الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

حماية مصلحة المحضون بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن

– دراسة شرعية قانونية –

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص الشريعة والقانون

من إعداد الطالبة:

مكشتي شيماء

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

حباس عبد القادر

لجنة المناقشة :

الإسم واللقب	الرتبة	الصفة
حاج امحمد قاسم	أستاذ	رئيسا
حباس عبد القادر	أستاذ	مشرفا ومقررا
شباب عادل	أستاذ محاضر أ	مشرفا مساعدا
داودي مخلوف	أستاذ	ممتحنا

الموسم الجامعي : 2024 – 2025 م / 1446 هـ

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

العلوم الإسلامية
كلية العلوم الاجتماعية و الإنسانية

حماية مصلحة المحضون بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن

– دراسة شرعية قانونية –

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص الشريعة والقانون

من إعداد الطالبة:

مكيشتي شيماء

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

حباس عبد القادر

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
حاج المُحَمَّد قاسم	أستاذ	رئيسا
حباس عبد القادر	أستاذ	مشرفا ومقررا
شباب عادل	أستاذ محاضر أ	مشرفا مساعدا
داودي مخلوف	أستاذ	ممتحنا

الموسم الجامعي : 2024 – 2025 م / 1446 هـ

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: .....

تصريح شرفي للطالب

(يلتزم فيه بالقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها وفقا للقرار رقم: 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016)

أنا الممضي أسفله:

1) اسم ولقب الطالب (01) : مكشي شيماء

رقم التسجيل: 20203908101

التخصص: شريعة وقانون

2) اسم ولقب الطالب (02): .....

رقم التسجيل: .....

التخصص: .....

المكلفان بإنجاز مذكرة التخرج لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر والموسومة بـ:

حماية مصلحة الجماعة بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن

دراسة شرعية قانونية

أصرح بشرفي أني قمت بإنجاز مذكرة نهاية الدراسة المذكور عنوانها أعلاه بجهدي الشخصي، ووفقا للمنهجية المتعارف عليها في البحث العلمي(دليل إعداد مذكرات التخرج)، وبذلك أتحمل المسؤولية الكاملة عن أي مخالفة لقواعد الأمانة العلمية وما يترتب عن ذلك من متابعة بما فيها الإجراءات الإدارية حسب المقررات الوزارية المعمول بها.

التوقيع: الطالب الأول: ..... الطالب الثاني: .....

نظر عن التصديق على الإمضاءات
السيد: .....
وقع: .....
متليلي في: 28 ماي 2025
عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
أعضاء العون المفوض
بن بادة ابراهيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: 31 ماي 2025

إذن بالطبع [مذكرة ماستر]

أنا الممضي أسفله الأستاذ(ة): حباس عبد العاسر

المشرف على المذكرة الموسومة بـ:
حماية مصلحة الجنين في سلطة القاضي وتدخل العاقد
دراسة شرعية قانونية

من إعداد الطلبة:1- هاشي شيماء

2-

تخصص: الشريعة والقانون

أقرّ بأن الطلبة أنجزوا عملهم وفق ما قُدم لهم من نصائح وتوجيهات، واتبعوا فيها ضوابط ودليل إعداد مذكرة التخرج، وقد أصبحت جاهزة للطبع، وقابلة للمناقشة.

إمضاء المشرف:

ملاحظة: تسلم الاستمارة مع المذكرة لأمانة القسم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: 2025/06/29

إذن بالتجليد والإيداع [مذكرة ماستر]

أنا الممضي أسفله الأستاذ(ة): حاج احمد قاسم

رئيس اللجنة المناقشة للمذكرة الموسومة بـ: حماية مصلحة المحجور بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن دراسة شرعية قانونية

من إعداد الطلب(ة):1- مكشي نسيمة

2-

وإشراف: حاسين عبد القادر

تخصص: الشريعة والقانون

أقرّ بأن الطلبة أنجزوا عملهم وفق ما قُدم لهم من ملاحظات وتعديلات في لجنة المناقشة، ويمكنهم تجليد المذكرة وإيداعها عند إدارة القسم قصد إتمام الإجراءات الإدارية اللازمة.

إمضاء المشرف:

إمضاء رئيس لجنة المناقشة

ملاحظة: تسلم الاستمارة مع المذكرة المجلّدة لأمانة القسم

الإهداء

أهدي تخرجي....

أهديك يا أبتي هـــذا النجاح وأقول لك نم في قبرك وارتاح

ابنتـك ما فرطـت لدقيقـة في وصيتك لحظة وهذه الحقيقة

رحمـــك الله يا من كان محبا لـطلب العلـم جادا حـريـصا

أمي حـبيبة القـلب والـــروح حفظكي الله لي ورعاكي

نجاحي هذا هو ثمرة صبـــرك وجزاء عطاؤك الدائم وحـــبك

إلى سعاد سندي وأمي الثانية إلـى إخـوتي وكـل أحـبتي

إلى جدي الغالي " الحاج لخضر محمد أولاد العيد" أدامك الله تاجا فوق رؤسنا

إلى عائلتي صغيرها وكبيرها وأخوالي وأخص بالذكر منهم البار بوالده خالي ميلود

إلى صديقاتي وبالأخص من ساندنني زينب وحليمة و روميصة و كريمة

وأهدي هذا العمل إلى "**أطفال جزائسطين**"، وأسأل المولى عز وجل أن ينصر إخواننا في غزة نصرا عزيزا وأن يثبتهم على طريق الحق والصواب ، وأسألك يا الله أن تحفظنا وتحفظ بلادنا وبلاد المسلمين وأن تجمع شملنا وتوحدنا لنصرة دينك وإعلاء كلمة الحق يا ذا الجلال والاكرام، سبحانك اللهم وبحمدك نشهد أن لا إله إلا أنت نستغفرك ونتوب إليك

الشكر

أبدأ بحمد الله وشكره، حمدا وشكرا يليقان بجلاله وعظيم إحسانه، فهو الموفق بمنه وكرمه وعطائه

وبعد: أوجه شكري إلى **أساتذتي في العلوم الشرعية**، بالأخص من تتلمذت على أيديهم " **أساتذة الشريعة والقانون** "، وأسأل الله العلي القدير أن يجزيهم عن كل حرف تعلمته منهم خير الجزاء، وأن يبارك في علمهم وعملهم.

وإلى أستاذي الفاضل " **الدكتور حباس عبد القادر**"، على حسن الإشراف والتنبيه وعظيم الصبر والتوجيه.

وبشكر خاص إلى مرافق الطلبة الدكتور الفاضل" **عادل شباب** " على مساعدته وتشجعيه فقد كانت كلماته هي أحد دوافع نجاحي وتفوقي منذ اختياري لتخصص الشريعة والقانون.

وإلى أعضاء لجنة المناقشة الأستاذين الكريمين الدكتور "**داودي مخلوف**" مناقشا، والدكتور " **قاسم بن عمر حاج امحمد** "رئيسا للجنة ، بارك الله فيهما وفي علمهما .

كما أشكر كل من الأستاذ الدكتور" **أولاد سعيد أحمد**" والدكتور" **الصادق ياسين**"، اللذان لقيت منهما الدعم والنصح والتشجيع على الجد والاجتهاد والمثابرة.

كما أتوجه بالشكر إلى "**وكيل الجمهورية لمحكمة متليلي**" على حسن الاستضافة والإفادة ،وإلى "**كاتبة العدل زوجة أخي نصيرة** "، التي لطالما رافقتني في اعداد مذكرتي وقدمت لي يد العون فيها ، جزاكِ الله عني خير الجزاء، ودمتي لي نعم السند.

وإلى "**عمال مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية** " و "**عمال مكتبة كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية** " و"**عامل المكتبة المركزية لجامعة غرداية** "، وشكر خاص أيضا إلى "**عمال مكتبة جامعة نايف للعلوم الأمنية**" بالمملكة العربية السعودية، وإلى "**عامل مكتبة محكمة متليلي**" وإلى "**عمال المكتبة الولائية ومكتبة المطالعة العمومية لبلدية متليلي**" لكم مني جزيل الشكر على حسن الاستقبال و الخدمة.

إلى كل من دعمني وساعدني من قريب أو بعيد ولو بالكلمة الطيبة

الملخص:

تبحث هذه الدراسة في موضوع ذو أهمية بالغة في ظل تزايد الانتهاكات التي تستدعي تدخلا قضائيا فعالا، ألا وهو بيان سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون من تعسف الحاضن؛ ومنه حاولت علاج إشكالية مفادها: ما مدى سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون وتعسف الحاضن؟

وللإجابة عن هذا الإشكال اعتمدت على كل من المنهج الاستقرائي الاستنباطي والمنهجين التحليلي والمقارن بحكم أن الدراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، كما قسمت الدراسة إلى فصل تمهيدي للتعريف بالمفاهيم الأساسية للدراسة، وفصلين آخرين تناولت فيها مضمون الدراسة، أما الفصل الأول فقد تطرقت فيه إلى معايير اسناد الحضانة وأهم صور مراعاة مصلحة المحضون ، أما الفصل الثاني فيتضمن الحديث عن أبرز صور تعسف الحاضن ودور كل من التشريع والقضاء في الحد منها .

وخلصت الدراسة إلى عدّة نتائج مفادها أن كلا من الشريعة والقانون أقرا عقابا وجزاءً للمتعسف في حقوق المحضون، كما منح القاضي الحق في اسقاط الحضانة واتخاد الإجراءات التي تساهم في حماية مصلحة المحضون من أي ضرر يعترضه.

الكلمات المفتاحية: الحضانة _ مصلحة المحضون _ سلطة القاضي التقديرية_ تعسف الحاضن

Abstract :

This study examines a topic of great importance in light of he increasing violations that necessitate effective judicial intervention, namely, clarifying the judge's authority in protecting the interest of the custodial child from the custodian's abuse. Accordingly, it addresses the central question: To what extent does the judge have the authority to protect the interest of the custodial child and prevent the custodian's abuse ?

To answer this question, the study adopts both inductive-deductive and analytical-comparative methodologies, given that it compares Islamic jurisprudence (Sharia) and civil law. The study is divided into an introductory chapter defining key concepts, followed by two main chapters addressing its core subject. The first chapter discusses the criteria for awarding custody and key aspects of safeguarding the child's best interest, while the second chapter highlights forms of custodian abuse and the role of legislation and judiciary in mitigating them .

The study concludes with several findings, notably that both Sharia and civil law impose penalties and consequences for violating the rights of the custodial child. Additionally, the judge is granted the authority to revoke custody and take measures that contribute to protecting the child's interest from any harm.

Keywords: Custody _ Best interest of the child _ Judicial discretion _ Custodian abuse

قائمة الاختصارات

- **اختصارات التهميش:**

الاختصار	الأصل	الاختصار	الأصل
إ	إشراف	دتط	دون تاريخ الطبع
إص	إصدار	در	دراسة
تح	تحقيق	دط	دون طبع
تخ	تخريج	دمط	دون مكان الطبع
تص	تصحيح	دن	دون ناشر
تع	تعليق	ص	الصفحة
تق	تقديم	ط	الطبعة
تنق	تنقيح	مر	مراجعة
ج	الجزء	/	/

- **اختصارات القوانين:**

الاختصار	الأصل
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
ق إ م إ ج	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
ق ع ج	قانون العقوبات الجزائري
ج ر	الجريدة الرسمية

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله الذي خلق الكون بقدرته، وأجرى الأمور بحكمته، وخلق الملائكة لخدمته، وقهر الخلق بعزته، واختار محمد من صفوته، وهدانا به إلى هديه وسنته، وجعلنا من قومه وأمته، وشرف المسلمين ببعثته، وهدى به إلى جنته، ودل به على شرعته، صلى الله وسلم عليه وعلى آله ومن سار على دربه إلى يوم الدين، أما بعد:

إن الشريعة الإسلامية تهدف دوما للحفاظ على استمرارية الأسرة التي تكونت بعقد نكاح يقوم على السكن والمودة، وعلى قواعد صحيحة راسخة من التقدير والمحبة والانسجام بين الزوجين لتحقق ثمارها المرجوة من نسل يحظى بعناية الأبوة وترعاه عاطفة الأمومة، قال تعالى: ﴿**وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[سورة الروم: الآية20]

إلا أنه قد يطرأ على الحياة الأسرية ما يكدر صفوها ويمنع استمرارها وانسجامها بسبب المشاكل والنزاعات واختلاف تفكير الناس وطباعهم، فقد ورد عن نبينا الكريم أنه قال: «**الأَرْوَاحُ جُنُودٌ مُجَنَّدَةٌ، فَمَا تَعَارَفَ مِنْهَا ائْتَلَفَ، وَمَا تَنَاكَرَ مِنْهَا اخْتَلَفَ**» رواه مسلم، ومن رحمة الله بعباده أن شرع لهم طريق الفراق مخرجا من هذه العلاقة عند تعذر العيش المشترك للزوجين.

ولكون الزواج رابطة فإنّ فكها يخلف آثارا تمس بجميع أفراد الأسرة بالأخص إذا نتج عن هذا الزواج أطفال حيث تثار مسألة حضانتهم، ونظرا لأهمية هذه المسألة فقد أولتها الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية اهتماما بالغا، حيث وضعت الكثير من الأحكام والضوابط التي تساهم في حماية الطرف الضعيف الناتج عن تلك العلاقة والذي بات ضحية فكها.

ومما يؤكد هذا أنها جعلت من مصلحة المحضون الأساس الذي يحتكم إليه في جميع مسائل الحضانة، ولكون المصلحة أمر اجتهادي فقد أوكلت للقاضي مهمة رعايتها، إذ يقع على عاتقه تحري مصلحة المحضون بدءً باختيار الحاضن الأفضل، وتستمر مهمته في ضمان حماية المحضون من أي اعتداء أو أضرار قد تعترضه.

ثم إن القاضي عند انتقاء الشخص الحاضن يراعي مدى صلاحيته لحفظ المحضون ورعايته، إلا أن هذا الحاضن قد لا يخدم مصلحة المحضون بأن يتعدى على حقوقه بل وقد يعرض حياته للخطر مما يستوجب

تدخلا للقضاء، ومن هنا كان موضوع بحثي موسوما بـ: "**حماية مصلحة المحضون بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن -دراسة شرعية قانونية**"

أسباب اختيار الموضوع: ما دفعني إلى اختيار الموضوع أسباب ذاتية شخصية وأخرى موضوعية، أذكر منها:

الأسباب الشخصية:

- ميولي إلى قضايا الأحوال الشخصية.

- الرغبة الشديدة في معالجة موضوع الحضانة نظرا لتعلقه بأقرب الأشخاص إلي، والتي بقيت قصة حياتهم راسخة في أذهاني وتركت تأثيرا كبيرا على قلبي.

- النقص العاطفي للطفل بحيث يكون بحاجة للعطف والحنان بالأخص حال الطلاق، حيث ينشأ الطفل بشخصية مهزوزة في المجتمع.

- كره الأطفال لأحد والديه لدرجة أن يكون والداه على قيد الحياة إلا أن أحدها ميت في نظره، إن لم يكن كلاهما.

- الرغبة في بيان أن الأسرة تحمل رابطتين، إحداهما تربط الزوجين والأخرى تربط الأولاد بوالديهم، فالطلاق إنما يقتصر على فك للرابطة الأولى مع دوام وثبات التمسك بالرابطة الثانية.

الأسباب الموضوعية:

- الحاجة إلى تكثيف الدراسات في مسائل الطلاق والحضانة لتثقيف الناس فللطلاق آداب وثقافة، وهذا نظرا لكثرة الطلاق والذي خلف الكثير من الأطفال الذي هم بحاجة إلى رعاية، مع انتشار الإهمال ونقص المسؤولية من طرف الوالدين ورغبة الكثير من الأزواج في الانتقام من الطرف الآخر والذي غالبا ما يكون الأطفال ضحيتها.

- نقص الدراسات في موضوع التعسف في استعمال حق الحضانة بالأخص التعسف الصادر من الحاضن حيث تركز أغلب الدراسات الأخرى على التعسف الولي أو أقرباء المحضون بصفة أدق.

- محاولة الربط بين موضوع مصلحة المحضون وموضوع التعسف في استعمال حق الحضانة.

أهمية البحث:

– من الناحية العلمية: يكتسي بحثي أهمية بالغة، فهو في محاولة لإثراء الدراسات و البحوث الأكاديمية التي تتعلق بمصلحة المحضون بالأخص عندما تكون في مواجهة تعسف الحاضن.

– من الناحية العملية: توعية الناس بمدى ضرورة رعاية المحضون، وبيان أن أغلب مسائل الحضانة تكون وفق ما يراه القاضي الأصلح للمحضون ولو أدى إلى عدم التقيد بما ورد في أحكامها من تنظيمات، لكون أغلب مسائل الحضانة اجتهادية والإلزام فيها هو مراعاة مصلحة المحضون.

إشكالية البحث:

رفع رجل أمام القضاء دعوى حضانة لابنه، وادعى أن طليقته تسيء للمحضون ولا تخدم مصالحه، بل وقدم ما يثبت صحة قوله، من هنا يتضح الإشكال الآتي :

ما مدى سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون من تعسف الحاضن ؟

وتنبثق عنها عدة أسئلة فرعية نوردها كالآتي:

- ما مفهوم مصلحة المحضون؟
- ماهي معايير التي ستند إليها القاضي في تقدير مصلحة المحضون؟
- ما هي الصور العملية لسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون ؟
- ما هي صور اتعسف الحاضن في حقوق المحضون
- ماهي الضمانات الشرعية والقانونية لحماية المحضون من تعسف حاضن ؟

الأهداف:

الهدف الرئيسي: يهدف بحثي إلى بيان سمو الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لمعالجة جميع قضايا الأسرة وثرائها وتفوقها على القوانين الوضعية وبيان أن أغلب قوانين الدول العربية استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية.

الأهداف الفرعية:

- التعرف على مفهوم مصلحة المحضون

- بيان المعايير التي يسند إليها القاضي في تقرير مصلحة المحضون

- توضيح أهم صور مراعاة القاضي لمصلحة المحضون.

- إيراد أبرز صور تعسف الحاضن في حقوق المحضون.

- تبيان دور القاضي في حماية مصلحة المحضون من تعسف الحاضن .

منهج البحث: اعتمدت في دراستي على المناهج الآتية:

. المنهج الاستقرائي الاستنباطي: اعتمدته لتتبع وجمع المعلومات وإعادة صياغتها وقف ما يتناسب مع مضمون البحث واستنباط أخرى من المراجع بالأخص فيما يتعلق ببعض التعريفات والاستدلال من القانون.

. المنهج التحليلي: كون البحث غني بالنصوص الشرعية والقانونية ويتضمن آراء الفقهاء وبعض القرارات القضائية كان لا بد من الاستعانة به.

. المنهج المقارن: استعنت به لكون الدراسة تستدعي المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المنهجية: اتبعت في بحثي المنهجية الآتية:

- لم أتطرق إلى تعريف الأعلام.

-عزوت الآيات القرآنية إلى سورها مع بيان أرقامها بالاعتماد على المصحف العثماني برواية ورش عن نافع.

-تخريج الأحاديث من مصادرها، وبيان درجته إن لم تكن في الصحيحين.

-عرض المراجع في الهامش وفق ما هو مطلوب في دليل إعداد مذكرات التخرج.

- في تهميش القوانين اكتفيت بذكر معلومات التهميش عند أول استخدام واكتفيت بعدها بذكر المواد في المتن على الأغلب.

-ذيلت البحث بفهارس عامة مع إرفاق بعض الملاحق.

حدود الدراسة:

لم أتقيّد في دراستي القانونية على القانون الجزائري فقط، وإنما استعنت بقوانين متنوعة لدول مختلفة كالقانون المغربي، التونسي، الكويتي والقطري.....إلخ

كما أنني حاولت أن أبيّن آراء المذاهب الفقهية الأربعة (المالكية –الحنفية-الحنابلة-الشافعية) في أغلب المسائل، ولم تكن دراستي مقتصرة على المذهب المالكي.

خطة البحث

قسمت بحثي إلى فصل تمهيدي وفصلين آخرين وكل فصل إلى مبحثين، تطرقت فيهما إلى أهم محتويات الموضوع بحيث:

قسمت الفصل التمهيدي إلى مبحثين وكل مبحث إلى ثلاث مطالب، أما الأول فكان للتعرف على مفهوم الحضانة ابتداء بالتعريف ثم بيان مشروعيتها وأهم خصائصها، وأما الثاني فكان حول مفهوم مصلحة المحضون حيث تطرقت لبيان مفهومها باعتبار ألفاظها ومن ثم مفهومها باعتبارها اسما مركبا وختمت المبحث بإيراد أهم خصائصها.

وأما الفصل الأول فكان حول سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون وقسمت هذا الفصل هو الآخر إلى مبحثين، أما المبحث الأول فكان لبيان أهم المعاير التي يستند إليها القاضي في تقرير مصلحة المحضون ويتضمن مطلبين أما الأول فكان حول المعايير الموضوعية والثاني حول المعايير الإجرائية. ولتتضح سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون كان لا بد من بيان صورها، لذا كان هذا هو عنوان المبحث الثاني وتطرقت فيه لبيان سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وعند تمديدها وعند إسقاطها وكل في مطلب على حدة.

وأما الفصل الثاني وهو الأهم فكان بعنوان حق المحضون بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن وقمت بتقسيم هذا الفصل إل مبحثين أيضا بحيث: تطرقت في المبحث الأول إلى بيان بعض صور تعسف الحاضن في حقوق المحضون والجزاء الشرعي والقانوني المترتب على كل تعسف فكان المطلب الأول حول التعسف في تأديب المحضون والثاني في النفقة والثالث في التعسف الواقع على حق الزيارة، وختمت الفصل ببعض

التطبيقات القضائية في جملة من القرارات الصادرة في صور التعسف وكل منها في مطلب مثلما كان في الصور.

الدراسات السابقة:

من أهم الدراسات التي لمست فيها الاتقان والدقة في العرض:

- **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، لحميدو زكية، رسالة دكتوراه ، جامعة أبو بكر. تلمسان، 2004-2005**: يتميز بالإتقان والإحكام في عرض المعلومات بحيث شمل أغلب جوانب الموضوع بالإضافة إلى أنه بحث مقارن ما سهل علي عملية البحث ، إلا أن هذا البحث يقتصر على الجزء الأول من بحثي ،كما غفلت الباحثة عن بعض جوانب التي يتضمنها البحث من ذلك المعايير الإجرائية في مراعاة مصلحة المحضون حيث اقتصرت على معيار الاستماع دون التطرق لغيره من المعايير، كما اقترحت أن يضاف معيار الأمن والاستقرار والذي أرى أنه يدخل ضمن المعيار المعنوي ولا حاجة لفصله.

ويمتاز بحثي بكونه يوضح أهم صور السلطة القضائية في حماية مصلحة المحضون ويبرز مختلف المعايير والضوابط الواجب على القاضي الاستناد إليها في تقدير مصلحة المحضون.

- **التعسف في استعمال حق الحضانة، لمروة خضر عياد، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، 1437هـ . 2015م**: بحث قيم وممتاز وضحت الباحثة من خلاله أهم صور التعسف إلا أنه لا يقتصر على صور التعسف من طرف الحاضن، كما لم توضح من خلاله الجزاء المترتب على كل تعسف، وسلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون من تعسف الحاضن.

ويمتاز بحثي، بكونه يتناول الحديث عن صور التعسف الصادرة من الحاضن والأكثر شيوعا، ويوضح الجزاء المترتب عنها في الشريعة والقانون، وسلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون منها، كما أنه مدعم بالتطبيقات القضائية.

صعوبات البحث:

- قلة المصادر التي تناولت موضوع التعسف في استعمال حق الحضانة بالأخص التعسف الصادر من الحاضن، إلا أنني حاولت التغلب على ذلك من خلال والاستعانة بمختلف وسائل البحث بما في ذلك الاستعانة بالدراسات السابقة وإجراء مقابلات.

– ضيق الوقت مما يؤثر سلبا على جودة البحث، إلا أنني حاولت التغلب على هذا الأمر من خلال تكثيف ساعات البحث، والاستعانة بالبرامج التي تسهل عملية البحث على الطالب.

– اختلاف الآراء في كثير من أحكام الحضانة وذلك يرجع لكون أغلب أحكامها اجتهادية، إلا أنني عملت جاهدة لتجاوز هذه المشكلة.

_صعوبة التأصيل للاختلافات الفقهية من كتب المذهب، نظرا لعدم ذكر بعض الكتب المعاصرة للمصادر التي استمدت منها المعلومات، واختلاف الطبعات في الكتب التي ذكرتها، إلا أنني حاولت على قدر استطاعتي التأصيل لأغلب الآراء الفقهية.

الفصل التمهيدي

الإطار المفاهيمي لمصلحة المحضون

تمهيد:

تعتبر الحضانة من أهم الآثار الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية نظرا لتعلقها بمصير الطفل القاصر الذي هو بحاجة إلى الرعاية والعناية ممن هو أقدر على الاهتمام به.

ولذلك نجد أن الشريعة الإسلامية حرصت على أن تكون مصلحة المحضون هي القاعدة الأساسية التي تحكم مسائل الحضانة والرعاية بالأطفال وكذا القوانين الوضعية، فالحضانة ليست سوى وسيلة لتلبية احتياجات الطفل ويتم اتخاذ القرارات فيها بناء على مصلحته بما يضمن له الرعاية والتربية في بيئة ملائمة ومستقرة، ومن خلال هذا الفصل سنتطرق إلى بيان مفهوم كل من الحضانة ومصلحة المحضون في مبحثين أساسيين هما:

- المبحث الأول: مفهوم الحضانة
- المبحث الثاني: مفهوم مصلحة المحضون

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

قبل الدخول في صلب الموضوع لا بد من الوقوف على المفاهيم الأساسية التي يرتكز عليها موضوع بحثنا، لذا ومن خلال هذا المبحث سنتعرف على مفهوم الحضانة وذلك بضبط تعريفها والعرض لمشروعيتها في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بالإضافة إلى تحديد خصائصها.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

في هذا المطلب سنحاول ضبط مفهوم الحضانة بدء بتعريفها في اللغة (الفرع الأول) ومن ثم في الاصطلاح الشرعي والقانوني(الفرع الثاني)

الفرع الأول: الحضانة لغة

الحضانة مصدر: "حَضَنَ، يَحْضُنُ، حَضْنًا وحَضَانَةً، فهو حَاضِن، والمفعول مَحْضُون"[1]،"والحِضْنُ هو ما دون الإبِطِ إلى الكَشَحِ، وقيل هو الصَّدرُ والعَضُدَان، والحَضَانَةُ مصدر الحَاضِنِ والحَاضِنَة وهما الموكَلاَن بالصَّبي يحفَظَانه ويُربيَانه"[2]،وهي ترد على عدة معان منها :

1. التربية: "يقال حَضَنَ فلاناً: أي جَعَلَه في نَاحِيَتِهِ وجَنبِه وأَحَاطَ بِرِعَايته وحِمَايَتِه وربّاه، ويقال حَضَنَ اليتِيمَ أي رَعَاه وربّاه وكَفَله".[3]

2. الولاية: جاء في معجم اللغة العربية المعاصر أن الحضانة بمعنى "الوِلاَيَةُ عَلَى الطِفْلِ لِتَربِيَتِهِ وَتَدْبِيرِ شُؤُونِه".[4]

3. الضم: قال الجوهري:" حَضَنَ الطَّائِرُ بَيْضه أي ضمه إلى نفسه تحت جناحه"[5]، ويقال :"حَضَنَتْ طِفْلَهَا أي ضَمَّتهُ إِلَى صَدرِهَا وَعَانَقَتْهُ"[6].

4. الحفظ: قال ابن فارس :" الحَاء والضَّاد والنُونُ أصل واحد يقاس وهو حِفظُ الشَّيءِ وَصِيَانَتِهِ".[7]

5. المنع والتنحية عن الشيء والاستفراد به: "يقال حَضَنْتُ الرجلَ عن هذا الأمر حَضْنًا وحَضَانَةً إذا نَحَّيْتَه عنه واسْتَبْدَدْتَ به وانفَرَدتَ به دونَهُ كأنه جَعَلَه في حِضْنٍ منه أي جَانِب".[8]

ونخلص إلى أن الحضانة لغة تأتي بمعنى الحفظ والتربية والرعاية.

الفرع الثاني: الحضانة اصطلاحا

---

[1] أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة** ، عالم الكتب، ط1،القاهرة، 1429هـ . 2008م، ج1, ص515

[2] ابن منظور ،محمد بن مكرم بن علي ، **لسان العرب**، دار صادر، ط3، بيروت، 1414هـ، ج13, ص122, 123

[3] أحمد مختار عمر، المرجع والموضع نفسه

[4] المرجع والموضع نفسه

[5] ابن منظور ، المرجع نفسه، ،ج 13، ص123

[6] أحمد مختار عمر، المرجع نفسه،ج 13، ص123

[7] ابن فارس، أبو الحسين أحمد، **مقاييس اللغة**، تح و ضبط عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دط، دمط، 1399هـ . 1979م، ج2، ص73

[8] ابن منظور، مرجع سابق، ج13، ص123

تعددت تعريفات الحضانة وتباينت عباراتها إلا أنها تدور في فلك واحد وهو حفظ الولد ورعايته وحمايته وتربيته. ومن خلال هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات الوضعية.

أولا : الحضانة في الفقه الإسلامي

1. الحنفية: "هي تربية الولد لمن له حق الحضانة".[1]

2. المالكية: "الحضانة هي حفظ الولد في مبيته ومؤنه طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[2].

3. الشافعية: "حفظ من لا يستقل بأموره ككبير مجنون وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره".[3]

4. الحنابلة: "هي حفظ صغير ومعتوه ومجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم".[4]

من خلال ما سبق يتضح أن كل التعريفات الفقهية اتفقت في كون الحضانة يقصد بها حفظ المحضون ورعايته وحمايته وهي ما يوافق تعريفها اللغوي، إلا أنها تنقسم إلى اتجاهين[5]باعتبار المخصوص بالرعاية حيث أن:

الاتجاه الأول: "قصر الحضانة على الصغير فقط " دون المعتوه والمجنون والكبير وهو رأي **الحنفية والمالكية.**

الاتجاه الثاني: "توسع في الإطلاق" ليشمل كل من يحتاج إلى الرعاية ولا يستقل بخدمة نفسه فيدخل في ذلك المعتوه والكبير والمجنون وغيرهم، **وهو رأي الشافعية والحنابلة.**

---

[1] ابن عابدين، محمد أمين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار**، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي وأولاد، ط2، مصر، 1386هـ . 1966م، ج3 ص 555

[2] ابن عرفة، محمد بن محمد، **المختصر الفقهي لابن عرفة**، تص وتنق وتع (هوامش)حافظ عبد الرحمان محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط1، دمط،1435هـ . 2014م، ج5، ص49

[3] الرملي، شمس الدين محمد أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت . لبنان ،1423هـ . 2003م، ج 7، ص 225

[4] البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، عالم الكتب، دط، بيروت،1403هـ . 1983م، ج5، ص495

[5] ينظر: عياض بن نامي السلمي، الحضانة تعريفها ومقاصدها، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ص 5

ولعل الراجح في هذا ما ذهب إليه الدكتور عبد الكريم زيدان في قصرها على الصبي دون غيره ذلك أن المتبادر إلى الذهن أن الحضانة تكون في الصغير فقط وهو موضوع دراستنا هذه[1].

