حماية الطفل المحضون كأحد أهمّ مكوّنات الأسرة

« بين الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري »

بقلم
د.لمين لعريض
أستاذ محاضر "ب" بقسم الحقوق. جامعة يحي فارس. المدية
dr.larituniv18@gmail.com

مقدمة

إن دراسة موضوع "حماية الطفل المحضون كأحد أهم مكونات الأسرة بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري" إنما جاء خصيصا للمشاركة في الملتقى الدولي الثاني حول المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، الذي ينظمه معهد العلوم الإسلامية بجامعة الوادي، وذلك في إطار المحور الأول منه، وهذا نظرا لأن مسألة حماية الطفل المحضون، إنما تكتسي أهمية قصوى على مستوى الفقه الإسلامي، وكذا القانون الوضعي وتحديدا قانون الأسرة الجزائري، وذلك على اعتبار أن الطفل هو أحد أهم مكوّنات الأسرة، مما يقتضي توفير كل أنواع الحماية المقررة له شرعا وقانونا، والتي تندرج جميعها في إطار مراعاة مصلحة الطفل، لاسيما عندما تتعارض هذه المصلحة مع مصلحة الآخرين، إذ أن المشرع الجزائري قد علق أغلب الأحكام المتعلقة بالحضانة على مصلحة الطفل سواء من حيث إسنادها أو إسقاطها و كل ما يتعلق بذلك، ويعود تقدير هذه المصلحة للقاضي، وهنا يبدو الطابع الاجتهادي للموضوع، وصلته الوثيقة بحياة الطفل وما يعانيه من مشاكل وأزمات.

فقد يتعرض الطفل للكثير من المشاكل عند حلّ الرابطة الزوجية التي كانت تجمع والديه، و ينتقل من حياة أساسها المودة والرحمة إلى النقيض تماما، خاصة بعد ازدياد حالات الطلاق في الجزائر بوتيرة متسارعة لم تشهدها الأسرة الجزائرية من قبل، رغم أنه أبغض الحلال إلى الله كما جاء في الحديث الشريف، وأكثر حالات الطلاق إن لم نقل كلها، يكون ضحيتها الأطفال فيكونون عرضة لمشاكل عدة، ولعل مشكل النفقة و السكن، والمشاكل النفسية والتربوية للطفل تعد من أهم هذه المشاكل.

كما تبدو أهمية الموضوع في كونه يطرح عدة إشكالات في الواقع العملي، ولعل كثرة مثل هذه القضايا على مستوى القضاء لأبرز دليل على ذلك، 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 لحماية الطفل المحضون، وذلك في قانون الأسرة الجزائري [1].

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

ورغم الأهمية البالغة لموضوع حماية الطفل المحضون، إلا أننا عند بحثنا عن الدراسات السابقة في الموضوع لاسيما الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، وجدنا نقصا ملحوظا فيها، ويمكن أن نذكر بعض الدراسات ذات الصلة بالموضوع، منها :

– مذكرة ماجستير للباحثة : نسرين إيناس بن عصمان، تحت عنوان: مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، بجامعة أبو بكر بقايد بتلمسان، 2008 /2009، وقد تناولت فيها تحديد طبيعة مصلحة الطفل ومجالات هذه المصلحة.

– مذكرة ماجستير للباحث : كمال صمامة، تحت عنوان : مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية بجامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، 2015/2014، تناول فيها الباحث بعد أخذ نبذة عن ماهية الحضانة، جميع مسقطات الحضانة التي ترجع لضياع الطفل صحة و خلقا، والتي ترجع للتنازل عنها سواء الصريح منه أو الضمني.

– شهادة ماجستير للباحثة : سناء عماري، تحت عنوان : التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، بجامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، 2015/2014، التي تتناول واقع الحضانة على المستوى القضائي من خلال الدعاوى المرفوعة، وع إظهار دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون، وإبراز الإشكالات التي تواجهه.

وبعد مرور ما يفوق عشر سنوات عن تعديل قانون الأسرة الجزائري، وإدخال تغييرات جديدة في هذه المسألة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 [1]، فإننا سنحاول معرفة 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 والتغييرات قد اعترته الكثير من الثغرات والنقائص بشكل أفدح مما كانت عليه بشكل بعيد عن طموحات الأسرة الجزائرية، ومن هنا تأتي هذه المداخلة للإجابة على إشكالية هامة: هل وفّر المشرع الحماية الفعلية للطفل المحضون من خلال مراعاة الاجتهادات الفقهية في هذا الصدد؟ ومن ثمة هل هي قادرة على حماية أهم مكوّن للأسرة من المهدّدات التي قد يتعرض لها ؟

وسنحاول الإجابة على هذه الإشكالية في مداخلتنا هذه، من خلال استعراض مختلف آراء الفقه الإسلامي في هذا الصدد، وموقف قانون الأسرة الجزائري منها، وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول / تعريف الحضانة لغة وفقها وقانونا

ستتطرق في تعريفنا للحضانة إلى التعريف اللغوي والفقهي، ثم نتطرق لتعريفها القانوني طبقا لقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول / تعريف الحضانة في اللغة و الفقه الإسلامي

الحضانة مأخوذة من الحضن و هو مادون الإبط إلى الكشح [2]، والكشح هو الخصر أو موضع السيف من

---

[1] الأمر 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.

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

المتقلد، وتعني الحضانة ضمّ الشيء إلي الجنب أو الصدر أو العضدان و ما بينهما، إذ نقول حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته وتسمى حينئذ حاضنته [1].

أما في اصطلاح فقهاء الإسلام، فالحضانة عموما هي "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 متقاربة في معناها، ولذا فإننا نكتفي بتعريف المالكية الذين يعرفونها على أنها "حفظ المولود في مبيته، ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه وتنظيف جسمه، وهي من فروض الكفاية " [(3)].

المطلب الثاني / تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته، وحفظه صحةً و خلقاً [(4)].

وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري ركّز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها، و هي رعاية الطفل وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وبهذا فقد جمع في هذا التعريف كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية .

ومن التعريف السابق يمكن أن نستنتج العناصر التي ترتكز عليها الحضانة، وذلك كالتالي :

– تعليم الطفل المحضون : ويقصد به 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 و قدراته الذهنية و العقلية و استعداده الفطري والنفسي.

– تربية الطفل المحضون على دين أبيه: والدين المقصود هنا هو الإسلام، حيث يجب أن يُربى الطفل على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، حتى ولو كانت أمّ الطفل غير مسلمة، حيث يجوز زواج المسلم بغير المسلمة، ولذا فإن القاضي يمكن أن يمنح الحق في الحضانة لها، إذا كانت تراعي أحكام الشريعة الإسلامية في تربية طفلها.

