مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة
(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)
Sharia and legal controls to Attribution of custody (A comparative study between Islamic jurisprudence and Algerian family law)

د. ملين لعريط
dr.larituniv18@gmail.com
جامعة يحيى فارس – المدية

تاريخ الإرسال: 2020/05/28 تاريخ القبول: 2021/01/05

I. الملخص:

يهدف هذا المقال إلى تسليط الضوء على الضوابط القانونية لإسناد الحضانة، لاسيما في قانون الأسرة الجزائري المعدّل والمتمم، بالإضافة إلى بعض النصوص القانونية ذات الصلة، ومقارنتها بالضوابط الشرعية التي وضعتها مذاهب الفقه الإسلامي في هذا الصدد، حيث اعتمدنا في هذه الدراسة على منهج تحليلي مقارن، من خلال استعراض أهمّ آراء فقهاء الإسلام في هذا الشأن، وموقف المشرع الجزائري منها، وقد خلصنا لبعض الاستنتاجات، التي تؤكد في مجملها بأن الحضانة مسألة متجددة في كل زمان، لا تقبل الجمود ولا الوقوف عند حدود المذهب، مما يستلزم إعادة النظر في كل مرّة في مواد القانون المتعلقة بهذه المسألة .

الكلمات المفتاحية: حضانة؛ مصلحة الطفل؛ أسرة؛ فقه إسلامي.

I. ABSTRACT:

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

This article aims to highlight Legal and Shariah controls for Attribution of custody, in particular the Algerian Family Law, in addition to some relevant legal texts, as well as the study of the opinions of Islamic jurisprudence in this regard. In this study we adopted a comparative analytical approach, and we have reached some conclusions, which in general confirm that custody is a renewable issue at all times, does not accept stagnation and does not stand within the limits of a certain jurisprudence, and this necessitates a permanent review of legal articles in this regard.

Keywords: Custody (Hadana); The interest of the child; family; Islamic jurisprudence

المقدمـــة:

قد يتعرض الطفل للكثير من المشاكل عند حلّ الرابطة الزوجية التي كانت تجمع والديه، لاسيما مشكل النفقة والسكن والمشاكل النفسية والتربوية المتعددة، حيث ينتقل من حياة أساسها المودة والرحمة إلى النقيض تماما، وذلك في ظل ازدياد حالات الطلاق في الجزائر بوتيرة متسارعة، والتي غالبا ما يكون ضحيتها الأطفال.

ومن هذا المنطلق، تكتسي مسألة الحضانة أهمية علمية وعملية لا يستهان بها، فلا جدال في أهمية البحث عن الآليات التي تحفظ للأبناء حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، وما يضمن رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم، وإدارة شؤونهم المالية وحمايتهم من الضياع، وهنا يبدو الطابع الاجتهادي للموضوع، وصلته الوثيقة بحياة الطفل وما يعانيه من مشاكل وأزمات، كما تبدو أهمية الموضوع في كونه يطرح عدة إشكالات في الواقع العملي، حيث تثير مسألة الحضانة الكثير من الخلافات بين الوالدين عقب وقوع الطلاق، ولعل كثرة مثل هذه القضايا على مستوى القضاء لأبرز دليل على ذلك، وتماشيا مع هذه الأهمية، جاءت أغلب الأحكام المتعلقة بالحضانة مرتبطة دائما

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

بمصلحة المحضون، سواء من حيث إسنادها أو إسقاطها وكل ما يتعلق بذلك، ويعود تقدير هذه المصلحة للقاضي، ولهذا ومنذ قرون خلت إلى يومنا هذا، حاول فقهاء الشريعة الإسلامية مراعاة مصلحة الطفل المحضون في هذا الصدد، كما تدخل المشرع الجزائري لتقرير النصوص القانونية الكفيلة بوضع إطار لممارسة الحضانة وذلك في قانون الأسرة الجزائري [1].

وبعد مرور ما يفوق عشر سنوات عن تعديل قانون الأسرة الجزائري، وإدخال تغييرات جديدة في هذه المسألة بموجب الأمـــر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فيفري 2005[2]، فإننا سندرس ما إذا كانت هذه الأحكام قد حققت الحماية المطلوبة للطفل المحضون في الواقع، والبحث عن مدى تمكن المشرع من معالجة القصور في هذه النصوص، أم أن الجديد نفسه الذي جاءت به هذه التعديلات قد اعترته الكثير من النقائص بشكل بعيد عن طموحات الأسرة الجزائرية.

وعليه يأتي هذا المقال للإجابة على إشكالية هامة مفادها: ما هي الضوابط التي وضعها الفقه الإسلامي لإسناد الحضانة وتلك التي وضعها القانون؟ وإلى أيّ مدى وُفِّق المشرع الجزائري في إيجاد نوع من التوافق بين الضوابط القانونية التي قررها في هذا الصدد وبين تلك الضوابط الشرعية؟

وسنحاول الإجابة على هذه الإشكالية، بالاعتماد على منهج تحليلي مقارن بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وذلك من خلال تقسيم هذه الدراسة لثلاث

[1]– القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 /07/ 1984 المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية، العدد 24 لسنة 1984 .

[2]– الأمـــر رقم 05–02 المؤرخ في 27 /02/ 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 /07/ 1984 المتضمن قانون الأسرة جريدة رسمية، العدد 15 لسنة 2005 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

مباحث، نتناول في أولها تعريف الحضانة وبيان شروطها، ونبحث في الثاني ترتيب الأشخاص المستحقين لها، ونخصص الثالث لحالات سقوطها .

المبحث الأول/ تعريف الحضانة وبيان شروطها

سنتطرق في البداية لتعريف الحضانة فقها وقانوناً، ثم نتعرض بعـــــدها لدراسة أهم شروط ممارســـة الحضانة، كما يلي:

المطلب الأول/ تعريف الحضانة في الفقه والقانون

أوْلى الفقه الإسلامي اهتماما بالغا بمسألة الحضانة نظرا لأهميتها، ولذا سنتناول مختلف التعريفات التي جاءت بها أهم المذاهب الفقهية في هذا الصدد، ثم نتطرق للتعريف الذي جاء في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول/ تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

نقول حضنت الأم ولدها، إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته، فتسمى حينئذ حاضنته[1]، ويعرفها السيد سابق بأنها "القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميّز ولا يستقلّ بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره، وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها ... "[2].

وقد وردت عدة تعريفات مفصلّة للحضانة بتعدد المذاهب الفقهية، لكنها كلها

[1]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1386هـ/ 1967 م، ص 543 .

[2]– السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1397هـ / 1977 م، ص 338 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

متقاربة في معناها، فيعرفها المالكية على أنها "حفظ المولود في مبيته، ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه وتنظيف جسمه، وهي من فروض الكفاية" [1].

ويعرفها الشافعية بأنها "القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه، فيشمل الطفل والكبير والمجنون" [2].

أما الحنفية فيعرفونها بانها "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة"[3]، في حين يعرفها الحنابلة على أنها "حفظ صغير ومجنون ومعتوه وتربيتهم بعمل مصالحهم"[4].

وعرفها ابن حزم الظاهري بأنها "النظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فإذا بلغا من السن والاستغناء، مبلغ الفهم فلا حضانة" [5].

ويعرفها الشيعة الإمامية والزيدية على أنها "ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته

[1]– محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام (حاشية على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه)، ط 3، دار الفكر، دون ذكر مكان النشر، 1393هـ / 1973 م، ص 141 .

[2]– سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي المسمى بـ "تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي"، الجزء الرابع، حققه وعلّق عليه أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، ط1، دار القبلتين، الرياض، السعودية، 1433هـ / 2012 م، ص 29–30.

[3]– محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، طبعة خاصة، الجزء الخامس، دار عالم الكتب، الرياض 1423هـ / 2003م، (في الهامش)، ص 252.

[4]– منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع على متن الإقناع، ط1، دار الفكر، بيروت–لبنان، 1402هـ / 1982م، ص 495.

[5]– أشار إلى تعريف ابن حزم: محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1431 هـ / 2010 م، ص 31.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

وما يتعلق بها من مصلحة، من حفظه والاهتمام بسريره وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقه ونحوه"[1].

نستنتج من تعريفات فقهاء الإسلام للحضانة أنهم وإن اختلفوا في الألفاظ التي يستعملونها، إلا أنهم لم يختلفوا حول معناها ومضمونها، والتي تصب عموما في صالح المحضون من رعاية معنوية ومادية من كل الأخطار التي قد تهدده، حتى يبلغ أشده ويستطيع الاعتماد على نفسه في تولي أموره.

الفرع الثاني/ تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

حسب قانون الأسرة الجزائري فالحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً[2].

وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وافق ما جاء به الفقه الإسلامي في تعريف الحضانة بشكل عام، مع التركيز على مسألة التعليم والدين والصحة والأخلاق، فجمع فيه كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.