ثانيا : الحضانة في القوانين الوضعية

1. القانون الجزائري: عرفها المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة بأنها:" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[2] ".

ويستخلص من هذا التعريف أهدافا للحضانة وهي:

- **تعليم المحضون:** "ويقصد به التعليم الرسمي والتمدرس الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا".[3]
- **تربية المحضون على دين أبيه** : ويقصد بها تنشئة الطفل على معالم الدين الإسلامي حيث حرص المشرع الجزائري على جعله شرطا لإسناد الحضانة فتسقط باختلاله وفقا لأحكام المادة 67، وما يؤكد حصانة هذا الشرط في إسناد الحضانة الإعلان التفسيري للمادة 14 الفقرة الأولى والثانية من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 الصادر عن الدولة الجزائرية والتي أكدت من خلاله أن احترام حق الطفل في اختيار الدين ليس مطلقا وإنما هو مقيد بالمقومات الأساسية للنظام القانوني الجزائري المتمثل في أن الإسلام دين الدولة حسب الدستور الجزائري وأن هذا الإعلان لا يمس بأحكام الاتفاقية وإنما يؤكدها ويوضح معالمها . [4]
- **السهر على حماية المحضون:**" تشمل حماية الطفل المحضون في كل الجوانب المعنوية والمادية فيجب ألا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب والتعذيب، أو معنوي كالتخويف والشتم أو أي شكل مما قد ينجم عنه اضطراب الطفل نفسيا أو عقليا.

---

[1] ينظر زيدان، عبد الكريم ، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم** , مؤسسة الرسالة، ط1, بيروت ،دتط، ج10, ص7

[2] قانون رقم 84-11مؤرخ في 9رمضان 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ,ج ر , عدد 43 , الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005 , الفصل الثاني , المادة 62

[3] ديابي، باديس، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة** ،دار الهدى ، دط، الجزائر ،2012, ص120

[4] ينظر: عفرة، حياة، إشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة , المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية , كلية الحقوق والعلوم السياسية . تيزي وزو، المجلد 17 العدد 02، 2022م، ص757

كما تتضمن حماية الطفل تأديبه والسهر على تنشئته سويا في حدود ما سمح به الشرع."[1]

الرعاية الصحية للمحضون: حيث يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في المراجل الأولى من حياته، ومن ذلك حصوله على التطعيمات اللازمة ، كما ينبغي أن يعرض على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك حماية لصحته وحياته من الهلاك[2].

- **التربية الخلقية للمحضون:** وذلك بتنشئته على القيم الحميدة وعلى حسن الخلق والمعاملة الطيبة للآخرين وذلك بتهذيبه وتربيته على الأخلاق الفاضلة وإعداده لأن يكون فردا صالحا في المجتمع وحمايته من آفات الشوارع ومخاطرها.[3]

2. القانون المغربي: جاء في المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية ما يلي:" الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه ".[4]

3. القانون التونسي: عرفها في الفصل 54من مجلة الأحوال التونسية بأنها:" حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته ".[5]

4. القانون الليبي: عرفها في الفصل السادس، المادة 62 فقرة (أ) بأنها:" حفظ الولد وتربيته ورعاية شؤونه، وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر، ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض وحق الولي.[6]

---

[1] بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكر ماجستير ، قانون الأسرة المقارن، إ هجيرة دنوني جامعة أبي بكر بلقايد . تلمسان، الجزائر،2008. 2009، ص 114

[2] لعريط لمين، الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة , مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة الجزائر, مجلد 34, العدد 03, 2021, ص414

[3] لعريط لمين، المرجع نفسه , ص414

[4] مدونة الأسرة المغربية: القانون رقم 70/03 الصادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل03 فبراير 2004 , من مدونة الأسرة المغربية ,المادة 163

[5] الأمر13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال التونسية , الكتاب الخامس , الفصل 54

[6] قانون الأحوال الشخصية الليبي: قانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم ,الفصل السادس , المادة 62

5. القانون الإماراتي: جاء في نص المادة 142 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أن الحضانة هي: "حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق أولي في الولاية على النفس".[1]

6. القانون الكويتي: جاء في المادة 189 بيان المقصود بالحضانة فنصت على أنه:" يراد بحضانة الصغير: تربيته، ورعايته وتعهده بتدبير طعامه، وملبسه، ونومه، وتنظيفه، وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره، ممن له حق تربيته شرعا ".[2]

من خلال المقارنة بين التعريفات السابقة نجد أن تعريف المشرع الجزائري للحضانة يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموله على حاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية .[3]

بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري نص صراحة على وجوب تربية الطفل على دين أبيه ألا وهو الدين الإسلامي وهذا ما يجعله يتماشى مع أهداف الشريعة الإسلامية ومقاصدها من الحضانة.

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة

أولت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا بالطفل فدعت إلى حسن تربيته وإعداده ليكون فردا صالحا في المجتمع، والقوانين الوضعية هي الأخرى أعطت أهمية بالغة للطفل فسنت تشريعات لحمايته والعناية به، ومن صور ذلك تشريعهم للحضانة واعتبارها حقا له، فما هي أدلة مشروعيتها في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؟

سنحاول في هذا المطلب الإجابة عن هذا التساؤل من خلال الفرعين الآتين:

الفرع الأول: مشروعية الحضانة في الشريعة الإسلامية

[1] قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة : قانون إتحادي . رقم 28 لسنة 2005 , الفصل الثاني , المادة 142

[2] قانون الأحوال الشخصية الكويتي : قانون رقم 51 لسنة 1984المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996و29لسنة 2004و66لسنة 2007وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء ,الباب الخامس للمادة 189,

[3] ينظر: عبد العزيز سعد , **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**, دار هومه , ط3,دمط، 2018م,ص 153

"الحضانة واجبة شرعا لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك"[1] وأدلة ذلك كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية والأثر إضافة إلى الإجماع والمعقول.

أولا: مشروعية الحضانة من الكتاب والسنة والأثر

1. مشروعية الحضانة من الكتاب:

لم يرد في القرءان الكريم مصطلح الحضانة كلفظ صريح إلا أنه وجدت آيات تحمل معاني تتعلق برعاية الطفل وتربيته ومن ذلك:

الدليل الأول: قوله تعالى:﴿وَقُل رَّبِّ إِرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً﴾[سورة الإسراء:الآية24]

وجه الدلالة:

جاء في تفسير هذه الآية: "أي ادع الله لوالديك بالرحمة، وقل رب ارحمهما، وتعطف عليهما بمغفرتك ورحمتك، كما تعطفا عليّ في صغري، فرحماني وربياني صغيرا، حتى استقللت بنفسي، واستغنيت عنهما".[2]

. وفي هذا" بيان لبعض الأسباب الموجبة للبر, وأن الوالدين اشتركا في تربية بدنك وروحك بالتغدية والكسوة والحضانة والقيام بكل مؤن وبالتعليم والإرشاد والإلزام بطاعة الله والآداب والأخلاق الجميلة , وفي هذا دليل على أن كل من له عليك حق التربية له حقا عليك بالإحسان والبر والدعاء"[3] .

الدليل الثاني: قوله تعالى : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنَ اَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنَ اَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنَ اَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوَاْ أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ

[1] ينظر: عبد الله بن محمد الطيار، **الفقه الميسر**، مدار الوطن للنشر، ط2، الرياض، 1433هـ . 2012م ج5 ، ص194

[2] الطبري، أبو جعفر ابن جرير، **جامع البيان عن تأويل آي القرءان** ، دار التربية والتراث ،دط,مكة المكرمة ،دتط, ج17, ص420

[3] عبد الرحمان السعدي، **تيسير اللطيف المنان في خلاصة تفسير القرءان** ، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ط1، المملكة العربية السعودية، 1422هـ . 2001م ،ص56

عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللَّهَ وَاعْلَمُوٓاْ أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[سورة البقرة: الآية231]

وجه الدلالة:

جاء في تفسير الآية أن الأم أحق بإمساك الولد وإن فطم أو استغنى عن الرضاع فهي أحق بحضانته لفضل حنوها وشفقتها وصبرها على متاعبه.[1]

قال ابن العربي: قال علماؤنا: "الحضانة –بدليل هذه الآية–للأم والنصرة [2]للأب، لأن الحضانة مع الرضاع".[3]

الدليل الثالث: قوله تعالى:﴿ فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتاً حَسَناً وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّآ﴾[سورة آل عمران: الآية 37]

وجه الدلالة:

"جعل الله عز وجل سيدنا زكريا (عليه السلام) كافلا لمريم (عليها السلام)وملتزما بمصالحها، فكانت في حضانته، وتحت رعايته"[4].

2. مشروعية الحضانة من السنة:

[1]ينظر: القرطبي، شمس الدين ، **الجامع لأحكام القرآن** ، تح أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية،ط2،القاهرة، 1384هـ . 1964م،ج3, ص160

[2] النصرة : يقصد بها الولاية؛ استنادا إلى المعنى اللغوي للولاية (ينظر اليمني، نشوان بن سعيد الحميري ،**شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**، دار الفكر المعاصر(بيروت ـ لبنان)، دار الفكر(سورية ـدمشق)، ط1، 1420هـ .1999م، ج11، ص7285

[3] ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر، **أحكام القرآن**، دار الكتب العلمية، مر (أصول)وتخ(أحاديث) وتع محمد عبد القادر عطا،ط3، بيروت، لبنان، 1424هـ .2003م، ج1، ص275،

[4] عبد الله البسام، **توضيح الأحكام من بلوغ المرام**، مكتبة الأسدي، ط5،مكة المكرمة، 1423هـ . 2003م، ج6، ص56

أكدت السنة النبوية على مشروعية الحضانة وحيث أثبتت حق الأم في رعاية أبنائها مالم تتزوج كما عملت على تحقيق مصلحة الطفل المحضون وتوفير بيئة مناسبة له بما يتماشى مع تعاليم الدين الإسلامي، دل على ذلك أحاديث كثيرة[1] منها:

الحديث الأول: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة قالت: يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاه وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال رسول صلى الله عليه وسلم: «**أَنتِ أَحَقُ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي**».[2]

وجه الدلالة:

" دل الحديث على أن الأم أحق بحضانة ولدها من الأب مالم تتزوج، وأنها إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة ،كما أن تقديم الأم في حضانة أبي ولدها لأنها أشفق عليه وأقرب إليه، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه ويس له مثل شفقتها، ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى من امرأة أبيه ".[3]

الحديث الثاني:

قال البخاري : حدثنا عبيد الله بن موسى عن إسرائيل عن أبي إسحاق عن البراء بن عازب رضي الله عنه – فذكر حديثا – وقال في آخره:« فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فتبعتهم ابنة حمزة : يا عم، يا عم، فتناولها علي فأخذها بيده وقال لفاطمة عليها السلام : دونك ابنة عمك، احمليها، فاختصم فيها علي وزيد وجعفر، فقال علي : أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر : ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال

[1] ينظر القصير، سليمان بن عبد الله ،الحضانة في السنة النبوية (دراسة حديثية فقهية) ، مجلة العدل , العدد47, رجب 1431هـ

[2] أبو داود ، سليمان بن الأشعث، **سنن أبي داود**، كتاب الطلاق ، باب الولد للفراش، حديث رقم2276، ج2،ص283،وقال عنه الألباني: حديث جسن(الألباني، ناصر الدين، صحيح سنن ابي داود، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1، الكويت، 1423. 2020م، ج2، ص32)، وقال شعيب الأرنؤوط: إسناده جسن(سنن أبي داوود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمود كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، دمط، 1430هـ . 2009م، ج3، ص588)

[3] صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، **الملخص الفقهي**، دار العاصمة ،ط1،الرياض، 1423هـ ، ج2، ص440

زيد : ابنة أخي، فقضى بها النبي صل الله عليه وسلم لخالتها, وقال : **الخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ**، وقال لعلي: أنت مني وأنا منك، وقال لجعفر: أشبهت خَلقي وخُلقي، وقال لزيد : أنت أخونا ومولانا».[1]

وجه الدلالة :

. في الحديث دليل على مشروعية الحضانة وثبوتها لمصلحة الصغير لحفظه وصيانته وتربيته.

. في الحديث دلالة على أن العصبة من الرجال لهم أصل في الحضانة مالم يوجد من هو أحق منهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقر كلا من جعفر وعلي رضي الله عنهما على ادعائهما حضانة ابنة عمه ولم ينكر عليهما.

. في الحديث دليل على أن الأم مقدمة في الحضانة على كل أحد؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعط الخالة حق الحضانة في هذه القصة إلا لأنها بمنزلة الأم لكمال شفقتها وبرها."[2]

3. مشروعية الحضانة من الأثر: قال عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا ابن جريج قل: أخبرني عطاء الخراساني عن ابن عباس قال: طلق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم فلقيها تحمله في محسر ولقيه قد فطم ومشى، فأخذ بيده لينتزعه منها ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى، وقال: أنا أحق بابني منك فاختصما إلى أبي بكر فقضى لها به، و قال: «**رِيحُهاَ وحَرُّهَا وفرشُها خَيرٌ لَهُ مِنْكَ حَتَى يَشُبَّ وَيَخْتَارَ لِنَفْسِهِ**».[3]

وجه الدلالة : في الحديث دليل على أن الأم أولى بحضانة ابنها حتى يبلغ ويختار لنفسه، قال ابن تيمية:" الأم أصلح من الأب لأن النساء أرفق بالصغير، وأخبر بتغذيته وحمله وأصبر على ذلك وأرحم به ؛ فهي أقدر وأخبر وأصبر في هذا الموضع، فتعينت في حق الطفل غير المميز بالشرع "[4].

---

[1] البخاري ،محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري** , كتاب الصلح ،باب كيف يكتب: هذا ما صالح فلان بن فلان، وفلان بن فلان، ،وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه، حديث رقم 2552،ج2، ص960

[2] عبد الله بن صالح الفوزان، **منحة العلام في شرح بلوغ المرام** ، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1،الدمام، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، ج7، ص202

[3] الصنعاني ،أبو بكر عبد الرزاق **المصنف**، تح حبيب الرحمان الأعظمي ،كتاب الطلاق ,باب أي الأبوين أحق , حديث رقم12601, ج7, ص154

[4] ابن تيمية ، **مجموع الفتاوى** ، جمع وترتيب عبد الله بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ،دط، المدينة المنورة ـ السعودية , 1415هـ, ج34, ص122

ويلاحظ من قضاء أبي بكر في اسناد الحضانة إلى أم عاصم مراعاته لمصلحة المحضون.

ثانيا : مشروعية الحضانة من الإجماع والمعقول

1. مشروعية الحضانة من الإجماع: أجمع فقهاء الأمة الإسلامية على وجوب حضانة الطفل وتربيته وحفظه من الهلاك، قال ابن رشد:" وأما الإجماع فلا خلاف بين أحد الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار ؛لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته."[1]

ومن إجماعات الفقهاء بهذا الشأن :[2]

- " أجمع[كل من يحفظ عنه أهل العلم أن] الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل أن الأم أحق بهم مالم تنكح.
- واتفق الجميع من علماء [...]أن الأم أولى بالطفل إذا طلقها زوجها مالم تتزوج.
- وأجمعوا [...]للأب مع الأم في الولاية".

ومن أمثلة ذلك "قضاء أبي بكر بعاصم بن عمر بن الخطاب لأمه أم عاصم واشتهر ذلك عند الصحابة رضي الله عنهم فلم ينكر عليه أحد منهم فكان ذلك إجماعا".[3]

2. مشروعية الحضانة من المعقول:

خلق الله سبحانه وتعالى المولود في حالة ضعيف، وألزم الأبوين برعايته وتوفير احتياجاته من رضاعة ونفقة وحسن تربية وتعليم وغيره، وإعداده ليكون قادرا على تحمل مسؤولياته، والقيام بمصالح البشر وفقا لمقصد الاستخلاف في الأرض.[4]

---

[1] ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد، **المقدمات والممهدات**، تح محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، 1408هـ .1988م، ج1، ص564

[2] ابن القطان الفاسي، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي، **الإقناع في مسائل الإجماع**، تح حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ,ط1، القاهرة، 1424هـ .2004م، ج2، ص59

[3] ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله، **الكافي في فقه الإمام أحمد** ، تح وتع محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدني دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1414هـ . 1994م ، ج3، ص244

[4] ينظر: أبو ملحم، محمد حسني، **المرأة بين الشريعة وجاهلية العصر** ،أمواج للنشر والتوزيع . الأردن، ط1، 2011م، ص148

وقد تضافرت الأدلة على ذلك منها قوله تعالى:﴿وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَٰعَةَ ۚ﴾[سورة البقرة: الآية231]؛ وقوله أيضا :﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ﴾[سورة البقرة: الآية231]

"فإذا أوجب الله تعالى نفقة الزوجة لأنها أم ولده، فلأن تجب النفقة عليه من باب أولى"[1].

وقوله تعالى:﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ ۖ﴾[سورة الإسراء: الآية 31]

فمنع الله تعالى قتل الأولاد خشية الإملاق وهو الفقر، فلولا أن النفقة واجبة عليهم لما خافوا الفقر. وفي وجوب رعاية الأبناء على الآباء يقول الشيخ أبو حامد الغزالي(الصبي أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة ، خالية من كل نقش وصورة ، وهو قابل لكل ما نقش ومائل إلى كل ما يمال إليه، فإن عُوِّد الخير وعُلمه نشأ عليه ، وسعد في الدنيا والآخرة، شاركه في ثوابه أبواه وكل معلم له مؤدب، وإن عود الشر وأهمل إهمال البهائم شقي وهلك وكان الوزر في رقبة القيم عليه، والولي له).[2]

وخلاصة القول إن الشريعة الإسلامية أقرت الحضانة وجوب رعاية المحضون وأنها تراعي بالدرجة الأولى مصلحته في الحاضن.

الفرع الثاني: موقف القوانين الوضعية من الحضانة

إن تنظيم المشرع لأي موضوع يقتضي في أغلب الأحيان الاعتراف به والإقرار بمشروعيته والحضانة تأخذ هذا الحكم فتنظيم المشرع لها هو إقرار بمشروعيتها ومن ذلك:

1. موقف المشرع الجزائري من الحضانة: اعتنى المشرع الجزائري بالطفل القاصر وحث على رعايته وتربيته فنظم أحكام الحضانة وما يتعلق بها من خلال المواد من 62إلى المادة 72 المنصوص عليها في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الأسرة الجزائري[3]من ذلك:

[1] المرجع السابق، أبو ملحم، محمد حسني، ص148

[2] محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الفكر، ط3،عمان، الأردن، 1431هـ .2010م ،ص362

[3] قانون رقم 84-11مؤرخ في 9رمضان 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005

. تعريفه للحضانة من خلال المادة 62:" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا "

ويلاحظ من خلال هذا التعريف أن الحضانة إنما شرعت لمصلحة المحضون حيث شمل تعليمه ورعاية صحته وتربيته على الدين الإسلامي والأخلاق الحسنة.

. نص على الأولوية في الحضانة للأم من خلال المادة 64: ورتب الحاضنين بعدها.

. دل على اعتبار مصلحة الطفل: فهي الأساس الذي يحتكم إليه في مسائل الحضانة ودليل ذلك

وجود عبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون "أو "مالم يضر بمصلحة المحضون "في أغلب النصوص التشريعية المتعلقة بها.

كما يدل على ذلك قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية وقد جاء فيه: " مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة ". [1]

2. موقف المشرع المغربي من الحضانة: والمشرع المغربي اهتم هو الآخر بتربية الطفل والقيام بشؤونه وتنشئته تنشئة سليمة حيث بيّن أحكام الحضانة في القسم الثاني من الكتاب الثالث المعنون بالولادة ونتائجها من مدونة الأسرة المغربية حيث:

عرف الحضانة من خلال المادة 163من الباب الأول منه المعنون بأحكام عامة بأنها: حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه.

. نص على مستحقي الحضانة وترتيبهم في الباب الثاني .

. نص على شروط الحضانة وأسباب سقوطها في الباب الثالث.

.كما أفرد بابا خاصا بحق الزيارة (الباب الرابع) .

[1] قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 2009/05/13 فصلا في الطعن رقم 497457(منشور بالمجلة القضائية , العدد1/2009 , الصفحة 297)

3. موقف المشرع التونسي من الحضانة :أما المشرع التونسي فقد نص على أحكام الحضانة ورعاية الطفل في الفصول من 54إلى 67 من الكتاب الخامس من مجلة الأحوال الشخصية[1]ومن ذلك:

. تعريفه للحضانة في الفصل 54: الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.

.كما نص في الفصل 55 على حق الأم في الامتناع عن الحضانة إن وجد غيرها.

. نصه على حق الزيارة في الفصل 64.

وغيرها من الأحكام الموجودة في أغلب تشريعات الوضعية العربية وحتى الغربية منها حيث لقي هذا الموضوع اهتماما واسعا من قبل التشريع والفقه وكذا القضاء ..[2]

وخلاصة القول إن القوانين الوضعية اهتمت بالحضانة وأولتها عناية خاصة في نصوصها التشريعية بدليل أنها ابتدأت بتعريف الحضانة رغم أن التعريف ليس من صميم اختصاص المشرع كما بينت شروطها وما يتعلق بها من أحكام لضمان حسن رعاية المحضون وحمايته لينشأ فردا سويا في المجتمع.

المطلب الثالث: خصائص الحضانة

تتميز الحضانة بعدد من الخصائص المهمة التي تضمن حماية مصلحة الطفل ومن ذلك أنها من النظام العام (الفرع الأول) وهي حق مشترك بين الحاضن والمحضون (الفرع الثاني) كما أنها غير قابلة للتجزئة (الفرع الثالث) وذلك رعاية للجانب العاطفي والنفسي للمحضونين.

الفرع الأول: الحضانة من النظام العام

كون الحضانة من النظام العام أي أنه ليس للأبوين أو غيرهما من الأطراف في هذه المسألة تغيير أو الاتفاق على مخالفة قواعدها أو إسقاطها لتعلقها بمصلحة المحضون، فمثلا لو اتفقت الأم مع والد الطفل

[1] مجلة الأحوال الشخصية التونسية: الأمر 13أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية

[2]ينظر أحمد الرجوب، **أحكام الحضانة في القوانين العربية والأجنبية**، دار العماد للنشر والتوزيع، ط1،حلب، 1440هـ . 2019م (تضمن أحكام الحضانة في كثير من الدول العربية منها : فلسطين، مصر، سوريا ،السودان، الإمارات، الأردن ،ليبيا الكويت ،العراق...، وفي بعض التشريعات الغربية كفرنسا وإسبانيا...)

على التخلي عن الحضانة لأي سبب فإنها لا تسقط عنها ما دامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لها، وقد تجبر على حضانة الصغير وإن تنازلت عنها ما دامت مصلحة المحضون في حضانتها له.[1]

والحكمة من ذلك حماية الطفل من اضطراب النمو الانفعالي والعقل وحتى لا ينشأ في المجتمع شخصية مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع كله، لذا لا بد من مراعاة الجانب القيمي والاجتماعي للطفل، حيث يقع على عاتق حاضنه أمر تربيته بتحسين أخلاقه وسلوكه وإعداده ليكون مقبولا في مجتمعه.[2]

فمقصود الشارع الأعظم من الحضانة حفظ الطفل والقيام بمصالحه مع الشفقة عليه، فيشمل حفظ حياته بتحقيق ما يساعد على بقائها ونموها وحفظ دينه بالمحافظة على فطرته التي فطر الله عليها البشر و تعليمه بما يوثق صلته بخالقه، وحفظ عرضه مما يدنسه وحفظ صحته النفسية والعقلية بتحقيق الأمن والطمأنينة وإشباع حاجته للحنان وحفظ أحلاقه بتربيته على الأخلاق الفاضلة من الصدق والأمانة وحب الخير للغير وتهيئته لحياة فاضلة وبالتالي المساهمة في حفظ المجتمع من شر هؤلاء الأطفال في أن يتسببوا في إتلاف مال أو إزهاق أرواح أو انتهاك أعراض الناس وغيرها منى الآفات التي قد تنتج من عدم رعايته وتربيته .[3]

وخلاصة القول أن الحضانة من النظام العام أي أنها مسألة لا يقبل التنازل عنها أو تعديلها أو إسقاطها عن طريق اتفاق بين الأطراف (كالأم والأب مثلا) ذلك أن مصلحة المحضون هي محور جميع القرارات التي تتخذ بشأنها.

ودل على هذه الخاصية الاجتهاد القضائي السوري الصادر عن الغرفة الشرعية في 1963/05/04وقد تضمن ما يلي:" أمور الحضانة من النظام العام ينظر فيه القاضي بولايته العامة.

---

[1] ينظر: المكي صلوح، شهر زاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الانسانية، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، الجزائر، مجلد05، عدد01، ص162

[2] ينظر: سامية بن قوية، **آثار الحضانة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)**،المجلة الجزائري للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، عدد 01، 2010، ص141

[3] ينظر: عياض بن نامي السلمي، مرجع سابق، ص25 ؛ وينظر :محمد جميل محمد ديب المصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية . ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى . مكة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ص13 وما بعدها

ولما كانت أمور الحضانة من النظام العام، وكانت الحضانة حقا للولد ينظر فيه القاضي بولايته العامة، كما هي حق للحاضنة، كان ما جاء به الطعن من هذه الجهة مردودا".[1]

ثانيا . الحضانة حق مشترك

"فهي حق للصغير لاحتياجه إلى من يرعاه ويحفظه وهي حق للأم لتلبية رغبتها في الاستمتاع بخدمة ولدها، فلا يجوز نزعه منها إلا لعذر، حتى لا يضار الصغير بحرمانه من أمه فهي أشفق الناس عليه وأكثرهم صبرا خدمته ورعايته".[2]

"وإذا كانت الحضانة حقا للصغير فإن الأم تجبر عليها إذا تعينت بأن يحتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها، كي لا يضيع حقه في التربية والتأديب فإن لم تتعين الحضانة بأن وجد من يحضنه غيرها ورضيت بإمساكه وامتنعت عن الحضانة فإن حقها يسقط بإسقاطها إياه لأن الحضانة حق لها. وقد جاء في بعض الأحكام التي أصدرها القضاء الشرعي ما يؤيد هذا، فقد أصدرت محكمة جرجا [3]في 1933/7/23 ما يلي: إن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة، إلا أن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة، وإن إسقاط الحاضنة حقها لا يسقط حق الصغير".[4]

ويرى بعض العلماء أن الحضانة حق يشترك فيه المحضون والحاضنة والأب أو من يقوم مقامه غير أن حق المحضون مقدم على غيره من الحقوق عند تعارض وإلا فالجمع بينها أولى. [5]

---

[1] محمود زكي شمس، **مختارات من أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات اللبنانية والسورية**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت لبنان، 1419هـ . 1999م، ج2، ص600

[2] محمد بن إبراهيم التويجري، **موسوعة الفقه الإسلامي**، بيت الأفكار الدولية، ط1، 1430هـ .2009، ج4، ص273

[3] جرجا: من البلاد المصرية القديمة في صعيد مصر وهي تقع على الشاطئ الغربي من نهر النيل قبلي أسيوط وسوهاج وهي من أشهر من أشهر مدن الصعيد خصوصا في العصر العثماني حيث أصبحت عاصمة الصعيد حيث أصبحت نموذجا مهما للمدينة الإسلامية المتكاملة، تميزت بقوة نفوذها السياسي والاقتصادي والعلمي والديني على المستوى الداخلي وبقوة نفوذها على المستوى الخارجي (ينظر: وفاء السيد أحمد شرف، جرجا وآثارها المندرسة والمتبقية في ضوء مخطوط تعطير النواحى والأرجاء للإمام المراغى)

[4] سيد سابق، **فقه السنة**، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1397هـ، 1977م، ج2، ص338

[5] ينظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج10، 7297

أما المشرع الجزائري فمن خلال نص المادة 66 من ق أ ج أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة فاعتبر ذلك حقا له هذا من جهة ومن جهة أخرى قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير أي أن الحضانة حق يشترك فيه الحاضن والمحضون.[1]

كما نجد أن المشرع القطري نص على ذلك صراحة من خلال نص المادة 166:" الحضانة حق مشترك بين الحاضن والصغير، وحق الصغير أقوى ..." [2]

الفرع الثاني: الحضانة لا تقبل التجزئة

يقصد بتجزئة الحضانة اقتصار طلب الحاضن في الحضانة على محضون دون آخر كأن تقتصر الأم طلبها في الحضانة على الإناث دون الذكور أو العكس أو تختار الأصغر سنا، فيما تمتنع عن حضانة الآخرين رغم أن ذلك من حقها ولعدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة ومن أجل المحافظة على الأبناء ودون التفرقة بينهم والمحافظة على ترابطهم عالجت المحكمة مسائل تجزئة الحضانة [3]ومن القرارات الصادرة بهذا الشأن:

. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2002/02/31 فصلا في الطعن رقم 275990(منشور بالمجلة القضائية , العدد 2003/2 , الصفحة 300)وقد جاء فيه :" المبدأ : لا تجزأ الحضانة ويراعى فيها بالدرجة الأولى مصلحة المحضون " , وفي قضية الحال فإن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة أحد الأولاد للأم وحضانة الأولاد الأربعة الآخرين للأب .[4]

يستخلص من هذا القرار أن عدم تجزئة الحضانة هو أحد المبادئ التي تخضع لها مسائل الحضانة

ومن ذلك أيضا : قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2001/12/26فصلا في الطعن رقم 274683(منشور بالمجلة القضائية, العدد 2004/02, صفحة 347) وقد جاء فيه : "

[1] ينظر: بلقاسم أعراب، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، العدد1، 1994، ص13

[2]قانون الأسرة القطري: قانون رقم 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة، ج ر، عدد 8, 2006/08/28م . 1427/08/04

[3]ينظر: عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، الجزائر، عدد 15، 2005، ص198

[4] نجيمي جمال، **قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع . الجزائر، ط3، 2008, ص226

المبدأ : إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن بعد وفاة الزوجة الأم إعمال لمبدأ عدم تجزئة الحضانة "، وفي قضية الحال كانت الجدة لأم تطالب بالحضانة، والشاهد في الموضوع هو إبقاء الطفل الصغير البالغ من العمر 4 سنوات مع أختيه عند أبيهم [1].

يلاحظ من خلال هذا القرار : على الرغم من أن الجدة لأم هي من تلي الأم في ترتيب الحاضنين حسب القانون المطبق آنذاك , إلا أنه وإعمالا لمبدأي عدم تجزئة الحضانة ومراعاة مصلحة المحضون فإن حضانته أسندت لأبيه .

. وقرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/04/02 فصلا في الطعن رقم 32594 (منشور بالمجلة القضائية ، العدد 1989/01، الصفحة 77 وقد جاء فيه :" المبدأ : متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم ولا يسقط هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي . يستوجب النقضَ القرارُ الذي قضى بخلاف هذا المبدأ بتجزئة الحضانة بين الأم والجدة لأب متى أَسَّسَ حكمَهُ في إسناد الحضانة للجدة، كان بناء على رغبة الأبناء معها ورفضهم الالتحاق بأمهم "[2].