– السهر على حماية الطفل المحضون : فما دامت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، إذ لا يجوز أن يكون الطفل عرضة لأي ضرر أو اعتداء ماديا كان أو معنويا، سواءً تمثّل ذلك في الضرب أو الترهيب أو الشتم، مما قد يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا و عاطفيا، ولكن هذا لا يعني أن

---

(1) انظر: بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1386ه/ 1967 م، ص 543.

(2) السيد سابق، المرجع السابق، ص 338.

(3) 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.

(4) انظر: المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم السابق الذكر.

يترك للطفل الحبل على الغارب، و أن لا يُؤدّب كلما استدعت الحاجة ذلك، فترك الطفل دون تأديب يؤدّي غالبا إلى نتائج سلبية.

– حفظ الطفل المحضون من الناحية الصحية : حيث يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته،كأن يتلقى التلقيح الصحي اللازم مثلا، و أن يُعرض على طبيب كّلما استدعت الحاجة ذلك، وهذا لحمايته من الأمراض التي تؤثر على صحته والتي قد تؤدي به إلى الهلاك.

– حفظ الطفل المحضون من الناحية الخلُقية : و يكون ذلك بتنشئته على حُسن الخلُق، وحُسن معاملة الآخرين و بذلك بتهذيبه و إعداده لأن يكون فردا صالحا في المجتمع، وأن لا يُترك عرضة للشارع و رفقاء السوء من العاصين والمجرمين.

المبحث الثاني / حماية الطفل المحضون من خلال تحديد شروط إسناد الحضانة

ستتناول في البداية الشروط الواجب توفرها في الحاضن والمحضون، ثم نتعرض لمسألة مدى جواز إسناد الحضانة المرأة العاملة.

المطلب الأول / الشروط الواجب توفرها في الحاضن والمحضون

تنقسم شروط الحضانة عموما إلى شروط خاصة بالشخص الحاضن، وشروط أخرى خاصة بالطفل المحضون كما يلي :

الفرع الأول / الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن

إن تحديد بعض الشروط في الحاضن لممارسة الحضانة، يُعدّ من أهمّ آليات حماية الطفل المحضون، وذلك بهدف ضمان مصلحة الطفل المحضون، وعلى هذا الأساس حصر المشرع الجزائري شروط الحضانة في الأهلية حيث قال : " و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك "[1]، لكن السؤال هو متى يكون الحاضن أهلا لذلك ؟ فالمشرع لم يحدد ضوابط لهذه الأهلية، ولذلك فإننا نستنجد بما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الصدد، وذلك عملا بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص كل ما لم يرد فيه نص قانوني[2]، و كثير من هذه الشروط أكدت عليها المحكمة العليا في اجتهاداتها.

وبالرجوع للفقه الإسلامي فإنه يشترط في الشخص الذي تسند إليه الحضانة ذكرا كان أو أنثى أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً قادراً[3]، وذلك كما يلي [4] :

أولا/ العقل و البلوغ و حسن التدبير

اتفق فقهاء الإسلام على ضرورة أن يكون الحاضن بالغاً، يمكنه تسيير أموره بنفسه والسهر على مصالحه

---

(1) الفقرة 02 من المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

(2) تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدَّل والمتمِّم على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "

(3) انظر :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.

(4) راجع : السيد سابق، المرجع السابق، ص 341 وما بعدها.

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 [1]، أما في القانون فالعبرة ببلوغ الشخص سن الرشد المحدد قانونا بـ 19 سنة كاملة [2]، كما يشترط أن يكون الحاضن عاقلا، فقد يكون بالغا ولكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية فلا يمكن إسناد الحضانة إليه، وعليه فإن المعتوه و المجنون لا يمكنه أن يمارس حق الحضانة، فكلٌ منهما لا يستطيع القيام بتدبير شؤونه فما بالك بتدبير شؤون غيره، ففاقد الشيء لا يعطيه، و حتى بالنسبة للمصاب بالجنون المتقطع فهو يأخذ حُكم المصاب بالجنون المتصل، وذلك مخافة إيقاع الضرر بالمحضون فقد يرد جنونه في أي وقت [3]، ويرى الشافعية جواز ممارسة الحضانة لمن قلّ جنونه كيوم في سنتين مثلا [4]، غير أنهم بالنسبة للسفيه فلا يرونه أهلا لحضانة الطفل، بحيث إذا كان الأب غير رشيد انتقلت الحضانة إلى الجدّ [5]، وكذلك المالكية يرون بأن لا حضانة لسفيه مبذر، إذ يشترطون في الحاضن أن يكون بالغا عاقلا رشيدا يحسن التصرف في ماله، أما الشخص غير الرشيد في ماله فلا يملك عندهم الأهلية التامة لممارسة الحضانة [6].

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 (المحكمة 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 يسبب قراره في إسناد الحضانة إلى الأم المدعى عليها بأنها حائزة لصحة العقل أو البرء من المرض الذي أصابها حتى تصبح صالحة للقيام بمحضونها..."[7].

ثانيا / القدرة

القدرة هي استطاعة و إمكانية القيام بشؤون المحضون، وعليه فلا يجوز إسناد الحضانة للشخص العاجز عن القيام بذلك، لعاهة أو مرض أو شغل [8]، وكذلك المتقدم في السن إلى درجة تجعله يحتاج هو نفسه إلى رعاية الغير، أو للقاطن مع شخص غير سويّ أو يُبغِض الطفل ولو كان قريبا له، بحيث لا تتوفر للطفل الرعاية الكافية

---

(1) انظر : 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 و عبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1417 ه / 1997 م، ص 412.

(2) راجع : المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري (المعدّل والمتمّم)، جريدة رسمية، عدد 78، لسنة 1975.

(3) انظر: عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءً، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص23 .

(4) انظر: 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، 1433ه / 2012 م، ص 35.

(5) انظر : المرجع نفسه، ص 36.

(6) انظر في ذلك: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1984، ص 726.

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

(8) انظر : بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 550.

ولا الجو الصالح [1]، كما يرى بعض أهل الفقه أنه لا يجوز إسناد الحضانة حتى لمن كانت مصابة بالبرص أو الجذام [2]، 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" [3].

و في هذا الصدد يرى القضاء الجزائري أن القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة وأداء واجباتها، وقد جاء في أحد قراراته : "المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأصم و الأخرس والمُقعد والحاضنة هنا فاقدة للبصر، ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها، وقضاة القرار المطعون فيه بإسنادهم حضانة الأولاد إليها وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب " [4].