وبالتالي يمكن القول أن تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، يرتكز على عدة عناصر أساسية، يمكن تلخيصها كما يلي:

أولا/ تعليم الطفل المحضون وتربيته على دين أبيه

ويقصد بالتعليم قانوناً التعليم الرسمي، بداية من التعليم الابتدائي إلى غاية بلوغ الطفل السن الذي يحدده القانون لانتهاء الحضانة، لاسيما وأن التعليم هو إجباري ومجانيّ، ولذا فإن كل طفل له الحق في أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته

[1]– أشار إلى تعريف الشيعة الإمامية والزيدية: سمير عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دار المنار للنشر، مصر، 1406ه / 1986م، ص 11.

[2]– المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم السابق الذكر .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

وقدراته الذهنية والعقلية واستعداده الفطري والنفسي، أما بالنسبة لتربية الطفل المحضون على دين أبيه، فإن الدين المقصود هنا هو الإسلام، حيث يجب أن يُربى الطفل على تعاليم الدين الإسلامي.

ثانيا/ السهر على حماية الطفل المحضون

فما دامت الحضانة رعايةً وحماية، فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، إذ لا يجوز أن يكون الطفل عرضة لأي ضرر أو اعتداء سواء كان ماديا أو معنويا، ولكن هذا لا يعني أن يترك للطفل الحبل على الغارب، وأن لا يُؤدّب كلما استدعت الحاجة ذلك، فترك الطفل دون تأديب يؤدّي غالبا إلى نتائج سلبية .

ثالثا/ حفظ الطفل المحضون من الناحية الصحية والخلقية

حيث يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته، كأن يتلقى التلقيح الصحي اللازم مثلا، وأن يُعرض على طبيب كّلما استدعت الحاجة ذلك وهذا لحمايته من الأمراض التي تؤثر على صحته والتي قد تؤدي به إلى الهلاك ؛ كما يجب حفظ الطفل من الناحية الخُلقية، ويكون ذلك بتنشئته على حُسن الخُلق، وحُسن معاملة الآخرين وذلك بتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا في المجتمع، وأن لا يُترك عرضة للشارع ورفقاء السوء من العاصين والمجرمين.

المطلب الثاني/ شروط إسناد الحضانة

سنتناول في البداية الشروط الواجب توفـــرها في الحاضن، ثم في المحضـــون، وذلك كما يلي:

الفرع الأول/ الشروط الواجب توفرها في الحاضن

وضع الفقه الإسلامي عدة شروط لإسناد الحضانة، وذلك مقارنة بالمشرع الجزائري الذي حصر شروط الحضانة في الأهلية، حيث نصّ على أنه: "... ويشترط في

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[1]، تاركا التفصيل في هذه المسألة لما جاء به فقهاء الإسلام في هذا الشأن، وذلك عملا بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة، التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص كل ما لم يرد فيه نص قانوني[2].

حيث يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في الشخص الذي تسند إليه الحضانة ذكرا كان أو أنثى، أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً قادراً [3]، وذلك كما يلي [4]:

أولا/ العقـــل والبلـــوغ وحسن التدبير

اتفق فقهاء الإسلام على ضرورة أن يكون الحاضن بالغاً، يمكنه تسيير أموره بنفسه والسهر على مصالحه، ويكون البلوغ في الإسلام بالاحتلام وغيرها من علامات البلوغ، وهذا يعني وصول الشخص إلى سن التكليف الشرعي، ومن الفقهاء من حدده بسن الخامسة عشر ولهم أدلّتهم في ذلك، أما قبل ذلك فهو من يكون في حاجة إلى من يتولى أمره ويحضنه، فكيف يتولى أمر غيره [(5)]، أما في القانون فالعبرة ببلوغ الشخص سن الرشد المحدد قانونا بـــ 19 سنة كاملة[6].

---

[1]– الفقرة 02 من المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم .

[2]– تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدَّل والمتمَّم على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[3]– محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 253 .

[4]– السيد سابق، المرجع السابق، ص 341 وما بعدها .

[5]– موفّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، الجزء الحادي عشر، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1417 هـــ / 1997 م، ص 412 .

[6]– المادة 40 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 /1975/09 المتضمن القانون المدني الجزائري (المعدّل والمتمّم)، جريدة رسمية، عدد 78، لسنة 1975.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

كما يشترط أن يكون الحاضن عاقلا، فقد يكون بالغا ولكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية فلا يمكن إسناد الحضانة إليه، وعليه فإن المعتوه والمجنون لا يمكنه أن يمارس حق الحضانة، فكلٌ منهما لا يستطيع القيام بتدبير شؤونه فما بالك بتدبير شؤون غيره، ففاقد الشيء لا يعطيه، وحتى بالنسبة للمصاب بالجنون المتقطع فهو يأخذ حُكم المصاب بالجنون المتصل، وذلك مخافة إيقاع الضرر بالمحضون فقد يرد جنونه في أيّ وقت [1].

ويرى الشافعية جواز ممارسة الحضانة لمن قلّ جنونه كيوم في سنتين مثلا [2]، غير أنهم بالنسبة للسفيه فلا يرونه أهلا لحضانة الطفل، بحيث إذا كان الأب غير رشيد انتقلت الحضانة إلى الجدّ [3]، وكذلك المالكية يرون بأن لا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون[4]، إذ يشترطون في الحاضن أن يكون بالغا عاقلا رشيدا يحسن التصرف في ماله، أما الشخص غير الرشيد في ماله، فلا يملك – عند المالكية – الأهلية التامة لممارسة الحضانة [5].

وقد أكّد القضاء الجزائري على ضرورة سلامة العقل من جميع الأمراض التي يمكن أن تؤثر على مصلحة المحضون، وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى سابقا (المحكمة

[1]– عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءً، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص23 .

[2]– سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 35.

[3]– المرجع نفسه، ص 36 .

[4]– محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، مع تقريرات المحقق سيدي الشيخ محمد عليش، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، مصر، بلا تاريخ، ص 529.

[5]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1984، ص 726 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

العليا حاليا) في أحد قراراته أنه: "الحاضن يشترط فيه من جملة الشروط سلامة العقل ... وأنه من الثابت أمام المجلس أن الزوج صمّم على طلاق زوجته لأنها مصابة بمرض عقلي أو عصبي... وأن المجلس لم يُسبّب قراره في إسناد الحضانة إلى الأم المدعى عليها بأنها حائزة لصحة العقل أو البرء من المرض الذي أصابها حتى تصبح صالحة للقيام [بالحضانة]..."[1].

ثانيا/ القـــدرة على الحضانة

القدرة هي استطاعة وإمكانية القيام بشؤون المحضون، وعليه فلا يجوز إسناد الحضانة للشخص العاجز عن القيام بذلك، لعاهة أو مرض أو شغل[2]، وكذلك المتقدم في السن إلى درجة تجعله يحتاج هو نفسه إلى رعاية الغير، أو للقاطن مع شخص غير سويّ أو يُغِض الطفل ولو كان قريبا له، بحيث لا تتوفر للطفل الرعاية الكافية ولا الجو الصالح[3]، كما يرى سراج الدين البلقيني، أنه لا يجوز إسناد الحضانة حتى لمن كانت مصابة بالبرص أو الجذام[4]، ويُدخِل الفقهاء العمى في مانع العجز، إذا تسبب في عدم القدرة على رعاية المحضون، فهم ينيطون حضانة الأعمى، بقدرته على القيام بشؤون المحضون ولو كان ذلك بمساعدة غيره، حيث يقول الفقيه ابن عابدين عن الأعمى "... وأما حضانته، فإن أمكنه حفظ المحضون، كان أهلاً للحضانة، وإلّا فلا"[5]؛ كما أنه إذا

[1]– قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1978/12/25 (غير منشور) .

[2]– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 550 .

[3]– السيد سابق، المرجع السابق، ص 342 .

[4]– سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 31 .

[5]– محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 253 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

كانت الحاضنة تخرج كلّ الوقت من المترل، فهي غير قادرة على الحضانة، مما يؤدي في النهاية إلى ترك الولد ضائعاً، فلا حضانة لها، لأن الولد في حكم الأمانة عندها، ومُضيّع الأمانة لا يُستأمن[1]، ويرى الفقه الإسلامي الحديث أنه إذا كان خروج الحاضنة من المترل بغرض العمل وكسب لقمة العيش، بشكل لا يحول دون تربية الطفل ورعايته، فلا يمنع ذلك من إسناد الحضانة لها، فالعبرة بقدرتها على التربية أو عدم قدرتها[2] فالمرأة العاملة إن كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره، لا تكون أهلا للحضانة، وإن كان لا يمنعها من ذلك جازت حضانتها[3].

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، نجد أن المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري، تتماشى مع ما قرره الفقه الاسلامي الحديث، إذ أنها تفيد بأنّ خروج 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 الأمّ إن كانت عاملة فإنها قد تلجأ عند خروجها للعمل بوضع الابن في دور الحضانة، أو تأجير امرأة تسهر على رعاية ولدها، وهذا يدلّ على عدم قدرتها على ممارسة الحضانة بنفسها، وبالمقابل قد يكون عمل المرأة لساعات قليلة فلا يؤثر على هذه القدرة ولا على مصلحة المحضون، بل وقد تعظُم هذه المصلحة، كما لو كانت معلّمة تستغلّ وظيفتها في تعليم طفلها وتدريسه.