يستخلص من هذا القرار أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا بموجب مبرر شرعي.

خلاصة المبحث

. يقصد بالحضانة القيام بمؤن الطفل القاصر من طعامه وشرابه ولباسه وتنظيف جسمه وتعليمه وحفظه عما يضره برعايته وتربيته بما يصلحه في دينه ودنياه.

. تؤكد الشريعة الإسلامية على ضرورة رعاية الطفل وحفظه من الضياع والهلاك وهو ما يتجسد بوضوح في نصوص القرآن والسنة والإجماع وكذا المعقول، في المقابل نجد القوانين الوضعية هي الأخرى تنص على حمايته وحسن تنشئته من خلال نصوص قانونية تنظم أحكام حضانته.

[1] المرجع نفسه ، نجيمي جمال، ص227

[2] المرجع نفسه، نجيمي جمال، ص227

. تمتاز الحضانة بكونها من النظام العام حيث لا يمكن الاتفاق على إسقاطها أو تعديلها إلا بناء على مصلحة المحضون، فهي حق يشترك فيه كل من الحاضن والمحضون فللحاضن حق الاحتفاظ بالطفل وحضانته وللمحضون الحق في الرعاية والحماية وهذا الأخير مقدم على الأول، كما أنه لا يجوز تجزئتها إلا بمبرر شرعي مع مراعاة مصلحة المحضون.

المبحث الثاني: مفهوم مصلحة المحضون

بعد أن تم التعرف على المفهوم العام الذي يتعلق بموضوع بحثنا(الحضانة) لا بد من التطرق لشرح المفهوم الخاص (مصلحة المحضون) وباعتبار أن هذه العبارة مكونة من لفظين سنحاول ضبط مفهوم كل لفظ (المطلب الأول) ومن ثم شرح المفهوم باعتبار التركيب (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون باعتبار ألفاظها

كثيرا ما تتكرر عبارة "مصلحة المحضون " في أغلب مسائل الحضانة فما المقصود بها؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل لا بد من شرح مفهوم ألفاظ العبارة بدء بالمصلحة (الفرع الأول) ومن ثم المحضون (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم المصلحة

أولا: تعريف المصلحة

1. تعريف المصلحة لغة: مأخوذة من الصَّلاَحِ وهو ضِدُّ الفَسَادِ،[1]والمِصْلَحَةُ وَاحِدَةُ المِصَالِح وَالاسْتِصلاَح نَقِيضُ الاسْتِفْسَاد[2]. قال ابن فارس:" والصَّادُ وَاللاَم وَالحَاءُ أَصْلٌ وَاحِدُ يدُلُ عَلَى خِلاَفِ الفَسَاد، يقال: صَلُحَ الشَّيءُ يَصْلُحُ صَلاَحاً ، ويقال : صَلَحَ بفتح اللام ."[3]

[1] الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ت مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة , إ محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع بيروت ، ط8، 1426هـ . 2005م ، ص229

[2] الجوهري، أبو النصر ، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية** ،ت أحمد عبد الغفور العطار ، دار العلم للملايين، ط4، 1407هـ . 1987م، ج1، ص384

[3] المرجع السابق ابن فارس، ج3، ص303

وتطلق على عدة معان منها:

المنفعة: "فالمصْلَحَة كَالمَنْفَعَة وَزْنًا وَمَعْنى، فَالمصْلَحَةُ مِنَ الصَلاَحِ كَالمنفَعَة من النَّفْعِ والمصْلَحَة وَاحِدَةُ المصَالِحِ كَالمَنْفَعَةِ وَاحِدَةُ المَنَافِعِ".[1]

وسيلة الشيء:" يقال: فِي الأَمْرِ مَصْلَحَةٌ أَي خَيْرٌ، والنَّفع: الخَيْرُ وَمَا يَتَوَصّلُ بِهِ الإِنْسَانُ إِلَى مَطْلُوبِهِ، إِذَنْ فَالمصْلَحَةُ خَيْرٌ وَالخَيْرُ مَا يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى المطْلُوبِ، فَالمصْلَحَةُ مَا يُتَوَصّلُ بِهَا إِلَى المطْلُوبِ".[2]

تطلق على ذات الفعل الجالب للنفع والدافع للضرر: فإطلاق المصلَحَة على الفِعْلِ إِطلاَقٌ مجَازِيٌّ مِن بَابِ إطلاَقِ السَبَبِ علَى المسَبّبِ وعَلاَقَتُهُ السَّبَبِيَّة والمسَبّبِيَّةُ، يقال: التِّجَارَةُ مَصْلَحَةٌ، أي سَبَبٌ للمَنَافِعِ المادية ويقال طَلَبُ العِلمِ مَصلَحَةٌ أي سَبَبٌ للمنَافِعِ المعْنَوِيَة.[3]

ونخلص إلى أن المصلحة في اللغة بمعنى المنفعة أو ما فيه نفع وخير.

2. تعريف المصلحة اصطلاحا:

تعريف المصلحة في الشريعة الإسلامية: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها".[4]

تعريف المصلحة في القانون الوضعي: هناك من ربطها بالحق فقيل" الحق مصلحة أدبية يحميها القانون "، وقيل إن المصلحة هي "كل شيء يشبع حاجة مادية أو معنوية لشخص ما " أو هي "الرغبة أو الحجة

[1] عطا الله السيد عطا الله محمد ، **المصلحة العامة وأثرها في تغير الفتوى** (بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي الرابع بكلية الشريعة والقانون بطنطا ، ج4، ص62

[2] بدر الدين الزركشي ، **تشنيف المسامع بجمع الجوامع** ، ت سيد عبد العزيز. عبد الله ربيع ،مكتبة قرطبة للبحث العمي وإحياء التراث . توزيع المكتبة المكية ، ط1، 1998.1418، ج3، ص8

[3] ينظر: سليمان عبد الوهاب الشحات بدوى، حجية المصالح المرسلة وأثرها في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد64، ديسمبر 2017، ص323؛ وينظر : بدر الدين الزركشي ، المرجع نفسه ،ج3، ص9

[4] محمد سعيد رمضان البوطي , **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** , الدار المتحدة للطباعة والنشر , سوريا , 1987, ص27

التي ينشد الفرد أو مجموعة من الأفراد إشباعها والتي يكون على الهندسة الاجتماعية أن تدخلها في حسابها وتقديرها". [1]

من خلال المقارنة بين التعريف الفقهي والقانوني نجد أن الفقه الإسلامي جمع بين منفعة الدين والدنيا بخلاف القانون الوضعي حيث اقتصرها على هذه الأخيرة.

ثانيا: أقسام المصلحة

1. أقسام المصلحة في الشريعة الإسلامية: تنقسم المصلحة إلى أقسام عدة، وباعتبارات مختلفة نذكر منها

أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها [2]

المصلحة المعتبرة: وهي المصلحة التي شهد الشارع باعتبارها كمصلحة الجهاد.

المصلحة الملغاة: وهي المصلحة التي شهد لها الشرع بالبطلان مثل: مصلحة المرابي في زيادة ماله فقد ألغاه الشارع.

المصلحة المرسلة: وهي المصلحة التي لم يشهد لها الشارع بالاعتبار ولا بالإلغاء ولكنها محققة لمقصود الشارع مثل: جمع القرءان في عهد الصحابة رضي الله عنهم

أقسام المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها [3]

الضروريات: وهي أقوى المراتب في المصالح تتمثل في حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال مثل : قضاء الشرع بقتل الكافر المضِلّ وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته ، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم.

[1] السيد شحات رمضان جمعة، **المصلحة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، مجلة كلية الشريعة والقانون تفهنا الأشراف، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق بالشرق العربي بالرياض، العدد 28، يونيو2024، ج1،ص628، 627

[2] ينظر: مرضي بن مشوح العنزي ، **فقه الهندسة المالية (دراسة تأصيلية)**، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع . الرياض, ط1، 1436هـ . 2015م ، ص69

[3] ينظر:أبو حامد الغزالي , **المستصفى** ، ت محمد عبد السلام الشافعي، دار الكتب العلمية ،ط1، 1413هـ .1993م ، ص174

الحاجيات: ما يقع في رتبة الحاجات من المصالح والمناسبات كتسليط الولي على تزويج الصغيرة والصغير فذلك لا ضرورة إليه لكنه محتاج ٰليه في اقتناء المصالح وتقييد الأكْفَاء خيفة من الفوات واستغناما للصلاح المنتظر في المال .

التحسينيات:ما لا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا ورعاية أحسن المناهج والعادات والمعاملات.

أقسام المصلحة باعتبار الشمول: [1]

مصالح عامة: وهي ما فيه صلاح عموم الأمة ولا التفات منه إلى أحوال الأفراد إلا من حيث أنهم أجزاء من مجموع الأمة مثل: طلب العلم الديني، الجهاد.

مصالح خاصة: وهي ما فيه نفع الآحاد باعتبار صدور الأفعال من آحادهم ليحصل صلاحهم صلاح المجتمع المركب منهم مثل : حفظ المال من السرف بالحجر على السفيه مدة سفه.

2. أقسام المصلحة في القانون الوضعي: تنقسم المصلحة إلى 3أقسام وهي:[2]

المصالح الفردية: وهي تشمل ثلاثة أنواع: المصالح الشخصية (هي التي يقتضيها الوجود المادي والمعنوي للفرد ويكون هدفها حمايته مثل مصلحة الفرد في سلامة جسده وصحته)، والمصالح الأسرية(وهي تتعلق بحماية الزواج وعلاقة الوالدين بالأبناء) والمصالح المادية (تتعلق بالجانب الاقتصادي للفرد مثل المصالح الخاصة بحماية الملكية).

المصالح العامة: وهي المصالح أو الرغبات أو الحاجات التي تقتضيها الحياة في مجتمع سياسي منظم وتشمل نوعين هما: مصالح المجتمع السياسي المنظم، مصالح الدولة.

---

[1] محمد الطاهر ابن عاشور ، **مقاصد الشريعة الإسلامية** ،ت محمد الحبيب ابن الخوجة , وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر ، 1425هـ . 2004م ، ج3، ص202

[2] منى أحمد أبو زيد، المصلحة بين الفقه الإسلامي وروسكو باوند (مقال) ، 14ماي 2017م ، تاريخ الاطلاع 2025/03/12 على الساعة 10:50

المصالح الاجتماعية: وهي المطالب أو الحاجات التي تقتضيها الحياة الاجتماعية وتشتمل مصالح أساسية مثل المصلحة الاجتماعية في الأمن العام، المصلحة الاجتماعية في الأخلاق العامة.

نلاحظ تنوع وتعدد تقسيمات المصلحة عند فقهاء الشريعة الإسلامية فنجد المصالح العامة والخاصة والضرورية والحاجية والتحسينية والمعتبرة وأخرى ملغاة وغيرها ، بينما اقتصرها فقهاء القانون في ثلاث وهي: المصالح الفردية ، العامة ، الاجتماعية

كما أن تقسيم فقهاء الشريعة الإسلامية أدق حيث يعتمد على أحكام الشريعة ما يعكس مراعاة مصالح الدين والدنيا معا وهذا ما غفل عنه فقهاء القانون حيث كانت نظرتهم لمصالح سطحية مبينة على الواقع ومتطلبات العصر.[1]

ثالثا. ضوابط المصلحة:

1. ضوابط اعتبار المصلحة في الشريعة الإسلامية [2]

-أن تكون المصلحة موافقة لمقصود الشارع، بأن تكون من جنس المصالح التي جاء بها وغير غريبة عنها.

-أن ترجع إلى حفظ أمر ضروري، ورفع حرج لازم في الدين.

-أن تكون مصلحة حقيقية وهمية، فالوهمية هي التي يتخيل فيها منفعة وهي عند التأمل مضرة، وذلك لخفاء الضرر فيها.

- عدم تفويتها مصلحة أهم منها، وذلك بالنظر لها من حيث قوتها وشمولها فمثلا: لا تقدم المصلحة الحاجية على الضرورية ولا التحسينية على الحاجية وهكذا.

2. ضوابط اعتبار المصلحة في القانون الوضعي:

[1] ينظر :السيد شحات رمضان جمعة، مرجع سابق، ص645، 647

[2] مرضي العنزي، مرجع سابق، ص79

– **اعتماد المصلحة على الحق:** ذلك أن القانون إنما وجد لخدمة الإنسان في إطار يضمن عد تعارض مصالح الفرد مع مصالح العامة فأقر الكثير من الضمانات التي تعتبر حقوقا للإنسان ومعيارا لحماية المصلحة.[1]

– **الشرعية:** بمعنى أن تكون المصلحة مأذونا بها قانونا ولا يجرمها ويمنعها القانون، وضابط المشروعية أن تقوم على حق يقره القانون لا يتعارض معه ولا يمنعه.[2]

– **الكفاية:** بمعنى أن تكون المصلحة كافية ومحققة للحاجات سواء كانت مادية أم معنوية، كالملكية تحقق المصالح وتكفي حاجات الناس.[3]

– **الحماية القانونية:** ذلك أن القواعد القانونية إنما وجدت لتنظيم سلوك الانسان، لذلك اقتران المصلحة بالقانون يتطلب ربط المصلحة بحق معين أو مركز قانوني ترتكز عيها الدولة في حماية المصلحة.[4]

المقارنة : نجد أن كل من فقهاء الشريعة شراح القانون يتفقان في بعض ضوابط المصلحة كأن يكون الهدف منها اشباع حاجة معينة أو حفظ أمر ضروري ، وأن تكون المصلحة مشروعة إلا أنهما يختلفان في مصدر شرعيتها ما ينتج عنه بالأخير اختلاف في الأحكام المتعلقة بهذا الضابط.

الفرع الثاني: مفهوم المحضون

أولا. تعريف المحضون

أ . المحضون لغة : اسم المفعول من "حَضَنَ"[5]،والمحضون يطلق على الطِّفْلُ والطِّفْلة الصَّغِيرَانِ والجمع أَطْفَال ،ولذلك قيل: يدعى طِفْلاً حين يسقُطُ من بطن أمه إلى أن يحتلم .[6]

---

[1] زمناكو محمود حاجي محمد، **دور وتطبيقات المصلحة في الصياغة التشريعية للنصوص الجزائية** (رسالة ماجستير)، جامعة الشرق الأدنى ، معهد الدراسات العليا ، كلية الحقوق قسم القانون العام ، 2021، ص12

[2] السيد شحات رمضان جمعة، مرجع سابق، ص630

[3] السيد شحات رمضان جمعة، مرجع سابق، ص630

[4] زمناكو محمود حاجي محمد، مرجع سابق، ص12

[5] ينظر أعلاه المادة خضن

[6] ابن منظور،مرجع سابق، ج11، ص401، 402

كما يعرف بأنه : المولود حتى البلوغ [1].

ب . المحضون اصطلاحا

تعريف المحضون في الشريعة الإسلامية: "هو العاجز عن القيام بنفسه ومظنة ذلك الصغر، حتى يبلغ الذكر، وتتزوج الأنثى وفق المشهور عند المالكية، وذهب أكثر الفقهاء بما فيهم المالكية أنه مظنة العجز الصغر والجنون .[2]

قال ابن راشد " المحضون من عجز عن القيام بنفسه ومظنة ذلك الصغر والجنون والبكارة".[3]

وجاء في القوانين الفقهية :" أن المحضون هو من لا يستقل كالصغير والمجنون والمعتوه وإن كانا كبيرين".[4]

وعرفه وهبة الزحيلي بقوله: "المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون أو معتوه ".[5]

من خلال ما سبق يتضح أن الفقهاء اختلفوا في تعريفهم للمحضون وهذا يرجع إلى ما ذكرناه سابقا في تعريف الحضانة فمنهم من قصرها على الصغير ومنهم من توسع في إطلاقها لتشمل الكبير المجنون والمعتوه وغيرهم.

ويميل الباحث إلى ما ذهب إليه **المالكية في المشهور عندهم** في كون المحضون هو الطفل الصغير العاجز عن القيام بأموره بنفسه إلى حين بلوغه إن كان ذكرا أو الزواج للأنثى. وهذا ما رأيناه سابقا في تعريف الحضانة

تعريف المحضون في القانون الوضعي:

[1] مجمع اللغة العربية ، **معجم الوجيز**، مجمع اللغة العربية ، 1989،ص392

[2] عز الدين محمد الغرياني، **الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية (دراسة مقارنة)**، منشورات ELGA1997،ص43

[3] ابن راشد، **لباب اللباب**، محمد المدنيني. الحبيب بن الطاهر،دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث،ط1، 1428هـ . 2007م ، ج1، ص411

[4] ابن جزي الكلبي، أبو القاسم محمد بن أجمد بن محمد بن عبد الله، **القوانين الفقهية**،دن، دط، دمط، دتط، ص149

[5] وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، دار الفكر سورية ، ط4،دمط، دتط، ج10،ص7304

المحضون هو كل شخص تثبت له الحضانة من جراء طلاق أو وفاة سواء كان هذا القاصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله[1].وعرفه أحمد عليوي ناصر بقوله : "المحضون هو :

1. الطفل الصغير غير المميز

2. الولد المميز بحكم الطفل لعلة".[2]

يلاحظ من خلال التعريفين السابقين شمولهما للصغير وكذا المجنون والمعتوه وغيرهم.

لذا أقترح تعريف المحضون (بقصره على الصغير)على أنه : الطفل القاصر العاجز عن القيام بأموره والذي يقع نتيجة الفرقة بين والديه فيتولاها عنه أحدهما أو من يقوم مقامهما بناء على مصلحته.

شرح التعريف :

الطفل القاصر العاجز: ليخرج منه الكبير المجنون والمعتوه.

يقع نتيجة الفرقة ...: لبيان أن الحضانة إنما تكون حال الفرقة سواء بالوفاة أو الطلاق لا حال قيام العلاقة الزوجية.

فيتولاها عنه : ذلك أن الحضانة هي فرع من فروع الولاية (يتولاها عنه أي يتولى أموره).

أحدهما : أي أن الوالدين أحق برعاية الطفل من غيرهما والأم أولى من الأب.

أو من يقوم مقامهما : كالجدات والخالة والعمة وغيرهم من مستحقي الحضانة .

بناء على مصلحته : لبيان أن الحضانة تكون حيثما وجدت مصلحة الطفل.

[1] جمال غريسي، السلطة التقديرية لقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، مجلد13، العدد02، 2021، 503

[2] محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، 1431هـ . 2010م، ص122

المقارنة بين التعريف الشرعي والقانوني : من خلال مقارنة تعريفات فقهاء الشريعة والقانون للمحضون نجد أن كليهما يتفق في كون المحضون هو العاجز عن القيام بأموره بنفسه فهو بحاجة إلى من يرعاه ويديرها عنه.

إلا أنهم اختلفوا في تحديد من هو الشخص المحضون؟ هل هو الطفل القاصر فقط؟ أم يشمل كل عاجز بما فيهم الكبير المجنون والمعتوه؟،وأرى أن المشرع الجزائري يؤيد الرأي القائل بأن الحضانة تكون في الصغير دون غيره بدليل أنه نص على انتهاء مدة الحضانة في المادة 65من ق، أ، ج حيث حددها ب :10سنوات للذكر ويمكن تمديدها إلى 16سنة ، أما الأنثى فببلوغها سن الزواج (19سنة كاملة), فلو كان المحضون هو الكبير المجنون والمعتوه لما نص على السن أو لكان قد استثنى هؤلاء. هذا والله أعلم

ثانيا. المراحل التي يمر بها الطفل المحضون

1. مرحلة الرضاع : والمحضون في هذه الفترة ملزم بالبقاء عند النساء لأن حياته تقوم بهن ، قال تعالى:﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾ ، فأحكام الرضاعة تقوم بها المرأة : سواء أكانت الأم أب الدرجة الأولى وإلا فالمرضعة التي يختارها الأب ، وعليه نفقة الرضاعة[1].

فحق الطفل في الرضاعة يعتبر واجبا شرعيا على الأم، وقد أثبتت الدراسات العلمية أهمية الرضاعة الطبيعية للطفل عكس الرضاعة الاصطناعية وبرجوعنا للقانون الجزائري لا نجد نصا قانونيا يلزم الأم بالرضاعة إلا أنه من خلال نص المادة 79 [2]من القانون المتعلق بالصحة نصت على أن الدولة تتولى ترقية وتشجيع الرضاعة الطبيعية ومنعت من الترويج والإشهار لبدائلها[3].

2. مرحلة الحضانة : وهي المرحلة التي يتأثر فيها الصغير كثيرا بما حوله بالأخص فيما يشاهده من أفعال تحيط به فهو بحاجة إلى الرعاية والشفقة والأم أولى بها.[4]واختلف الفقهاء في نهايتها فذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا بلغ الصبي المحضون سبع سنين عاقلا خير بين أبويه اللذين من أهل الحضانة، فيكون مع من

[1] ينظر المرجع السابق، محمد عليوي ناصر،ص123

[2] القانون رقم 18.11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، يتعلق بالصحة، ج ر، عدد 46الصادرة في 29جويلية 2018

[3] جديد حنان، **حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري**، مجلة روافد للبحوث والدراسات، مخبر الجنوب الجزائري للبحث في التاريخ والحضارة الإسلامية، جامعة غرداية ، العدد6، جوان 2019، ص111

[4] أحمد عليوي ناصر ، مرجع سابق، ص 123

اختاره منهما. ويرى الحنفية أنه إذا بلغ الصبي سبع سنين مستغنيا عن أمه يأخذه الأب على تفصيل لهم في ذلك بين الذكر والانثى. ويرى المالكية أن حضانة النساء تستمر إلى بلوغ الذكر، أما الأنثى فتستمر حضانتها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها.[1]

أما في القانون الجزائري فتنتهي مدة الحضانة كما ذكرنا سابقا حسب المادة 65ببلوغ الذكر 10سنوات ويمكن تمديدها إلى 16 سنة أما حضانة الأنثى فتنهي ببلوغها سن الزواج ألا وهو 19 سنة كاملة.

3. مرحلة ولاية الرجال : وسماها البعض بالكفالة وقيل هي حضانة أيضا [2]، وفي هذه المرحلة يتم ضم الطفل إلى وليه الذي يرعاه ويقوم على تأديبه بأنواع التربية والتهذيب.[3]

المطلب الثاني: تعريف مصلحة المحضون باعتبارها اسما مركبا

من خلال هذا المطلب سنحاول الإجابة عن التساؤل المطروح سابقا من خلال (الفرع الأول) حيث س من ثم نبين خصائصها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: معنى مصلحة المحضون

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في وجوب اعتبار مصلحة المحضون وأنها الأساس الذي تقوم عليه أحكام الحضانة فكثيرا ما نجد مصطلح " مصلحة المحضون "أو " مصلحة الطفل " في أغلب الأحكام سواء في الجانب الشرعي أو القانوني ، إلا أنه وفي حدود اطلاعي لم يرد لها تعريف بيّن، لذا عملت على استنباط بعض التعريفات من خلال كلام بعض الفقهاء والباحثين منها:

1. شرعا مصلحة المحضون :

. هيأن يقر المحضون بيد من يصونه ويصلحه.[4]

[1] جماعة من العلماء، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، ط2، 1427.1404هـ، ج45،ص188

[2] جماعة من العلماء، **الموسوعة الكويتية** مرجع سابق ،ص188

[3] سعيد بن وهف القحطاني، **الهدي النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب والسنة**، مطبعة سفير، الرياض، ص118

[4] ينظر عبد الرحمان بن قاسم، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع**، دن، ط1، 1397، ج7، ص160

. أو هي جلب المنافع للمحضون ودفع المضار عنه.[1]

2 قانونا:

. بربطها بالحق : فيقال مصلحة المحضون هي حقه في الحضانة.[2]

. باعتبار أن مصلحة المحضون هي أحد تطبيقات مبدأ المصلحة الفضلى للطفل: جاء النص على هذا المبدأ في المادة 3 من اتفاقية حقوق الطفل وبناء على أحد تعريفاتها يمكن القول إن مصلحة المحضون هي: أداة قانونية تسمح بتحقيق رفاه المحضون على المستوى البدني والنفسي والاجتماعي والمعيار الواجب مراعاته في مسائل الحضانة.[3]

كما أقترح تعريفها: هي وسيلة شرعية موكلة لاجتهاد القاضي في التوصل إلى القرار الأصلح للمحضون

شرح التعريف:

وسيلة شرعية :حيث أقرتها الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى وتضمنتها نصوص القوانين الوضعية

موكلة لاجتهاد القاضي: ذلك أن المشرع أعطى للقاضي السلطة التقديرية فيما يتعلق بمسائل الحضانة ذلك لكونها تختلف حسب حالة كل محضون.

التوصل إلى القرار الأصلح للمحضون: فالهدف منها هو معرفة ما فيه خير ونفع للمحضون.

موقف المشرع الجزائري :إن المشرع الجزائري كما ذكرنا سابقا تأثر بقاعدة مصلحة المحضون شأنه شأن أغلب التشريعات الوضعية وجعل مراعاة هذه القاعدة هي الأسمى وفوق كل اعتبار وأعطى للقاضي كامل الصلاحيات وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون والمتمعن في جل

[1] ينظر عبد الله البسام ،مرجع سابق، ج6، ص65 ؛ وينظر: ابن قدامة ، **روضة الناظر وجنة المناظر**، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع،ط2، 1423هـ . 2002م، ج1، ص478

[2] ينظر: مولاي الهاشمي, بوترعة عبد القادر، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ودورها في حماية الطفل ، مجلة صوت القانون ، المجلد9، العدد خاص، 2023، ص163 . هذا يؤيد التعريف القانوني الذي ربط المصلحة بالحق(ينظر تعريف المصلحة أعلاه)

[3] ينظر اعويش مصطفى، المصلحة الفضلى للطفل والآفاق المنتظرة من إصلاح مدونة الأسرة المغربية ، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة الحسن الثاني المحمدية، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2024/02/01، مجلد5. العدد2. ص173

مواد قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني يجد تكرار عبارة " مصلحة المحضون "، بل وهذا ما في أغلب القرارات المتعلقة بها ، إلا أنه لا يجد تعريفا واضحا لها لكونها تتعلق بمادة وثيقة بالحياة يصعب وضعها في إطار محدد ولكن بالرغم من ذلك فإن لهذه القاعدة مميزات وخصائص كما سيأتي بيانه.[1]

الفرع الثاني: خصائص مصلحة المحضون

أولا: مصلحة المحضون قاعدة ذاتية وشخصية: بمعنى أنها تتعلق بكل طفل على حدى، وتعتمد على ظروف كل طفل واحتياجاته فما ما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة قد لا يصلح بالضرورة لطفل في السادسة من عمره وما يصلح لطفل سليم الجسد في السابعة مثلا قد لا يصلح لطفل آخر من عمره ومريض فهو يحتاج لرعاية خاصة[2]،وما يصلح لأطفال الريف أو البدو قد لا يصلح لأطفال المدينة وهكذا فمصلحة المحضون تختلف باختلاف حالة ووضع كل محضون.[3]

ثانيا: مصلحة المحضون مسألة اجتهادية: ذلك أن المشرع إنما يضع قواعد عامة ومجردة، وللقاضي تفسيرها والتفصيل فيها حسب كل حالة على حدة، فينحصر دور المشرع فيتوجه القاضي للأخذ بمصلحة الطفل ويخول له مهمة تحديد ما تشتمل عليه من الناحية العملية، وبموجب هذا المبدأ يقع على القاضي تفسير مفهوم مصلحة المحضون وتحديد محتواها لحل القضية المعروضة أمامه، فيبذل وسعه وقصارى جهده ليكون اجتهاده قريبا من الواقع، بأن تتلاءم أحكامه مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه.[4]

ثالثا: مصلحة المحضون مسألة موضوعية: حيث أوكلها القانون لاجتهاد القاضي ويستند فيها إلى حكمته وخبرته ، إذ يتولى تقديرها بناء على ما يقوم به من أبحاث ودراسات وتحقيقات للظروف، كما لا بد أن

---

[1] ينظر: كريمة محروق، **دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة**، AlphaDoc، ط1، 2019، ص123، 133

[2] ينظر: بوغرارة صالح، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة**، دار الفكر الجامعي، ط1، مصر، 2013، ص159

[3] ينظر: بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة ، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، عدد44، جوان2016، ص523

[4] ينظر: حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (رسالة دكتوراه)، إ جيلالي تشوار، القانون الخاص ،كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد . تلمسان ، 2004. 2005، ص78

يعلل أحكامه وقف المعايير التي استند إليها في تقرير هذه المصلحة [1]،فلو تبين عدم اعتبار القاضي لمصلحة المحضون في القرارات المتعلقة بالحضانة كان قراره قابلا للنقض لضعف التسبيب لأن أساس الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون وأمرها موكل إلى القاضي لذا يتوجب عليه النظر في خصوص المسائل وظروف الحوادث للتوصل إليها.[2]ومما يؤكد هذا القول:

. وقرار المحكمة العليا الصادر في 1967/03/29:"من القرار شرعا، بأنه: عند الحكم بالحضانة ، فإنه يجب على قضاة الموضوع، مراعاة مصلحة المحضون".[3]

والقرار الصادر في 1991/06/18وقد جاء فيه:" من المقرر قانونا وشرعا، أن الحضانة يرعى في إسنادها مصلحة المحضون، وهذه يقدرها قضاة الموضوع".[4]

. وقرار المحكمة العليا الصادر في 1997/02/12وقد جاء فيه:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون".[5]

حيث يستخلص من هذه القرارات: أن الحكم في إسناد الحضانة هو "مصلحة المحضون" وهو خاضع لسلطة القاضي التقديرية.

رابعا: مصلحة المحضون قاعدة نسبية: أي أنها قاعدة غير ثابتة بل متطورة ومتغيرة بتغير الزمان والمكان وإذ تتأثر بالظروف الاجتماعية والثقافية السائدة، فما يصلح في الحاضر قد لا يصلح في المستقبل وما

[1] ينظر: عائدة البرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثالا)، (رسالة ماجستير)، إ وحيد الفرشيشي، حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2006م، ص31

[2] ينظر: عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري(مذكرة ماجستير)، إ فاروق خلف، تخصص أحوال شخصية، القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد بن حمه لخضر . الوادي،20152014م، ص179،مشار إليه في كمال صالح البنا، **المشكلات العلمية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون والقضاء**، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2005، ص12

[3] بلحاج العربي، **الزواج والطلاق**، دار هومه لطباعة والنشر والتوزيع، دط، الجزائر، 2018، ص322

[4] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص329

[5] بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ص320

يصلح في مجتمع قد لا يصلح في آخر، وذلك نظر لاختلاف عادات وتقاليد وأعراف المجتمع الذي يعيش فيه كل طفل على حدة.[1]

وأقترح أن أضيف خاصية أخرى وهي:

أن مصلحة المحضون مصلحة شرعية: وهذه الخاصية تفسر من جهتين:

. من حيث النص عليها : أن مصلحة المحضون أقرتها نصوص وأدلة الشريعة الإسلامية كما تضمنتها نصوص القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية بما في ذلك اتفاقية حقوق الطفل.