ثالثا / العدالة و الاستقامة

إذ يجب أن يتوفر في الحاضن الاستقامة والتخلّق بالخُلُق الحسن، فيجب أن يكون الحاضن عدلاً في خُلُقه وفي سلوكه مع المحضون، و في الاهتمام به ورعاية مصالحه وعدم الانشغال عنه، لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون أغلب وقته، فيهمله أو لا يهتم به و لا يرعاه و يتركه يخالط أصحاب السوء، لا يكون أهلا لممارسة الحضانة، و يرى البعض أنه إذا كانت الحاضنة تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا، فإنها لا تكون مأمونة عليه، ومن ثمة لا تكون لها حضانته إذ ليست أهلا لها [5]

ويرى الحنابلة أن الحضانة لا تثبت لفاسق ولا فاسقة [6]، فهي غير مأمونة على الطفل وغير موثوق بها في أداء واجب الحضانة وربما نشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها [7]، وفي مذهب الإمام الشافعي فإن الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها [8]، لكن اعتبر أن المراد بالفسق هنا هو الزنا المقتضي لاشتغل الأم عن الولد[9].

وقد تشدّد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن، وتكرس ذلك في العديد من قراراته، إذ يرى أن 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 [10]، كما جاء في أحد قراراته أيضا عدم جواز إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد

---

(1) انظر : السيد سابق، المرجع السابق، ص 342.

(2) انظر : سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 31.

(3) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 253.

(4) قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، ع 04، لسنة1989،ص 76

(5) انظر عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 242.

(6) انظر : موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 412.

(7) انظر السيد سابق، المرجع السابق، ص 342.

(8) أشار إلى رأي المذهب الشافعي : محمد بن علي بن الحنفي الحصكفي، الدرّ المختار، (شرح تنوير الأبصار وجامع البحار للشيخ محمد بن عبد الله الغزي الحنفي التمرتاشي، في فروع الفقه الحنفي)، حققه وضبطه عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1 منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423ه / 2002 م، ص 254.

(9) انظر : محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 253.

(10) انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/05/22، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991، ص 141.

أجنبي بعيدا عن رقابة الأب [1]، إلا إذا كانت مصلحة المحضون توجب ذلك[2].

رابعا / الإسلام (شرط وحدة الدين بين الحاضن والمحضون المسلم)

يرى الشافعية و الحنابلة و فريق من المالكية، أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تثبت الحضانة عندهم للمرأة الكافرة بالنسبة للصغير المسلم لأنها ولاية، وبالتالي لا حضانة لكافر على مسلم[3]، لقوله تعالى : ﴿و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ [4]، فهي كولاية الزواج و المال و لأنه يُخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها، وهذا أكبر ضرر يصيب الطفل، فكل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يُهوِّدانه أو يُنصِّرانه أو يُمجِّسانه كما جاء في الحديث الشريف.

إلا أن الحنفية و بعض المالكية لم يشترطوا إسلام المرأة الحاضنة، ولذا فهم يجيزون حضانة المرأة الكافرة[5] كتابية كانت أو مجوسية [6]، لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل و خدمته و الشفقة عليه، لذلك فالذمّية كالمسلمة في الحضانة [7]، و دليلهم في ذلك حديث رافع بن سنان، والذي ضعّفه البعض حيث يُروى أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته أن تُسلم، فأتت النبي ﷺ فقالت : ابنتي... وقال رافع: ابنتي فمالت إلى الأم، فقال النبي ﷺ: "اللّهم اهدها " فمالت إلى أبيها فأخذها [8] ، و يرى البعض جواز حضانة الذمّية ما لم يعقل الحاضن دِيناً، وقُدِّر ذلك بسبع سنين لصحّة إسلامه حينئذ [9].

ولكن إذا خيف من الحاضنة غير المسلمة أن تسقي الطفل أو تطعمه ما حرّم الله على المسلمين فلا حضانة لها [10]، مع العلم أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة للطفل المسلم إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدّة [11]، لأنها تُحبَس، إلّا إذا أسلمت [12].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على هذا الشرط صراحة، واكتفى بالنص على أن الطفل يُربَّى على دين أبيه طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة، مما يُستفاد منه ضمناً أن الأهمّ بالنسبة للمشرع الجزائري هو تربية

---

(1) انظر : قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1993/02/19 (غير منشور).

(2) انظر : قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2008، ص271.

(3) انظر: سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 35 ؛ وانظر أيضا : انظر : موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق ص 412 و 413.

(4) الآية 141 من سورة النساء

(5) انظر : أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانو – نيجيريا، 1420هـ/2000 م ص84.

(6) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 254 و 255.

(7) انظر: محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 143.

(8) أخرجه أبو داود و النسائي.

(9) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 255.

(10) انظر: 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، ص 626 و 627.

(11) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 254.

(12) راجع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، ط2، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان ، 1406 ه / 1986 م، ص42.

الطفل المحضون على دين الإسلام، وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا الموقف وسوّى بين الأم المسلمة وغيرها في استحقاق الحضانة[1] إلا إذا ثبت ردتها عن الدين الإسلامي[2].

الفرع الثاني/ الشروط الواجب توفرها في الطفل المحضون

الواقع أنه ليس هناك شروط خاصة بالنسبة للطفل المحضون إلا فيما يتعلق بالسنّ الذي يجب ألا يكون قد تجاوزه الطفل، فالحماية 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 يتجاوزه الذكر حتى يكون محلّا للحضانة، وفرّقوا بين حضانة النساء وحضانة الرجال، فيرى الأحناف أن حضانة النساء للذكر تستمر إلى أن يستغني عن خدمة النساء [3]، ويبلغ سن التمييز والاستقلال، أي من سبع سنين إلى تسع، فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده [4]، وليس لذلك مدة معينة تنتهي بانتهائها ؛ ويرى المالكية في الحد المشهور استمرار الحضانة للذكر إلى الاحتلام أي البلوغ [5]، وفي رواية إلى الأثغار وهو قول ضعيف [6]، وعند الحنابلة تستمر الحضانة للأم إلى سنّ سبع سنين، و لا يفرقون في ذلك بالنسبة للذكر أو الأنثى، ثم يخيَّر الطفل بين أبويه[7]، وهو قريب من رأي الشافعية الذين يجعلون الحضانة للأم إلى سنّ التمييز، إذ العبرة عندهم بالتمييز وليس بسنّه، فقد يكون سبع سنين أو ثمان وقد يتقدم أو يتأخر، ثم تخيير الطفل بين الأمّ والأب[8]، 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[9]، لأنه قد صحّ لديهم أنّ الصحابة لم يخيّروا [10].