وقد أصدر القضاء الجزائري الكثير من القرارات في هذه المسألة، يصب أغلبها في

[1]– المرجع نفسه، ص 254 .

[2]– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 551 .

[3]– عطا مهدي فليح، "الحضانة في الفقه الاسلامي"، مجلة كلية التربية الأساسية، العراق، عدد خاص بوقائع المؤتمر العلمي التاسع عشر، 2019، ص 517.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

سياق أن عمل المرأة لا يعد دليلا على عدم القدرة على الحضانة، فقد جاء في أحد قراراته أن "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية "[1].

أما بخصوص العجز عن الحضانة لمرض أو عاهة، فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن "المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والـــمُقعد، والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثمّ فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها، وقضاة القرار المطعون فيه بإسنادهم حضانة الأولاد إليها ... قد حادوا عن الصواب"[2].

ثالثا/ الأمانة والاستقامة

إذ يجب أن يتوفر في الحاضن الاستقامة والتخلّق بالخُلق الحسن، فيجب أن يكون الحاضن عدلاً في خُلُقه وفي سلوكه مع المحضون، وفي الاهتمام به ورعاية مصالحه وعدم الانشغال عنه، لأن الحاضن الذي يهمل المحضون أغلب وقته فلا يهتم به ولا يرعاه ويتركه يخالط أصحاب السوء، لا يكون أهلا لممارسة الحضانة.

ويرى الحنابلة أن الحضانة لا تثبت لفاسق ولا فاسقة[3]، فهي غير مأمونة على الطفل وغير موثوق بها في أداء واجب الحضانة، وربما نشأ على طريقتها ومتخلقا

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2004 07/03/، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2002، ص 270 .

[2]– قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1989، ص 76

[3]– موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 412 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

بأخلاقها[1]، وفي مذهب الإمام الشافعي فإن الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها[2]، لكن اعتبر أن المراد بالفسق هنا هو الزنا المقتضي لاشتغل الأم عن الولد[3].

وقد تشدّد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن، وتكـــرس ذلك في العديد من قراراته، إذ قضى بأن الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف، لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على الطفل وأدبه وخلقه، إذ ينشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها، فإن تُركت حضانة الطفل لها فلا يؤمن عليه [4].

غير أنه وفي كل الأحوال تبقى مصلحة المحضون هي الفيصل في الموضوع، وذلك إلى حدٍّ جعل المحكمة العليا تقضي في أحد قراراتها بأنه " يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون" [5].

رابعا/ الإسلام

يرى الشافعية والحنابلة وفريق من المالكية، أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة،

---

[1]– السيد سابق، المرجع السابق، ص 342 .

[2]– أشار إلى رأي المذهب الشافعي: محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصفكي، الدرّ المختار، (شرح تنوير الأبصار وجامع البحار للشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي التمرتاشي، في فروع الفقه الحنفي)، حققه وضبطه عبد المنعم خليل ابراهيم، ط1، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423هـــ / 2002 م، ص 254 .

[3]– محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 253 .

[4]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/05/22، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991، ص 141 .

[5]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2010، ص 263 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

فلا تثبت الحضانة عندهم للمرأة الكافرة بالنسبة للصغير المسلم لأنها ولاية، وبالتالي لا حضانة لكافر على مسلم[1]، لقوله تعالى ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ١٤١﴾[2]، فهي كولاية الزواج والمال ولأنـــه يُخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها، وهذا أكبر ضرر يصيب الطفل، فكما جاء في صحيح البخاري "ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يُهوِّدانه أو يُنصِّرانه أو يُمجِّسانه..." .

إلا أن الحنفية وبعض المالكية لم يشترطوا إسلام المرأة الحاضنة، ولذا فهم يجيزون حضانة المرأة الكافرة[3] كتابية كانت أو مجوسية[4]، لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل وخدمته والشفقة عليه[5]، ودليلهم في ذلك حديث رافع بن سنان حيث جاء عنه أنه أسلم أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي وهي فطيمٌ أو شبهه، وقال رافع: ابنتي، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: اقعد ناحية، وقال لها: اقعدي ناحية، قال: وأَقْعَدَ الصبيّة بينهما ثم قال: ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اللهم اهدها، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها[6]، غير أن الإمام

[1]– سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 35 ؛ وانظر أيضا: موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 412 و413 .

[2]– الآية 141 من سورة النساء

[3]– أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانـــو – نيجيريا، 1420هـــ / 2000 م ص84.

[4]– محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 254 و255 .

[5]– محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 143 .

[6]– أخرجه أبو داود، وقال الشيخ الألباني: إسناده صحيح على شرط مسلم، وصححه الحاكم والذهبي وابن القطان (محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، المجلد السابع 1933–2393.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الإمام الحصفكي يشترط لجـــواز حضانة الذمّية ألّا يعقل الحاضن دِيناً، وقُدِّر ذلك بسبع سنين لصحّة إسلامـــه حينئـــذ[1]، ولكن إذا خيف من الحاضنة غير المسلمة أن تسقي الطفل أو تطعمه ما حرّم الله على المسلمين فـــلا حضانة لها[2]، مع العلم أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة للطفل المسلم إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدّة[3]، لأنها تُحبَس إلّا إذا أسلمت[4].

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينص على هذه المسألة صراحةً، لكنه نصّ بموجب المادة 62 من قانون الأسرة على أن الطفل يُربَّى على دين أبيه، مما يُستفاد منه ضمناً أن الأهمّ بالنسبة للمشرع الجزائري هو تربية الطفل المحضون على دين الإسلام، وذلك حتى ولو كانت غير مسلمة، وبالتالي فقد أخذ بما جاء به الحنفية وبعض أقوال المالكية، وقد أكّد القضاء الجزائري على هذا الموقف، وسوّى بين الأم المسلمة وغيرها في استحقاق الحضانة[5]، إلا إذا ثبت ردتها عن الدين الإسلامي[1].

كتاب (الطلاق، الصوم، الجهاد)، ط1، غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 1423 هـــ / 2002 م، ص 13.

[1]– محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 255 .

[2]– أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق وتقديم وتعليق الدكتور محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، المجلد الثاني، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض– البطحاء، 1398 هـــ / 1978 م، ص 626 و627.

[3]– محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 254 .

[4]– علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1406 هـــ / 1986 م، ص42 .

[5]– قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)، غرفة الأحوال الشخصية، في 1979/04/16، نشرة القضاة، العدد 02 لسنة 1981، ص 108.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الفرع الثاني/ الشروط الواجب توفرها في المحضون

الواقع أنه ليس هناك شروط خاصة بالنسبة للطفل المحضون، إلا فيما يتعلق بالسنّ الذي يجب ألا يكون قد تجاوزها الطفل، فالحضانة إنما قُرّرت لحماية الصغير والذي يختلف بحسب ما إذا كان المحضون ذكرا أم أنثى .

أولا/ شرط السن بالنسبة للمحضون الذكر

اختلف الفقهاء في السن الذي يجب ألّا يتجاوزها الذكر حتى يكون محلّا للحضانة، وفـــرّقـــوا بين حضانة النساء وحضانة الرجال، فيرى الأحناف أن حضـــانة النساء للذكر تستمر إلى أن يستغني عن خدمـــة النساء[2]، ويبلغ سن التمييز والاستقلال، أي من سبع سنين إلى تسع، فيأكل وحـــده ويشرب وحـــده ويلبس وحـــده ويستنجي وحـــده[3]، وليس لذلك مدة معينة تنتهي بانتهائها؛ ويرى المالكية في الحد المشهور استمرار الحضانة للذكر إلى الاحتلام أي البلوغ[4]، وهو نفس قول ابن حزم الظاهري، وفي رواية لمالك إلى الإثغار وهو قول ضعيف[5]، وعند الحنابلة تستمر الحضانة للأم إلى سنّ سبع سنين، ولا يفرقون في ذلك بالنسبة للذكر أو الأنثى، ثم يخيَّر الطفل بين أبويـــه[6]، وهو قريب من رأي الشافعية الذين يجعلون الحضانة للأم إلى سنّ التمييز، إذ

---

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2008/09/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2008، ص 313 .

[2]– محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256 .

[3]– علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 42 .

[4]– أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص84.

[5]– محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 142 .

[6]– موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 415 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

العبرة عندهم بالتمييز وليس بسنّه، فقد يكون سبع سنين أو ثمان وقد يتقدم أو يتأخر، ثم تخيير الطفل بين الأمّ والأب[1] وهذا على خلاف الحنفية الذين يوجبون تسليم الولد إلى أبيه بعد سبع سنين حيث لا خيار للولد عندهم قبل البلوغ مطلقا ذكرا كان أم أنثى[2]، لأنه قد صحّ لديهم أنّ الصحابة لم يخيّروا [3].