. من حيث اجتهاد القاضي في التوصل إليها : أي أن القاضي عندما يجتهد أنما يجتهد وفق ما هو مقرر في المصالح أي أن راعي في ذلك أن تكون المصلحة المتوصل إليها مصلحة معتبرة شرعا وقانونا ، كمصلحة الطفل في الحياة ، التعليم ، الصحة ،..

خلاصة المبحث : ومن خلال ما سبق نخلص إلى :

. أن مصلحة المحضون هي الأساس الذي يحكم جميع مسائل الحضانة.

. أن مصلحة المحضون مسألة من الصعب ضبطها ذلك لتعلقها بشؤون الحياة المتغيرة والمتطورة ولكونها تتعلق بكل طفل على حدة، حسب ظروفه وحاجياته.

. التوصل إلى معرفة الأفضل والأصلح للمحضون متوقف على اجتهاد القاضي الذي يقع على عاتقه مراعاة مصلحة المحضون عند اتخاذ أي قرار بشأن حضانته بما يضمن حمايته وصيانة حقوقه.

[1] ينظر: صالح خيضر. فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري (مذكر ماستر)، إ فؤاد خوالدية، قانون الأسرة، القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق يحي . جيجل ،2015 .2016،ص50؛ وينظر:بوبكر خلف، مرجع سابق، ص424

الخلاصة الفصل:

يستخلص من هذا الفصل أن :

- الحضانة هي حفظ الولد والقيام بشؤونه وتربيته بما يصلح حاله في الدارين.

- أن الحضانة واجبة شرعا وقانونا ودل على ذلك أدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول كما تضمنها نصوص القوانين الوضعية .

- أن الحضانة تمتاز بكونها من النظام العام بحيث لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفة قواعدها ، كما تتعتبر حق يشترك فيه كل من الحاضن والمحضون، وهي خاضعة لمبدأ عدم التجزئة.

- أن مصلحة المحضون هي الضابط الذي يحكم جميع مسائل الحضانة وتمتاز بكونها مسألة شخصية اجتهادية موضوعية ونسبية كما يمكن القول إنها مصلحة شرعية.

الفصل الأول

سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون

تمهيد:

للقاضي الدور الرئيسي في حماية مصلحة المحضون ، وذلك لكونه ملزما بتحري مصلحة المحضون في كل القرارات التي يتخذها بشأنه، فيقع على عاتقه انتقاء الحاضن الأصلح ، والاجتهاد لحل جميع المشكلات التي تعترض المحضون ، وتوفير الحماية اللازمة له، وهذا مرتبط بمدى حذاقة القاضي ودقته في جمع المعلومات والحقائق التي تساعده في تشكيل قناعته التامة حول القرار الأفضل للمحضون، حيث يستند القاضي إلى بعض المعايير المتمثلة في جملة من الأمور التي يجب على القاضي أن لا يغفل عنها في مسائل الحضانة ومن خلال هذا الفصل سنتطرق لبيان أهم المعايير الواجب على القاضي مراعاتها ومظاهر السلطة القضائية في مراعاة مصلحة المحضون من خلال المبحثين الآتيين:

- المبحث الأول: : معايير مصلحة المحضون
- المبحث الثاني: صور سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون

المبحث الأول : معايير مصلحة المحضون

إن عدم ورود نص يحدد مفهوم مصلحة المحضون لم يحل دون اقتراح بعض المعايير التي يستند إليها القاضي للكشف عن مصلحة المحضون.

لذا عمل فقهاء الشريعة الإسلامية على تنظيم أحكام الحضانة ببيان شروطها ومستحقيها وحالات سقوطها وما يتعلق بها من أجرة وسكن وغيره وجعلوا منها معيارا يستند إليه في الوصول إلى مصلحة المحضون [1]، قال اللخمي :" يراعى في الحضانة ثلاثة أوجه: صفة المسكن وصفة من له الحضانة ، وهل لها أو له زوج أم لا؟"[2]، وقال في موضع آخر:" المراعى في الحضانة أربعة أوجه: أحدهما: من له الحق فيها، والثاني: ترتيب منازلهم إذا تنازعوا، والثالث: متى يسقط حق من له فيها حق ؟ والرابع: إلى متى تكون الحضانة؟"[3]

[1] ينظر: أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه، إ رايس محمد، قانون خاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013 . 2014م، ص418

[2] اللخمي، أبو الحسن علي بن محمد الربعي، **التبصرة**، د، ت أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، قطر 1432هـ . 2011م، ج6، ص2563

[3] اللخمي، المرجع نفسه، ص2557

أما بالنسبة للقانون فقد عمل شراحه على استنباط بعض المعايير من القواعد العامة الواردة في النصوص التشريعية ويقع على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة لشخص ما أن يبين المعايير التي اعتمد عليها في مراعاة مصلحة المحضون وإلا كان قراره معرضا للنقض وهذا ما يؤكده القرار الصادر عن المحكمة العليا في 2008/02/13 وقد جاء فيه:" المبدأ: بجب، عند إسناد الحضانة للجدة من الأم، تبيان معايير مصلحة المحضون."[1]

جاء في حيثياته." عن الوجه الأول من انعدام الأساس القانوني: حيث وبالفعل طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة، يراعى في إسناد الحضانة في كل الأحوال مصلحة المحضون ، ولما تبين من القرار المطعون فيه أنه أسند حضانة الأبناء الثلاثة لجدتهم من الأم دون تبيان المعايير التي اعتمد عليها وأين تكمن مصلحتهم يكون قضاة الموضوع بفصلهم هكذا لم يعطوا لقضائهم الأساس القانوني، مما يعرض قرارهم للنقض"[2]

ويمكن الإشارة إلى أن المعايير التي جاء بها شراح القانون تتفق في مجملها مع ما أقره فقهاء الشريعة الإسلامية وإن اختلفت عباراتهم وتصنيفاتهم ، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق لأهم المعايير التي يستند إليها القاضي في بناء الأحكام والقرارات المتعلقة بالطفل المحضون ، ابتداء بالمعايير الموضوعية (المطلب الأول) ومن ثم المعايير الاجرائية(المطلب الثاني)

المطلب الأول: المعايير الموضوعية في مراعاة مصلحة المحضون

تتمثل المعايير الموضوعية في جملة من الأمور الواجب على القاضي مراعاتها في مسائل الحضانة، وتشمل معيارين أحدهما معنوي (الفرع الأول) وآخر مادي(الفرع الثاني)

الفرع الأول: المعيار المعنوي

إن قاعدة مصلحة المحضون يحكمها عنصران وهو تغليب المصلحة المعنوية على المادية وتحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل. فالرعاية المعنوية هي أهم ما يعتمد عليه القاضي في تقرير مصلحة

[1] قرارا المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2008/02/13، ملف رقم 424292، العدد01، 2008، ص268

[2] القرار نفسه، ص269

المحضون. وقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا الجانب وأولته أهمية بالغة حيث كان له الحظ الأوفر في كتاب الله عز وجل منها قوله سبحانه:﴿وَالذِينَ هُمْ لِأَمَٰنَٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ﴾[سورة المومنون:الآية8]

كما جاء في السنة قوله صلى الله عليه وسلم :«**كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْؤُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ**»[1]

وهذا ما تضمنته المادة 62 من ق أ ج في نصها على أن الحضانة تشمل تعليم الولد وتربيته الدينية والخلقية وكذا رعايته الصحية ، كما يلاحظ عناية الفقه الإسلامي بمصلحة المحضون المعنوية من خلال ضبطه لشروط اكتساب الحضانة والتي يعد انتفاؤها سببا لإسقاط الحضانة ، وهو ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة نفسها أنه يتعين في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة ،فمتى توفر في الحاضن شروط الحضانة كان أكفأ وأقدر على تحقيق الرعاية المعنوية للمحضون. وأثبت الدراسات أن سلامة نمو الطفل تتطلب الاستقرار النفسي وتلبية حاجاته من العطف والحنان والتي تتوفر عند أمه بالدرجة الأولى أومن يقاربها في الشفقة.[2]

وبالتالي فأنه يتوجب على القاضي أن يختار من يوفر للمحضون جملة من الأمور من بينها:

. التربية الروحية والدينية[3]:إذ لابد أن ينشأ الطفل على عقيد التوحيد والاستسلام لله عز وجل لذا اشترط اسلام الحاضن أو أن يمكن الحاضن الطفل من ممارسة دينه ،قال صلى الله عليه وسلم :«**كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ، أَو يُنَصِّرَانِهِ، أَوْ يُمَجِّسَانِهِ** »[4]

[1]البخاري، محمد بن إسماعيل، مرجع سابق، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، حديث رقم 892، ج2، ص5

[2]ينظر: محروق كريمة ، مرجع سابق، ص 133؛ ينظر أيضا أجمد شامي ، مرجع سابق، ص419؛وينظر قدوش سميرة دور الاجتهاد القضائي في تقدير مصلحة المحضون، مجلة المعيار، العدد14. العدد02، 2023، ص358، ينظر أيضا كربال سهام، مرجع سابق، ص32، 33

[3] ينظر: عصام بن عبد المحسن الحميدان، عبد الرحمان بن عبد الجبار هوساوي، معالم الشخصية الاسلامية المعاصرة: الجوانب السلوكية والأخلاقية، العبيكان للنشر، ط1، الرياض ، 1430هـ . 2009م،ص80 ؛ وينظر: سامي محمد هشام حريز، أنجاد محمد هشام حريز، تأديب الطفل من المنظور الإسلامي والتربوي، تقديم عبد الله محمد أبو تينة، دار البداية، عمان، الأردن، ط1، 1429هـ 2007م، ص26، 27

[4]البخاري، محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الحنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، حديث رقم 1384، ج2، ص100

وتشمل التربية الدينية على التربية الخلقية: إذ لا بد أن يتحلى الطفل بآداب المسلم وأخلاقه لذا اشترطت عدالة الحاضن وأمانته ذلك أن الأطفال إنما يتعلمون بالتأس أكثر مما يتعلمونه بالتلقي وفي هذا قال أبو علاء المعري:

ويَنشَأُ ناشئُ الفتيان مِنَّا . . . على ما كان عوده أبوه

وما دان الفتى، بحجى ولكن . . . يعلمه التدين وأقربوه

ومن هنا يظهر أنه على القاضي اسناد الحضانة للشخص الذي يمكنه حفظ الطفل في دينه وخلقه.

الرعاية الصحية: إذ يشترط في الحاضن أن يكون سليما في صحته معافا غير عاجز حيث يساهم بدوره في حفظ صحة النفسية للمحضون هو الآخر حيث يتجلى دوره في تحقيق الأمن والاستقرار للمحضون وتخفيف الآلام التي تعرض له من اضطرابات نفسية وحرمان عاطفي بسبب انفصال والديه ، وأن يحاول قدر الإمكان التعويض عن الضرر المعنوي اللاحق به، فحاجة الطفل إلى الحب والعطف والحنان كحاجته إلى الغذاء، كما لا بد على الحاضن من حفظ صحة المحضون الجسدية إذ يتعين تنشئة الطفل سليما معافا من الأمراض والعاهات ، بحيث يحرص على الحاضن ابتداء على عدم حرمان المحضون من الرضاعة الطبيعة التي أثبت الدراسات أن لها تأثيرا كبيرا على صحة الطفل ونوه ونفسيته ، كما لا بد من تعهد المحضون بالتغذية الصحية والسليمة والعمل على ووقايته من الأمراض بالتطعيم والعلاج وعدم الإهمال والتفريط فيها.[1]

ومن هنا يتضح أن على القاضي أن يراعي عند اسناد الحضانة من تتوفر فيه المؤهلات الواجبة لحفظ المحضون ورعايته نفسيا وجسديا.

. ومما يؤكد أهمية هذا المعيار قرار المحكمة الصادر في 1993/02/23 الذي تضمن النص على أنه:" حيث أن المادة 62 من قانون الأسرة، قد ركزت على العناصر الأساسية، والتي يجب أن تعتمد في إسناد الحضانة، وهي الرعاية من أجل التربية والسهر قصد الحماية، وأن المحضون في الصغر هو أحوج إلى الحماية من التربية التي تأتي في المرحلة اللاحقة.

[1] حميدو زكبة، مرجع سابق، ص114، 115؛ ينظر أيضا العربي عطا الله قويدري، الطفل في الفكر التربوي الإسلامي، دار أسامه للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2010م، ص26، 27؛ ينظر أيضا قدوش سميرة، مرجع سابق،ص358

وحيث أن الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين، لا يمكن مخالفته، إلا إذا ثبت بالدليل على من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية."[1]

الفرع الثاني: المعيار المادي

إضافة إلى الجانب المعنوي لا بد للقاضي من مراعاة الجانب المادي المتمثل في حماية الولد ورعايته ماديا، والذي يسهم كثيرا في تحقيق مصلحة المحضون، وإن كانت المصلحة المعنوية مرجحة على المصلحة المادية إلا أن هذا لا يعني الإنكار على أهميتها، فالعناية بالمحضون تتطلب تغطية حاجياته الضرورية لضمان العيش الكريم وهي تكاليف لا بد منها [2]وتشمل ما يلي:

أولا. نفقة المحضون: وهي أهم الحقوق المادية للمحضون و تشمل نفقة المحضون الغذاء والملبس وغطاء وغيره، وهي واجبة شرعا في على أبيه ، فإن كان معسرا فمن مال المحضون إن كان له مال، فإن لم يكن للمحضون مال فعلى أبيه ولا تسقط عنه إلا بأداء أو إبراء.[3]

ومما جاء في هذا قوله تعالى :﴿وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ لِمَنَ اَرَادَ أَنْ يُتِمَّ ٱلرَّضَٰعَةَۖ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِۖ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ اِلَّا وُسْعَهَاۖ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۖ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَۖ فَإِنَ اَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَاۗ وَإِنَ اَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِۗ وَاتَّقُواْ ٱللَّهَ وَاعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[سورة البقرة: الآية231]

وقوله أيضا:﴿اَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّنْ وُّجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّۚ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ فَإِنَاَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَاتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍۖ﴾[سورة الطلاق:الآية6]

[1] ينظر: بلحاج العربي، مرجع سابق، ص320

[2] ينظر: حميدوزكية،مرجع سابق، ص118

[3]ينظر: التويجري، محمد بن إبراهيم بن عبد الله، **مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة**،دار أصداء المجتمع ، ط11(مزيدة ومنقحة)، القصيم بريدة، المملكة العربية السعودية، 1431هـ . 2010م، ص857

كما نص المشرع الجزائري من خلال المادة 75 على أنه::" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

وتضمن المادة 78 من ق أ ج مشتملات النفقة حيث :" تشمل النفقة الغذاء والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وهذا أيضا ما تضمنه الفصل 50 من مجلة الأحوال التونسية :" تشمل النفقة الطعام والكسوة والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ثانيا أجرة الحضانة: اختلف الفقهاء في أجرة الحضانة بحيث:

يرى الحنفية: أن أجرة الحضانة لا تستحقها الأم ما دامت زوجة لأن لها نفقة الزوجية ما دامت زوجة أو معتدة، أما بعد انقضاء العدة فلها الأجرة من مال الأب، و أما غير الأم فتستحق الأجرة مطلقا ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.[1]

أما المالكية: يرون أنه لا أجرة للحاضنة.[2]

وأما الشافعية والحنابلة: فذهبوا إلى أن الحاضنة تستحق الأجرة مطلقا.[3]

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى أجرة الحضانة مما يحيلنا حسب المادة 222 السالفة الذكر إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن هذه المسألة تبقى محل اجتهاد نظرا لاختلاف الفقهاء حولها [4].

وجرى العمل القضائي على عدم منح الحاضنة أجرة عن الحضانة حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1985/04/08 وقد جاء في حيثياته ما يلي:" الحاضنة لا تستحق أجرا على الحضانة، والمجلس

---

[1] ينظر:ابن عابدين، مرجع سابق ، ج3، ص561

[2] ينظر: الصاوي، أحمد ،**بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير**، ضبط وتصح محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت لبنان، 1415هـ . 1995م،ج2، ص765

[3] ينظر: ابن حجر الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي**، المكتبة التجارية الكبرى، دط، مصر، 1357هـ . 1983، ج8، ص353؛ وينظر: ابن قدامة، **المغني**، مرجع سابق، ج5، ص370

[4] ينظر ديابي باديس، مرجع سابق، ص156

إذ وافق على الحكم الذي جعل على الأب 500 دينار يدفعها كأجرة للحضانة هو على خلاف الشرع ومخالف لما يجري عليه العمل القضائي ، مما يعرض قراره للنقض".[1]

في حين نجد أن المشرع المغربي نص على أجرة الحضانة من خلال المادة 167من مدونة الأسرة المغربية :" أجرة الحضانة ومصاريفها، على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة.

لا تستحق الأم أجرة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة من طلاق رجعي".

والمشرع الكويتي هو الآخر نص على أجرة الحضانة من خلال المادة199 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وقد جاء فيها :

"أ ـ لا تستحق الحاضنة أجرة حضانة، إذا كانت زوجة للأب، أو معتدة تستحق في عدتها نفقة منه ، أو في أثناء مدة المتعة المحكوم بها للحاضنة على أبي الصغير.

ب ـ تجب للحاضنة أجرة حضانة حتى يبلغ الصغير سبع سنين، والصغيرة تسعا".

ويلاحظ أن كلا من المشرع المغربي و المشرع الكويتي أخذ برأي الحنفية في هذه المسألة.

ثالثا سكن الحضانة : اتفق الفقهاء على أن أجرة السكن تكون على من تقع عليه نفقة الولد لأن السكن من النفقة.[2]

نص المشرع الجزائري من خلال المادة72 على أنه:" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة ، وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار.

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

ويستخلص من نص المادة72 أنه يقع على الوالد مسؤولية توفير السكن الذي يضمن للمحضون العيش المناسب والحياة الكريمة ،هو في الوقت ذاته إقرار لحق المحضون في الرعاية والحماية.[3]

---

[1] نجيمي جمال، مرجع سابق، ص221

[2] ينظر: عبد العزيز شحاتة ، **أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية** ؛ ينظر أيضا وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج10، ص

[3] ينظر: عربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، إعادة ط1، بن عكنون، الجزائر، 2014، ص141

المطلب الثاني: المعايير الإجرائية في مراعاة مصلحة المحضون

يتتمثل المعايير الإجرائية في جملة من الآليات التي يتخذها القاضي من أجل التوصل إلى مصلحة المحضون من بينها التحقيق والاستماع (الفرع الأول) والمعاينة، كما يمكنه الاستعانة بالخبراء(الفرع الثاني) وغيرها من الإجراءات التي تساعد القاضي وتعينه على إدراك الحقائق واتخاذ القرارات الأنسب للمحضون

الفرع الأول : الاستماع والتحقيق

أولا :التحقيق

على القاضي النظر في الوثائق المقدمة من الأطراف المتنازعة، والموازنة بينها في الاثبات [1]كما يمكن للقاضي الاعتماد على نص المادة 28 من ق إ م إ ج، اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق المشروعة والتي تساعده في تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون .[2]

أولا: الاستماع

أي أنه على القاضي الاستماع لأطراف النزاع،كما يمكنه استدعاء أي شخص يعينه على جمع معلومات حول المحضون وحالته ،كأن يطلب حضور أقارب المخصوم أو أصهارهم أو زوج أحد الخصوم ،إضافة إلى إخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم وغيرهم من الأقارب ،كل هذا من أجل تكوين قناعة القاضي فيما هو الأصلح الأمثل لمصلحة المحضون[3].

جاء في نص المادة 454 من ق إ م إ ج أنه: "يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

1_ سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة من سماعه

[1]ينظر: بوغرارة صالح، مرجع سابق، ص159

[2]ينظر:قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: القانون رقم 08_09 المؤرخ في18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم13_22 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق12يوليو سنة2022 ، ج ر، عدد 48، الصادرة بتاريخ 17 يوليو 2022

[3]ينظر:محروق كريمة، مرجع سابق، ص134

2_ سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.

3_ الأمر بإجراء تحقيق اجتماع أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي".[1]

ويمكن الإشارة إلى أنه من الأفضل استبعاد شهادة الطفل المحضون بتخييره بين الأطراف المتنازعة، وذلك لقصور عقله عن إدراك الأصلح له، فهو يميل غالبا إلى من يساعده على اللعب والتسلية وعدم الاكتراث، كما قد تكون شهادته نابعة من جراء ضغط أو خوف وغيرها من العوامل التي تؤثر على نفسية المحضون، مما يجعل شهادته غير خادمة لمصلحته.[2]

ولا ريب أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تساوي مصالحه في الأطراف المتنازعة أي أن تكون مرجحة لمصلحة على أخرى. كما ينبغي ألا تكون هي المعيار الوحيد الذي تبنى عليه الأحكام بل لا بد من الاستناد إلى معايير أخرى تؤيدها، أي ألا تكون منشأة لحكم بل داعمة ومؤيدة له غير ملزمة للقاضي بشيء.

ومما جاء في هذا قول ابن القيم:" سمعت شيخنا رحمه الله يقول: تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام فخيَّره بينهما، فاختار أباه، فقالت له أمه سله لأيِّ شيء يختار أباه، فسأله فقال: أمي تبعثني كلَّ يوم إلى الكُتَّاب، ويضربني الفقيه، وأبي يتركني ألعب مع الصبيان، فقضى به للأم، وقال: أنت أحق به."[3]

ويستخلص من هذا أنه يمكن الاستماع إلى المحضون إلا أنه لا ينبغي أن تكون رغبته هي القرار الفصل في إسناد الحضانة ذلك أن مصلحته هي الأساس وهو عاجز عن معرفتها لقصور عقله.

وما يؤكد هذا أيضا القرار الصادر عن المحكمة العليا في1970/10/21 وقد جاء فيه:" إن سماع الأولاد المحضونين، والنظر في اختيارهم أحد الوالدين، هو وجه غير سديد، لأن الشرع يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية، كما أنه ليس هناك نص يلزم القضاة بسماع الأولاد في هذا الموضوع".[4]

---

[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المادة454

[2] ينظر: محروق كريمة، مرجع سابق،ص134

[3] ابن القيم، أبوعبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تح علي بن محمد العمراان . ، تخ سراج منير محمد منير، دار عطاءات العلم (ط3، الرياض، 1440هـ . 2019م)، دار ابن حزم(ط1، بيروت، دتط)، ج5، ص59

[4] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص324

والقرار الصادر بتاريخ 2013/02/14وقد جاء فيه:" حيث أن الطاعن يعيب على قضاء المجلس قضائهم بإسقاط حضانة ابنته عنه، وإسنادها إلى الأم، دون مراعاة لمصلحتها، بالرغم من إبداء رغبتها في العيش معه.

لكن حيث أنه طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة ، فإن الأم أولى بحضانة ابنتها، خاصة وأن البنت المذكورة ، لاتزال طفلة صغيرة، وفي أمس الحاجة إلى خدمة النساء، التي يعجز الطاعن عن تقديمها لها ، في مثل هذا السن، ومن ثم فإن مصلحتها تقتضي إسناد الحضانة إليها ، وبالتالي فإنه يتعين عدم الاعتداد بالتصريح المذكور لصدوره عن طفلة لا إرادة لها ، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانتها إلى المطعون ضدها قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، الأمر الذي يجعل الوجه المذكور غير مؤسس، ويتعين عدم الاعتداد به."[1]

الفرع الثاني: المعاينة والاستعانة بالخبرة

أولا: المعاينة[2]: هي إحدى وسائل التحقيق التي يلجأ إليها القاضي لمعرفة الوقائع وإظهار الحقائق[3]، ومفادها أنه يمكن" للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة للمعاينة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب المسكن من المدرسة وبعده وهذه كلها يدخلها القاضي في الحساب عند تقديره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها".[4]

[1] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2013/02/14، ملف رقم 728882، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2014، ص301

[2]المعاينة: شرعا:" المعاينة هي أن يشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر" (الزحيلي، محمد مصطفى، **وسائل الإثبات**، ط1، مكتبة دار البيان، دمشق، دتط،ص590)؛ وقانونا هي:" إثبات مباشر ومادي لحالة الأشخاص و الأمكنة ذات صلة بالحادث عن طريق رؤيتها أو فحصها فحصا حسيا مباشرا"(أحمد فتحي سرور، **الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية** ، دار النهضة العربية،دط، القاهرة، 1985، ج1، ص278)

[3] ينظر: بربارة عبد الرحمان ، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ، بيت الأفكار، ط1،الدار البيضاء، الجزائر،2022، ج1، ص151

[4] بوغرارة صالح، مرجع سابق، 160

وهذا ما جاء في نص المادة 146 من ق إ م إج:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك".

ثانيا: الاستعانة بالخبرة

الخبرة شرعا: عبر الفقهاء عنها بألفاظ عدة من بينها: البصيرة، المعرفة المعاينة ..[1]

ويقصد بها "الاعتماد على رأي المختصين في حقيقة النزاع بطلب القاضي "[2]. ومما يدل على جواز الاستعانة بالخبراء قوله تعالى:﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[سورة الأنبياء:الآية7]

أما الخبرة قانونا: "هي وسيلة لكشف بعض الدلائل أو الأدلة أو تحديد مدلولها بالاستعانة بالمعلومات العلمية".[3] أو بمعنى آخر هي" استشارة فنية يستعين بها القاضي لتقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراية علمية لا تتوفر لدة القاضي بحكم تكوينه.."[4]

والخبير:" هو الذي يعينه القاضي لإجراء معاينة أو تقديم استشارة في مسألة فنية أو إجراء تحقيق فني إذا كانت المعاينة أو الاستشارة غير كافية لإنارة قناعة المحكمة". [5]و الهدف من الخبرة هو توضيح الواقعة المادية التقنية أو العلمية للقاضي[6]

وقد نصت المادة 126 من ق إ م إ ج على أنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة ".

كما نصت على هذا الفقرة 4 من المادة454 من ق أ م إ ج.

---

[1] ينظر محمد علي أيمن، **شهادة أهل الخبرة وأحكامها**، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، عمان . الأردن، 2008م، ص58

[2] الزحيلي، وهبة، مرجع سابق، ص6288

[3]أحمد فيتحي سرور ، مرجع سابق ، ص385

[4] أحسن بوسقيعة، **التحقيق القضائي**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ط6(منقحة ومتممة)، الجزائر، 2006، ص112

[5] جرجس جرجس، **معجم المصطلحات الفقهية والقانونية**، مر القاضي أنطوان الناشف، الشركة العالمية للكتاب، ط1، بيروت . لبنان، 1996م، ص146

[6]ينظر: المادة 125 من ق إم إ ج

ومفادها أنه يمكن للقاضي اللجوء إلى أهل الخبرة للتوصل إلى القرار الأصلح للمحضون ومن ذلك الاستعانة بالأطباء المتخصصين وغيرهم كما يمكنه الاعتماد على المرشدة الاجتماعية وقد يتعين ذلك إلزاميا في بعض الحالات.[1].

ومن بين القرارات الصادرة التي تضمنت الاستعانة بمصالح المساعد الاجتماعية "قرار المحكمة العليا الصادر في 2002/05/18 فصلا في الطعن رقم 330566 (منشور بالمجلة القضائية ، العدد 1/2005، الصفحة301) بشأن الاستعانة وقد جاء فيه:{المبدأ: يستعين القاضي في الحكم بعد تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية}،وفي قضية الحال كانت الجدة الطاعنة قد ذكرت بأن الطفل يوجد في حالة إهمال عند عمته، وجاء في حيثيات القرار أنه كان على قضاة الموضوع تعيين مرشدة اجتماعية تزور الطفل بمكان إقامته وأن يراعو مصلحة المحضون".[2].

خلاصة المبحث :

. صحيح أن للقاضي واسعة فيما يتعلق بمسائل الحضانة وتقرير مصلحة المحضون إلا أن هذا لا يعني أنها مطلقة بل هي مقيدة ضوابط ومعايير يجب على القاضي بيانها في قراراته.

. يضبط سلطة القاضي معايير موضوعية تتمثل في مراعاة حقوق المحضون المعنوية والمادية، ومعايير إجرائية تتمثل في جملة من الإجراءات التي يتخذ القاضي بهدف التوصل إلى ما فيه صلاح للمحضون.

[1] ينظر: الفقرة4 من نص المادة 545 من ق إ م إ ج؛ وينظر: محروق كريمة، مرجع سابق ص134

[2] نجيمي جمال، مرجع سابق، ص225

المبحث الثاني: صور سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون

ويشمل هذا المبحث بيان دور القاضي في مراعاة وحماية مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة (المطلب الأول) و عند تمديدها (المطلب الثاني) وكذا عند إسقاطها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

على القاضي عند إسناد الحضانة مراعاة ترتيب الحاضنين (الفرع الأول) وشروطهم (الفرع الثاني) بما يتوافق مع مصلحة المحضون.