أما بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، فنجد أن المادة 65 منه، تنص على أن حضانة الذكر تنتهي ببلوغه 10سنوات، و نرى أن الطفل في هذا السنّ يبقى مُحتاجاً للرعاية لم 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

---

(1) انظر: قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)، غرفة الأحوال الشخصية، في 1979/04/16، نشرة القضاة، العدد 02 لسنة 1981، ص 108.

(2) انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2008/09/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2008، ص 313.

(3) انظر : محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256.

(4) راجع : علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 42.

(5) انظر : أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص84.

(6) انظر : محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 142.

(7) انظر : موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 415.

(8) انظر : سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 36 و 37.

(9) انظر : محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256.

(10) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 270.

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 تعديله بعدها ليصبح 13 سنة [1]، ولذا فمن الضروري تحديد المعيار الذي تم الاعتماد عليه لتحديد سنّ 16 سنة مما تبدو معه الحاجة إلى ضرورة إقرار تعديل جديد لقانون الأسرة، بما يتماشى والتعديلات الجديدة للقوانين.

ثانيا / شرط السن بالنسبة للمحضون الأنثى

يرى الحنابلة أن حضانة الأنثى تستمر لأمّها حتى سنّ سبع سنوات، و بعدها يجب تسليمها إلى أبيها [2] على عكس الشافعية الذين رأينا أنهم يجعلون الحضانة للأمّ إلى بلوغ سن التمييز، ثم تُخيّر البنت بين أبويها [3] أما الأحناف فيرون أن حضانة النساء للبنت تستمر حتى تحيض [4]، و يرى قولٌ عند بعض الحنفية حتى تُشتهى، وقُدِّر ذلك بتسع سنين، وبه يفتى، وبنت إحدى عشر مُشتهاةٌ اتفاقا [5]، أما عند المالكية فتستمر حضانة البنت حتى تتزوج و يشترط دخول زوجها بها، حيث تُزفّ المحضونة إلى زوجها من بيت الحاضنة لا من بيت أبيها [6]، ويرى بعض أهل الفقه أن المحضونة تستمر حضانتها حتى و لو تزوّجت إذا كانت لا تصلح للرجال [7].

أما طبقا للمادة 65 السابقة الذكر من قانون الأسرة الجزائري، فحضانة البنت تنتهي ببلوغها سنّ الزواج ونجد أن المشرع هنا، لم يحدّدها صراحة بالزواج كما فعل المالكية، وهذا رغم أن سنّ الزواج محدّد قانونا بـ19 سنة [8]، وهو سنّ الرشد القانوني، فهل هذا يعني أنه يشترط في البنت المحضونة أن يكون سنها أقل من 19 سنة، وإلا فلا تجوز حضانتها ؟ ولكن كيف يكون الحال إذا ما تزوجت قبل هذا السنّ بناء على إذن مسبق، إذا تم التحقّق من قدرتها على الزواج ؟ فطبقا لحرفية النص فإن حضانتها تستمر رغم زواجها ؟ ولذا نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن تكون صياغة النص كالتالي : " تنتهي حضانة البنت بزواجها أو ببلوغ سن 19 سنة على الأكثر "، أما قبل ذلك فتكون البنت لا تزال في حاجة إلى الحماية.

وكثيرا ما يحاول الأب المطلّق أن يزوج ابنته قبل سن 19 سنة، إذا كانت هي الوحيدة المحضونة عند أمها وقد يكون ذلك من أجل استرجاع السكن الممنوح للحاضنة أو التنصل من دفع أجرة السكن إن كان مستأجرا.

المطلب الثاني / مدى جواز إسناد الحضانة للمرأة العاملة

كان عمل المرأة قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة محلاً لاجتهاد القضاة في مسألة إسناد الحضانة من عدمه، وهذا الخلاف مصدره غياب النص القانوني الصريح، فهل يشترط ألا تكون المرأة عاملة حتى يمكن اسناد الحضانة إليها ؟ في غياب النص أصدر القضاء الجزائري الكثير من القرارات في هذه المسألة، يصب أغلبها في

---

[1] انظر : المادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدّل والمتمّم
[2] انظر : موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 418.
[3] سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 36 و 37.
[4] راجع: علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 42.
[5] انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256.
[6] انظر: محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 142.
[7] انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256.
[8] انظر: المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم

سياق أن عمل المرأة لا يعد سببا لعدم أحقّية الأم في الحضانة، ومنها ما كان مغاليا في ذلك وعلى سبيل المثال جاء في أحد قراراته "من المقرر شرعا وقضاء أن ابتعاد الأم عن أولادها المحضونين وانشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار، لا يؤدي إلى سقوط الحضانة عنها، وإنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط" [1].

وهنا نتساءل : كيف تكون الحاضنة غير جديرة بالحضانة و في نفس الوقت يمكن إسناد الحضانة إليها ؟ فقد اعتبر القاضي عدم الجدارة في ممارسة الحضانة سببا تافها ليس إلّا، لا يصل إلى حد اعتباره سببا مانعا لإسناد الحضانة عن الأم، وكل هذا منسوب إلى الشرع، وهل الشرع يُبقي الحضانة لشخص غير جدير بها ؟

نجد هنا أنه كان على القاضي أن يتخذ موقفا غير هذا، ويبحث عن التسبيب الصحيح لعدم إسقاط الحضانة،إذا لاحظ أن مصلحة المحضون مُصانة في الحالة المعروضة عليه، كما يجب أن تكون هناك جدّية في إسناد الحضانة و إثباتها، في حال تعرض مصلحة المحضونين للخطر، وهذا ما أكدته اجتهادات المحكمة العليا فيما بعد، حيث جاء في أحد قراراتها سنة 2002 أنّ "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها،ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية " [2].

ولعل مثل هذه القرارات وما أثارته من جدل ونقاش، هو ما دفع بالمشرع الجزائري عند تعديل قانون الأسرة سنة 2005، حسم الخلاف بالنص على ما يفيد بأن عمل المرأة لا يعد سببا لمنع الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون [3]، ولكن ومع ذلك فإننا نلاحظ أن صياغة هذا النص تفيد بأن عمل المرأة قد لا يكون سببا لمنع ممارسة الحضانة و قد يكون العكس، لأن المشرع أعطى السلطة التقديرية للقاضي في منح أو عدم منح الحضانة، وهذا لأن الأم إن كانت عاملة فإنها قد تلجأ عند خروجها للعمل بوضع الابن في دور الحضانة، أو تأجير امرأة تسهر على رعاية ولدها، وهذا قد يكون له آثار سلبية على الطفل المحضون، وفي نفس الوقت قد يكون عمل المرأة لساعات قليلة، أو تمارسه ببيتها أو قريبا منه، مما لا يؤثر على مصلحة الطفل المحضون، بل وقد يُعزّز من هذه المصلحة، كما لو كانت معلّمة تستغلّ وظيفتها في تعليم طفلها وتدريسه.