أما بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، فنجد أن المادة 65 منه، تنص على أن حضانة الذكر تنتهي ببلوغه 10سنوات وهو يقترب في ذلك من موقف الحنفية، غير أننا نرى أن الطفل في هذه السنّ يبقى مُحتاجاً للرعاية فلم يكمل تعليمه الابتدائي، وكان الأحرى بالمشرع أن يجعل الحضانة تستمر إلى البلوغ على رأي المذهب المالكي، دون أن يشترط وجود تمديد من الأم – دون غيرها – إلى سن 16 سنة كما جاءت به نفس المادة، والتي اشترطت عدم زواج هذه الأمّ مرة ثانية، فحتما سيكون ذلك لمصلحة المحضون، لأن استمرار الحضانة إلى سن البلوغ يعني بقاء الطفل المحضون مدة أطول في السكن المخصص للحضانة، وأعتقد أن تحديد سنّ 16 سنة قد تمّ على أساس أنه سنّ التمييز طبقا للقانون المدني آنذاك، إلا أن سنّ التمييز قد تمّ تعديلها بعدها لتصبح 13 سنة[4]، ولذا فمن الضروري تحديد المعيار الذي تم الاعتماد عليه لتحديد سنّ 16 سنة، مما مما تبدو معه الحاجة إلى إقرار تعديل جديد لقانون الأسرة، بما يتماشى أكثر مع مصلحة المحضون.

ثانيا/ شرط السن بالنسبة للمحضون الأنثى

[1] – سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 36 و37 .

[2] – محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256 .

[3] – محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 270 .

[4] – المادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدّل والمتمّم

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

يرى الحنابلة أن حضانة الأنثى تستمر لأمّها حتى سنّ سبع سنوات، وبعدها يجب تسليمها إلى أبيها[1]، على عكس الشافعية الذين رأينا أنهم يجعلون الحضانة للأمّ إلى بلوغ سن التمييز، ثم تُخيّر البنت بين أبويها[2]؛ أما الأحناف فيرون أن حضانة النساء للبنت تستمر حتى تحيض[3]، وهو نفس قول ابن حزم الظاهري، ويرى قولٌ عند بعض الحنفية حتى تُشتهى، وقُدِّر ذلك بتسع سنين، وبه يُفتَى، وبنت إحدى عشر مُشتهاةٌ اتفاقا[4]، أما عند المالكية فتستمر حضانة البنت حتى تتزوج ويشترط دخول زوجها بها، حيث تُزفّ المحضونة إلى زوجها من بيت الحاضنة لا من بيت أبيها[5]، ويرى الحصفكي أن الأنثى تستمر حضانتها حتى ولو تزوّجت إذا كانت لا تصلح للرجال[6].

أما طبقا للمادة 65 السابقة الذكر من قانون الأسرة الجزائري، فحضانة البنت تنتهي ببلوغها سنّ الزواج، ونجد أن المشرع هنا، وإن كان موقفه يقترب من قول المالكية، إلا أنه لم يحدّد الحضانة صراحة بالزواج كما فعل المالكية، وهذا ما يؤخذ عليه، لأنّ سنّ الزواج محدّدة قانونا بـــ19 سنة[7]، وهو سنّ الرشد، وهذا يعني أنه يشترط في البنت المحضونة أن تكون سنها أقل من 19 سنة وإلا فلا تجوز حضانتها، كما أنّ موقف المشرع الجزائري يثير عدة إشكالات في حالة إذا ما تزوجت قبل هذه السنّ بناء على

[1] – موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 418 .
[2] – سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 36 و37 .
[3] – علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 42 .
[4] – محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256 .
[5] – محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 142 .
[6] – محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256 .
[7] – المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

إذن مسبق، فطبقا لحرفية النص فإن حضانتها تستمر رغم زواجها، وهذا غير معقول.

المبحث الثاني/ ترتيب الأشخاص المستحقين للحضانة

سنتطرق أولاً لترتيب هؤلاء الأشخاص في الفقه الإسلامي، ثم نتطرق للترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري.

المطلب الأول/ ترتيب الأشخاص المستحقين للحضانة في الفقه الإسلامي

المشهور عند المذاهب الفقهية أن الأمّ هي الأوْلى بالحضانة وبعدها أمّها، و لم يثبت لدى جمهور الفقهاء تقديم الأب على أمّ الأم، إلا في بعض الأقوال، ومنها أحد الروايات عن الإمام أحمد بن حنبل الذي جاء فيها أنّ أمّ الأب وأمهاتها مقدمات على أمّ الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أوْلى بالتقديم لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأمّ ثم أمهاته[1] كما قيل في روايات أخرى عن أصحابه، أنه في حال تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان، من بينها أن الحضانة تنتقل للأب لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق[2]؛ وعند مذهب الجعفرية الحضانة تثبت للأمّ ثم للأب[3].

حيث أنه ونظرا لكون النساء أكثر رفقاً وعاطفةً من الرجال، فقد جعل الفقه الإسلامي لهنّ الأولوية في حق الحضانة وفقا لترتيب خاص، ثم تنتقل الحضانة للأقربين من الرجال[4] العصبة، ثم غير العصبة، وإذا لم يوجد له هؤلاء الأقارب، عيّن القاضي أيّ حاضن آخر يكون عدلا أمينا ثقة.

الفرع الأول/ ترتيب النساء المستحقات للحضانة

[1]– موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 426 .

[2]– المرجع نفسه، ص 427.

[3]– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 549 .

[4]– المرجع نفسه، ص 546 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

لقد اختلف المذاهب الأربعة في هذا الترتيب، ففي المذهب المالكي فإنه بعد الأمّ وأمهاتها والخالة وأمّهات الأب[1] نجد الأخت، ثم العمة، ثم عمة الأب، ثم خالة الأب، ثم بنت الأخ، ثم بنت الأخت[2].

أما المذهب الحنفي فيرتب القريبات من النساء بعد الأم وأمهاتها وأمهات الأب، بداية بالأخت ثم بنت الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخ ثم العمة ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمات الأمهات والآباء[3]، وفي بعض الروايات عن الإمام أبي حنيفة فإن الخالة أولى بالحضانة من بنت الأخت لأب[4].

وفي مذهب الإمام الشافعي فبعد الأم وأمهاتها ثم أمّ الأب[5] وأمهاتها ثم أم أبي الأب ثم أمّ أبي الجد، فإننا نجد الأخت وهي مُقدّمة من أي جهة كانت على الخالة، ثم بنت الأخ والأخت، حيث تقدم الأخت من الأب على الأخت من الأم، ثم العمة، وتُقدّم الخالة والعمة من أب على الخالة والعمة للأم، وبخصوص بنات الخالة والخال وبنات العم والعمة فتثبت لهنّ الحضانة في ذكر لا يُشتهى، وإلا فلا حضانة لهنّ[6].

---

[1]– المشهور عند المالكية أن تُقدّم أمّ الأب على الأب، غير أن بعض الروايات عن الإمام مالك تفيد أن الأب أوْلى من أمّ الأب، إلا إذا كان للأب زوجة أجنبية (راجع في ذلك: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، الكافي، المرجع السابق، ص 625) .

[2]– أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص84.

[3]– محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 255 .

[4]– علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 41 .

[5]– ويُقدّم الشافعية الأب على أمّ الأب على الصحيح (سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 35)؛ ويذكر ابن قدامه في كتابه المغني أن قول الشافعي القديم يرى أن الخالة أحق من أمّ الأب (موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 422) .

[6]– سراج الدين البلقيني الشافعي، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 33 و34 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

أما في المذهب الحنبلي فالمشهور أنه بعد الأم وأمهاتها ثم أمهات الأب، نجد الأخوات، وتُقدّم الأخت لأب على الأخت لأم، ثم الخالة حيث تقدم الخالة لأب على الخالة لأم، ثم العمة، ثم خالات الأب، ثم خالات الأم، وقيل العكس ثم عمّات الأب، ولا حضانة لعمّات الأمّ، وفي حال التساوي فيما بينهم في الدرجة، قُدِّم المستحقّ منهم بالقرعة[1].

الفرع الثاني / ترتيب الرجال العصبة المستحقين للحضانة

العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه، وهذا حسب المادة 152 من قانون الأسرة التي نصت على أنه "... كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر".

والأقربون من الرجال العصبة عند المالكية هم: الأب، ثم الأخ، ثم الجد لأب وإن علا، ثم ابن الأخ ثم العم، ثم ابنه، ويقدم القريب المحرم الشقيق ثم لأم ثم لأب[2].

أما عند الحنفية فهم: الأب ثم الجدّ ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب ثم بنوهم، ثم الأعمام ثم بنوهم، وإن اجتمعوا فأكثرهم ورعاً ثم الأسن[3]، ولا تُسند الحضانة لابن العم إلا إذا كان المحضون ذكرا، أما إذا كانت أنثى فلا تُسلّم إليه لأنه ليس بمحرم منها، ويجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها[4].