الفرع الأول: سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين

أولا. ترتيب الحاضنين في الشريعة الإسلامية:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية في إعطاء الأولوية للنساء على الرجال والأم أولى النساء واختلفوا في ترتيب الدرجات حسب مصلحة المحضون حيث اختص كل مذهب بترتيب للحاضنين ذلك أنه لم يرد نص قاطع بشأنه فترك الأمر لاجتهاد الفقهاء حيث:

1. الحنفية: يرى الحنفية أنه لا حضانة للرجال إلا عند انعدام النساء "والأم أحق بها، ثم أمها ثم أم الأب ثم الأخت لأبوين ثم لأم، ثم لأب، ثم الخلات كذلك، ثم العمات كذلك أيضا ثم بنات الأخت أولى من بنات الأخ، وهن أولى من العمات، وإذا لم يكن للصغير عصبة أخذه الرجال، وأولاهم أقربهم تعصيبا..."[1]

2. المالكية: الأم أولى بالحضانة ثم أمها وإن علت، ثم أختها، ثم خالتها، ثم عمتها، ثم أم الأب، ثم الأب، ثم أخت المحضون، ثم عمته، ثم عمة الأب، ثم خالة الأب، ثم بنت أخ المحضون، ثم الوصي، ثم الأخ ثم

[1] ينظر: الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، **الاختيار لتعليل المختار**، تع محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، دط، بيروت، لبنان، دتط، ج4، ص14

الجد لأب، الأقرب فالأقرب، ثم ابن الأخ ، ثم العم، ثم ابنه، ثم العصبة السببية ولا يحضن جد لأم والخال، وقال اللخمي: الجد لأم له الحضانة لأن له شفقة وحنانا وهو حينئذ متوسط بين الجد لأب وابن الأخ.[1]

3. الشافعية:

إذا اجتمع الرجال والنساء: "تقدم الأم ثم أمهاتها مدليات بالإناث القربى فالقربى ثم الأب ثم أمهاته، كذلك، ثم أبوه ثم أمهات كذلك، ثم ولد الأبوين ثم لأب، ثم لأم، ثم الخالات لأبوين، ثم لأب، ثم لأم، ثم ولد ولد الأبوين، ثم لأب إلا بنت الأخت، ثم بنت الأم، ثم ولد الجد لأبوين ثم لأب ثم العمة لأم، ثم بنات الخالات ثم بنات العمات بترتيب أصولهن، ثم ولد العم الوارث، تقدم أنثى كل رتبة على الذكر منها".[2]

وقيل أن الإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم لا حق لهم في الحضانة.[3]

4. الحنابلة: مستحقو الحضانة عند الحنابلة هم: "الرجل العصبة، المرأة الوارثة كأم أو مدلية بوارث كخالة وبنت الأخت ، أو بعصبة كعمة أو بنت أخ وعم، كذا ذو الرحم كأب أم ثم حاكم، وترتيبهم كما يلي :

الأم أولى بالحضانة ثم أمهاتها القربى فالقربى ثم الأب ثم أمهاته ثم الجد ثم أمهاته ثم الأخت لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم عمة كذلك ثم خالة أم ثم خالة أب ثم عمته ثم بنت أخ وأخت ثم بنت عم وعمة ثم بنت عم أب وعمته ثم لباقي العصبة الأقرب فالأقرب.[4]

ثانيا. ترتيب الحاضنين في القانون الوضعي:

---

[1] ينظر: الصاوي، أحمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير**، ضبط وتصح محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت لبنان، 1415هـ . 1995م،ج2، ص494 ؛ بنظر أيضا ، اللخمي، أبو الحسن علي بن محمد الربعي، مرجع سابق، ج6، ص2560

[2] ابن الملقن، محمد بن علي بن أحمد بن محمد المصري الشافعي، **التذكرة في الفقه الشافعي**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت . لبنان، 1427هـ ،. 2006م ، ص118

[3] ينظر: الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، **التنبيه في الفقه الشافعي**، إع مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، عالم الكتب ، ط1، بيروت، 1403هـ . 1983م، ص211

[4] ينظر: ابن النجار، تقي الدين محمد بن محمد الفتوحي، **منتهى الإرادات**، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت . لبنان، 1419هـ . 1999، ج4، ص471

1. المشرع الجزائري: مر ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري بمرحلتين:

قبل التعديل (قانون الأسرة لسنة)1984حيث نصت المادة 64 منه على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."[1]

بعد التعديل(قانون الأسرة لسنة 2005)حيث نصت المادة 64 على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ..."[2]

الملاحظ من قانون الأسرة الجديد والقديم أن الأم هي الأولى بالحضانة، إلا أنه في التعديل الجديد قدمت مرتبة الأب على الجدة لأم والخالة لتلي الأم مباشرة، كما قدمت الجدة لأب عن الخالة ، وأرى أن هذا التعديل سديد إلى حد ما ذلك أن ترتيب الحاضنين هو من قبيل المصلحة ومصلحة الطفل مع أبيه غالبا أولى من جدته لأمه وخالته، كما أن بقاء الطفل مع الجدات أولى من الخالة لأنه غالبا ما يعيش الزوجان مع أبوي الزوج وبدرجة أقل مع أبوي الزوجة فيكون المحضون قد تعود عليهما ما يساهم أكثر في المحافظة على الاستقرار النفسي للمحضون[3]، ثم إن للقاضي مخالفة هذا الترتيب مراعاة لمصلحة المحضون.

والمشرع الجزائري في ترتيب الحاضنين حسب التعديل الجديد أخذ بالمذاهب الآتية:

تقديم الأم: وهو محل إجماع بين الفقهاء.

تقديم الأب على الجدات: وهو ما أخذ به المذهب الجعفري، حيث خالف مذهب الجمهور في تقديم جهة النساء على الرجال والذي كان يأخذ به في القانون القديم [4]

تقديم الأب والجدة لأب عن الخالة: وهذا وفق ترتيب الحنفية والشافعية والحنابلة، حيث خالف مذهب المالكية الذي كان يأخذ به في القانون القديم.

[1] قانون الأسرة الجزائري رقم 11.84 لسنة 1984

[2] قانون الأسرة الجزائري رقم 02.05 لسنة 2005

[3] يتظر: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2008، ص257

[4] ينظر: محروق كريمة، مرجع سابق، ص137

2، المشرع المغربي:

رتب القانون المغربي الحاضنين على النحو التالي:

المادة 171:" تخول الحضانة للأم، ثم الأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك فالمحكمة تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون دون وواجبات النفقة".

الملاحظ أن القانون المغربي متوافق مع ما جاء به التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري.

ثالثا. القرارات الصادرة في مراعاة مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين :

سبق القول أن أساس إسناد الحضانة هو مصلحة المحضون وبما أن ترتيب الحاضن هو مسألة اجتهادية فلقاضي أن يخالف الترتيب الوارد على أن يتحرى في ذلك مصلحة المحضون وإلا فعليه تطبيق نص المادة 64 السابقة الذكر ومن بين القرارات الواردة في هذا الشأن:

من القرارات الصادرة قبل التعديل:

. القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1993/02/23 وقد جاء فيه:" من المقرر قانونا، أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق أ بالنسبة للحاضنين، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر على القيام بدور الرعاية والحضانة.

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

فإن القضاة بقضائهم، كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض".[1]

. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/17وقد جاء في خلاصته:" من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة64من قانون الأسرة إلا إذا ثبت بالدليل من هو الأجدر بالقيام

[1] ينظر بلحاج العربي، مرجع سابق، ص229

بدور الحضانة. ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب."[1]

يستخلص من القرارين السابقين أنه لا يجوز مخالفة ترتيب الحاضنين الوارد في المادة64إلا بدليل وحجة قوية بناء على مصلحة المحضون.

. قرار المحكمة العليا الصادر في 2001/02/12 جاء فيه :"إن إسناد الحضانة للأب، بعد وفاة الأم، كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا للقانون.

حيث إن قضاة الموضوع، برروا قضائهم بكون الحضانة أثر من آثار الطلاق وليست من آثار الوفاة، وأن مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها، الذي أعاد الزواج بامرأة ثانية قبلت أن ترعاها وتربيها، مبينين أن الطاعنة مسنة تسكن رفقة أولادها، غير أهل للقيام بالحضانة ، حسب مقتضيات المادة2/62من قانون الأسرة".[2]

يتضح من القرار: أن حضانة الأولاد حال الوفاة الأم أسندت إلى الأب بغض النظر عن ترتيب الحاضنين وهذا كان مراعاة لمصلحة المحضونين مع والدهم.

من القرارات الصادرة بعد التعديل:

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2011/03/10وقد جاء فيه:" تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64من قانون الأسرة. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[3].

[1] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة بتاريخ1998/03/17ملف رقم 179471،،مجلة المحكمة العليا "عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية،2001، الصفحة172

[2] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2002/02/12، ملف رقم256629، المجلة القضائية، العدد2002،2، ص422،423

[3] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2011/03/10، ملف رقم613469، بالمجلة القضائية، العدد1/2012، الصفحة285

يستخلص من هذا القرار أنه إذا تعلق الأمر بمصلحة المحضون جاز للقاضي مخالفة الترتيب الوارد في نص المادة64؛ ذلك أن مصلحة المحضون هي أساس اسناد الحضانة.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في شروط الحضانة

من خلال هذا الفرع سنتطرق لبيان شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية(أولا) والقوانين الوضعي (ثانيا) ونختم هذا الفرع بقرار يوضح سلطة القاضي في شروط الحضانة (ثالثا)

أولا: شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية

1. شروط الحضانة عند الحنفية: العقل، البلوغ، الحرية، الأمانة، القدرة، الخلو من الزوج الأجنبي بالنسبة للمرأة أو مبغض للولد ،عدم الردة.[1]

2. شروط الحضانة عند المالكية: وضع المالكية شروطا مشتركة بين الذكر والأنثى وأخرى خاصة بكل واحد منها[2]

أ. الشروط المشتركة:. العقل والقدرة على القيام بشؤون المحضون , الأمانة في الدين , الرشد ،حرز المكان، الخلو من الأمراض المعدية ،أن لا ينتقل ولي المحضون إلى بلد خر بعيد عن بلد الحاضنة.

ب . شروط الحاضن إذا كان ذكرا يشترط في الحاضن إذا كان ذكرا علاوة على ما تقدم من الشروط ما يلي :

. أن يكون عنده من يتولى الحضانة من الإناث الأم أو زوجة ، أو مستأجرة أو متبرعة لأن الرجل لا قدرة له على العناية بالأطفال .، أن يكون محرما للمحضون الأنثى، لأنه إذا لم يكن محرما ، فلا حضانة له .

ج . شروط الحاضن إذا كان أنثى: ويضاف للأنثى الحاضنة علاوة ما تقدم من شروط سابقة ما يلي :

. عدم سكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها، أن تكون ذات رحم لمحضون ،الخلو من زوج دخل بها،.

[1] ينظر: ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم محمد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، تص: دار الكتاب الإسلامي، ط2، دمط، دتط، ج4، ص179

[2] الغرياني، الصادق بن عبد الرحمان ، **مدونة الفقه المالكي وأدلته** ، دار ابن حزم ط1، بيروت، 2008، ج3، ص161

أن تكون الحاضنة محرما للمحضون.

3. شروط الحضانة عند الشافعية: سبعة وهي: العقل، الحرية، الإسلام، العفة، الأمانة، الإقامة (بلد المحضون)، الخلو(أي خلو الحاضنة من زوج لا حق له في الحضانة).[1]

4. شروط الحضانة عند الحنابلة: الإسلام، التكليف(البلوغ والعقل)، الأمانة في الدين، القدرة على القيام بالحضانة، الرشد، الحرية، انتفاء الأمراض المعدية، عدم زواج الحاضنة، يشترط في الرجل الحاضن أن يكون لديه من يصلح للحضانة من النساء، وأن يكون محرما للمحضون إن كانت أنثى.[2]

5. المقارنة بين شروط الحضانة في المذاهب الأربعة :

بالنظر إلى شروط ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي نجد أن منها ما هو متفق فيه ومنها ما هو مختلف حوله حيث :

أ. الشروط المتفق فيها : من أهم الشروط المتفق عليها : العقل والبلوغ، القدرة على الحضانة، الأمانة على الأخلاق، عدم زواج الحاضنة بأجنبي

ب. الشروط المختلف فيه: ومن الشروط المختلف فيها

". **شرط الإسلام** حيث يرى الشافعية والحنابلة :أن الإسلام شرط فلا حضانة لكافر على مسلم ,مخافة أن يفتنه في دينه لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «**كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ، أَو يُنَصِّرَانِهِ، أَوْ يُمَجِّسَانِهِ** »[3]، أما المالكية والحنفية :الإسلام ليس شرطا لأن الشفقة أساس رعاية الطفل وهو فطرة إنسانية لا تختلف بتنوع الأديان ".[4]

---

[1] ينظر: الشبراوي بن أبي المعاطي، **إتحاف الأريب بشرح الغاية والتقريب**، دار الريادة للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 1441هـ . 2020م، ص375

[2] ينظر: عبد الله بن أحمد بن محمد الطيار، **وبل الغمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة**، دار الوطن للنشر والتوزيع، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429هـ . 1432هـ ، ج7، ص95

[3] البخاري، محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، حديث رقم 1384، ج2، ص100

[4] هادفي بسمة، موشي عادل ، فساد أخلاق الحاضن وأثره على الحق في الحضانة دراسة على ضوء الفقه والقانون الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا , مجلة الفكر القانوني والسياسي , المجلد 7 العدد 1, 2023, ص412

. **شرط الحرية** : حيث اشترطها الشافعية والحنابلة.[1]

ثانيا: شروط الحضانة في القانون الوضعي: ومن هنا سنتطرق إلى بيان شروط الحضانة في القوانين الوضعية بعد أن تم التطرق إليها في الفقه الإسلامي

1. شروط الحضانة عند المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري من خلال الفقرة 2 من نص المادة 62 من ق أ ج على أنه :"يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للحضانة، "ولعدم ورود تفصيل لشروط الحاضن فإنه يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية [2]حسب ما تضمنته المادة222 من ق أ ج في أنه:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

أي أن أهلية الحضانة هي أن يتوفر في الحاضن الشروط الواردة في الفقه الإسلامي وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1968/05/12 ما يلي:" يجب أن تتوافر في الحاضن الشروط الواردة في الشريعة الإسلامية".[3]

وتتوفر أهلية المحضون في الشروط الآتية [4]:

. البلوغ والعقل: فلا حضانة للصغير ولا المجنون أو المعتوه.

. القدرة على تربية الطفل: فلا حضانة للعاجز

. الخلو من الأمراض: فلا حضانة للمريض بمرض معدٍ يضر بصحة المحضون.

. يشترط في الحاضنة : أن تكون ذات رحم للمحضون غير متزوجة بأجنبي عنه وألا تقيم به عند من يبغضه.

. يشترط في الحاضن أن يكون محرما للمحضون عنده من تصلح للحضانة من النساء.

---

[1] الطيار، الفقه الميسر، مرجع سابق 196

[2]ينظر: لمين لعريط، مرجع سابق، ص415

[3] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص317

[4] الجندى ، أحمد نصر ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات، دط، مصر،2009، ص152

. أن يقوم الحاضن أو الحاضنة بتربية المحضون على دين أبيه وهو الإسلام.

2. شروط الحضانة عند المشرع المغربي:

نصت المادة 173 من المدونة المغربية على ما يلي :"شروط الحاضن :

1. الرشد لغير الأبوين

2. الاستقامة والأمانة

3. القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه

4. عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174و175 وبعده".[1]

3. شروط الحضانة عند المشرع التونسي

نصت على ذلك المادة 58 من مجلة الأحوال التونسية والتي تضمنت ما يلي : يشترط في مستحقي الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى. وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون و إذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليّا له أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضع للمحضون أو كانت أما ووليّة عليه في آن واحد "

كما نصت المادة 59 من مجلة الأحوال التونسية على أنه :" إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وألا يخشى عليه"

نلاحظ من خلال شروط الحضانة في الأسرة العربية أنها لا تكاد تختلف، وهي في مجملها مستمدة من الفقه الإسلامي.

[1] المادة 173 من مدونة الأسرة المغربية

ثالثا: القرارات الصادرة في مراعاة مصلحة المحضون في شروط الحاضنين

على القاضي عند إسناد الحضانة أي يراعي توفر شروط الحضانة في مستحقيها مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك أي أنه قد لا تتوفر بعض الشروط في الحاضن ومع ذلك تسند له الحضانة لتعلق مصلحة المحضون به وهذا ما يؤكده القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1998/04/21 وقد جاء فيه :"كما أن مبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض الشروط شريطة أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون "[1]

وسأقتصر في بيان سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون عند تخلف شرط الأمانة والاستقامة، ومن ذلك أن يقوم القاضي بإسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا رغم أن ارتكاب الحاضنة أن هذه الجريمة تسقط حقها في الحضانة ،فمن شروط الحاضن أن يكون أمينا، وقد نصت المحكمة العليا على هذا المسقط في العديد من قراراتها منها :

. قرار الصادر بتاريخ 1997/09/30 وقد جاء فيه:" من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا هي أهم المسقطات للحضانة.

ومتى تبين- في قضية الخال- أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم، المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، وخاصة أحكام المادة 62من ق أ.

ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار جزئيا فيما بحص الأولاد الثلاثة".[2]

يتضح من القرار أن جريمة زنا تعتبر من أهم مسقطات الحضانة ذلك لكونها تمس بمصلحة المحضون في تربية وتأديبه.

إلا أن القاضي قد يلجأ إلى إسناد الحضانة إلى الحاضن الذي ارتكبت جريمة الزنا وذلك إذا تعلق الأمر بمصلحة المحضون رغم انتفاء شرط الأمانة في الحاضن، واتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا حضانة

[1] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189234، الاجتهادات القضائية، عدد خاص، 2001، ص175

[2] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1997/09/30، ملف رقم171684، الاجتهادات القضائية، ص169

لفاسق لأنه ليس محل ثقة ولا يؤتمن على تربية الطفل وأخلاقه وفي بقاء المحضون عنده ضرر عليه[1] ، وقيد ابن عابدين فسق الأم بكونه يضيع الولد إذا كان لا يضيعه فلها حضانته ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيه على فجور أمه ، فيتنزع منها صونا لأخلاقه من الفساد، أما الرجل الفاسق فلا حضانة له[2].

وهذا ما تضمنه القرار الصادر عن المحكمة العليا في 2010/07/15 وقد جاء فيه: "حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة، وذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا.

لكن حيث أن الحضانة وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة62 من نفس القانون إلا أن المادة 67 السالفة الذكر ، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه: يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون ، وأن مصلحة البنت المحضونة تقتضي بقاءها عند والدتها والتي هي أحق بها ، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء.

ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، وعلى هذا الأساس يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، الأمر الذي جعل هذا الفرع هو الأخير غير مؤسس، ويتعين عدم الاعتداد به ، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن".[3]

يتضح من خلال هذا القرار مدى سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون حيث أسند حضانة البنت إلى أنها التي هي بحاجة إليها رغم كونها مدانة بجريمة الزنا والتي هي من أهم مسقطات الحضانة . وأن عدم استغناء البنت عن خدمة النساء جعل القاضي لا يعتد بهذا المسقط ذلك أن مصلحة المحضون تعلو فوق كل اعتبار .

ومما يؤكد هذا أيضا الاجتهاد القضائي السوري في 1970/10/29 الذي قضى بأنه:" زنا الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة إذا كان الولد في سنة لا يفقه فيها مضرته أو تحت الخامسة.

[1] ينظر: وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ج10، ص7305؛ وينظر أيضا جمال غريسي، مرجع سابق، ص511

[2] ينظر: ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص556 وما بعدها

[3] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم564787، بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، العدد02، ص262

لما كان ظاهرا من الإدارة أن الطاعن لم يذكر أمام قاضي الموضوع سوى أن المدعية زانية ولم يزد على ذلك حرفا ولم يقل أنها تترك الأولاد مشردين وتخرج في معظم أوقاتها من منزلها.

وكان القول لا يسمح منه ابتداء أمام المحكمة النقض.

وكان مجرد الزنا في الحضانة لا يسقط حقها فيها إذا كان الولد في سن لا يفقه مضرته وقدرت بالخامسة.

ولما كان الحكم قد سار على هذا النهج؛

كان موافقا للأصول فلا يرد ما أدلى به الطاعن."[1]

يستخلص من هذا القرار أنه : لا يمكن إسقاط الحضانة في حالة الزنا ما دامت مصلحة المحضون في بقائه مع حاضنته ، ثم إن زنا الحاضن أُعتبر أحد مسقطات الحضانة كونه قد يؤثر على أخلاق المحضون وتربيته لذا رأى الاجتهاد القضائي أن السن التي قد يتأثر فيها المحضون من الحاضنة هو الخامسة إذ لا حضانة لزانية بعد هذا السن.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون عند تمديد الحضانة وإسقاطها

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى بيان سلطة القاضي في تمديد الحضانة (الفرع الأول) وإسقاطها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون عند تمديد الحضانة

أولا : مدة الحضانة في الشريعة الإسلامية

1. آراء فقهاء المذاهب: اختلف الفقهاء في انتهاء مدة الحضانة على أقوال :

. الحنفية: تمتد حضانة الولد إلى سن التمييز وهو سبع سنين وبه يفتى، وقيل: تسع سنين، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين وبه يفتى، وقيل: إحدى عشر سنة.[2]

---

[1] محمود زكي شمس، مرجع سابق ، ج2، ص622

[2] ينظر الزيغلي عثمان بن علي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**، (حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي)، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، القاهرة، 1314هـ، ج"، ص48، 49؛ وينظر أيضا ابن عابدين ، مرجع سابق، ج3، ص566

. المالكية: أن حضانة الغلام تستمر إلى بلوغه ولو كان مريضا أو مجنونا على المشهور، أما الأنثى فتستمر إلى الدخول بها.[1]

. الشافعية: يمتد سن الحضانة إلى التمييز وهو سبع أو ثمان سنوات غالبا للذكر والانثى على سواء، ثم يخير المحضون[2]

. الحنابلة : تستمر الحضانة إلى بلوغ سبع سنوات غالبا للذكر والانثى على سواء إلا أن الذكر يخير أما الأنثى فلا أبوها أحق بحصانتها.[3]

2. مقارنة مدة انتهاء الحضانة بين المذاهب الأربعة :

أ. في المذهب الواحد:

. من حيث مدة الحضانة: عند لحنفية والمالكية : يختلف السن الذي تنتهي فيه حضانة الذكر عن الأنثى، أما عند الشافعية والحنابلة : تنتهي مدة حضانة والذكر والأنثى على حد سواء .

. من حيث التخيير: الشافعية ،يخير الذكر والأنثى على حد سواء أما عند الحنابلة فالذكر يخير أما الأنثى فلا.

ب . بين المذاهب الأربعة:

. من حيث السن: مدة حضانة الذكر :محل اتفاق بين الحنفية والشافعية والحنابلة بحيث حددت بسن التميز وهو في السابعة او الثامنة من عمره، بخلاف المالكية حيث حددت بالبلوغ . أما مدة حضانة الأنثى فهي

[1] ينظر محمد عليش، **شرح منح الجليل على مختصر العلامة الخليل**، دار الفكر للطباعة والنشر، ط1،بيروت، لبنان، 1404هـ . 1984م ، ج4، ص420،421 ؛وينظر أيضا ابن الجلاب، عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم، **التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس**، ت سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1428هـ . 2007م، ج1، ص436

[2] ينظر البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب**، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دط، 1427، 1428هـ . 2007م، بيروت، لبنان، ج4،ص 104؛ ينظر أيضا ابن الرفعة، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، **كفاية النبيه شرح التنبيه**، ت مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2009، ج15، ص285

[3] ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، **عمدة الفقه**، ت أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية لطباعة والنشر، دط، صيدا، بيروت، 1423هـ . 2003م، ص112

محل خلاف بينهم حيث يرى الشافعية والحنابلة أنها تنتهي بسن التمييز أما الحنفية فبالبلوغ والمالكية بالدخول.

ب من حيث التخيير :ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم تخيير المحضون ، بينما ذهب الشافعية والحنابلة: إلى تخيير المحضون .

ثانيا: مدة الحضانة في القانون الوضعي

المشرع الجزائري: نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، ولأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

وعلى أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون ".[1]

يلاحظ من نص المادة 65أن مدة الحضانة الذكر في التشريع الجزائري توافق ما جاء به فقه الإسلامي حيث تنتهي مدة الحضانة للذكر في حدود 10 سنوات ، أما بالنسبة للأنثى فهي أقرب إلى ما أخذ به المذهب المالكي في أن انتهاء مدة حضانة الأنثى بالدخول.

كما أجازت للقاضي تمديد حضانة الذكر بشرط عدم زواج الأم الحاضنة وهذا ما تضمنته شروط الحضانة مما سبق ذكره إلا أنه إذا تعلق الأمر بمصلحة المحضون فلا يعتد بهذا الشرط.

المشرع المغربي: تنتهي الحضانة حسب المادة 166 ببلوغ سن الرشد القانوني وهو18سنة للذكر والأنثى على حد سواء، إلا أنه يحق للمحضون اختيار حاضنه إذا بلغ 15 سنة كاملة [2].

يؤخذ على المشرع المغربي أنه جعل انتهاء مدة الحضانة للذكر والأنثى على حد سواء وبسن 18 سنة ذلك أن الذكر يحتاج إلى أن يكون بحضانة الرجال في وقت أبكر من ذلك لتهذيبه وتقويم سلوكه في المجتمع ليتحلى بآداب الرجال والرجال أقدر على ذلك فالنساء لا يمكنها الإشراف عليه في الخارج ، أما بالنسبة

[1] قانون رقم 84-11مؤرخ في 9رمضان 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ,ج ر , عدد 43 , الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005 , الفصل الثاني، المادة65

[2] ينظر المادة 166 والمادة209 من مدونة الأسرة المغربية

لحضانة الأنثى فنجد توافقا بين المشرع الجزائري والمغربي من حيث الأساس المؤخوذ به والمتمثل في سن الزواج لكل بلد ذلك أن سن الرشد القانوني وسن الزواج[1] في المغرب هو 18 سنة كاملة وهما يوافقان في ذلك ما ذهب إليه الفقه المالكي.

أما عن اختيار الحاضن فهو مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية في أن للمحضون حق في اختيار من يحضنه حسب ما ذهب إليه الشافعية[2] والحنابلة[3]، وما يميزه أكثر أنه جعل تخيير المحضون في سن 15 سنة وهو سن يحتمل أن يتوفر في الطفل تمييز من هو الأصلح له، إلا أنه يجب على القاضي أخذ الحيطة في ذلك وأن يتحرى مصلحة المحضون في ما اختاره.

ثالثا: القرارات الصادرة في سلطة القاضي في تمديد الحضانة

من خلال نص المادة 65 السالفة الذكر يتضح أن للقاضي سلطة في تمديد حضانة الذكر إذا بلغ 10 سنوات بشرط أن تكون الحاضنة هي الأم وأنها لم تتزوج ثانية ،أي يشترط أن تحتفظ بنفس شروط الحضانة، وهذا إذا رأى في تمديها مصلحة للمحضون، أما بالنسبة للأنثى فتنتهي بسن الدخول.

. القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1990/12/10وقد جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه(التي تزوجت غير محرم) فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة"[4].

يستخلص من القرار أن تمديد الحضانة مقتصر على الأم فقط وبشرط ألا تتزوج ثانية.

. القرار الصادر عن المحكمة العليا في2011/02/10 وقد جاء فيه :"لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي .الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد، في حالة تجاوز سن 10 سنوات. تبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون. وفي قضية الحال طالبت الحاضنة ببدل

[1] ينظر المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية

[2] الرملي ،مرجع سابق، ج7، 231

[3] البهوتي ، مرجع سابق، ج5، ص503

[4] القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/12/10، ملف رقم66552، المجلة القضائية 1995، عدد2، ص89

الإيجار بعد أن تجاوز المحضون سن العشر، وقد رفض قضاة الموضوع دفع الأب بسقوط الحضانة بسبب السن واستجابوا لطلب الحاضنة وأيدتهم المحكمة العليا".[1]

يتضح من خلال هذا القرار أن تمديد الحضانة لا يحتاج إلى قرار قضائي بمجرد بلوغ الطفل سن10 سنوات. أي أن الحاضنة تحتفظ بالحضانة إلى حين صدور قرار بخلاف ذلك.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون عند اسقاط الحضانة

أولا: مسقطات الحضانة في الشريعة الإسلامية

1. فقدان شرط من شروط الحضانة: وتشمل ما يلي:

أ. فسوق الحاضن أو قلة دينه أي كونه غير أمين على محضون[2].عجز الحاضن عن القيام بواجبات الحضانة، إذ لا حضانة للعاجز عن خدمة المحضون وغيرها من شروط الحضانة [3]. أما سقوط الحضانة بزواج الحضانة فهو على ثلاث أقوال:

الأول وهو قول الجمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في قول: أن زواج الحاضنة يسقط حقها في الحضانة.[4]

[1] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية،بتاريخ2011/02/10، ملف رقم599850، المجلة القضائية، العدد1، 2012، ص281

[2]ينظر: عبد العزيز شحاته ، مرجع سابق، ص74

[3] ينظر: الصادق عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ج3، ص158

[4] ينظر:داماد أفندي،عبد الله بن محمد بن سليمان، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**،دار العامر(دط، نركيا، 1327هـ)، وصورتها دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج1، ص481؛ وينظر: الصاوي، أحمد،**بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير**، مرجع سابق،ج2، ص759؛ ينظر البجيرمي ، سليمان بن محمد بن عمر، مرجع سابق، ج4، ص110؛وينظر: شمس الدين الزركشي،**شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، مكتبة العبيكان، ط1، 1413هـ . 1993م، ج6، ص37

الثاني وهو قول الظاهرية [1]وحكى عنه الحسن البصري[2]: أن زواج الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة.

الثالث وهو قول لأحمد بن حنبل: أن الزواج يسقط حق الحضانة إذا كان المحضون ذكرا لا أنثى.[3]

2. السفر بالمحضون: تسقط الحضانة بالسفر على أحوال:

. الحنفية: فرقوا فيما إن كانت الحاضنة أما أمغير أم بحيث:[4]

إذا كانت أما للمحضون: تسقط حضانتها إذا سافرت مسافة بعيدة بحيث لا يتمكن الولي من رؤية المحضون في يوم والرجوع إلى بيته في الليل.

وإذا كانت غير أم للمحضون :فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال.

. والمالكية يرون أنه: يسقط إذا كان سفر نقلة بمقدار ستة برد فأكثر، وتنتقل الحضانة إلى الأب سواء أكان هو المقيم أم المتنقل.[5]

. أما عند الشافعية: فتسقط الحضانة بالسفر لمكان غير آمن أو بقصد النقلة.[6]

. والحنابلة على أنه: تسقط الحضانة بالسفر لبلد يبعد بمقدار القصر فأكثر[7] .

---

[1] ينظر: ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، **المحلى بالآثار**، تح عبد الغفار سليمان البنداوي، دار الفكر، دط، بيروت، دتط، ج10، ص143

[2] ينظر: ابن القيم، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، مرجع سابق، ج5، ص406

[3]ينظر: ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، االمغني، مرجع سابق، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي . عبد الفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ط1 (1406هـ . 1986م)، ط2(1412هـ . 1992م)، ط3 (1417هـ . 1997م) مصححة ومنقحة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج11، ص420

[4] ينظر: منلا خسرو،، محمد بن فرامو، **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، درا حياء الكتب العربية، دط، دمط، دتط، ج1،ص412

[5] بنظر: الصاوي، أحمد، مرجع سابق،ج2، ص498

[6] ينظر: الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، در . تع علي محمد عوض، عادل أجمد عبد الموجود، قدم له محمد بكر اسماعيل، دار الكتب العلمية، منشورات علي بيضون لشر كتب السنة والجماعة، دط، بيروت، لبنان، 1421هـ . 2000م، ج5، ص201

[7] ينظر، ابن قدامة ،المغني، مرجع سابق، ج11، ص419

ونخلص بالقول إن المالكية والشافعية والحنابلة يرون سقوط الحاضنة بسفر النقلة في حين يرى الحنفية متى كان السفر بعيدا بحيث لا يمكن للأب زيارة الولد في نهار يومه والعودة لبيته في ليله.

3. التنازل عن الحضانة: وذلك بأن يسقط الحاضن حقه في الحضانة وبالتالي تنتقل إلى من يليه من الحاضنين وهو ما ورد عند الحنفية [1]والمالكية[2].

4. عدم المطالبة بالحضانة: وهو ما أخذ به المذهب المالكي حيث أن سكوت صاحب الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة مدة سنة فأكثر دون عذر يسقط حقه فيها.[3]

ويمكن الإشارة إلى رأي الفقهاء في عودة الحضانة بعد إسقاطها: اختلف الفقهاء في إمكانية عودة الحضانة بعد اسقاطها على مذهبين [4]:

الأول :جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على أنه إذا زال المانع من الحضانة عاد الحق فيها.[5]

الثاني : المالكية يفرقون بين سبب السقوط الاختياري والاضطراري بحيث:[6]

. إذا كان السقوط اختياريا: كالتنازل عن الحضانة أو الزواج بغير قريب محرم فإن الحضانة لا تعود.