وعليه فإذا كان عمل المرأة يستوجب عليها ترك منزلها كامل اليوم أو في الأوقات التي يكون فيها الطفل في أمس الحاجة إلى أمه، فلا يسند لها القاضي الحضانة في حال ثبوت وجود تقصير في واجبات الحضانة اتجاه المحضون، أما إذا كانت الحاضنة أُمًّا أو غيرها مع عملها المشروع، تُعد مأمونة على المحضون صائنة له من الضياع والإهمال، لأنها تخرج بعض الوقت فقط، ومدة خروجها يوجد من يصون الطفل، ويحافظ عليه، لا تنزع الحضانة منها، لأن ذلك لا يتنافى ومصلحة المحضون، و بمنح القاضي هذه السلطة يكون المشرع قد وضع حدا لهذه المسألة لأن المؤهل الوحيد للفصل في هذه الحالة هو القاضي.

وقد اختلف فقهاء الإسلام في مسألة خروج المرأة من المنزل وتأثيرها على إسناد الحضانة، بما في ذلك خروجها من أجل العمل و السعي لكسب لقمة العيش، إلا أنّ المعتبر عند غالبيتهم هو كثرة الخروج من

---

[1] قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) بتاريخ 1969/05/29، نشرة القضاة، العدد 04، لسنة 1970، ص 50.
[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2004/07/03، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2002، ص 270.
[3] انظر : المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل و المتمّم.

البيت، فإذا كانت الحاضنة تخرج كل الوقت مما يؤدي إلى ترك الولد ضائعاً فلا حضانة لها، لأن الولد في حكم الأمانة عندها، ومُضيّع الأمانة لا يُستأمن [1]، ويرى البعض أنه إذا كان عمل المرأة لا يحول دون تربية الطفل والعناية به وتدبير شؤونه فلا يمنع ذلك من إسناد الحضانة لها، فالعبرة بقدرتها على التربية أو عدم قدرتها [2].

المبحث الثاني / حماية الطفل المحضون من خلال ترتيب الأشخاص المستحقين للحضانة

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

وبعد تعديل المادة 64 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 العمة التي جاءت في آخر الترتيب مع الخالة، بعد أن كانت الخالة في المرتبة الثالثة مباشرة بعد الأم وأمها، وذلك على اعتبار أن الأصول و إن علو أكثر شفقة على الأبناء من غيرهم، وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه و كل الأحوال فإن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 السابقة الذكر [3].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يوضح من المقصود بالأقربين درجة وما هو الحل إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كأخوة أو أعمام، كما لم يُعيّن ما هو الحل في حالة تخلي أصحاب الحق في الحضانة وعدم وجود قريب للصغير.

ولذا سنتطرق للفئات المسماة التي رتبها المشرع الجزائري، ثم نتطرق للمقصود بالأقربين درجة .

المطلب الأول / ترتيب الفئات المسماة التي حددها القانون

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

الفرع الأول / الأم ثم الأب: الأم هي والدة الطفل، سواء كانت متزوجة من والد الطفل أو مطلقة، مادامت أهلا للحضانة وقد جُعلت في المرتبة الأولى ذلك لكونها أشفق و أرفق بطفلها من غيرها، ولها من الصبر على التربية ومشاقّها ما ليس لغيرها، لهذا قُدّمت الأم حمايةً للطفل و رعايةً لمصلحته [4].

أما الأب فهو والد الطفل، حيث تعود له الحضانة في المرتبة الثانية بعد أم الطفل مباشرة وقبل باقي الأقارب، حيث تسند له الحضانة في حال عدم وجود الأم أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة، وذلك على أساس أنّ الوالدين هُم الأقرب لأبنائهم، والأشفق عليهم، والأكثر حرصا على رعاية مصالحهم.

وقد كان المشرع الجزائري يُرتّب الأب في المرتبة الثالثة بعد الأم و الجدة لأم، حيث قدم أمّ الأم على الأب،

---

(1) انظر : محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 254.

(2) انظر : بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 551.

(3) انظر : قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/05/13، مجلة المحكمة العليا، ع01، لسنة 2004، ص 297.

(4) انظر : السيد سابق، المرجع السابق، ص 339.

وهذا على قول أغلب المذاهب الفقهية، غير أنه في التعديل الأخير لقانون الأسرة، تم ترتيب الأب بعد الأم مباشرة، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون باعتبار أنه لا يوجد من هو أرفق وأشفق على الطفل من أبويه وبالرجوع للفقه الإسلامي لم يثبت في المشهور عند المذاهب الفقهية تقديم الأب على أمّ الأم، إلا في بعض الأقوال، ومنها أحد الروايات عن الإمام أحمد بن حنبل الذي جاء فيها أنّ أم 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]، هذا ويرى مذهب الجعفرية كذلك أن الحضانة تثبت للأم ثم للأب [3].

الفرع الثاني / الجدة لأم ثم الجدة لأب: الجدة لأم هي أمّ الأم مهما علت، حيث تكون في المرتبة الثالثة، وذلك في حالة عدم وجود الأبوين،أو وُجدا ولم يكونا أهلا للحضانة، فتعود لأم أم الطفل و هذا بعد الأب مباشرة، لكونها الأقرب للصغير بعد والديه. أما الجدة لأب فهي أم الأب وإن علت، وهي في المرتبة الرابعة، في حالة عدم وجود الوالدين والجدة لأم، أو وجدوا ولم 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.

الفرع الثالث / الخالة ثم العمة: الخالات هن أخوات والد الطفل، وتسند لهن الحضانة في المرتبة الخامسة، عند عدم وجود الوالدين والجدات، أو وجدوا ولم 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 فهن أخوات والد الطفل، وتسند لهن الحضانة في المرتبة السادسة، في حال عدم وجود أي فئة من الفئات السابقة، أو في حال لم يكونوا أهلا للحضانة، و تقدم العمة الشقيقة على غيرها من العمّات و تعتبر الخالات أوْلى من العمّات و إن تساوين في القُرب، لأن الخالات يُدلين بقرابة الأمّ فكن أشفق [4].