---

[1]– موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 420 – 424 و427 .

[2]– أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص84.

[3]– محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 255 .

[4]– علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 43 ؛ وأنظر أيضا: محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 264 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

وفي المذهب الشافعي نجد الأب ثم الجدّ للأب وإن علا ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ للأب، ثم الأخ للأم، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ للأب، ثم العم الشقيق، ثم العم للأب، ثم العم للجد، ثم يأتي الورثة غير المحارم كأبناء العم وأبنائهم وأبناء عم الأب، وأبناء عم الجد، وهؤلاء لا تُسلّم لهم مُشتهاة حذرا من الخلوة، ولكن تُسلّم إلى ثقة يُعينّها هو وجاء في بعض أقوال المذهب أنه لا حقّ لهم في الحضانة باعتبارهم ليسوا من المحارم [1].

أما عند الحنابلة فيُرتّب الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة، ثم بنوهم، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم [2].

الفرع الثالث / ترتيب الرجال غير العصبة المستحقين للحضانة

إذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من النساء القريبات أو الأقارب من الرجال العصبة أو لم يكن منهم من هو أهل للقيام بممارسة الحضانة، انتقل هذا الحق إلى أقارب المحضون من الرجال غير العصبة، وهم في المذهب الحنفي على النحو الآتي: الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق فالخال لأم، فإن تساووا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم [3].

أما عند المالكية فإن الخال والجد لأم لا حضانة له [4]، وفي مذهب الإمام الشافعي فإنه إذا لم يوجد الإرث والمحرمية أو لم يوجد الإرث، فالأصحّ عنده أنه لا حضانة

[1] – سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 34 و35 .
[2] – موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 424 .
[3] – محمد بن علي الحصفكي، الدر المختار، المرجع السابق، ص 255 .
[4] – أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص84.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

مطلقا[1]، حيث يرى أن الخال والعم لأمّ لا حق له في النسب[2]، أما الحنابلة فلا حضانة عندهم للرجال من ذوي الأرحام، كالخال، والأخ من الأم، وأبي الأم، وابن الأخت، وذلك إذا وجد أحد من أهل الحضانة سواهم[3].

المطلب الثاني/ ترتيب الأشخاص المستحقين للحضانة في قانون الأسرة الجزائري

كان المشرع الجزائري ينص في المادة 64 من قانون الأسرة قبل تعديلها، على مستحقي الحضانة وذلك وفقا للترتيب التالي: الأمّ ثم أمّها ثم الخالة ثم الأب ثم أمّ الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة المحضون في كل ذلك.

وبعد تعديل هذه المادة، تغير هذا الترتيب وأصبح كالتالي: الأم، ثم الأب، ثم الجدة من جهة الأم، ثم الجدة من جهة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد غير مراتب المستحقين للحضانة، غير أن الأم تبقى دائما هي الأوْلى بحضانة ولدها، والجديد هو جعل الأب بعد الأم مباشرة، كما أنه أضاف العمّة التي جاءت في آخر الترتيب مع الخالة، بعد أن كانت الخالة في المرتبة الثالثة مباشرة بعد الأمّ وأمها، وذلك على اعتبار أن الأصول وإن علو أكثر شفقة على الأبناء من غيرهم، وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه "... وفي كل الأحـــــوال فإن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة، وليس

[1]– سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 35 .
[2]– المرجع نفسه، ص 39 .
[3]– موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 425 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الترتيب الوارد في المادة 64"[1].

وبتقديم المشرع الجزائري للأب على أمّ الأم، نجده قد خالف المشهور عند الجمهور كما سبق وقدمنا، واعتمد على بعض الأقوال في مذهب الإمام بن حنبل، ووافق ذلك ما جاء في المذهب الجعفري، وهو اتجاه جديد للمشرع الجزائري فرضته اعتبارات اجتماعية واقتصادية عديدة، كما يلاحَظ أنّ المشرع الجزائري لم يوضّح المقصود بعبارة "الأقربون درجة" وهـــو ما وضّحه الفقه الإسلامي على النحو السابق بيانه.

وعليه، نجد أن المشرع الجزائري قام بترتيب المستحقين للحضانة في فئات مسمّاة بعينها، وأخرى لم يسمّيها، كما يلي:

الفرع الأول / ترتيب الفئات المسماة في قانون الأسرة الجزائري

حدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة 06 فئات مرتبة على الشكل التالي:

أولا/ الأمّ ثم الأب

الأمّ هي والدة الطفل، سواء كانت متزوجة من والد الطفل أو مطلقة، مادامت أهلا للحضانة وقد جُعلت في المرتبة الأولى باعتبارها أشفق وأرفق بطفلها من غيرها، ولها من الصبر على التربية ومشاقّها ما ليس لغيرها، لهذا قُدّمت الأمّ حمايةً للطفل ورعايةً لمصلحته[2].

أما الأب فهو والد الطفل، حيث تعود له الحضانة في المرتبة الثانية بعد أمّ الطفل مباشرة وقبل باقي الأقارب، حيث تسند له الحضانة في حال عدم وجود الأمّ أو وجدت

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/05/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2004، ص 297 .

[2]– السيد سابق، المرجع السابق، ص 339 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

و لم تكن أهلا للحضانة، وحسنا فعل المشرع الجزائري، وذلك على أساس أنّ الوالدين هُم الأقرب لأبنائهم، والأكثر حرصا على رعاية مصالحهم.

ثانيا/ الجدة لأمّ ثم الجدة لأب

الجدة لأم هي أمّ الأم مهما علت، حيث تكون في المرتبة الثالثة، وذلك في حالة عدم وجود الأبوين، أو وُجدا و لم يكونا أهلا للحضانة، فتعود لأم أمّ الطفل وهذا بعد الأب مباشرة، لكونها الأقرب للصغير بعد والديه.

أما الجدة لأب فهي أمّ الأب وإن علت، وهي في المرتبة الرابعة في حالة عدم وجود الوالدين والجدة لأم، أو وجدوا و لم يكونوا أهلا للحضانة، وقد أسندت الحضانة لأم الأب بعد أم الأم – رغم أن كليهما تعتبر جدة للطفل – لأن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، وحق الحضانة يعود في الأصل للأم فالمنتسبة لها تكون أولى من المنتسبة للأب.

ثالثا / الخالة ثم العمّة

الخالات هنّ أخوات والدة الطفل، وتسند لهن الحضانة في المرتبة الخامسة، عند عدم وجود الوالدين والجدات، أو وجدوا و لم يكونوا أهلا للحضانة، الأصل أن تُقدّم الخالة الشقيقة على غيرها من الخالات، وقد تمّ ترتيب الخالة في المراتب الأُولى تأثُّرا بالمذهب المالكي، وإن كان المالكية يجعلونها بعد الجدة لأمّ مباشرة .

أما العمّات فهنّ أخوات والد الطفل، وتسند لهن الحضانة في المرتبة السادسة، في حال عدم وجود أي فئـــة من الفئات السابقة، أو في حال لم يكونوا أهـــلا للحضانة، وتقدم العمة الشقيقة على غيرها من العمّات، وتعتبر الخالات أوْلى من العمّات وإن

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

تساوين في القُرب، لأن الخالات يُدلين بقرابة الأمّ فكن أشفق[1].

الفرع الثاني / الفئات غير المسمّاة في قانون الأسرة الجزائري

بعد الأمّ والأب والجدة لأم والجدة لأب والخالة والعمة، نص المشرع الجزائري على الأقربين درجة ولكنه لم يوضّح المقصود بهم، وهو ما يؤدي بنا إلى الرجوع لما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الصدد، ولذا فإننا نحيل إلى ما سبق بيانه في هذا الخصوص.

فإن لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل مما سبق ذكره، وذلك لوجود مانع مادي كعدم قدرتهم على التكفل بالطفل المحضون أو لم يكونوا أهلا لذلك، نص المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة على أن للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعايـــة المحضون، ولو كان من الأقارب الذين ليست لهم حـــق الحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون، ونلاحظ هنا غموض نص المادة السالفة الذكر التي أكتفت بالنص على أن القاضي يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون من الأقارب الموجودين فإن لم يوجد له أقارب أصلا، عين له حاضنة تقوم بتربيته، ويرى البعض أنه دفعا للفتنة فإنه على القاضي أن يعين حاضنا للمحضون الذكر وحاضنة للمحضون الأنثى بشرط توفر عنصر الثقة فيهم لدى القاضي، وأن يتأكد من قدرتهم على الحضانة وعلى رعاية مصلحة المحضون، ويرى القضاء ضرورة استعانة القاضي في الحكم بمدى مصلحة المحضون بمرشدة اجتماعية[2].

وما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة في غاية الأهمية وهي الحالة التي يتعدد فيها مستحقو الحضانة من نفس الدرجة، وهو الأمر الذي تفطن له

[1]– ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 24 .