. أما إذا كان السقوط اضطراريا: كأن يصاب الحاضن بمرض معد ثم يشفى منه ، فيمكنه استرداد الحضانة على أن يطلب الحضانة خلال سنة من زوال المانع.

---

[1]ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار**، مرجع سابق، ج3، ص559

[2]ينظر الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد، **شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني**، ضبط، تصح تخ(آياته) عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، منشورات علي بيضون لشر كتب السنة والجماعة، ط1، 1422هـ . 2002م، ج4، 484

[3] ينظر االكشناوي، أبو بكر حسن بين عبد الله، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه أمام الأئمة مالك** ، دارالفكر، ط2، بيروت، لبنان، دتط، ج2، ص208

[4]ينظر عبد العزيز شحاته، مرجع سابق، ص77؛ ينظر أيضا ليلان رشيد فائق، أحكام الحضانة في الفقه المقارن، (بحث مقدم للترقية)، إ سردار محمد كريم، وزارة العدل، حكومة أقليم كوردستان العراق، 1444هـ . 2022م، ص30

[5] ينظر : عبد الرحمان بن قاسم ، مرجع سابق، ج7، 156؛ زين الدين ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ، مرجع سابف، ج4، ص183؛ وينظر: ابن الرفعة، كفاية النبيه على شرح التنبيه، مرجع سابق، ج15، ص296

[6] ينظرأحند الصاوي،مرجع سابق، ج2ن ص763

ثانيا: مسقطات الحضانة في القانون الوضعي

1. اختلال شروط الحضانة: وهذا وفقا لنص المادة 67 من ق أ؛ "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62أعلاه."

وهو ما تضمنه أيضا المادة 152 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: "يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات الآتية:

1_ إذا اختل أحد الشروط المذكورة سابقا في المادتين(143) و (144).."

ومن أمثلة ذلك **زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون** :حيث جاء في نص المادة 66 من ق أ ج ما يلي :"يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم،..."، وكذلك يسقط حق الجدة للأم والخالة في الحضانة بالسكن مع أم المحضون التي تزوجت بأجنبي عن المحضون حيث نصت 70 على أن :"تسقط حضانة الجدة أو الخالة أذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم."

ونصت على هذا المادة 191 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[1]في فقرتها الأولى:" إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون، ودخل بها، سقط حضانتها ."أما عن القانون المغربي فقد بيّن حالة سقوط الحضانة بالزواج فيما إن كانت الحاضنة أما أو غير أم للمحضون ،حيث نصت المادة 174 من مدونة الأسرة المغربية على أنه:" زواج الحاضنة غير الأم، يسقط إلا في حالتين:

1_ إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون؛

2_ إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون."

في حين نصت المادة 175 على أنه:" زواج الحاضنة الأم، لا يسقط حضانتها في الأحوال الآتية:

1_ إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها؛

2_ إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجهل حضانته مستعصية على غير الأم؛

[1] قانون الأحوال الشخصية الكويتي : قانون رقم 51 لسنة 1984المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996و29لسنة 2004و66لسنة 2007وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء ,الباب الخامس، المادة191

3_ إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون؛

4_ إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون."

2. التنازل عن الحضانة: نصت المادة 66 السالفة الذكر على أنه: "يسقط حق الحاضنة ...، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون."، في حين نجد أن المشرع المغربي لم ينص على سقوط الحضانة بالتنازل لكنه ترك هذه المسألة لتنظيم القضاء حيث جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 2006/10/04 ما يلي:" إن تنازل من له الحق في الحضانة يلزمه، إذا تنازلت الأم عن الحضانة فإنها تنتقل إلى من يأتي."[1]

3. عدم المطالبة بالحضانة: وهذا ما تضمنته المادة 68من ق أ ج في نصها:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها."

كما نص المشرع المغربي على هذا من خلال نص المادة176:" سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة."

4. الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي: حيث نصت المادة68 من ق أ ج على أنه:" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون."

كما نصت على هذا المسقط في الفصل61 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية:" إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها."

من خلال ما سبق يتضح أن مسقطات الحضانة في القانون الوضعي لا تختلف عما جاء به الفقه الإسلامي، أو يمكن القول إنما هي مستمدة من الفقه الإسلامي فنجد على سبيل المثال مسقطات الحضانة في التشريع الجزائري توافق ما جاء به المذهب المالكي. وما يؤكد ذلك أيضا أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بعودة الحضانة فرق بين أسباب السقوط الاختيارية والاضطرارية، وهو ذهب إليه الفقه المالكي كما سبق بيانه فقد نص في المادة على أنه :" يعود الحق في الحضانة إذا سبب سقوطه الاختياري".

[1] قرار المجلس الأعلى عدد562، بتاريخ2006/10/04، ملف شرعي عدد2006/1/2/143، منشور بمجلة أهم القرارات الصادرة عن غرفة الاحوال الشخصية والميراث2007، ص240 وما يليها

ثالثا: القرارات الصادرة في سلطة القاضي في إسقاط الحضانة

إن المشرع منح لقاضي سلطة في إسقاط الحضانة مثلما منحه سلطة في إسنادها وتمديدها وسنقتصر في بيان سلطة القاضي في اسقاط الحضانة من خلال بعض النماذج الهامة:

. سلطة القاضي في التنازل عن الحضانة : أجاز المشرع للحاضن الحق في التنازل عن الحضانة إلا أنه إذا تعلق الأمر بمصلحة المحضون فللقاضي أن يجبر الحاضن عليها ولا يعتد بتنازله فقد لا يتوفر في غير الحاضن الشروط الواجبة للحضانة وقد لا يوجد من يحضنه سواه وبالتالي فإن قبول التنازل يعني تفويت مصلحة المحضون مما يتعين إجباره عليها .[1]ومما يؤكد ذلك:

. "القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1998/04/21وقد جاء فيه : من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة، إذا أضر بالمحضون.

ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما، رغم تنازلها عنها، ومراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك، استوجب رفض الطعن"[2].

والقرار الصادر عن المحكمة العليا في 1989/07/03 من المقرر شرعا وقانونا، أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القضائي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها، وإسنادها لأبيها، رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب.

فبقضائهم كما فعلوا، خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه.[3]

---

[1] ينظر: جمال غريسي ، مرجع سابق، ص510

[2] ينظر: بلحاج العربي، مرجع سابق، ص344

[3] القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1989/07/03، ملف رقم 54353، المجلة القضائية، عدد1، 1992، ص45

يستخلص من القرار: أن الحضانة لم تسقط رغم تنازل الحاضنة وذلك لأن مصلحة المحضون (البنت المريضة) تقتضي ذلك .

خلاصة المبحث: عنت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية بتنظيم أحكام الحضانةبمافي ذلك مراتب الحاضنين وشروطهم، ومدة الحضانة ومسقطاتها وتظهر سلطة القاضي في هذه الأحكام بحيث :

. يمكن للقاضي مخالفة ترتيب الحاضنين الوارد شرعا وقانونا، كما يمكنه اسناد الحضانة إلى شخص الذي رأى فيه مصلحة المحضون ولو تخلفت فيه شرط من شروط الحضانة.

. يمكن للقاضي تمديد الحضانة إذا رأى في ذلك مصلحة للمحضون.

. يمكن للقاضي عدم اسقاط الحضانة رغم توفر اساب اسقاطها ومن ذلك اجبار الحاضنة على الحضانة رغم تنازلها عنها لتعلق مصلحة المحضون بها.

. إن مصلحة المحضون تخول للقاضي السلطة في عدم الالتزام بما أقرته النصوص الشرعية والقانونية من أحكام وهذا لا يعتبر مخالفة لها وإنما هو إعمال لهذه النصوص حيث اتفت جميعها على أن أساس الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون

خلاصة الفصل :

يستخلص من هذا الفصل الآتي:

– إن الطبيعة الاجتهادية لمصلحة المحضون تعزز من دور القاضي في أغلب مسائل الحضانة ذلك أن مصير المحضون مرهون بما آلت إليه سلطة التقديرية للقاضي في اختيار الأصلح والأكفأ للمحضون.

– سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون غير مطلقة بل هي مقيدة بضوابط ومعايير لا بد على القاضي مراعاتها عند الحكم بالحضانة لمستحقها.

– إن سلطة القاضي التقديرية تحكمها معايير موضوعية وأخرى إجرائية، أما الموضوعية فهي تشمل ما يتعلق بحقوق المحضون المعنوية والمادية كحقه في الرعاية والتربية والنفقة وأما المعايير الإجرائية فتتمثل في الإجراءات المقرر للإثبات والتحقيق القضائي.

– على الرغم من تنظيم الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لمسائل الحضانة وأحكامها، إلا أن سلطة القاضي التقديرية هي المحور الأساسي في تطبيق نصوصها، حيث جاز للقاضي مخالفة ترتيب الحاضنين وكذا شروطهم ويسري ذلك على الكثير من أحكام الحضانة ما دامت مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

الفصل الثاني

حق المحضون بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن

تمهيد:

إن مصلحة المحضون هي الأساس الذي يستند إليه القضاة في تحديد الحاضن الأنسب، إلا أن هذا الأخير قد تصدر منه بعض التصرفات التي تلحق ضررا بالمحضون أو بمن له صلة به متخذا في ذلك شكلا من أشكال التعسف، الأمر الذي يتوجب على القاضي التدخل لوضع حد له تعزيزا لمبدأ مصلحة المحضون ،لذا سنحاول من خلال هذا الفصل معالجة هذا الموضوع في مبحثين هما :

- المبحث الأول: صور تعسف الحاضن في حقوق المحضون
- المبحث الثاني: تطبيقات قضائية في صور التعسف

المبحث الأول: صور تعسف الحاضن في حقوق المحضون

لم يرد لفظ التعسف في استعمال فقهاء الشريعة الإسلامية إلا حديثا حيث درج استعمال هذا المصطلح عند فقهاء القانون الغربي بينما وردت عدة مصطلحات عند فقهاء الشريعة الإسلامية كتعبير عنه ومن ذلك الاستعمال المذموم، المضارة في الحقوق، المضارة، [1]ومنهم من أدرجها تحت ما اصطلحوا عليه "الفعل الضار".[2]ومن بين التعريفات الدالة عليه: تعريف الشاطبي بقوله: "حيل على بلوغ غرض لم يشرع ذلك الحكم لأجله".[3]وتعريف فتحي الدريني بقوله: "هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل".[4]أو هو" استعمال الحق على وجه غير مشروع".[5] هذا فيما يخص التعسف بوجه عام ، أما **التعسف في استعمال حق الحضانة في الشريعة الإسلامية:** "فهو التعدي في استخدام حق الحضانة على وجه مناقض لمقصد الشارع من حفظ المحضون ورعاية مصالحه وتربيته".[6] **وفي القانون الوضعي عرف**

---

[1] ينظر: فتحي الدريني ، **التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، ط1، 1967.1387/ط4، 1988.1407، بيروت ،ص45، 46

[2]الزحيلي،وهبة ،مرجع سابق ،ج4، ص2873

[3] الشاطبي،أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، **الموافقات**، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ،تقد بكر بن عبد الله أبو زيد، ،دار ابن عفان، ط1، 1417هـ . 1997م، ج3، ص111

[4] الدريني، المرجع نفسه، ص54

[5] عبد الله بن عبد العزيز المصلح، **قيود الملكية الخاصة**، دار المؤيد،دط، دمط، دتط، ص496

[6]أشرف محمود عقلة بني كنانة، **التعسف في استعمال حق الحضانة وأثره**، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي (المجمع الفقهي الإسلامي)، جامعة أم القرى . مكة المكرمة(كلية الشريعة والدراسات الإسلامية)، ص10

بأنه "استعمال الحق المشروع فيما يتعلق بحقوق الحضانة على وجه غير مشروع يقصد منها الإضرار بالطرف الآخر".[1]

يتضح من خلال مقارنة التعريفين أن كلاهما يقصد بالتعسف في استخدام حق الحضانة:

. التعدي الذي يقع على حقوق الحضانة.

. مخالفة الهدف الذي شرعت من أجله الحضانة وبالتالي الانتقال من المشروعية إلى عدمها.

ما يهمنا في هذا البحث هو تعسف الحاضن الذي يمكن القول بأنه: هو تعدي الحاضن على حق من حقوق الحضانة.

شرح التعريف:

تعدي: أي انتهاك وظلم.

الحاضن: لبيان من صدر عنه هذا التعسف

على حق : إذ لابد من وجود الحق ليحصل التعسف.

من حقوق الحضانة: لتشمل حقوق المحضون كالتعلم والتربية وحقوق وليه أوغيرهما كحق الزيارة .

ولبيان أن هذا التعسف صدر عن الحاضن كونه صاحب حق في الحضانة

ولتعسف فعل محرم دلت عليه أدلة كثيرة [2]ومن ذلك: قوله تعالى:﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۖ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْۚ وَمَنْ يَّفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَد ظَّلَمَ نَفْسَهُۥۖ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًاۚ وَاذْكُرُواْ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۖ وَاتَّقُواْ ٱللَّهَ وَاعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌۖ﴾[سورةالبقرة : الآية230] ؛ ويستدل منها على عدم جواز التعسف في أن رجعة الزوجة حق من الحقوق التي يمتلكها الزوج على زوجته ما دامت في عدتها من الطلاق الرجعي وقد دعا الله تبارك وتعالى إلى أن يستعمل الزوج حقه

[1]عماري، سناء ، دبابش ،عبد الرؤوف ، **التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري**، مجلة العلوم القانونية، جامعة بسكرة، مجلد10، العدد02، 2019، ص174

[2]ينظر: الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص2864، 2865

استعمالا مشروعا وهو أن يمسكها في عصمته إذا كان مصحوبا بالمعاشرة الحسنة، ونهى أن يستعمل حقه في ذلك بصورة غير مشروعة وهو أن يمسكها وهو يريد بذلك الإضرار بها وهذا ما يجعله تعسفا في استعمال الحق[1]،

وعن عبد ربه بن خالد النُّميري أبو المغلِّس قال : حدثنا فضيل بن سليمان قال: حدثنا موسى بن عقبة قال: حدثنا إسحاق بن يحيى بن الوليد، عن عبادة بن الصامت «**أَنَّ رَسُولَ الله صَلّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلّم، قَضَى أَن لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار**»[2] ؛والمقصود من الحديث: "معنى الأول لا تدخل على أخيك ضررا لم يدخله على نفسه ومعنى الثاني لا يضار أحد بأحد، وظاهر الحديث تحريم جميع أنواع الضرر إلا بدليل لأن النكرة في سياق النفي تعم"[3]، وبما أن التعسف أحد أنواع الضرر إذن فحكمه الحرمة.

كما أغلب التشريعات الوضعية تنص في موادها القانونية على منع أي تعسف في الحق مما يسبب ضررا بالغير بل وقد تفرض عقوبات وتجرم أفعالا، ومن ذلك: ما جاء في المادة124 مكرر من القانون المدني الجزائري: "يشكل الاستعمال التعسفي خطأ لا سيما في الحالات التالية:

. إذا وقع بقصد الاضرار بالغير،

. إذا كان يرمي حصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير،

. إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."[4]

---

[1] ينظر: محمد رأفت عثمان، **التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون**، مجلة الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، مجلد1، عدد1، 1982، ص9

[2] ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم2340، ج2، ص784؛ قال عنه الألباني: حديث صحيح(الألباني، ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط1، 1417هـ ، 1997م، ج2، ص257)

[3] الجلال السيوطي وغيره، **شرح سنن ابن ماجه**، قديمي كتب خانة .كراتشي، ص169

[4] القانون المدني الجزائري: الأمر رقم 75_58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 83_01 المؤرخ في 29 يناير سنة 1983 والقانون رقم 89_01 المؤرخ في 7 فبراير سنة 1989والقانون رقم 05_10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07_05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007

ويمكن القول إن امتلاك الحاضن لحق الحضانة يكسبه حقوق أخرى تتعلق بها كحقه في تأديب الطفل وتعليمه وحفظه وغيرها من الحقوق إلا أنه قد يستعمل هذا الحق استعمالا غير مشروع مما قد يلحق ضررا بالمحضون فلا يحقق مصلحته ما يستوجب تدخل القضاء لمعالجته ومن خلال هذا المبحث سنتعرف على أهم صور تعسف الحاضن في حقوق المحضون وآليات الحماية منها وسلطة اقاضي في مواجهتها .

المطلب الأول: التعسف في تأديب المحضون

نصت المادة 62 من ق أ ج على أن " الحضانة هي تربية الولد ...وحفظه صحة وخلقا"، أي أن أحد أهداف الحضانة هي حفظ خلقه لذا فإنه يقع على الحاضن تأديب المحضون وتقويم سلوكه إلا أنه قد يستعمل هذا الحق اضرارا بالمحضون، مما يعتبر تعسف ضد المحضون، ومن خلال هذا المطلب سنتعرف على أهم مظاهر التعسف في تأديب المحضون وكيف عالجها الفقه الإسلامي والقضاء الوضعي.

الفرع الأول: مفهوم التأديب ومشروعيته

أولا . مفهوم التأديب:

تشترط الشريعة الإسلامية وأغلب التشريعات العربية في الحاضن أن يكون أمينا مما يتطلب منه القدرة على تربية الطفل بتأديبه وتحسين أخلاقه، كما جُعل فساد أخلاق الحاضن سببا من أسباب سقوط الحضانة عنه لكونه لا يحقق الهدف الأسمى من الحضانة وهو مصلحة المحضون في تأديبه وحسن تربيته.

ويعرف التأديب على أنه:" حق وظيفي يستخدمه ذو الولاية الشرعية، لإصلاح وتقويم المولى علي ، بضوابط شرعية خاصة[1]".أو هو "كل تصرف صدر ممن له حق في التأديب سبب ضررا للطفل المؤدَّب".[2]

[1] محمود إبراهيم محمد لحام، المسؤولية الجنائية المترتبة على حق التأديب(دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة ماجستير، إ مأمون الرفاعي، الفقه والتشريع ،كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس . فلسطين، 2018م، ص67

[2] لانصاري رشيدة، غيتاوي جلولة، الحماية الجنائية للأطفال من التعسف في التأديب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الحوار الفكري، مجلد 16، عدد01، 2010، ص72

فالحاضن منح حق تأديب المحضون باعتباره وليا عليه، حيث يقع على عاتقه تربية المحضون بتهذيبه وتقويم سلوكه على الوجه المشروع. [1]

ويشترط في تأديب المحضون خمسة شروط وهي[2]:

. أن يكون المحضون المؤَدَّب: قابلا للتأديب، مستحقا له،

. أن يكون الحاضن المؤدِّب: له ولاية التأديب، أن يقصد التأديب لا الانتقام، عدم الإسراف في الضرب والتأديب.

ثانيا . مشروعية التأديب: أجازت الشريعة الإسلامية حق الحاضن في تأديب المحضون كما استقرت القوانين الوضعية على منحه هذا الحق لمصلحة الطفل، ومن هنا سنتطرق إلى بيان أساس حق التأديب شرعا وقانونا وفق ما يلي:

1. أساس حق تأديب الطفل في الشريعة الإسلامية : تأديب الطفل أمر جائز شرعا دلت عليه أدلة كثيرة من بينها:

. أساس حق تأديب الطفل من الكتاب : قوله الله عز وجل:﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ قُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ وَأَهۡلِيكُمۡ نَارٗا وَقُودُهَا ٱلنَّاسُ وَٱلۡحِجَارَةُ عَلَيۡهَا مَلَٰٓئِكَةٌ غِلَاظٞ شِدَادٞ لَّا يَعۡصُونَ ٱللَّهَ مَآ أَمَرَهُمۡ وَيَفۡعَلُونَ مَا يُؤۡمَرُونَ**﴾ [سورة التحريم : الآية6]

وجه الدلالة: تدل الآية على جواز تأديب الأولاد ذلك أن التأديب سبب من أسباب الوقاية، كما أن الأولاد هم من الأهل.[3]

"وأخرج ابن عبد الحميد عن ابن عباس في قوله:﴿ **قُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ وَأَهۡلِيكُمۡ نَارٗا**﴾ قال: أدبوا أهليكم".[4]

---

[1] ينظر: إسماعيل غازي مرحبا، **التعسف في استعمال حق الحضانة حقيقته . صوره . علاجه في الفقه الإسلامي المقارن**، مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الإنسانية، السنة الخامسة، العدد9، 1437هـ، ص330

[2] ينظر: محمد بن إبراهيم التويجري، **موسوعة الفقه الإسلامي**، بيت الأفكار الدولية، ط1، دمط،1430هـ . 2009م، ج5، ص81

[3] عبد الكريم بن محمدا اللاحم، لمطلع على دقائق زاد المستنقع (فقه الجنايات والحدود)، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ط1، 1432هـ . 2011م، الرياض . السعودية، ج2، ص34

[4] السيوطي، عبد الرحمان بن الكمال جلال الدين، **الدر المنثور في التفسير المأثور**، دار الفكر، دط، بيروت، دسط، ج8، ص225

. أساس حق تأديب الطفل من السنة : عن جابر بن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:« **لَأَن يُؤَدِّبَ الرَجُلُ وَلَدَهُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَتَصَدّقَ بِصَاعٍ»**[1]

وعن ابن عمر قال:« **أَدّب ابْنَكَ فَإِنَّكَ مَسْؤُولٌ عَنْ وَلَدِكَ، مَاذَا أَدّبْتَهُ وَمَاذَا عَلّمْتَهُ؟ وَإِنَّهُ مَسْؤُولٌ عَنْ بِرّكَ وَطَوَاعِيَتِهِ لَكَ** »[2]

2. أساس حق تأديب الطفل في القانون الوضعي: أقرت التشريعات الوضعية حق الآباء في تربية أبنائهم وأخذ الاعتراف بحق التأديب في التشريعات الوضعية اتجاهين

. الاتجاه الأول: يسمح بالتأديب في إطار النظام العام حيث يقرر حق تأديب الصغير استنادا إلى قاعدة تشريعية أو عرفية، أو قررتها المبادئ العامة للنظام القانوني ذاته من أمثلته:[3]

القانون الفرنسي: حيث يستمد حق تأديب الصغير مصدره من الحقوق التي تتفرع عن امتيازات الحقوق الأبوية الواردة بالتقنين المدني الفرنسي[4].

القانون المصري: حيث نصت المادة 60 من قانون العقوبات على أنه: "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية"[5].

---

[1] الترمذي، أبو عيسى، **سنن الترمذي**، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في أدب الولد، حديث رقم 1951، ج4، ص337 ؛قال عنه الترمذي حديث غريب(الترمذي، الجامع الكبير، تح بشار عوّاد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، ج3، ص503) ؛ وقال الألباني: حديث ضعيف(الالباني ،ناصر الدين، ضعيف سنن الترمذي، مكتبة المعارف ، ط1، الرياض، 1420هـ 2000م، ج1، ص185)

[2] البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصلاة، باب ما على الآباء والأمهات من تعليم الصبيان أمر الطهارة والصلاة، حديث رقم 5098، ج3، ص120

[3] ينظر: اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري(دراسة نظرية تطبيقية مقارنة) مذكرة دكتوراه، إ واعمر جبالي، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2017/10/29،ص309

[4] ينظر: عثمان سعيد عثمان، **استعمال الحق كسب للإباحة**، مذكرة دكتوراه، أ محمود محيب حسني، تخصص الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة،1968، ص133

[5] قانون العقوبات المصري: قانون رقم 58سنة 1937طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003م

يتضح من هذا أنه يخرج من العقوبة من له حق التأديب كالوالد والوالدة والوصي لكونهم مخاطبين بحق التأديب المقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية[1].

. الاتجاه الثاني: يعترف بشكل مباشر بحق رب الأسرة في تأديب الأولاد من خلال نصوص قانونية صريحة ومن أمثلته[2]

القانون الكويتي: حيث نصت المادة 29 من قانون العقوبات على أنه:" لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق التأديب، من شخص يخول له القانون هذا الحق ، بشرط التزام حدود واتجاه نيته إلى مجرد التهذيب".[3]

القانون العراقي: حيث جاء في نص المادة 42 الفقرة 2من قانون العقوبات أنه: "لا جريمة إذا وقع الفعل بقصد تأديب الآباء المعلمون ومن في حكمهم، الأولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعا وقانونا أو عرفا..."[4]

. موقف المشرع الجزائري من حق التأديب: يوافق المشرع الجزائري الاتجاه الأول حيث لم ينص صراحة على حق الوالدين في تأديب الصغير ، إلا أنه يمكن استنباطه من نص المادة36 من قانون الأسرة باعتبار التأديب جزء من تربية الواجبة على الآباء تجاه أبنائهم [5]

كما يفهم ضمنيا من نص المادة 39 ف1 من قانون العقوبات[6]حيث نصت على أنه : "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون".

[1] ينظر: اليزيد عيسات ، المرجع نفسه، ص312

[2] ينظر: اليزيد عيسات ، مرجع سابق، ص312

[3] قانون الجزاء الكويتي: قانون رقم 16 بسنة 1960 بإصدار قانون الجزاء

[4] قانون العقوبات العراقي: قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969

[5] ينظر: لانصاري رشيدة، غيتاوي جلولة، مرجع سابق، ص72

[6] قانون العقوبات الجزائري: الأمر رقم 66. 156 المؤرخ في 18 صفر عام1386 الموافق 08يونيو سنة1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد49، صادر في 21 صفر 1386 الموافق11 يونيو سنة 1966،معدل ومتمم.

فيفهم من قوله **إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون** كل قاعدة قانونية سواء كانت متفرغة في نص تشريعي سار، و قاعدة واردة بالشريعة الإسلامية أو عرفا ساريا غير مكتوب.[1] وبالتالي نجد أن القانون قد أذن بتأديب الطفل استنادا إلى القواعد الشرعية الواردة وإلى العرف.

الفرع الثاني: صور تعسف الحاضن في التأديب

يأخذ التعسف في تأديب الطفل المحضون شكلين أحدهما إيجابي الآخر سلبي مثل ما يلي[2]:

أولا: التعسف الإيجابي في تأديب المحضون: ويكون بممارسة الأفعال التي تلحق ضررا مباشرا على الطفل تتمثل غالبا في العنف ضد المحضون، وهو أكثر صور التعسف شيوعا، حيث بلغت نسبة إحصائيات منظمة الصحة العالمية للعنف ضد الأطفال أرقام شديدة الخطورة بحوالي ربع البشر تعرضوا للعنف الجسدي بينما كانوا أطفالا ،وأن 1من كل 5 من الإناث و1من كل13 من الذكور تعرض للاعتداء الجنسي في سن الطفولة .وبلغت نسبة حالات العنف المسجلة فقط في الولايات المتحدة الأمريكية مليون حالة عنف، ناهيك عن الحالات التي لم تسجل حيث وصلت بعض التقديرات لحوالي مليار حالة عنف في العالم . كما بلغت نسبة حالات التعنيف المصرح بها فقط في الجزائر حوالي 10آلاف حالة لعام 2016 وهذا بالرغم من كل التأطيرات القانونية التي تحمي حقوق الطفل. [3]

جاءت هذه الإحصائيات بالنسبة للطفل بصفة عامة، ويمكن القول أن الطفل المحضون أكثر عرضة للعنف حيث يمارس الحاضن ضد المحضون جميع أنواع الإيذاء الجسدي كالضرب والجرح والقتل أو النفسي كالشتائم والإهانات والاحتقار وغيرها من الأفعال التعسفية بباعث الانتقام من الطرف الآخر من المحضون نفسه، وفي الغالب يكون هذا ناتجا عن الحالة النفسية التي وقع فيها الحاضن بالأخص إن كان أحد الأبوين.

---

[1] ينظر: عراب ثاني نجية، المسؤولية الجزائية عن تجاوز حدود تأديب الأولاد، ص234؛مشار إليه في بن عودة حسكر مراد ، المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الأسرة، مجلة دراسات قانونية ، العدد09، 2011، ص16

[2] مستفاد من مقابلة شخصية مع وكيل الجمهورية لمحكمة متليلي ، يوم 2025/05/06على الساعة 15:00(ملحق02)؛ وينظر: هنوف عبد الله العنزي، التعسف في استعمال حق الحضانة في النظام السعودي(دراسة مقارنة بالقانون الأردني)، رسالة ماجستير، إ هالة طالب أبو عامر، الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1443هـ . 2022م،ص75

[3] ينظر: رابح فغرور، حق تأديب الزوجة والأولاد والضمانات الواردة عليه . دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 33، العدد02، 2019/09/30، ص470،

ولضمان مصلحة المحضون في التأديب وعدم تعنيفه منح الحاضن حق تأديب الطفل في حدود ما هو مشروع وعليه فإن أي اعتداء على حق من حقوق الطفل يعتبر جريمة تستوجب العقاب.[1]

ثانيا . التعسف السلبي في تأديب المحضون : يكون ذلك بامتناع الحاضن عن أداء واجبه في تأديب المحضون مما يتولد عنه ضررا على هذا الأخير[2]، وتشمل هذه الحالة تصرفات الحاضن الهادفة إلى حمل المحضون للقيام بأفعال مخالفة للقانون أو الآداب أو الأعراف والتقاليد الاجتماعية وذلك كحمل الطفل على السرقة أو تعاطي المخدرات والمتاجرة فيها أو التسول وأعمال افسق والدعارة ...[3]، وهي غالبا ما تكون نتيجة فساد أخلاق الحاضن.

كما تشمل هذه الصورة اهمال تأديب المحضون بحيث لا يمارس الحاضن تجاهه أي أسلوب من أساليب التأديب من توجيه وإرشاد ونصح وغيره، أو أن يقوم الحاضن بتلبية جميع رغبات المحضون وطلباته ولو كانت تؤدي إلى فساد أخلاقه ويمتنع عن تأديبه وتقويم سلوكه عند ارتكاب الأخطاء فيترك الطفل لهواه وهذا ما يؤدي إلى انحرافه بطبيعة الحال ..[4]

الفرع الثالث : سلطة القاضية في مواجهة تعسف الحاضن

[1] ينظر: لانصاري رشيدة، غيتاوي جلولة، مرجع سابق، ص77؛ وينظر: مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة ماجستير، إ مازن اسماعيل هنية، الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 1437هـ . 2015م، ص59

[2] مستفاد من مقابلة شخصية مع وكيل الجمهورية لمحكمة متليلي، يوم 2025/05/06على الساعة 15:00(ملحق02)

[3]ينظر: لانصاري رشيدة، غيتاوي جلولة، مرجع سابق ،ص77؛ و مستفاد من مقابلة شخصية مع وكيل الجمهورية لمحكمة متليلي ، يوم 2025/05/06على الساعة 15:0؛ وينظر: عماري سناء، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص177

[4] مستفاد من مقابلة شخصية مع وكيل الجمهورية لمحكمة متليلي ، يوم 2025/05/06على الساعة 15:00(ملحق02)

لابد للقاضي أن يتحقق من حصول تعسف الحاضن في تأديب وحفظ المحضون حيث يقع على المدعي إثباته بكافة طرق الإثبات العامة[1]،عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «**البَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادّعَى**..».[2]

كما ينبغي التحقق ما إذا هذا الفعل الذي صدر من الحاضن تجاه محضونه لم يكن من سبيل التأديب المسموح به، ذلك أن تأديب الطفل في حدود المشروع لا يعد تعسفا، وهذا ما يؤكده الاجتهاد القضائي السوري الصادر في 1967/02/11:" ضرب الولد تأديبا لا يقوم في حرمان والدته من الحضانة".[3]

وبالتالي إذا ثبت تعسف الحاضن بأن ألحق ضررا بالمحضون حكم القاضي عليه بأشد العقوبات واتخذت بشأنه الإجراءات اللازمة لضمان حماية المحضون. حيث تقوم في حقه المسؤوليتين الجنائية والمدنية، كما يجوز للقاضي إسقاط الحضانة عنه، وهذا بالنسبة للشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية.