المطلب الثاني / ترتيب الفئات التي تدخل في صنف الأقربون درجة وفقا للفقه الإسلامي

إن سكوت قانون الأسرة عن تحديد هؤلاء الأقربون درجة وترتيبهم يؤدي بنا إلى الرجوع مرة أخرى إلى فقهاء الإسلام، حيث نجد الآراء الفقهية تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكن غالبيتهم –إلا قليلا منهم– اتفقوا على أن الأولوية تكون للأقربين درجة من جهة الأم والأب معا (الشقيقات والأشقاء)، ثم من جهة الأم ثم من جهة الأب، ولما كان النساء فيهن رفق وعاطفة أكثر من الرجال، جعل الشارع لهن حق الحضانة،

---

[1] انظر: موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 426.
[2] انظر: المرجع نفسه، ص 427.
[3] انظر: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 549.
[4] راجع في ذلك: ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 24.

وفقا لترتيب خاص، ثم تنتقل الحضانة للأقربين من الرجال[1] العصبة، ثم غير العصبة، وإذا لم يوجد له هؤلاء الأقارب عين له القاضي أيّ حاضن آخر يكون عدلا أمينا ثقة.

الفرع الأول / القريبات من النساء: لقد اختلف المذاهب الأربعة في ترتيب هذه القريبات، ففي المذهب المالكي فإنه بعد الأم وأمهاتها والخالة وأمّهات الأب [2]، نجد الأخت، ثم العمة ثم عمة الأب، ثم خالة الأب، ثم بنت الأخ، ثم بنت الأخت[3]، 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[4] وفي بعض الروايات عن الإمام أبي حنيفة فإن الخالة أولى بالحضانة من بنت الأخت لأب [5]، وفي مذهب الإمام الشافعي فبعد الأم وأمهاتها ثم أمّ الأب[6] وأمهاتها ثم أم أبي الأب ثم أمّ أبي الجد، فإننا نجد الأخت وهي مُقدّمة من أي جهة كانت على الخالة، ثم بنت الأخ و الأخت، 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 [7]، 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، وإذا اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة، قُدِّم المستحقّ منهم بالقرعة [8].

الفرع الثاني / الأقربون من الرجال العصبة

العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم والعاصب إذا 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[9]، أما عند الحنفية فهم: الأب ثم الجدّ ثم الأخ

---

(1) انظر: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 546.

(2) والمشهور عند المالكية أن تُقدّم أمّ الأب على الأب، غير أنه في بعض الروايات عن الإمام مالك نجد أن الأب أولى من أمّ الأب، إلا إذا كان للأب زوجة أجنبية (انظر : أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، الكافي، المرجع السابق، ص 625).

(3) انظر : أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص84.

(4) انظر : محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 255.

(5) راجع : علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 41.

(6) ويُقدّم الشافعية الأب على أمّ الأب على الصحيح (انظر: 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 (انظر في هذا : موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 422).

(7) انظر : سراج الدين البلقيني الشافعي، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 33 و 34.

(8) راجع في ذلك : موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 420 – 424 و 427.

(9) انظر : أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص84.

الشقيق، ثم الأخ لأب ثم بنوهم، ثم الأعمام ثم بنوهم، وإن اجتمعوا فالأورع ثم الأسن"[1]، ولا تُسند الحضانة لإبن العم إلا إذا كان المحضون ذكرا،أما إذا كانت أنثى فلا تُسلّم إليه لأنه ليس بمحرم منها، ويجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها [2]، و في 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، و جاء في بعض أقوال المذهب أنه لا حقّ لهم في الحضانة باعتبارهم ليسوا من المحارم [3]، أما عند الحنابلة فيُرتّب الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن سفلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة، ثم بنوهم، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم [4].

الفرع الثالث / الأقربون من الرجال غير العصبة: 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 الأتي: الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق فالخال لأم، فإن تساووا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم [5]، أما عند المالكية فإن الخال والجد لأم لا حضانة له [6]، وفي مذهب الإمام الشافعي فإنه إذا لم يوجد الإرث و المحرمية أو لم يوجد الإرث، فالأصحّ عنده أنه لا حضانة مطلقا [7] حيث يرى أن الخال والعم لأم لا حق له في النسب[8]، 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 [9].

الفرع الرابع / الأقربون بتعيين من القاضي : إذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من الفئات التي سبق ذكرها، وذلك لوجود مانع مادي كعدم قدرتهم على التكفل بالطفل المحضون أو لم يكونوا أهلا لذلك، نص المشرع في المادة 64 من القانون الأسرة على أن للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون، ولو كان من الأقارب الذين ليست لهم حق 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

---

(1) انظر : محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 255.
(2) انظر : علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 43 ؛ و انظر أيضا : محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 264.
(3) انظر : سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 34 و 35.
(4) انظر : موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 424.
(5) انظر : محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص 255.
(6) انظر : أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص84.
(7) انظر : سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 35.
(8) انظر : المرجع نفسه، ص 39.
(9) انظر : موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 425.

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 [1].

المبحث الرابع / حق الحاضنة في السكن كآلية لحماية المحضون

يجمع فقهاء الإسلام على وجوب توفير السكن للحاضنة [2]، وبعضهم يرى حقها 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].

وفي هذا الصدد، 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 الرغبة في حماية المحضون من التشرّد بحيث يكون له مأوى يوفر له الجو الملائم والدافئ، إلا أنه لم يفلت هو الآخر من بعض النقائص، نذكر منها ما يلي :

– إن العمل بالتعديل بالصياغة الجديدة على إطلاقها، يعني أن الطليقان يبقيان في نفس السكن إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن، مما يعنى أن بقاءهما في نفس السكن قد يستمر إلى ما بعد انتهاء العدة، الأمر الذي يؤدي حتما إلى مالا تُحمد عقباه، ولذا كان على المشرع أن ينص على ضرورة بقاء الحاضنة في السكن دون طليقها، وتعليق بقاء الحاضنة في مسكن طليقها بعدم وجود مسكن آخر خاص له، وإلا فإننا سنقوم بتشريد الآباء بحجة مصلحة الأبناء المحضونين، وقد ورد في أحد قرارات المحكمة العليا ما يفيد ذلك، بقولها "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت للزوج مسكن آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين... "[5].

– اشترط المشرع في المادة 72 السابقة على أن يكون السكن ملائما للحاضنة، بدلا من أن يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة، أي مراعيا لمصلحة المحضون، فالعبرة بمصلحة المحضون وليس مصلحة الحاضنة ثم أنه لم يوضّح فيما إذا كانت الحاضنة المقصودة هي الأمّ أو غيرها؟ ولو أنّ ظاهر النص يفيد أنها أمّ الطفل.