[2]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/05/17، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2007، ص 437 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

فقهاء الشريعة الإسلامية منذ قرون خلت، كما وضحناه ؛ حتى أن اجتهادات المحكمة العليا في هذه المسألة بالذات تكاد تكون منعدمة، غير أنه يمكن القول في هذا الصدد أن الاتجاه العام للقضاء الجزائري هو اختيار الأصلح للطفل المحضون دائما.

المبحث الثالث/ حالات إسقاط حق الحضانة

تناول الفقه الإسلامي حالات إسقاط الحضانة بإسهاب عميق، فالثابت أنّ حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه، فإن قام به الحاضن على النحو السابق بيانه والتزم بشروطه، بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن المحددة للحضانة، وإن أخلّ بأحد التزاماته أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة، وجب إسقاطها ؛ وهذا ما يفرض التحديد الدقيق لحالات الإسقاط، غير أنه بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، نجده قد تطرق لهذه المسألة في مواد معدودة مقتضبة لاسيما المادة 67 –فقرة أولى– حيث نصت على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62 أعلاه".

والإشكال الحاصل أن المادة 62 المذكورة، لا تنص إلا على شرط واحد وهو أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك ويمكن القول أنه كان الأجدر بالمشرع أن يختار بين أمرين، فإما أن يُفصّل في المادة 62 هذه الشروط السالف ذكرها بدقة وإما أن ينص في المادة 67 على سقوط حق الحاضن في الحضانة عندما لا يكون أهلا لذلك كأحد حالات السقوط.

ويمكن تفصيل حالات سقوط الحضانة في المطالب التالية:

المطلب الاول/ فقدان أهلية ممارسة الحضانة

يرى المالكية أنه إذا كان سقوط الحضانة لعذر كمرض وغيره من الأعذار، ثم انقطع ذلك العذر، فإن الحضانة تعود لها[1]، كما يرى غالبية الفقهاء أنه في حال رِدّة

[1]– محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 144 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الحاضنة يجب إسقاط حضانتها، لأنها بذلك لا تعود أهلا لممارسة الحضانة باعتبار أن المرتدّة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام، أو تموت في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة[1].

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المادة 67 –فقرة أولى– قد نصت على سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 المذكورة أعلاه.

وتطبيقا لذلك تسقط الحضانة في حال تخلف شروط الحضانة السابق الإشارة إليها، كإصابة الحاضن أثناء الحضانة بأمراض عقلية أو جسدية تجعله عاجزا عن ممارسة الحضانة وأداء واجباتها، أو ثبوت عدم أمانته واستقامته، ومن ذلك مثلا ممارسة أعمال السحر والشعوذة، وكل ما له علاقة بالسلوك المشين، وذلك بعد تحقيق قضائي يثبت الواقعة أو إقرار شخصي من الحاضن.

المطلب الثاني/ الزواج بغير قريب محرم

يذهب عموم الفقه الإسلامي إلى القول بأن زواج المرأة من أجنبي يسقط حقها في الحضانة، إذ يرى الحنفية أن زواجها بغير قريب محرم بعد استحقاق الحضانة يترتب عليه سقوط للحضانة باختيارها، ذلك سواء دخل بها أم لا [2]، ويرى المالكية أنه إذا تزوجت الأم فلا يترع منها ولدها حتى يدخل بها زوجها[3]، أما إذا تزوجت الأم بقريب محرم من الطفل مثل عمه، فإن حضانتها لا تسقط بحكم أن هذه القرابة للطفل توفر الجو الرحيم والظروف التي تساعد على رعايته، فيتم التعاون على كفالته[4]، مما يحقق له

[1]– السيد سابق، المرجع السابق، ص 343 .
[2]– محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 266 .
[3]– أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي، المرجع السابق، ص 626 .
[4]– السيد سابق، المرجع السابق، ص 344 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الحماية اللازمة وتوفر له الاستقرار النفسي والعاطفي؛ وهذا على عكس الجعفرية الذين قالوا بسقوط حضانة المرأة بالزواج مُطلقاً، سواء أكان الزوج رحماً أم أجنبياً إذا كان الأب موجوداً [1].

وتجدر الإشارة إلى أن المالكية قد ذكروا ست حالات لا تسقط فيها الحضانة رغم زواج الأم بأجنبي، وهي:[2]

1. أن يكون الزوج ممن يستحق الحضانة، وإن لم يكن محرماً، كأن يكون الزوج ابن عم للطفل المحضون.

2. أن يعلم من تنتقل إليه الحضانة بتزوجها، ودخول الزوج بها، وأنّ ذلك مسقط لحضانتها، ثم يسكت لمدة عام[3].

3. أن لا يقبل الولد غير أمه أو حاضنته، فإذا تزوجت الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون و لم يقبل الولد غيرها، فإنها تبقى على حضانتها، ولا تسقط سواء كان المحضون رضيعاً أو غيره، وقيل: إذا كان رضيعاً فقط.

4. إذا قبل الولد غير أمه وكان رضيعاً، ولكن رفضت أن ترضعه، ورفضت المرضعة أن ترضعه في بيت من قبلها الطفل، فإن الحضانة لا تسقط عن الأم، فترضعه هي أو غيرها في بيتها.

5. إذا لم يكن هناك حاضن للطفل غيرها، أو كان هناك حاضن ولكنه عاجز أو غائب أو غير مأمون.

6. أن يكون الأب عبدا رقيقا وتكون الأم المتزوجة حرّة.

---

[1]– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 553 .

[2]– محمد بن أحمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 530.

[3]– سنأتي لتفصيل هذه المسألة لاحقا عند التطرق لمسألة عدم المطالبة بالحضانة .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

والمشهور عند الإمام مالك أنه لا تعود الحضانة حتى ولو زالت هذه الزوجية[1]، وهذا على خلاف الحنفية الذين يرون أن الحضانة تعود بالفُرقة البائنة لزوال المانع[2]، أما الشافعية والحنابلة فيرون عودة الحضانة ولو بالطلاق الرجعي[3].

وبالنسبة لهذا المسقط، نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم..." ويعني هذا أن كل زوجة أسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة بمجرد عقد زواجها – أثناء قيام حق الحضانة – مع شخص أجنبي عن المحضون، مما يفيد بأن المشرع قد أخذ بما جاء به الحنفية في ذلك، فإذا قام الأب أو غيره ممن لهم حق الحضانة الذين ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الأسرة، برفع دعوى أمام المحكمة لطلب إسقاط حق حضانة الأم، فإن المحكمة ستستجيب حتما لطلبهم هذا وتقضي بإسقاط حقها في الحضانة، وتمنحها إلى مقدم طلب الحضانة .

وبخصوص مدى عودة الحضانة في حالة زوال زواج الحاضنة بأجنبي، فإن المادة 71 من قانون الأسرة تنص على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، والأصل في الزواج أنه أمر اختياري، وبالتالي فلا يعود الحق في الحضانة حتى في حالة زوال هذا الزواج، وهذا يعني أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي المالكية في هذه الحالة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها[4] حيث قضت بأنه "لما كان الثابت

[1]– محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 144 .

[2]– محمد بن علي الحصفكي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256 .

[3]– موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 427 .

[4]– جاء في قرار سابق للمحكمة العليا ما يناقض هذا الاتجاه، حيث قضى بأنه " لقد طبّق قضاة الموضوع صحيح القانون، عندما قضوا بحق المطعون ضدها في الحضانة، بعدما زال سبب سقوطها

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

في قضية الحال، أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا، يكون قد خالف القانون ..."[1].

المطلب الثالث/ التنازل عن الحضانة وعدم المطالبة بها

يرى غالبية الفقه الإسلامي أنه حمايةً للطفل المحضون، إذا ثبت بأن الطفل يحتاج إلى أُمّه و لم يوجد أحد غيرها، فلا بد من إجبار الأم على الحضانة، ولا يجوز لها التنازل عنها، فإذا كان للطفل غير أمّه من النساء ورضيت بإمساكه، جاز للأم التنازل عن الحضانة، حيث يسقط حقها في الحضانة بإسقاطها إياه[2]، ومن المذاهب التي أجازت التنازل عن الحضانة نجد الحنابلة، وفيه رواية عن مالك، بالإضافة إلى الشيعة الإمامية[3]، ولا يمكن أن تعود الحضانة لمن تنازلت عنها إذا أرادت استرجاعها مرة أخرى[4]، ويرى بعض المالكية أنه إذا كان تركُ الأمّ لطفلها بعذر، فإنه يجوز لها أخذه مرة أخرى، أما إذا تركته رفضا ومقتا لم يكن لها بعد ذلك أخذه[5].

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، نجد المادة 66 منه تنص على أنه "يسقط حق

الاختياري باعتبار أنها تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورفعت دعوى تطالب فيها استعادة حقها في الحضانة ... " (قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/03/27، مجلة المحكمة العليا، العدد 03، لسنة 1990، ص 178) .

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/02/05 (غير منشور) .

[2]– السيد سابق، المرجع السابق، ص 339 .

[3]– بلقاسم أعراب، "مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)"، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية لجامعة باتنة، العدد 01 لسنة 1994، ص 52.