أولا . المسؤولية الجزائية :ويقصد بها "التزام الشخص بتحمل نتائج فعله الإجرامي"[4]،وسنذكر كمثال عقوبات بعض الجرائم الناتجة عن التعسف في التأديب.

1. المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية :

أ. جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس: الجزاء هو القصاص

قال الله تعالى :﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ ١٧٨ وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ﴾[سورة البقرة:الآيتين 177، 178]

---

[1] ينظر: نصر الدين مروك، عبء الإثبات في المسائل الجنائية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون، الجزائر، عدد47،ص47 وما بعدها

[2] البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، كتاب القسامة، باب أصل القسامة والبداية فيها مع اللوث بأيمان المدعي، حديث رقم 16445، ج8، ص213، قال ابن حجر العسقلاني: إسناده حسن (فتح الباري ،المكتبة السلفية ،دط، دمط، دتط، ج5، ص283)

[3] محمد زكي شمس، مرجع سابق،ج2، ص607

[4] أحسن بوسقيعه، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ط8، الجزائر،2008، ص179

وقوله أيضا:﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالَانفَ بِالَانفِ وَالُاذُنَ بِالُاذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[سورة المائدة:الآية47]

إلا أن الفقهاء اختلفوا في وجوب قصاص الوالد بحيث :

ذهب الجمهور إلى أنه إذا قتل الوالد ولده فلا قصاص ،وإنما سقط القصاص عن الوالد لشبهة الجزئية وتجب عليه الدية [1]،واستدلوا بحديث : «**لاَ يُقْتَلُ الوَالِدُ بِالوَلَدِ**»[2] ، وحكمة ذلك "أن الأب كان سببا في وجود ابنه فلا يكون الابن سببا في عدم أبيه"[3]، و "في حكم الوالد الجد والوالدة أيضا".[4]

وفي قول للمالكية أنه يقتل بالولد إذا تعمد قتله، وأضجعه وذبحه متعمدا[5]، وفي رواية عند الحنابلة تقتل الأم بقتل ولدها.[6]

ب . جرائم الاعتداء على العرض :إن الشريعة الإسلامية شددت في عقوبة الزنا حرصا على النسل وأعراض الناس وعلى حفظ الكرامة الإنسانية[7]، حيث يعاقب الزاني المحصن بالرجم حتى الموت وغير المحصن بالجلد مئة والتغريب سنة كاملة [8]، قال تعالى :﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَالزَّانِى فَاجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾[سورة النور: الآية 2]

---

[1] ينظر الجصاص ، أبو بكر الرازي، شرح مختصر الطحاوي، تح عصمت الله عنايت الله محمد، كتب الدراسة وأعد الكتابة وراجعه وصححه سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية (بيروت لبنان)، درا سراج(المدينة المنورة)، ط1، 1431هـ . 2010م، ج5، ص337؛ ينظر أيضا مواهب الجليل ،ج8، ص332 ؛ وينظر: الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص242؛ وينظر: البهوتي، مرجع سابق، ج13، ص257

[2] ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الديات ، باب لا يقتل الوالد بولده، حديث رقم2661، ج2، ص888، قال الألباني: حديث صحيح(الألباني، ناصر الدين، **صحيح سنن ابن ماجه**، مرجع سابق، ج2، ص348)

[3] العطار، حسن بن محمد بن محمود، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي في جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، دط، بيروت، لبنان، دتط، ج1، ص232

[4] مجموعة من المؤلفين ، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج21، ص55

[5] ينظر: مالك بن أنس ، المدونة ، دار الكتب العلمية، ط1،بيروت، لبنان، 1415هـ . 1994م، ج4، ص559

[6] ينظر: ان قدامة ، المغني مرجع سابق ، ج8، ص276

[7] ينظر: محمد أبو زهرة، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، دار الثقافة العربية للطباعة، دط، القاهرة، دتك، 1، ص78

[8] ينظر: التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج5، ص121

بل وإن الزنا بالمحضون هو أعظم وأشد ذلك أن الحاضن غالبا ما يكون محرما للمحضون [1]، لذا في حال ما تعرض المحضون إلى الاغتصاب بالزنا من حاضنه فإنه تقوم في حق حاضنه عقوبة زنا المحارم وهي القتل، فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:«**مَنْ وَقَعَ عَلَى ذَاتَ مَحْرَمٍ فَاقْتُلُوهُ**»[2]، ،وقيل عقوبته كالزنا بغير ذات محرم[3].

2. المسؤولية الجزائية في القانون الوضعي: سنبين عقوبة بعض الجرائم مثلما سبق وسنقتصر في ذلك على القانون الجزائري بحيث:

أ . جرائم العنف القتل الضرب والجرح

إن القاضي عند الحكم في القضايا المعروضة أمامه يراعي أمور وهي: الضرر اللاحق، طبيعة النشاط الاجرامي، صفة المعتدي ، بحيث اذا كان الحاضن هو المعتدي يراعى في تطبيق العقوبة نص المادة 272من ق ع ج[4]، والتي تنص على أنه:" إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فيكون عقابهم كما يلي:

1) بالعقوبات الواردة في المادة270 وذلك في الحالة المنصوص عليها في المادة 269.
2) بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات وذلك في الحالة المنصوص عليها في المادة 270.
3) بالسجن المؤبد وذلك في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 1و2 من المادة271.
4) بالإعدام وذلك في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 3و4 من المادة271."

ب . جرائم الاعتداء على العرض: تنص المادة 337 مكرر (جديدة) على أنه :" تعتبر من الفواحش بين ذوي الأرحام العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

[1] ينظر: بدر الدين العيني، محمود ين أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرج الهداية، تح أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية،ط1، بيروت لبنان، 1420هـ . 2000م،ج12، ص157

[2]الترمذي، أبو عيسى، **سنن الترمذي**، أبواب الحدود، باب ما جاء في الغال ما يصنع به، حديث رقم 1462، ج4، ص62، قال الألباني : حديث ضعيف(الألباني ، ناصر الدين ، **ضعيف سنن الترمذي**، مرجع سابق،ص138)

[3] ينظر: ابن القيم الجوزية، الداء والدواء: الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي، دار الهدى، دط، عين ميلة، الجزائر، دتط، ص181

[4] مستفاد من مقابلة شخصية مع وكيل الجمهورية لمحكمة متليلي، يوم 2025/05/06على الساعة 15:00(ملحق02)

1. الأقارب من الفروع أو الأصول.

2. الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم.

3. بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعه.

4. الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعه.

5. والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر.

6. من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت.

تكون العقوبة بالسجن من عشر إلى عشرين سنة في الحالتين 1و2 وبالحبس من خمس إلى عشر سنوات في الحالات رقم 3و4و5 وبالسجن من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة رقم6.

وفي جميع الأحوال إذا ارتكبت الفاحشة من شخص راشد على شخص قاصر يبلغ من العمر18 عاما فإن العقوبة المفروضة على الراشد تفوق وجوبا العقوبة المفروضة على الشخص القاصر.

ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية."

.كما يمكن الإشارة إلى المادة 330 (معدلة) والتي تنص على عقوبة تعريض أخلاق الطفل للخطر من خلال البند 3 حيث جاء فيها :" يعاقب بالحبس من شهرين(2) إلى سنة(1) وبغرامة مالية من 25.000 دج إلى 100.000 دج :... 3. أحد الأبوين الذي يعرض صحة أولاده أو واجد أو أكث منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو أن يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو أن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها."

من خلال المقارنة بين الجزاء العقابي في الشريعة والقانون يتضح أن العقوبة في الشريعة الإسلامية أشد مما هي عليه في القانون الوضعي، فمن حيث القصاص نجد ما يماثله في القانون الجزائري وهو الإعدام إلا أن هذا الأخير بات حبرا ، كما أن عقوبة الزنا في الشريعة الإسلامية أعظم مما هي عليه في القانون الجزائري بحيث يقتل زاني المحارم بينما في القانون الجزائري فتقتصر العقوبة على سجنه، ويمكن القول أن التساهل في

العقوبة هو ما أدى إلى انتشارها لذا لا بدا من التشديد في العقوبة لتحقق غايتها المرجوة في ردع الجاني وزجر غيره عن معاودة ارتكابها.

ثانيا ـ المسؤولية المدنية: يقصد بها التعويض المالي عن الضرر الذي ألحقه الحاضن بالمحضون وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالضمان[1]

1. حال الضرر الجسدي: يتمثل في الضرر الواقع على الجسم والذي يوجب تعويضا ماليا في كل الحالات التي يصاب فيها المحضون سواء أكان الفعل الذي صدر عن الحاضن عمدا أم عن خطأ وتترتب بمجرد ارتكاب جناية على النفس أو ما دون النفس، فهي غالبا ما تأتي تبعا للعقوبة الجنائية حيث يحكم بها القاضي بناء على طلب المتضرر ، كما يندرج ضمن هذا التعويض ما نتج عن الضرر المادي من نفقات العلاج أو ترميم الضرر إن أمكن ، أو تعويض إجمالي عن عاهة مستديمة في حالة بتر عضو أو تعطيل وظيفته ، وهذا خاضع لسلطة القاضي التقديرية.[2]

واختلف الفقهاء في وجوب ضمان المؤدِّب ما اتلف في تأديب المحضون بحيث :

يرى المالكية والحنابلة: أنه إذا أدى الضرب إلى تلف الغير أو أحد أعضائه فلا يضمن المؤدِّب إذا كان الضرب مما يعتبر مثله تأديبا، وإن كان مما لا يعتبر مثله تأديبا فهو مسؤول جنائيا.[3]

ويرى الشافعية على أن المؤدب يضمن ما أتلف في أي حالة[4].

ورأي أبي حنيفة الشخصي: أن الأب والجد والوصي ضامن ما اتلف وهو يؤيد رأي الشافعية في ذلك، بينما المعمول به هو ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد في عدم وجوب الضمان ذلك أن التأديب مأذون به

[1] ينظر: سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، دط، الجزائر، دتط، ص17، 18

[2] ينظر: اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص441

[3] ينظر: العدوي، أبو الحسن ، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تح يوسف الشيخ محمد البقاعي ، دار الفكر، دط، بيروت، 1414هـ ـ 1994م، ج2، ص283 ؛ وينظر: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، 349

[4] انظر: الرافعي، أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، العزيز شرح الوجيز: الشرح الكبير، تح و تع علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية ، ط1، 1417هـ ـ 1997م، بيروت، لبنان، ج11، 292وما بعدها.

فلا مسؤولية تتولد عنه. والبعض يرى أن أبا حنيفة عدل عن الرأي الأول إلى هذا. وهو هو يوافق في هذا رأي المالكية والحنابلة.[1]

وفي هذا نص المشرع الجزائري من خلال المادة 124 من القانون المدني على أن: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير ولا يلزم من كان سببا فيه بالتعويض".

كما نص في المادة 53 من ق أ ج على أنه:"كل ضرر معتبر شرعا".

2. حال الضرر المعنوي: يتمثل في الضرر الذي يصيب المحضون في سمعته وكرامته بحيث يلحق به الإهانة، ويكون ناتجا عن السب والشتم والتحقير كما أشرنا سابقا مما يوجب التعويض المالي عنها ، كما يشمل الآثار النفسية اللاحقة عن الضرر الجسدي الذي أصيب به المحضون ، كأن يصاب بعاهة مستديمة بأن يتسبب الحاضن في تشوهات خلقية للمحضون أو أن يفقد أحد حواسه مما يؤثر على نفسية المحضون بقية حياته

واختلف الفقهاء في التعويض على الضرر المعنوي بحيث:

". ذهب الجمهور إلى أنه : لا يعوض عن الأضرار المعنوية ،وإما يكتفى بتعزير المخطئ الجاني ، وأن اقتضى رفع الضرر المعنوي إعلان عقوبته حتى يرتفع الضرر المعنوي عن المتضرر، فيعلن؛ زجرا له ورفعا للحرج عن المتضرر.

. وقال بعض الفقهاء : جواز التعويض عن الضرر المعنوي بالمال ، وهو قول منسوب لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن."[2]

ونجد المشرع الجزائري ينص من خلال في الفقرة 10 من المادة من53 من ق أ ج السابقة الذكر على أنه :"كل ضرر معتبر شرعا"، وكونها شاملة لكل ضرر فهذا يمنح القاضي الحق في اعمال سلطته

[1] ينر: الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،مرجع سابق، ج7، ص305

[2] عبد العزيز بن مرزوق الطريفي، **التفسير في البيان لأحكام القرءان**، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1437ج4، ص2073

التقديرية للحكم بالتعويض المناسب ،كما نجد المادة 182 مكرر من القانون المدني تنص صراحة على أن التعويض يشمل الضرر المعنوي أيضا.[1] حيث جاء فيها :"يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري يتفق مع الرأي الفقهي القائل بالتعويض عن الضرر سواء أكان ماديا أم معنويا.

ثالثا : إسقاط الحضانة

إذا ثبت للقاضي إخلال الحاضن بالتزاماته والمتمثلة في الرعاية والتربية والسهر على حماية المحضون وحفظه صحة وخلقا وأهمل هذه الواجبات جاز له إسقاط الحضانة عنه .[2] ومتى تبين للقاضي أن الحاضن يؤدي المحضون بدنيا أن نفسيا ومعنويا فله اسقاط الحاضنة عنه [3]، ذلك أن شروط الحاضنة تتضمن توفر عدم القسوة في الحاضن ،إذ لا حضانة لمن علمت قسوته ، فلو علم جفاء الأحق وقسوته الأبعد قدم عليه،[4]

وبالتالي إذا أسقط القاضي الحضانة عن الحاضن فله إسنادها إلى من يليه أو غيره ممن تتوفر فيه مصلحة المحضون، بحيث قد تسند حضانته إلى من طلبها إن توفرت فيه مصلحة المحضون فأن لم يجد من يحضنه فيمكن للقاضي إسنادها إلى أي شخص يرى فيه القدرة على حماية ورعايته والمحضون وقد يضطر

[1] ينظر اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص443

[2] ينظر لحسين الشيخ آث ملويا، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية** ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع7، ط2، بوزريعة ، الجزائر، 2006، ج2، ص490؛ وينظر: منصوري هاجر، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة ماستر، إ شرون حسينة، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2022، ص53، 54

[3] ينظر: محمد حلمي إبراهيم الحفناوي، التعسف في استعمال حق الحضانة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر، 2023م، عدد38

[4] ينظر: محمد عليش، **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1،بيروت، 1404هـ . 1984م، ج4، 425

إلى أرساله إلى مراكز الحضانة. والقاعدة المعمول بها قضائيا:"كل فعل يحول دون تحقق مصلحة المحضون يكون سببا في إسقاط الحضانة".[1]

كما نجد نص المادة 67 المذكورة سابقا تنص ضمنا على أن اختلال شرط الأمانة أو القدرة على تربية الطفل يعد أحد مسقطات الحضانة وهذا ينطبق على من تعسف في تأديب المحضون.

وهوما تضمنه المادة 330(مكرر السابقة الذكر)بشأن تعريض خلق الأطفال وأمنهم لخطر حيث جاء فيها بعد النص على العقوبة ما يلي :"...وذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها." أي أنه يجوز للقاضي اسقاط الحضانة إذا كان الحاضن لا يحقق مصلحة المحضون بأن عرض خلقه أو صحته أو أمنه لخطر.

ونصت المادة 337 مكرر السابقة الذكر والتي تنص على عقوبة فاحشة الزنافي فقرتها الأخيرة على أنه:"... ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية". ويستخلص منها أن فساد أخلاق الحاضن هو من أهم مسقطات الحضانة.

ونجد المشرع المغربي ينص صراحة على ذلك في المادة 177من مدونة الأسرة المغربية :"يجب على الأب والأم وغيرهم إخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجبها للحفاظ على حقوقه بما فيها إسقاط الحضانة".

ويستخلص منها أن جميع الأضرار التي تعترض الطفل تكون سببا في سقوط الحضانة، ذلك أن الهدف من الحضانة هو رعاية المحضون وحفظه وتحقيق مصالحة ودفع المفاسد والمضار عنه.

كما يمكن الإشارة إلى أنه قد لا يلجأ القاضي لإسقاط الحضانة إلا أنه قد يمنع الحاضن من التفرد به[2].

[1] مستفاد من مقابلة شخصية مع وكيل الجمهورية لمحكمة متليلي، يوم 2025/05/06على الساعة،15:00؛ وينظر: عماري سناء، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص180

[2] ينظر: منصوري هاجر، مرجع سابق، ص43

خلاصة المطلب: اهتمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بحماية حق المحضون في التأديب ، فوضعت عقوبات مشددة على من يلحق ضرار به، كما منحت القاضي سلطة في اسقاط الحضانة متى تبين له تعسف الحاضن في استعمال حق التأديب وبالتالي إسنادها إلى من يليه أو من تتوفر فيه مصلحة المحضون.

المطلب الثاني: التعسف في نفقة المحضون

تعتبر النفقة من أهم الحقوق المحضون على أبيه بالأخص إن لم يكن له ماله، إلا أن هذا الحق قد يتعسف فيه من طرف هذا المنفق ، وقد يؤدي المنفق نفقته إلا أنها قد تنتهك من طرف قابض النفقة ، أي أن التعسف قد يصدر من المنفق مثلما قد يصدر من قابض النفقة، فكيف عالجت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية هذا التعسف ؟وما هي سلطة القاضي في حماية حق المحضون في النفقة؟

الفرع الأول :مفهوم النفقة

أولا. تعريف النفقة المحضون ومشتملاتها :

1. تعريف النفقة: هي كل ما يحتاجه المحضون للعيش اللائق كحال أمثاله[1]،وهي واجبة شرعا وقانونا كما سبق بيانه.[2]فنفقة الأولاد (الفروع) تجب على الآباء(الأصول) : "أي أنه يجب على الوالد– وإن علا – نفقة ولده ، وإن سفل".[3] وهذا ما جاء في نص المادة 77 من ق أ ج : "تجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

2. مشتملات النفقة :

[1] ينظر: جرجس جرجس ، مرجع سابق، ص312

[2] ينظر: المعيار المادي في مراعاة مصلحة المحضون أعلاه.

[3] مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، ط4. دمشق، 1413هـ . 1992م، ج4،ص170

تشمل نفقة المحضون :" المسكن والمأكل والمشرب والملبس والتعليم...وكل ما يحتاجون إليه، وتقدر بالمعروف،" [1]مع مراعاة حال المنفق، وتقدر إما بالاتفاق والتراضي بين الوالدان أو يفصل فيها القاضي عند التنازع.[2]

وهذا ما جاء به المشرع الجزائري أيضا حيث نصت المادة 78 من ق أ ج السابقة الذكر على مشتملات النفقة بقولها::" تشمل النفقة الغذاء والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، وبخصوص تقدير النفقة فقد نصت المادة 79 من ق أ ج على أنه:" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

ثانيا: شروط النفقة : يشترط في النفقة ما يلي:

1. شروط المنفق:

شروط المنفق في الفقه الإسلامي هي: أن يكون موسرا قادرا على الانفاق غير عاجز على الكسب، وأن يكون حرا.[3]

وأما التشريع الوضعي فنجد على سبيل المثال: المشرع الجزائري نص من خلال المادة76 من قانون الأسرة على أنه:" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك." أي أنه يشترط في المنفق أن يكون موسرا غير عاجز، والمشرع المغربي نص في المادة 188 من مدونة الأسرة على أنه:" لا تجب على الإنسان نفقة غيره إلا بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه، وتفترض الملاءمة إلى أن يثبت العكس"، كما تضمن هذا المادة 199 والتي نصت على ما يلي:" إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب".

[1] سليمان بن محمد اللهيميد، شرح بلوغ المرام، دن، دط، دمط، دتط، ج3، ص347

[2] ينظر: سليمان بن محمد اللهيميد، مرجع سابق، ج3، ص347

[3] ينظر :وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج10، ص7412؛ وينظر" عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة** ، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 1424هـ . 2003م، ج4،ص514،

2. شروط المستحق للنفقة:[1]

يشترط الفقه الإسلامي في المستحق للنفقة: أن يكون فقيرا لا مال له وغير قادرا على الكسب ، وأن يكون حرا، وأن يكون صغيرا : بالنسبة للذكر بحيث إذا بلغ سقطت عنه النفقة إلا أن يكون عاجزا أو غير قادر على الكسب ، أما الأنثى فتستمر إلى الدخول بها إلا تكون قادرة على التكسب، ويضيف الحنابلة اتحاد الدين [2]

وفي هذا نجد المشرع الجزائري ينص من خلال المادة75 من ق أ ج على أنه :" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

وأما المشرع المغربي فقد نص من خلال المادة 187من مدونة الأسرة على أن :" نفقة كل إنسان في ماله ، إلا ما استثني بمقتضى القانون"، وفي المادة 189 على أنه:" تستمر نفقة على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد ، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته.

وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها.

ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب".

من خلال ما سبق عرضه يتضح أن القانون الجزائري وكدا المغربي يتفقان مع ما أقرره فقهاء الشريعة الإسلامية في شروط النفقة.

وبعد أن تم التعرف على أهم ما يتعلق بالنفقة سنتطرق إلى بيان أهم مظاهر التعسف الواقعة من قبل الحاضن على حق المحضون في النفقة.

الفرع الثاني :صور التعسف في نفقة المحضون

[1] ينظر: عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، المرجع نفسه، ج4، 511 وما بعدها؛ و ينظر: مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، مرجع سابق، ج4، ص172

[2] ينظر: ابن قائد، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي، منتهى الإرادات (في جمع المقنع مع تنقيح وزيادات)، مع حاشية المنتهى لابن قائد، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1419هـ . 1996م، ج4، ص463

يتصور صدور التعسف في نفقة المحضون على شكلين :

أولا. أن يكون الحاضن هو المنفق: وذلك بأن يكون الحاضن هو الأب أو الجد أو غيره ممن تجب عليه نفقة المحضون ،والأصل هاهنا أن الأب ينفق على المحضون دون حكم قضائي ،إلا أنه قد يتعسف هذا الحاضن في نفقة محضونه بأن يمتنع عن الإنفاق عمدا مع القدرة عليه ذلك أن عجز الحاضن عن الإنفاق لا يعتبر تعسفا .[1]

ثانيا .أن يكون الحاضن غير المنفق :أي أنه قابض النفقة كأن تكون الأم أو الجدة أو العمة أو الخالة هي الحاضنة و المنفق هو الأب أو غيره ممن تجب عليه نفقة المحضون [2]،ومن صور هذا التعسف:

.1. التعسف في استحقاق النفقة :

.. التعسف في طلب النفقة: ومن ذلك أن تجبر الحاضنة الأب على دفع النفقة وأجرة مقابل الحضانة رغم علمها بعسره.[3]

. التنازل عن النفقة :.كما قد تلجأ الحاضنة إلى التنازل عن نفقة المحضون سواء بمقابل أم بغير مقابل، ومن المقرر في الشريعة الإسلامية أن الطفل ليس من أل التكليف والعبارة فلا يقبل تنازله عن النفقة، كما أن من المقرر أيضا أن لا يجوز للحاضن التنازل عن نفقته لان التنازل عنها إسقاط لحق المحضون وذلك من الأفعال الضارة ضرا محضا بالطفل .وعلى هذا الأساس فإن التنازل عن النفقة هو تعسف في حق المحضون.[4]

. التعسف بوضع شروط لقبض النفقة: فقد تشترط لقبض النفقة ما يصعب على المنفق الالتزام به وذلك كأن تطلب الحاضنة نفقة كل يوم بيومه مع بعد مسكن المنفق أو وجود أخطار في الطريق أو انقطاع المنفق للعمل لأوقات طويلة وغيرها من الظروف التي لا تسهل على المنفق أداء واجبه.[5]

---

[1] ينظر: فتيحة حابي، النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، دط، دمط، دتط، ص49

[2] ينظر: اسماعيل غازي مرحبا ، مرجع سابق338 ؛ وينظر: مروة خضر عياد، مرجع سابق، ص49

[3] ينظر: أسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص336

[4] ينظر: عبد المؤمن شجاع الدين ، تنازل الأم عن نفقة طفلها غير ملزم،ص3

[5] ينظر: إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص338

. تضييع النفقة: قد تستعمل الحاضنة حقها في قبض نفقة المحضون لتحق ضرارا بالمنفق والمحضون معا بأن تأكل وتضيع النفقة أو أن تستغلها لخدمة مصالحها، أو أن تقوم الحاضنة بصرف هذه النفقة في الغذاء الفاره أو الملابس التي لا داعي لها، وهذا تعسف في حق المحضون من النفقة وإهدار لماله.[1]

الفرع الثالث: سلطة القاضي في مواجهة التعسف في النفقة

من خلال هذا الفرع سأقتصر على بيان سلطة القاضي في الحد من بعض صور التعسف السابقة الذكر، ذلك أن صور التعسف إنما هي على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وطرق الحد منها تختلف على حسب كل صورة.

أولا . الجزاء عن الامتناع عن النفقة:

حظيت النفقة بحماية شرعية وقانونية نظرا لوجوبها وأهميتها ، حيث اعتبر الامتناع عن النفقة هو تخلٍ عن الالتزامات العائلية والتي تستوجب العقاب في الدنيا والآخرة ومن هنا سنتطرق لبيان الجزاء المترتب عن هذا الامتناع شرعا وقانونا .

1. الجزاء المترتب على عدم الإنفاق في الشريعة: أوجبت الشريعة الإسلامية النفقة على المحضون من أجل حاجته إليها ، ذلك أنه غير قادر على الكسب واعانة نفسه ، لذا فأن الممتنع عن النفقة أنما قصدة التعسير عن المحضون وانهاكه بدافع التشفي والانتقام، وهذا اضرار بالمحضون لذا فأنه يجب على القاضي التدخل لحماية المحضون من هذا التعسف وفي هذا ذكر العلماء أن على القاضي أن يجبر المتعسف بالوسيلة المناسبة لذلك[2] ، وفي هذا قال الكاساني :"وأما الأب فيحبس في نفقة الولد أيضا ولا يحبس في سائر ديونه؛ لأن إيذاء الأب حرام في الأصل وفي الحبس إيذاؤه إلا أن النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد؛ إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع عن الانفاق عليه كالقاصد إهلاكه فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة".[3]

[1] ينظر: مروة خضر عياد، مرجع سابق، ص49؛ وينظر: هنوف عبد الله العنزي، مرجع سابق، ص53

[2] ينظر: مروة خضر عياد،مرجع سابق، ص47

[3] الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت ، لبنان، 1406. 1987م، ج4، ص38

وتجدر الإشارة أنها هذا الجزاء متعلق بكل من تجب عليه نفقة الابن سواء أكان أبا أو أما أو جدا وغيره.[1]

2 . جزاء الامتناع عن الانفاق في القانون الوضعي :

إن امتناع الحاضن من الانفاق على المحضون يلحق ضرارا به مما قد يؤدي إلى هلاكه ،لذا وضمانا لحماية مصلحة المحضون يجب على القاضي التدخل لحل هذا المشكل الذي يعترضه ، حيث يمكن للقاضي الحكم على الحاضن بعقوبة عدم تسديد النفقة التي نص عليها قانون العقوبات في المادة 331 (معدلة)والتي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى (3) سنوات وبغرامة من 50.000دج إلى 300.000دج كل من امتنع عمدا ، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعانة أسرته ، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه ، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه لدفع النفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ، ولا يعتبر الاعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حال من الأحوال."

يستخلص من المادة : أنه يشترط لتطبيق عقوبة جنحة عدم تسديد النفقة قيام أركانها الآتية :[2]

. الامتناع عن النفقة لمدة تزيد عن شهرين رغم صدور حكم قضائي نهائي يلزمه بذلك.

. الامتناع المتعمد :بأن لا يكون من تجب عليه النفقة معسرا ، أو أن اعساره كان بسبب الكسل أو السكر أو سوء السلوك لكون هذا الاعسار غير معتبر.

. ان تكون هذه النفقة المحكوم بها مخصصة لإعالة أسرة المتهم أو أقاربه.

يلاحظ من هذا أن المشرع الجزائري يتفق مع الفقه الإسلامي في وجوب حبس الأب إذا امتنع عن الانفاق عمدا مع عدم عسره.

ثانيا . سلطة القاضي في مواجهة التعسف في طلب النفقة عند إعسار الأب :

[1] ينظر مروة خضر عياد ، مرجع سابق، ص47

[2] ينظر: عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة في نظام الأسرة** دار هومه للنشر والتوزيع، ط2، 2014، ص37

1. نفقه المحضون عند اعسار أبيه في الشريعة الإسلامية: اختلف الفقهاء في هذه المسألة بحيث:

ذهب الجمهور(الحنفية والشافعية والحنابلة):أنه إذا كان الأب معسرا وكانت الأم موسرة فإنها تجب عليها نفقة المحضون، كما تلزم الأجداد وإن نزلو من جهة الأب أيضا[1].

أما المالكية فيرون: أن نفقة المحضون لا تجب على الأم ولو كانت موسرة، لأن الإنفاق إذا وجب على شخص لم ينقل إلى غيره، كما لا يلزم سائر الأقارب.[2]

2. نفقه المحضون عند اعسار أبيه في القانون الوضعي : أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور في هذا الأمر بحيث:

. إذا كانت الحاضنة موسرة :نجد أن المشرع الجزائري انما أوجب نفقة المحضون عند اعسار أبيه على أمه إن كانت موسرة[3]، وهذا ما تضمنه المادة78 السالفة الذكر ..