– كان على المشرع الجزائري أن يوضح صراحة – في صلب المادة 72 السابقة – الحالات التي يسقط فيها حق الحاضنة في السكن، لأن النص الذي كان يقضي بذلك وهو الفقرة 04 من المادة 52 من قانون الأسرة قد تم إلغائها، والتي كانت تنص على سقوط حق الحاضنة في السكن بعد زواجها أو ثبوت الانحراف في سلوكها.

– إن المادة 61 من قانون الأسرة تفيد بأن العدّة هي سبب بقاء المطلقة في مسكن طليقها دون الإشارة إلى مسألة وجود أطفال من عدمه، أي على الزوجة المطلقة أن تخرج من هذا المسكن عند انقضاء عدتها، في حين أن

---

[1] انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/05/17، مجلة المحكمة العليا، ع02، لسنة 2007، ص 437.

[2] انظر: أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص85.

[3] انظر : أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي، المرجع السابق، ص 627 .

[4] انظر : محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، 255.

[5] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 15 جوان1999 ، مجلة قضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص225 .

سبب بقاء المطلقة في المادة 72 من نفس القانون هو حضانة الأولاد، حيث تبقى فيه حتى بعد انتهاء العدة، وهذا يستلزم تعديل المادة 61 السابقة الذكر لتنص على استثناء الحالة التي يكون فيها أطفال.

– أغفلت المادة 72 السابقة النص على حكم الحالة التي يكون فيها للحاضنة سكن تملكه، أو تستأجره، فهل الأب رغم ذلك يلتزم بتوفير المسكن ذاته أم توفير أجرته فقط، أم لا يتوجب عليه لا هذا ولا ذاك ؟ 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 [1].

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، وهو يعتبر من أهم الآليات التي استحدثها المشرع الجزائري لحماية الطفل المحضون، غير أنه يؤخذ عليه في هذا الصدد، أنه لم ينص صراحة على السكن اللازم لممارسة الحضانة أو على الأقل أجرته رغم أن السكن وأجرته من مشتملات النفقة كما تنص عليه المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الخامس / إسقاط حق الحضانة و دوره في حماية الطفل المحضون

حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما نص عليه المشرع و التزم بشروطه، بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني المنصوص عليه في المادة 65 من قانون الأسرة، و إن أخل بأحد الالتزامات المرمية على عاتقه أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها، وفي هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة 67 من قانون الأسرة على أنه : " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62 أعلاه ".

غير أنه بالرجوع للمادة 62 نفسها لاستخلاص هذه الشروط، فلا نجد في الواقع إلا شرطا واحدا وهو أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك، حيث كان على المشرع 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، ومهما يكن من أمر، فإن الحق في الحضانة يسقط في الحالات التالية :

المطلب الأول / فقدان أهلية ممارسة الحضانة

حيث تسقط الحضانة في حال إصابة الحاضن أثناء الحضانة بأمراض عقلية أو جسدية تجعله عاجزا عن ممارسة الحضانة وأداء واجباتها، أو ثبوت عدم أمانته واستقامته، كممارسة أعمال السحر والشعوذة و كل ما له علاقة بالسلوك المشين، وذلك بعد تحقيق قضائي يثبت الواقعة أو إقرار شخصي من الحاضن، غير أنه في كل الأحوال تبقى مصلحة المحضون هي الفيصل في الموضوع، إلى حد جعل المحكمة العليا تقضي في أحد قراراتها

---

[1] انظر : محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 262.

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

[3] راجع : القانون رقم 15-01 مؤرخ في 04 /01/ 2015، يتعلق بإنشاء صندوق النفقة، جريدة رسمية، ع1، لسنة 2015.

بأنه " يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون " [1].

ويرى المالكية أنه إذا كان سقوط الحضانة لعذر كمرض وغيره من الأعذار، ثم انقطع ذلك العذر، فإن الحضانة تعود لها [2]، كما يرى غالبية الفقهاء أنه في حال رِدّة 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 [3]، ويبقى الهدف من كل ذلك حماية الطفل المحضون ومراعاة مصلحته.

المطلب الثاني / الزواج بغير قريب محرم

يذهب عموم الفقه الإسلامي إلى القول بأن زواج المرأة من أجنبي يسقط حقها في الحضانة، إذ أن زواجها بغير قريب محرم بعد استحقاق الحضانة يترتب عليه سقوط للحضانة باختيارها، ذلك سواء دخل بها أم لا[4]، والمشهور عند الإمام مالك أنه لا تعود لها الحضانة حتى ولو زالت هذه الزوجية [5]، وهذا على خلاف الحنفية الذين يرون أن الحضانة تعود بالفُرقة البائنة لزوال المانع[6]، أما الشافعية والحنابلة فيرون عودة الحضانة ولو بالطلاق الرجعي[7]، ويرى بعض المالكية أنه إذا تزوجت الأم فلا ينزع منها ولدها حتى يدخل بها زوجها [8]، أما إذا تزوجت الأم بقريب محرم من الطفل، مثل عمه، فإن حضانتها لا تسقط بحكم أن هذه القرابة للطفل توفر الجو الرحيم و الظروف التي تساعد على رعايته، فيتم التعاون على كفالته [9]، مما يحقق له الحماية اللازمة وتوفر له الاستقرار النفسي والعاطفي، أما الجعفرية فقالوا بسقوط حضانة المرأة بالزواج مُطلقاً، سواء أكان الزوج رحماً أم أجنبياً إذا كان الأب موجوداً [10].

ولقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم..." ويعني هذا أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي وأسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة، بمجرد زواجها – أثناء قيام حق الحضانة – مع شخص ليس ليس بمحرم للمحضون، 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

---

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، ع02، لسنة 2010، ص 263.
(2) انظر : محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 144.
(3) انظر: السيد سابق، المرجع السابق، ص 343.
(4) انظر : محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 266.
(5) انظر : محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 144.
(6) انظر : محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256.
(7) انظر : موفّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 427.
(8) انظر : أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي، المرجع السابق، ص 626.
(9) انظر : السيد سابق، المرجع السابق، ص 344.
(10) انظر : بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 553.