[4]– محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 144 .

[5]– أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي، المرجع السابق، ص 626 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الحاضنة ...وبالتنازل"، لكن المشرع لم يوضّح الحالات التي يكون فيها هذا التنازل، مما يعني الاستناد إلى ما قرّره فقهاء الإسلام في هذا الصدد، إذ ينبغي لإحداث هذا الأثر أن يكون التنازل غير مضّر 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 آخر تسند له الحضانة، وتتوافر فيه الشروط المطلوبة مع قبوله لهذه الحضانة، حيث قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته بأنه " من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها تقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد، فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها ..."[1].

ويعتبر من قبيل التنازل حالة عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة، وهو ما يسميه الفقه المالكي بسكوت الحاضن عن الحضانة بعد العلم بانتقال الحضانة إليه، لمدة عام بدون عذر، وقد اعتبره من حالات اسقاط الحضانة، فلو كانت الحاضنة متزوجة بأجنبي، وعلم من له الحضانة بعدها بأنّ زوجها الأجنبي قد دخل بها، وأنّ ذلك من شأنه أن يُسقِط حضانتها وأنه هو الأحق بها، ثم سكت لمدة عام بلا عذر، فلا حضانة له، أما إذا لم يعلم بالدخول، أو علم وجهل الحكم، أو سكت دون العام، أو لمدة عام ولكن بعذر، انتقلت له وسقط حق المدخول بها[2] .

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في نص المادة 68 من قانون الأسرة والتي

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/12/19، المجلة القضائية، عدد 04، لسنة 1990، ص 70.

[2]– محمد بن أحمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 529–530.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

جاء فيها: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، ولعلنا نلاحظ سوء صياغة هذه المادة، مما يجعلها تثير بعض اللبس في معناها .

المطلب الرابع/ مُساكنة الجدة أو الخالة الحاضنة مع الأم المتزوجة بأجنبي

المشهور عند الإمام مالك أنه لا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها الساقطة الحضانة بتزويج أو غيره[1]، والحقيقة أن مسألة توفير السكن للحاضنة لم يغفل عنها الفقه الإسلامي، حيث يجمع فقهاء الإسلام على وجوب توفير سكن منفرد للحاضنة[2]، ويرى القرطبي وجوب حق المطلقة في السكن منذ ظهور حملها[3]، وسئل أبو حفص عمّن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد؟ فقال: على الأب سكناهما جميعا، وقال نجم الأئمة: المختار أنه عليه السكنى في الحضانة[4] ويرى الفقيه الجليل ابن عابدين في ذلك، أنّ لزوم توفير الأب للمسكن إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها، فلا، لعدم احتياجه إليه[5].

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجده ينص في المادة لمادة 70 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم "، وهو حكم أخذه المشرع عن المالكية كما سبق وقدّمنا، مع الإشارة إلى أنّ إسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين بمقتضى النص السابق ينبغي أن تتوفر فيه عدة شروط، وهي أن تكون الحاضنة جدّة الطفل من الأمّ أو خالته وأن تقيم

[1] – المرجع نفسه، ص527.
[2] – أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص85 .
[3] – أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي، المرجع السابق، ص 627 .
[4] – محمد بن علي الحصفكي، الدر المختار، المرجع السابق، 255 .
[5] – محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 262 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة إقامة مستمرة، وأن تكون الأم متزوجة مع غير قريب محرم أي مع أجنبي على الطفل[1].

فإذا كان زواج الحاضنة للأجنبي يسقط عنها الحضانة، فإن مساكنة الجدة أو الخالة الحاضنة لأم الطفل المتزوجة بهذا الأجنبي يأخذ نفس الحكم من الناحية المنطقية، وذلك حماية للطفل المحضون مما قد تتسبب فيه مساكنة زوج أمّه الأجنبي وتطبيقا لهذا النص جاء في احد قرارات المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أمّ الأم)، أن تكون غير متزوجة، وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ... وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة، وسببوا قرارهم تسبيبا كافياً ... "[2].

وبخصوص سكن الحاضنة، فقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

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

ما يلاحظ على هذا التعديل أنه وإن كان يحمل في طياته مراعاة مصلحة المحضون، وتجنيبه خطر التشرّد بحيث يكون له مأوى يوفر له الجو الملائم والدافئ، إلا أنه لم يفلت هو الآخر من بعض النقائص التي اعترته، فالعمل بالصياغة الجديدة على إطلاقها، يعني أن

[1]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 126.

[2]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/06/20، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 1991، ص 57 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

الطليقان يبقيان في نفس السكن إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن، مما يعني أن بقاءهما في نفس السكن قد يستمر إلى ما بعد انتهاء العدة، وهو الأمر الذي يؤدي حتما إلى مالا تُحمد عقباه، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه " للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت للزوج مسكن آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين ..."[1].

أضف إلى ذلك سبب بقاء المطلقة في المادة 72 من نفس القانون هو حضانة الأولاد، ولكن المشرع لم يتطرق للحالة التي تكون فيها المطلقة الحاضنة تملك سكنا خاصا بها، وهو ما يؤخذ على المشرع الجزائري.

وتجدر الإشارة في الأخير أنه وتفاديا لمشاكل عدم توفير أب الطفل للنفقة اللازمة، والتي تتمثل قانونا في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[2]، سواء أكان ذلك راجعا لتعنته أو لعجزه فقد قرر المشرع بموجب القانون رقم 15–01[3]، إنشاء صندوق النفقة، والذي يضمن حصول المطلقة الحاضنة على النفقة الضرورية، غير أنه يؤخذ عليه في هذا الصدد، أنه لم ينص صراحة على السكن اللازم لممارسة الحضانة أو على الأقل أجرته، باعتبار أن النفقة تشمل السكن أيضا وفقا لقانون الأسرة الجزائري.

الخاتمـــة:

[1]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 15 جوان 1999، مجلة قضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص225 .

[2]– المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم

[3]– القانون رقم 15–01 مؤرخ في 04 /2015/01، يتعلق بإنشاء صندوق النفقة، جريدة رسمية، العدد الأول، لسنة 2015.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

تعتبر مسألة إسناد الحضانة من أهم المسائل التي تعرض لها الفقه الإسلامي، والتي حاول المشرع الجزائري أن يستلهم منه الأحكام التي توصلت إليها المذاهب الفقهية المختلفة، حيث تجد أغلب هذه الأحكام تركز على مبدا مراعاة مصلحة الطفل المحضون، وتعمل على حسن تطبيقه، سواء من حيث شروط إسناد الحضانة أو ترتيب الأشخاص المستحقين لها، أو حتى من حيث تحديد حالات سقوطها، وهدفه في هذا مراعاة المحضونين، وتجنيبهم خطر الضياع والتشرد بعد فك الرابطة الزوجية بين الأبوين، وهو ما جعله يلجأ لتعديل بعض النصوص المتعلقة بالحضانة لتعزيز تطبيق هذا المبدأ.

غير أنه ورغم الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري فيما يتعلق بعديد من نصوص قانون الأسرة والتي منها ما يتعلق بالحضانة، إلا أن هذه النصوص تبقى غير كافية، ولهذا تبدو مطالبة المشرع بالتدخل مرة ثانية عن طريق إجراء تعديل آخر للنصوص المتعلقة بالحضانة، أكثر من ضرورة خاصة بالنظر للنقائص العديدة التي سبق وتطرقنا إليها من خلال هذا البحث، ومن أهم **النتائج** المستخلصة من هذه الدراسة نجد:

1. إنّ الحضانة موضوع يشمل مراعاة مصلحة المحضون وحق الحاضنة وحق الأب، مما يجب التوفيق بين هذه الحقوق إلى أبعد حد ممكن، فإذا تعارضت فحقّ المحضون هو الأوْلى، وهو ما جاءت به أقوال الفقهاء، وأكّده المشرع الجزائري.

2. نجد أن المشرع الجزائري قد استلهم كل أحكامه في مسائل الحضانة بما ذهب إليه الفقه الإسلامي، غير أنه لم يركز في أخذ مواقفه على مذهب فقهي معين، بل أخذ في الحسبان مصلحة الطفل المحضون قبل كل اعتبار.

3. اهتم المشرع 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، ولكنه لم يُفصّل في شروط إسنادها مكتفيا بعبارة "أن يكون أهلا

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

للقيام بذلك"، على عكس المذاهب الفقهية التي فصّلت في هذه الشروط .

4. قام المشرع بترتيب أصحاب الحق في الحضانة، حيث جعل المشرع الأم أولى بالحضانة وذلك لمعرفتها بأصول التربية ثم أسندها للأب، ثم الجدات والخالات والعمات، ولكنّه في الأخير ربط هذا الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون .

5. إن تحديد المشرّع الجزائري لسن 10 سنوات لانتهاء حضانة الذكر، لا يخدم إطلاقا مصلحة الطفل المحضون، وإذا كان المشرّع الجزائري أجاز تمديد هذا السن إلى 16 سنة، إلّا أنه أجاز ذلك بالنسبة للأم فقط دون غيرها .

