصلحة المحضون
سن انتهاء الحضانة	سن الرشد 18 سنة	للذكر13سنة للأنثى15 سنة	10 سنوات للذكر و أنثى

جنسية القانون	الجمهورية التونسية	الجمهورية السورية	الجمهورية العرقية
سكوت المستحق الحضانة	يسقط حق المطالبة بعد مدة سنة من تاريخ العلم	لا نص	لا نص
مد سن الحضانة	نص فهي محددة حتى سن الرشد	يمكن مد سن الحضانة للأم إذا كان الولي غير الأب	يجوز للمحكمة مد سن الحضانة للأم حتى 15 سنة
رؤية المحضون	يحق للأبوين باتفاق أو بحكم القاضي	للأبوين و الأقارب بالاتفاق أو بحكم القاضي	لا نص
نفقة المحضون	ن ماله، ثم على أبيه، ثم على أمه، ثم على جده	من ماله، ثم على أبيه، ثم على أمه الموسرة ثم الأقارب	من ماله، ثم أبيه، ثم الأقارب
أجرة المحضون	للحاضن أجرة حضانة حسب العرف	لغير الزوجة على الميسور	لغير الزوجة
مسكن الحضانة	على الولي إلا إذا ملكت الحاضن مسكنا	لانص ، فهو من مفردات النفقة لواجبة على الولي عند ضرورة	لا نص

ملخص مذكرة الماستر

تتناول هذه الدراسة النظام القانوني لحق الحضانة في التشريع الجزائري و القوانين المقارنة، هذا كله بخلفية الفقهية الإسلامية، لما كانت الحضانة من أهم المواضيع التي لقيت اهتماما كبيرا من قبل الشريعة الإسلامية و كذا في مختلف التشريعات .فهي تشكل إحدى أهم الوسائل التي بموجبها يمكن العناية و الحرص على حماية حقوق المحضون و السير على مصالحه، فمدارها تحقيق مصلحة المحضون و النفع له بالدرجة الأولى و هذا ما اتفقت عليه جل التشريعات.

ولضمان ذلك قرر المشرع مجموعة من الأحكام القانونية، منها ما تعلق بشخص الحاضن، من حيث وجوب توفر جملة من الشروط فيه حتى يكون جديرا بالحضانة و الحفاظ على مصالح المحضون، و نظرا لكون الأم أكثر عطفا على أولادها فقد حظيت بأسبقية على غيرها في استحقاقها للحضانة، و لا يشكل عملها عائقا في ممارستها للحضانة،لكن إذا حدث و أن اختلت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون تكون في خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن و تسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط. هذا و إن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة غير مضرة بالمحضون، وغير متعارضة مع مصلحته. كما أنه في حالة تنازل الأم عنها لا تعود إليها، ولا يقبل طلب استرجاعها، وما يترتب عن الحضانة من التزامات على المحضون له من النفقة و السكن، و التزامات يجب توافرها في الحاضن كالزيارة و الرقابة، أما عن الأسباب انقضاءها فتنقضي بانتهاء مدة الحضانة.

وكل هذا من أجل وضع الطفل في محيط ملائم للنمو السليم من كل النواحي، النفسية، العقلية، الجسدية و التربوية مما يستلزم على المشرع الجزائري السهر على تطبيق أصول الشريعة الإسلامية من خلال إضافة تعديلات وتغيرات مناسبة على أحكام القانونية المتعلقة بهذه المسألة.

الكلمات المفتاحية:

1/ الحضانة، 2/ مصلحة ، 3/ التزامات الحاضن، 4/ المسقطات الحضانة

Abstract of The master thesis

Through this study, The legal system of custody right in Algerian legislation and comparative laws. Childcare is one the topics that have received the most attention in Islamic sharia as well as in different legislations, as it is one of the most important ways to ensure and safeguard children's rights. The rights and interests of the child in custody, is then primarily the result of the custody interest. To ensure this, the Algerian legislator puts in place regulatory provisions, including those relating to the person in charge of custody who must meet certain conditions allowing him to be worthy of custody and the protection of the interests of the child being cared for and to forfeit him if it with the interest of the latter. And because the mother is more sympathetic to her children, she has a precedence over others in her entitlement to custody. her work does not constitute an obstacle in her exercise of custody, But if it happened and that been disrupted these conditions the interest of the fostered child will be in danger, which requires dropping it from the custodian and handing over the fostered child to the next in rank if he fulfils all the conditions. This, and dropping custody, can only be for serious and clear reasons that do not harm the imprisoned child
and not inconsistent with his interest. Also, in the event that the mother gives up her, she does not return to her, and The request to retrieve is not accepted. And the obligations resulting from the custody of the child, including alimony and housing, and obligations to be made available in the incubator such as visitation and oversight, As for the reasons for its lapse, it expires with the end of the incubation period.

And all this in order to place the child in a suitable environment for proper growth in all respects, psychological, mental, physical and educational.

Keywords :

1/ Custody, 2/interest ,3/ obligations custodial ; 4/ Lapsing of Custody rights