تنص على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، و الأصل في الزواج أنه أمر اختياري وبالتالي فإن الحكم بعودة الحق في الحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري، يعد مخالفا للقانون، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه " لما كان الثابت 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]، ولكنها قضت بحكم معاكس في قرار آخر سابق جاء فيه " لقد طبّق قضاة الموضوع صحيح القانون، عندما قضوا بحق المطعون ضدها في الحضانة، بعدما زال سبب سقوطها الاختياري باعتبار أنها تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، و رفعت دعوى تطالب فيها استعادة حقها في الحضانة... " [2].

المطلب الثالث/ التنازل عن الحضانة و فوات مدة سنة دون المطالبة بالحضانة

يرى غالبية الفقه الإسلامي أنه حمايةً للطفل المحضون، فإنه إذا ثبت بأن الطفل يحتاج إلى أُمّه ولم 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 [3]، ولا يمكن يمكن أن تعود لها الحضانة 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 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، وفي هذا السياق 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..." [6].

ويعتبر من قبيل التنازل أيضا حالة عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة لمدة سنة، فإنه هذا الحق يسقط طبقا للمادة 68 من قانون الأسرة والتي جاء فيها : "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، و لعلنا نلاحظ هنا سوء صياغة هذه المادة، وكان من الأفضل أن تُصاغ على الشكل

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/02/05 (غير منشور).
[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/03/27، مجلة المحكمة العليا، ع03، لسنة 1990، ص 178.
[3] انظر : السيد سابق، المرجع السابق، ص 339.
[4] انظر : محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 144.
[5] انظر : أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي، المرجع السابق، ص 626.
[6] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/12/19، المجلة القضائية، عدد 04، لسنة 1990، ص 70.

التالي : "يسقط الحق في الحضانة، إذا لم يطلبها من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر " وذلك حتى يكون المعنى واضح لا لبس فيه.

المطلب الرابع / مُساكنة الجدة أو الخالة الحاضنة بمحضونها مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم

نصت على هذه الحالة المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ".

وعليه، فإن إسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين بمقتضى النص السالف ينبغي أن تتوفر فيه عدة شروط وهي أن تكون الحاضنة جدّة الطفل من الأمّ أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة، مع أم المحضون المتزوجة، وأن تكون الأم متزوجة مع غير قريب محرم، أي مع أجنبي على الطفل، 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 وقد أخذ المشرع هذا الحكم من المذهب المالكي، وتطبيقا لهذا النص جاء في احد قرارات المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم 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 تسبيباً كافياً... "[1].

خاتمة

رغم الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري فيما يتعلق بعديد من نصوص قانون الأسرة و التي منها ما يتعلق بالحضانة، و هدفه في هذا حماية الأطفال المحضونين من الضياع و التشرد بعد فك الرابطة الزوجية بين الأبوين، إلا أنه بالرغم من ذلك، تبقى هذه الحماية غير كافية و لهذا تبدو مطالبة المشرع بالتدخل مرة ثانية عن طريق إجراء تعديل آخر للنصوص المتعلقة بالأبناء، أكثر من ضرورة خاصة بالنظر للنقائص العديدة التي سبق وتطرقنا إليها من خلال مداخلتنا هذه.

و من أهم النتائج المستخلصة من هذه الدراسة نجد :

– إنّ الحضانة موضوع يشمل حماية حق الطفل المحضون و حق الحاضنة و حق الأب، مما يجب التوفيق بين هذه الحقوق إلى أبعد حد ممكن، أما إذا تعارضت فحقّ الطفل المحضون هو الأوْلى، وهو ما جاءت به أقوال فقهاء الإسلام، وأكّده المشرع الجزائري.

– حاول المشرّع حماية مصلحة الطفل المحضون، من خلال تحديد حالات سقوطها، كحالة فقدان أحد شروط إسنادها، أو زواج الحاضنة بأجنبي أو تنازل الحاضنة عن الحضانة، إلا إذا كان هذا السقوط يضر بمصلحة المحضون، ولكنه لم يُفصّل في شروط إسنادها مكتفيا بعبارة " أن يكون أهلا للقيام بذلك "، على عكس المذاهب الفقهية التي فصّلت في هذه الشروط، باعتبارها كأداة لحماية الطفل المحضون.

– تبدو حماية الطفل المحضون كذلك، عند ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، حيث جعل المشرع الأم أولى بالحضانة وذلك لمعرفتها بأصول التربية، وبعدها أسندها للأب ثم الجدات والخالات والعمات، ولكنّه في

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

الأخير ربط هذا الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون.

– إن تحديد المشرّع الجزائري لسن 10 سنوات لانتهاء حضانة الذكر، لا يخدم إطلاقا مصلحة الطفل المحضون رغم أنّ المذهب المالكي يحدد انتهاء حضانة الذكر بالبلوغ، وإذا كان المشرّع الجزائري أجاز تمديد هذا السن إلى 16 سنة، إلّا أنه أجاز ذلك بالنسبة للأم فقط دون غيرها.

– يمكن إسناد الحضانة للمرأة العاملة، مع مراعاة مصلحة الطفل المحضون.

– يعتبر السكن من أهم آليات حماية الطفل المحضون وهذا ما رأيناه في مذاهب الفقه الإسلامي، وفي نصوص قانونية، كقانون الأسرة الجزائري، و القانون رقم 15-01 السابق الذكر، غير أن هذه النصوص ما تزال تتسم بالنقص والقصور كما رأينا في هذه المداخلة.

– إن أحكام الحضانة متجددة في كل زمان، لا تقبل الجمود و لا الوقوف عند حدود المذهب ؛ ولذا وجب دائما مراعاة مصلحة المحضون في حالة، و بالتالي تجديد النظر كل فترة وأخرى في مواد قانون الأسرة.

أما عن أهم التوصيات التي نُقدّمها، فتتمثل فيما يلي :

– 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 لتحقيق الحماية المنشودة للطفل المحضون، وإعطائها الاهتمام اللازم بما يحقق مصلحة المحضون على ضوء مستجدات العصر.

– وضع آليات لرقابة مدى التزام الحاضن بمضمون و أهداف الحضانة حتى لا تكون مجرد حبر على ورق.

– ضرورة تدارك النقائص التي تشوب النصوص القانونية حتى يتم تحقيق الحماية الأمثل للطفل المحضون، خاصة في مجال السكن المخصص لممارسة الحضانة.

–وضع حلول كفيلة للمشاكل المتعلقة بحضانة الأطفال في حالة الزواج المختلط، من خلال وضع نصوص قانونية تتعلق بهذه الحالة ضمن قانون الأسرة.

– النص على ضرورة الاستعانة بخبراء ومساعدين نفسانيين و اجتماعيين من طرف القضاة، قبل الفصل في مسائل حضانة الأطفال.