6. اهتم المشرع بمسألة السكن اللازم لممارسة الحضانة، وذلك على غرار مذاهب الفقه الإسلامي، و لم يكتف بالنص على ذلك في قانون الأسرة الجزائري، وإنما أكد على ذلك بموجب القانون رقم 15–01 السابق الذكر، غير أن هذه النصوص ما تزال تتسم بالنقص والقصور كما رأينا .

7. إن أحكام الحضانة متجددة في كل زمان، لا تقبل الجمود ولا الوقوف عند حدود المذهب؛ ولذا وجب دائما تجديد النظر كل فترة وأخرى في مواد قانون الأسرة المتعلقة بهذه المسألة .

أما بشأن أهم **التوصيات والاقتراحات** التي نُقدّمها، فتتمثل فيما يلي:

1. ضرورة أن تخضع مستجدات الحضانة للاجتهادات الكافية في المجامع العلمية والفقهية، والملتقيات والندوات لبحثها بحثاً علمياً يتلاءم مع الواقع المعاش، يستمد المشرع الجزائري الأفضل منها بما يحقق مصلحة المحضون على ضوء مستجدات العصر وآفاقه .

2. وضع آليات لرقابة مدى التزام الحاضن بمضمون الحضانة وأهدافها، حتى لا تكون مجرد حبر على ورق، كأن يتم تنظيم زيارات دورية لمسكن ممارسة الحضانة من طرف لجنة خاصة تضم مساعدين اجتماعيين ومختصين نفسانيين وممثل عن قطاع العدالة،

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

وتحرير محاضر في هذا الصدد تُسجّل فيها جميع الاختلالات المرصودة، وهي من تحدد استمرار حضانة الأطفال من عدمه.

3. النص على شروط الحضانة كما قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث نقترح أن تكون صياغة الفقرة الثانية من المادة 62 كالتالي: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك، بأن يكون بالغاً، عاقلاً، رشيداً، قادراً، أميناً ".

4. النص على جعل حضانة الذكر تستمر إلى البلوغ على رأي المذهب المالكي، دون اشتراط وجود تمديد من الأم إلى سن 16 سنة كما جاءت به المادة 65، وبالنسبة للأنثى جعل حضانتها تستمر حتى تتزوج، ولذا نقترح أن تكون صياغة المادة 65 كالتالي: "تنقضي مدة حضانة الذكر بالبلوغ، والأنثى بزواجها أو ببلوغ سن 19 سنة على الأكثر".

5. النص على الحالة التي يتساوى فيها مستحقو الحضانة في نفس الدرجة، حيث نقترح أن تكون الأولوية لمن هو أصلح للطفل المحضون، وعليه الأفضل أن تكون صياغة المادة 64 كالتالي "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة كلٌّ بحسب درجته، وفي حالة تعدّد من هم في نفس الدرجة، تسند الحضانة لمن هو أصلح للطفل المحضون".

6. بغرض رفع اللبس الحاصل في المادة 68 نقترح أن تكون صياغة المادة على الشكل التالي: "يسقط الحق في الحضانة، إذا لم يطلبها من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر ".

7. النص على تعليق بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية بالعدّة وليس بتنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن، حتى تتوافق المادة 72 مع المادة 61 من قانون الأسرة، مع ضرورة النص على أن يكون السكن ملائما للطفل المحضون، وليس للحاضنة كما ورد

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

في النص الحالي، ولذا نقترح أن تكون صياغة المادة 72 كالتالي: "في حالة الطلاق، تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى انتهاء عدّتها، ويجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للطفل المحضون بعد انتهاء العدّة، ما لم تكن الحاضنة تملك سكنا خاصا بها، وإذا تعذر عليه توفير المسكن فعليه دفع بدل الإيجار".

8. إضافة فقرة ثالثة للمادة 72 تتضمن الحالات التي يسقط فيها حق الحاضنة في السكن، ولذا نقترح أن تكون صياغة هذه الفقرة كالتالي: "يسقط حق الحاضنة في السكن المخصص لممارسة الحضانة، بعد زواجها أو ثبوت الانحراف في سلوكها، مع مراعاة مصلحة المحضون ".

9. إضافة مادة جديدة في القانون رقم 15–01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، تتضمن النص صراحة على السكن اللازم لممارسة الحضانة أو على الأقل أجرته، باعتبار أن السكن وأجرته من مشتملات النفقة كما تنص عليه المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

10. ضرورة وضع حلول للمشاكل المتعلقة بحضانة الأطفال في حالة الزواج المختلط، من خلال إضافة فقرة ثانية للمادة 69 من قانون الأسرة، تنص صراحة على إسناد مسائل الحضانة في حالة الزواج المختلط، بحسب الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع الجزائر، وعند عدم وجودها يطبق القانون الأصلح للطفل، بما في ذلك قانون جنسية الطفل وقت رفع الدعوى أو قانون موطنه المعتاد، وهذا كاستثناء على حكم المادة 12 فقرة 02 مدني جزائري المتعلقة بانحلال الزواج، مراعاةً لمبدأ مصلحة الطفل المحضون، وعليه نقترح أن تكون صياغة هذه الفقرة كالتالي: "وفي حالة الزواج المختلط، تطبق الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع الجزائر في هذا الخصوص، وفي حالة عدم وجودها يكون القانون الأصلح للطفل المحضون هو الواجب التطبيق في مسألة إسناد الحضانة أو

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

إسقاطها".

المراجـــع:

أولا / النصوص القانونية

1. الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 /1975/09 المتضمن القانون المدني (المعدّل والمتمّم)، جريدة رسمية، عدد 78 لسنة 1975.

2. القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 /07/ 1984 المتضمن قانون الأسرة (المعدّل والمتمّم)، جريدة رسمية، العدد 24 لسنة 1984 .

3. الأمـــر رقم 05–02 المؤرخ في 27 /02/ 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 /07/ 1984 المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية، العدد 15 لسنة 2005 .

4. القانون رقم 15–01 المؤرخ في 04 /2015/01، المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، جريدة رسمية، العدد الأول، لسنة 2015.

ثانيا / المجلات القضائية

1. نشرة القضاة، العدد 02 لسنة 1981

2. المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1989.

3. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 1991 .

4. مجلة المحكمة العليا، العدد 03، لسنة 1990 .

5. المجلة القضائية، عدد 04، لسنة 1990.

6. المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991.

7. المجلة قضائية، عدد خاص، لسنة 2001.

8. المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2002 .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

9. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2007 .

10.مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2008 .

11.مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2004 .

12.مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2010 .

ثالثا / الكتب

1. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق وتقديم وتعليق الدكتور محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، المجلد الثاني، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض– البطحاء، 1398 هـ / 1978 م .

2. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانـــو– نيجيريا، 1420هـ / 2000 م.

3. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي، بيروت– لبنان، 1397هـ / 1977م.

4. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت – لبنان، 1386هـ/ 1967 م .

5. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1984 .

6. موفّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغنـــي الجزء الحادي عشر، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب الرياض، 1417 هـ / 1997 م .

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

7. محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، طبعة خاصة الجزء الخامس، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ / 2003 م، ص 253 .ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 1997 .

8. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، مع تقريرات الشيخ سيدي الشيخ محمد عليش، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، دون ذكر مكان النشر، بلا تاريخ.

9. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، مع تقريرات الشيخ سيدي الشيخ محمد عليش، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، مصر، بلا تاريخ.

10. محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام (حاشية على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه) ط 3، دار الفكر، دون ذكر مكان النشر، 1393هـ / 1973 م .

11. محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصفكي، الدرّ المختار، (شرح تنوير الأبصار وجامع البحار للشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي التمرتاشي، في فروع الفقه الحنفي)، حققه وضبطه عبد المنعم خليل ابراهيم، ط1، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 1423هـ/2002م .

12. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، المجلد السابع 1933–2393. كتاب (الطلاق، الصوم، الجهاد)، ط1، غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 1423 هـ / 2002 م

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

13. ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 24.

14. منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع على متن الإقناع، ط1، دار الفكر، بيروت– لبنان، 1402هـ / 1982م، ص 495.

15. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1431 هـ / 2010 م، ص 30.

16. سمير عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دار المنار للنشر، مصر، 1406ه / 1986 م، ص 11.

17. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 126.

18. سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي المسمى بـ "تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي "الجزء الرابع، حققه وعلّق عليه أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، ط1، دار القبلتين، الرياض السعودية، 1433هـ / 2012 م .

19. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءً، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.

20. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، ط2 دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1406 هـ / 1986 م .

رابعا / المقالات العلمية

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 408–451 تاريخ النشر: 25–03–2021

1. بلقاسم أعراب، "مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)"، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية لجامعة باتنة، العدد 01 لسنة 1994.

2. عطا مهدي فليح، "الحضانة في الفقه الاسلامي"، مجلة كلية التربية الأساسية، العراق، عدد خاص بوقائع المؤتمر العلمي التاسع عشر، 2019.