.كما أوجب نفقة المحضون على أجداده كذلك[4]، حيث نصت المادة 77من قانون الأسرة على أنه:" تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

.كما أوجد المشرع الجزائري آلية أخرى لحماية حق المحضون في النفقة: وهي صندوق النفقة [5]

---

[1] ينظر:الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج4، ص12؛ وينظر: الشيرازي، أبو إسحاق، المهذب، ج3، ص135؛ وينظر: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج11، ص373

[2] ينظر: القاضي عبد الوهاب، **المعونة**، تح ودر جميش عبد الحق ، المكتبة التجارية، دط، مكة المكرمة، ج2، ص938

[3]ينظر: عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص115

[4] ينظر: فتيحة حابي، مرجع سابق، ص23

[5] صندوق النفقة : بموجب القانون 01/05 أنشئ صندوق النفقة المحكوم بها وفقا لقانون الأسرة لصالح الطفل المحضون بعد طلاق الوالدين ، وكذلك النفقة المؤقتة حال رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة ، حيث يستفيد المبلغ الذي يدفعه صندوق الأطفال المحضونين ممثلين بحاضنهم وكذا المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة، وذلك عند تعذر التنفيد الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي بالنفقة بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل اقامته ، ويثبت تعدر التنفيد بمحضر قضائي، وعلى الحاضن حال نفقة الأطفال المحضونين تقديم طلب الإستفادة من النفقة (ينظر: الملحق01)إلى قاضي شؤون الأسرة ويتم تحصيل تلك النفقات من المدين عن طريق أمين الخزينة الولائية . على تفصيل في هذه الإجراءات (ينظر:بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، دار الألمعية للنشر والتوزيع، ط1، قسنطينة، الجزائر، 2015، ص395)

حيث منح للحاضنة أن تأخذ نفقة المحضون من صندوق النفقة ، على أن يتابع الأب جنائيا ،بحيث متى تحسن حال الأب عليه أن يسدد ما أخذته الحاضنة من صندوق النفقة.[1]

من هنا يتضح أنه للقاضي إذا رأى تعسف الحاضنة في طلب النفقة مع عسر المنفق فله أن يجبرها ذا كانت الحاضنة أما موسرة ، كما يمكنه أن يجعل نفقته على أجداده، كما يمكن للحاضنة تقديم طلب للإستفادة من صندوق النفقة

ثالثا. الحد من التعسف في قبض النفقة:

1. الحد من التعسف في شروط قبض النفقة: وفي هذا الحال فإنه على القاضي الفصل في هذا التعسف بتنظيم مواعيد قبض النفقة ومقدارها وغيرها من الأحكام سدا لباب التعسف.

جاء في الشرح الكبير: "ثم إن قبض النفقة يقدر بالاجتهاد من الحاكم على الأب لحالة من يوم أو جمعة أو شهر ومن أعيان أو أثمان، ولحال الحاضنة من قرب المسكن من الأب وبعده وأمنه وخوفه".[2]

أي التصدي لهذا التعسف يعتمد على تنظيم القضاء لمواعيد تسليم النفقة وقبضها وهذا هو المعمول به حاليا ومما يدل على ذلك :

نص المادة 79 من ق أ ج:" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

والمادة 80:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة من رفع الدعوى.

يتضح من هاتين المادتين أن تقدير النفقة وتنظيمها من اختصاص القضاء.

[1] ينظر، عبد الرؤوف دبابش، ذبيح هشام، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص104؛ وينظر عماري سناء، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص

[2] الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دط، دمط، دتط، ج2، ص533

2. جزاء تضييع النفقة: إذا ثبت إهدار الحاضنة لمال الصغير للقاضي أن يلزم الحاضنة بضمان النفقة ،ذلك أن نفقة المحضون إذا قبضتها الحاضنة فإن كانت ماضية ضمنتها مطلقا ، وأما إن كانت مستقبلة وقامت على ضياعها بينة فلا تضمنها[1]، جاء في كتاب ابن المنحور ما يلي:" وكذا الحاضن يضمن ما قبض لمحضونه من النفقة والكسوة ونحوهما من مؤن المحضون إلا أن تقوم بينة على التلف".[2]

أي أن الحاضنة تضمن النفقة إذا فرطت في حفظها أما إذا كان ضياعها لقوة قاهرة بأن اتخذت الحاضنة التدابير اللازمة لحفظ نفقة المحضون فلا تضمنها.

وينبغي الإشارة إلا أن هذا الجزاء مقرر في الشريعة الإسلامية، ولم أجد نصا يبين كيف عالج المشرع الجزائري هذه الصورة.

رابعا . إسقاط الحضانة

يضاف إلى ما سبق، أن للقاضي إسقاط الحضانة متى رأى مصلحة المحضون في ذلك ،وبالتالي يمكن إسنادها إلى المطالب بها إن توفرت فيه مصلحة المحضون أو إلى أي شخص آخر يرى فيه مصلحته.[3]

المطلب الثالث: التعسف في حق زيارة المحضون

صحيح أن إسناد الحضانة يطلب بقاء المحضون عند حاضنه ومن واجب هذا الحاضن حفظه ورعايته ، إلا أن هذا لا يعني أن يمنعه من حق في الزيارة ، وذلك سواء أن يزور المحضون أقاربه ، أو العكس، إلا أن كثيرا ما يتعسف الحاضن في هذا الحق بالأخص إن كان أحد الأبوين لبواعث نفسية ، ومن هنا نطرح التساؤل الآتي : ما هي أشكال الحاضن في حق الزيارة؟ وما مدى سلطة القاضي في ذلك ؟

الفرع الأول : مفهوم حق الزيارة ومشروعيته

[1] ينظر: حسين بن ابراهيم المغربي، قرة العين بفتاوى علماء الحرمين، المكتبة التجارية الكبرى، ط1، مصر، 1356هـ . 1937، ص180

[2] المنجور أحمد بن علي المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، در وتح محمد الشيخ محمد الأمين، إ حمد بن حماد بن عبد العزيز الحماد، دار عبد الله الشنقيطي، ج2، ص539

[3] مستفاد من مقابلة شخصية مع وكيل الجمهورية لمحكمة متليلي، يوم 2025/05/06على الساعة،15:00

قبل الإجابة عن التساؤل المطروح لا بد من التعرف على مفهوم حق الزيارة وبيان مشروعيته

أولا . مفهوم الزيارة: هو حق يتيح لأشخاص دون غيرهم إقامة علاقات شخصية مع المحضون إما بالمراسلة أو الاتصال الشخصي دوريا(خروج، وسفر، الخ...)أو السكن المؤقت وهو حق معترف تبعا لمصلحة المحضون.[1]

ثانيا . مشروعية حق الزيارة:

إن الزيارة موضوع يتراوح بين الحق والواجب، حيث يتمثل دوره في ترسيخ صلة الرحم ووجوب البر، كما يعتبر أداة لرقابة على المحضون [2]، ودلت عليه أدلة كثيرة من بينها:

قوله عز وجل :﴿**قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا** ﴾[سورة التحريم : الآية6]

وجه الدلالة: سبق وأن ذكرنا أن هذه الآية تنص على وجوب تربية الأولاد وتأديبهم وتقويم سلوكهم، وهذا يستلزم المتابعة المباشرة لهم ، وهي بطبيعة الحال لا تتم إلا بمشاهدتهم وزيارتهم، أي أن زيارة المحضون تحقق جزءا من المسؤولية فإذا كانت الوقاية والتربية الحسنة واجبة والمشاهدة والزيارة طريق لها عند عدم إمكانية حضانتهم فهي واجبة أيضا ، وتنطبق عليه قاعدة "ما لا يتم الواجب فهو واجب" ، أي أن زيارة المحضون واجبة لوجوب التربية الحسنة.[3]

وقوله أيضا :﴿**وَيَقْطَعُونَ مَآ أَمَرَ ٱللَّهُ بِهِۦٓ أَنْ يُوصَلَ**﴾[سورة البقرة: الآية27]

[1] ينظر: جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، تر منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 1418هـ . 1998م، ص872

[2] ينظر: بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية مخبر المؤسسات الدستورية، عدد6، 2019، ص156؛ وينظر: عيسى طعيبة ، حق زيارة المحضون وضمانات إصراره تنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي ، إ تشوار الجيلالي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد11، عدد1، ص270

[3] ينظر: عبير بنت محمد، المسؤولية عن التعسف في استعمال حق مشاهدة المحضون وزيارته في النظام السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة بالقانون الأردني)، رسالة ماجستير، إ هالة طالب أبو عامر، الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1438هـ . 2016م، ص84

وجه الدلالة: يقول ابن عاشور في تفسر هذه الآية:" قيل ما أمر الله به أن يوصل هو قرابة الأرحام".[1]

فدلت الآية على تحريم قطيعة الرحم ومن قطيعة الرحم ومنعه من مشاهدة أحد والدية أو أقاربه هو أحد صور العقوق والقطيعة[2]،يقول ابن قدامة:" ولا يمنع زيارة أمه؛ لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة للرحم"[3].

أما عن القوانين الوضعية فنجد المشرع الجزائري عبى سبيل المثال:

المشرع الجزائري نص من خلال نص المادة 64 من ق أ ج في فقرتها الثانية على أنه:"...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة." ويلاحظ أن المشرع الجزائري بإلزام القاضي بمراعاة حق الزيارة أثناء الحكم ولم يتطرق لتنظيمها وبين أحكامها وإنما اكتفى بمنح القاضي السلطة التقديرية في ذلك. بينما نجد المشرع المغربي أكثر عناية بهذا الحق حيث أفرده بباب خاص.[4]

الفرع الثاني . صور التعسف في حق زيارة المحضون[5]

أولا . التعسف الصريح: أي أن يكون التعسف تجاه صاحب الحق في الزيارة بشكل مباشر كأن يرفض الحاضن أن يسلم المحضون له او بالطرد وما شابهه.

ثانيا . التعسف الضمني: وفي هذه الحال ينبغي التثبت من حصول التعسف في حق الزيارة حقيقة ومن ذلك :

. أن يرفض الحاضن فتح الباب لصاحب الحق في الزيارة مع علمه بقدومه ففُهم من عدم فتحه الباب تعسفه تجاه المحضون وصاحب الحق في الزيارة ، ولا يمكن الحكم بأنه تعسف إلى بعد التثبت فقد لا يكون

[1] ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد بن الطاهر، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، دط، تونس، 1984م، ج1، ص371

[2] ينظر: عبير بنت محمد، مرجع سابق، ص85

[3] ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج11، ص419

[4] ينظر الباب الرابع من القسم الثاني الكتاب الثالث من مدونة الأسرة المغربية

[5] مستفاد من مقابلة شخصية مع وكيل الجمهورية لمحكمة متليلي، يوم 2025/05/06على الساعة،15:00؛ وينظر:محمد حلمي ابراهيم الحفناوي، مرجع سابق، ص911، 930

الحاضن والمحضون متواجدين في البيت بأن حدث أمر طارئ وغيره، أو أن يتعمد صاحب الحق طرق الباب ببطء ،فهنا لا بد من التأكد أن الحاضن قصد التعسف.

. تغيير مكان الإقامة : بأن يكون الحاضن قد غير مكان إقامته بالمحضون مع عدم إعلام صاحب الحق، وفي هذه الحالة ينبغي التأكد من عدم علم هذا الأخير بالمكان الإقامة الجديد ، فقد يكون صاحب الحق بالزيارة على علم بالمكان الجديد من الحاضن بينما يستمر في الذهاب إلى المكان القديم مدعيا عدم علمه ، وهنا على الحاضن إثبات علم صاحب الحق بمكان الإقامة الجديد ن فإن لم يثبت ذلك عده القاضي تعسفا يستوجب العقاب، وتشمل هذه الصورة أيضا السفر بالمحضون.

كما يدخل ضمنها تحرض المحضون ضد صاحب الحق الزيارة كأن تقوم الحاضن بتشويه صورة أقاربه فيرسم له صورة سيئة عنهم بدافع الانتقام، حيث يرفض المحضون زيارتهم ورؤيتهم

الفرع الثالث: الحماية المقررة للمحضون من التعسف في حق الزيارة

اعتنت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية بحق كل من المحضون برؤية أبويه وأقاربه وزيارتهم وحق أحد أبويه أن كانا على قيد الحياة وكانت الحضانة عند أحدهما وأقاربه أيضا في رؤيته، حيث أوجبت على القاضي حماية هذا الحق وتقرير العقاب على من اعتدى عليه حيث أن :

أولا . الجزاء في الشريعة الإسلامية: يترتب عن التعسف في زيارة المحضون الجزاءان الديني والدنيوي

1. الجزاء الديني: ذلك أن الشريعة الإسلامية دعت إلى وجوب صلة الرحم ومنع الزيارة هو أحد صور القطيعة وهو عقوبته عظيمة، ومما ورد في عقوبة قاطع الرحم:[1]

. عدم دخول الجنة: لقوله صلى الله عليه وسلم :«**لاَيَدْخُلُ الجَنَّةَ قَاطِعُ رَحِمٍ**».[2]

. حصول اللعنة: لقوله تعالى:﴿فَهَلْ عَسِيتُمْ إِن تَوَلَّيْتُمْ أَن تُفْسِدُواْ فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرْحَامَكُمْ ٢٣ أُوْلَٰٓئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعْمَىٰٓ أَبْصَٰرَهُمْ﴾[سورة محمد:الآيتين 23، 24]

[1] ينظر سليمان بن محمد الهيميد، مرجع سابق، ج4، ص504

[2]البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الأدب ، باب إثم القاطع، حديث رقم 5984، جج12، ص25

. عدم قبول عمل قاطع الرحم: فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:«**إِنَّ أَعْمَالُ بَنِي آدَمَ تُعْرَضُ كُلَّ خَمِيسٍ لَيْلَةِ الجُمُعَةِ، فَلَا يُقْبَلُ عَمَلُ قَاطِعِ رَحِمٍ**»[1].

. عقوبة قاطع الرحم تعجل في الدنيا قبل الآخرة: لقوله صلى الله عليه وسلم:« **مَا مِنْ ذَنْبٍ أَجْدَرُ أَنْ يُعْجِّلَ الله لِصَاحِبِهِ العُقُوَبَة فِي الدُّنيَا مَعَ مَا يَدَّخِرُ لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنَ البَغيِ وقَطِيَعَةُ الرَّحِمِ** ».[2]

. قطع الرحم قطع للوصل مع الله : لقوله صلى الله عليه وسلم:« **الرَّحِمُ مُعَلَّقَةٌ بِالعَرْشِ تقُولُ: مَنْ وَصَلَنِي وَصَلْهُ الله وَمَنْ قَطَعَنِي قَطَعَهُ الله** »[3].

2. الجزاء الدنيوي : حيث يجوز للقاضي تعزير احاضن الذي تعسف في هذا الحق حيث له أن يقدر العقوبة التي تتناسب مع هذا الفعل ليحصل بها امتناع الجاني وردعه وزجر غيره.[4]

ثانيا. الجزاء في القانون الوضعي:

ضمانا لحماية مصلحة المحضون من تعسف الحاضن في حقه من الزيارة أوجبت القوانين الوضعية عقابا جزائيا على ذلك حيث نجد المشرع الجزائري نص على هذا من خلال المادة 328 في فقرتها الأولى والتي جاء فيها ما يلي:" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500إلى 5.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي بشأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك خطفه من وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو

[1] أحمد بن حنبل، مسند الامام أحمد بن حنبل، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة ، حديث رقم 10272، ج16، ص191 ،قال شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن، (ينظر: نفس المرجع ، تح وتخ وتع شعيب الأرنؤوط ، عادل مرشد، مؤسسة الرسالة ، ط1،بيروت، 1417هـ . 1997م، ج1، ص191)

[2] الترمذي،أبي عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير،كتاب صفة القيامة والرقائق والورع، باب (122)(51)، حديث رقم2511، ج4، ص281، وقال عنه : حديث صحيح (ينظر: نفس المرجع، تح وتخ وتع بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، 1996، ج4، ص181)ا، وقال الألباني:جديث صحيح (الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن الترمذي، مرجع سابق، ج2. ص608)

[3] مسلم ، أبو الحسين، صحيح مسلم، كتاب البر، والصلة، والآداب ، باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها، حديث رقم 2555، ج4، ص1981

[4] ينظر مروة خضر عياد، مرجع سابق، ص80

أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو ابعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني "

أي أنه على القاضي أن يضمن حق المحضون في الزيارة وحق أقاربه في زيارته أيضا بحيث إذا تبين للقاضي تعسف الحاضن كان بصدد تطبيق نص المادة 328.

ويتضح مما سبق أنه إذا كان التعسف في حق الزيارة يترتب عليه العقاب القضائي فإن الشريعة الإسلامية قد أقرت العقاب في الدارين.

ثالثا . إسقاط الحضانة :

إن تعسف الحاضن في حق الزيارة يمنح للقاضي الحق اسقاط الحضانة عنه وبالتالي إسناد الحضانة إلى الأصلح والأحق بها ممن تتوفر فيه الشروط اللازمة لحفظ المحضون ورعايته، وهذا ما يستنبط من نص المادة 330 السابق الذكر حيث نصت في فقرتها الأخيرة:" وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني."

كما تضمنته المادة 184من مدونة الأسرة المغربية وقد جاء فيها:" تتحذ المحكمة ما تراه مناسبا من إجراءات بما في ذلك تعديل نظام الزيارة ، وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة".

خلاصة المبحث :

أن لكل تعسف جزاء وأن للقاضي الحق في اسقاط الحضانة متى اتضح له تضرر المحضون، ذلك أنه من واجبه حماية هذا الأخير.

المبحث الثاني : دراسة تطبيقية للتعسف في حقوق المحضون

سيرتكز هذا المبحث على تحليل بعض القرارات القضائية والاجتهادات الفقهية الصادرة بشأن صور التعسف الواقعة على حق المحضون في التأديب (المطلب الأول) والنفقة (المطلب الثاني) والزيارة(المطلب الثالث)

المطلب الأول: تطبيقات التعسف في تأديب المحضون

من خلال هذا المطلب سنعرض لنموذج في حق التأديب من القضاء الشرعي (الفرع الأول)، وآخر ومن القضاء الوضعية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تطبيقات التعسف في تأديب المحضون من القضاء الشرعي

ومما جاء في هذا قول ابن القيم:" سمعت شيخنا رحمه الله يقول: تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام فخيَّره بينهما، فاختار أباه، فقالت له أمه سله لأيِّ شيء يختار أباه، فسأله فقال: أمي تبعثني كلَّ يوم إلى الكُتَّاب، ويضربني الفقيه، وأبي يتركني ألعب مع الصبيان، فقضى به للأم، وقال: أنت أحق به."[1]

تحليل المضمون

لو ركزنا في موضوع هذه القضية بغض النظر عن موضوع تخيير المحضون لوجدنا أنها تشمل نقاط ثلاث هي:

- حرص الأم على تربية ابنها وتأديبه وتعليمه.
- حرص المعلمين على الولد وتأديبه.
- اهمال الأب لتأديب الولد وتركه للعب.

لذا فمن المعقول أنه على القاضي خدمة مصلحة المحضون ذلك أن من حقه أن ينشأ على أخلاق فاضلة وأن يحظى بتربية سليمة، لذا فرغم اختيار الولد للبقاء مع أبيه إلا أن سلطة القاضي أقوى حيث منح الحضانة لأمه لأنها الأصلح له والأقدر على تأديبه.

[1] ابن القيم، أبوعبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تح علي بن محمد العمران . ، تخ سراج منير محمد منير، دار عطاءات العلم (ط3، الرياض، 1440هـ . 2019م)، دار ابن حزم(ط1، بيروت، دتط)، ج5، ص59

وفي هذه القضية أيضا إجازة لحق الأم وللمعلمين في تأديب الولد بالضرب، مادام ضرب تأديب لا غير.

الفرع الثاني: تطبيقات التعسف في تأديب المحضون من القضاء الوضعي

القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1989/05/22:[1]

1. حيثيات القرار:

حيث أن السيد (ج أ)أقام طعنا بواسطة الأستاذ موهوب مخلوف يرمي إلى نقض القرار الصادر من مجلس قضاء سطيف بتاريخ1986/07/08 رقم 85/1259 ضد السيدة (م ك) والقاضي بما يلي: في الشكل: بقبول الاستئناف. وفي الموضوع بالمصادقة على الحكم المستأنف وتعديله بإسناد حضانة البنات الثلاث: مباركة، حورية، ويمينة لأمهن وعلى أبيهن نفقة قدرها 250دج شهريا لكل واجدة منهن مع دفعة للمطلقة أجرة للكراء 350 شهريا على أن يسدد تلك المبالغ متى تحصلت الحاضنة على السكن الخاص بممارسة الحضانة داخل التراب الوطني وذلك إلى غاية حصول مانع شرعي ويمنح حق الزيارة مستقبلا بعد تسليم البنات للمستأنف وذلك مرة كل أسبوع يوم الجمعة والأعياد الوطنية والدينية والعطل المدرسية مناصفة بين الطرفين ورفض ما زاد على ذلك لعدم تأسيسها.

حيث أن محكمة سطيف كانت أصدرت حكما بتاريخ 1986/06/15 رقم85/22 وف 85/594 بما يلي: بالطلاق بين الزوجين على مسؤولية الزوج والحكم ابتدائيا بإسناد حضانة البنات الثلاثة وهن: مباركة، حورية، ياسمينة إلى أبيهن مع الإنفاق عليهن من طرفه وإلزامه بدفعة لمطلقته نفقة إهمالها على أساس 300دج شهريا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى 12 جانفي 1985 وتنتهي يوم 1985/06/15 ومبلغ 1500 دج كعدة ومبل 8000 كتعويض عن الطلاق التعسفي ورفض طلبها المتعلق بإفادتها بالسكن لعدم التأسيس ومنحت زيارة الأم لبناتها الثلاثة بيوم الجمعة من كل أسبوع وفي الأعياد الدينية والوطنية تبدأ من شروق الشمس إلى غروب الشمس وأمرنا بالتأشير بهذا الحكم على هامش عقد الزواج وميلاد الطرفين في سجل الحالة المدنية ببلدية سفيلي في جمهورية فرنسا.

حيث للوصول إلى النقض استند الطاعن على وجهين:

[1] قرارا المحكمة العليا،الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية،بتاريخ 1989/05/22، ملف رقم 53578، المجلة القضائية 1991، عدد04، ص 99

الوجه الأول: مخالفة القانون الداخلي المادة233 ق أ م، ف6:

حيث أن المادة 62 من قانون الأسرة نصت على أن الولد من الزواج المختلط يربى على دين أبيه وأن العارض غادر لأجل ذلك فرنسا وأنه حكم على الزوجة من قبل مجلس قضاء سطيف بقرار أول جوان 1986 بثلاثة أشهر حبس نافذة.

الوجه الثاني: خرق القانون الداخلي والخطأ في تطبيقه المادة 233 ف6 ق ا م مع انعدام أو القصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني.

حيث أن مجلس قضاء سطيف اعتمد لتقبل حضانة البنات إلى أمهن أساسا على اعتبار عاطفي وهو أن البنات فضلن الحياة مع أمهن المستأنفة حيث طلب نقض القرار.

حيث أن المطعون ضدها لم تجب.

المجلس الأعلى: حيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

حيث أن الوجهين معا.

حيث عن حضانة البنات الثلاثة لأمهن وحيث أن مجلس قضاء سطيف أصدر بتاريخ 1986/06/01 الغرفة الجزائية حكما بالسجن لمدة ثلاثة أشهر حبسا نافذة بتهمة جنحة تعريض خلق الأولاد للخطر طبقا للمادة 350 من قانون العقوبات ف3.

حيث جاء في قول الشيخ خليل ج2 ص474 من شروط الحضانة أمانة الحاضن ولو أبا وأما في الدين فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنى ولهو محرم كما أن المادة 62 تنص على الحاضن: والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. وما دامت الأم فاسدة في أخلاقها لذلك تعين نقض القرار المطعون ودون إحالة.

حيث أن الملف أحيل على السيد النائب العام للاطلاع عليه وطلب في ملتمسه الكتاب نقض القرار

ولهذه الأسباب؛

قرار المجلس الأعلى نقض القرار من مجلس قضائي سطيف بتاريخ: 1986/07/08 رقم 85/1259 ودون إحالة وقضى بالمصاريف على المطعون ضدها أي المصاريف القضائية.

2. تحليل المضمون:

بالتأمل في هذا القرار يتضح أن الأم كانت هي الحاضنة ، ومثلما هو معلوم يفترض في الحاضن أن يكون أمينا على خلق الأولاد وأن يسعى لتربيتهم على أحسن وجه إلا أن الأم لم تكن كذلك وإنما عرضت خلق بناتها لخطر ما استوجب عقابها على ذلك حيث قامت في حقها جنحة تعريض خلق الأولاد لخطر

المطلب الثاني: تطبيقات التعسف في نفقة المحضون

سنتطرق من خلال هذا المطلب لعرض بعض نماذج التعسف في نفقة المحضون في الشريعة الإسلامية(الفرع الأول) ، وكذا القضاء الوضعي(الفرع الثاني)

الفرع الثاني :تطبيقات التعسف في نفقة المحضون من القضاء الشرعي

التعسف في طلب النفقة : جاء في عند الحنفية :"(للصغيرة عمة موسرة والأب معسر أرادت العمة إمساك الولد مجانا ولا تمنعه) أي العمة الولد (عن الأم وهي) أي الأم (تأبى) أي تمتنع عن الحضانة (وتطالبه بالأجرة ونفقة الولد فالصحيح أن يقال لها: إما أن تمسكي الولد مجانا، أو تدفعي إلى العمة) كذا في الخلاصة."[1]

تحليل المضمون :

يلاحظ في هذه القضية تعسف الأم في طلب النفقة وأجرة الحضانة مع علمها أن الأب معسر ، كما وجدت العمة التي تطالب بالحضانة مجانا وكانت ميسورة الحال ،فرأى الحنفية أن تخير الأم إما أن تمسك الولد مجانا، فإن امتنعت فالحضانة تسند للعمة، منعا لها من هذا التعسف.

تضييع النفقة: جاء في المنتقى للباجي :"فإن شكا الأب ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه فقد كتب إلى سحنون شبحرة في الخالة تجب لها الحضانة، فيقول الأب: يكون ولدي عندي لأعلمه وأطعمه لأن الخالة

[1] منلا خسرو ، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، دط، دمط، دتط، ج1، ص'

تأكل ما أرزقهم ، وهي مكذبة أن للأب أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة للخالة، فجعل الحضانة أن يأوي إليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليها من نفقته".[1]

تحليل المضمون:

في هذه القضية قامت الحاضنة بتضييع نفقة المحضون واستغلالها، ذلك أن النفقة حق للمحضون لذا يقترض في الحضانة الأمانة عليها بأن تحفظها وأن لا تستغلها لأغراض شخصية، وأن لا تنفق منها شيئا على نفسها ومن هنا إن الحاضنة تعسفت في قبض نفقة المحضون لتضر بالمنفق ، فمنعت من قبض النفقة التي يمكن لها التعسف فيها دفعا لهذا الأخير، وهذا ما يوضح سلطة القاضي في حماية حق المحضون في النفقة.

الفرع الثاني : تطبيقات النفقة المحضون من القضاء الوضعي

قرار المحكمة العليا الصادر في2004/01/21 [2]:

1. حيثيات القرار:

حيث أن الطاعنة (ص-ز) طعنت بالنقض في القرار الصادر عن في 15 ماي سنة2002 عن مجلس قضاء تيارت بإلغاء الحكم المستأنف والتصدي للفصل برفض الدعم لعدم التأسيس.

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

حيث أن الطاعنة بنت طعنها على ثلاثة أوجه.

حيث رد المطعون ضده رفض الطعن.

حيث أن النيابة العامة قدمت مذكرة طلبت فيها نقض القرار.

[1] الباجي، أبو الوليد سليمان ين خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة (ط1، بجوار محافظة مصر، 1332هـ)، جار الكتاب الإسلامي(ط2، القاهرة، دتط)، ج6، ص186

[2] الفرار الصادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 311458، بتاريخ 2004/01/21، المجلة القضائية، عدد2، 2004، ص379

الوجه الأول: المأخوذ من خطأ في تطبيق القانون وذلك بمقولة أن المادة75 من قانون الأسرة، توجب نفقة الأولاد على الأب إذ لك يكن لهم مال. إلا أن القرار المطعون غبه قضى بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بالنفقة استنادا إلى شهادة عدم العمل المبرزة في ملف الدعوى من قبل المستأنف مع أن هذه الشهادة لا تصلح سببا لإعفائه من طلب النفقة التي تقدر حسب حالة متى كان قادرا على ذلك كما قالت، بأنه أب لخمسة أولاد من زوجته الأولى وهو ما يعيبه بما يستوجب نقضه.

الوجه الثاني: المأخوذة من القصور في التسبيب وفي بيان ذلك تقول أن القرار المطعون فيه أورد في أسبابه أن الطاعنة تنازلت وقت الطلاق بالتراضي عن نفقة الأولاد مع أن القانون لا يجيز لها أن تتنازل عن نفقة المحضونين وهو ما يعيبه بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي بوجهيه الأول والثاني سديد بذلك أنه يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم يكن لهم مال ولما كان ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله ومن ثم فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على الأولاد هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد. ولما كان القرار أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور التسبيب وعليه فإن هذين الوجهين يكونان على أساس ويتعين معه نقض القرار دون إحالة من غير حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني من الطعن.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث: قبول الطعن شكلا وموضوعا؛ ونقض القرار المطعون الصادر في 15 ماي سنة2002 عن مجلس قضاء تيارت وبدون إحالة مع إلزام المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

تحليل المضمون

بالتأمل في هذا القرار يتضح أن الأم تنازلت عن حق المحضونين في النفقة وهذا مخالف للقانون بالأخص أنه ليس للأولاد مال ففي تنازلها عن حقهم إضرار بهم وهذا ما يستوجب نقض القرار لأن في ذلك تعدٍ على الحقوق وبالتالي على القاضي حماية حق المحضون في نفقته.

المطلب الثالث : تطبيقات التعسف في حق الزيارة

ابتداء سنعرض لأحد الأحكام الواردة عن المحاكم الشرعية بهذا الشأن (الفرع الأول) ثم لنموذج آخر صادر عن المحكمة العليا(الفرع الثاني)

الفرع الأول: :تطبيقات التعسف في حق الزيارة من القضاء الشرعي

الحكم الصادر عن محكمة ببا الجزئية في 25 مايو سنة وتأيد 1931 استئنافيا من محكمة بني سويف الكلية في20 يوليو **1931 وقد قرر هذه القاعدة:**

"يرفض طلب الأب ضم ابنه الصغير إليه، لعدم تمكنه من الحضور من بلده إلى بلد أمه وحاضنته لرؤيته والعودة قبل اليل، ما دامت الأم مقيمة في بلد هو وطنها، ولم يكن بينه وبين بلد الأب التي ابتعد هو هنها تفاوت كبير يمنعه من الذهاب لرؤية ولده والعودة إلى بلده قبل اليل، سواء أكان ابتعاده عن ذلك البلد لإرادته .

لأنه لا ذنب للحاضنة في هذا على كل حال.

ويؤخذ من وقائع هذه الدعوى.أن المدعي كان قد تزوج المدعى عليها في بلدها بني مزار، أرزقت منه حال قيام الزوجية بنت وطلقت منه في البلد المكور وانتهت عدتها بوضع الحمل، ثم أقامت المدعى عليا دعوى بمدينة ببا وأخذت عليه حكما من محكمتها بحضانة الصعيرة بتاريخ 29 أكتوبر سنة 1930 حين كان المدعي مقيما ببني مزار ؛ وانتهى الأمر باقامته بأسيوط بحكم وظيفته حيث رفع هذه الدعوى طالما ضم ابنته إليه ولوهي لا تزيد سنها عن سنتين وثمانية أشهر."[1]

تحليل المضمون

من خلال النظر في هذا القرار يتبين أن :

_ الأب هو المطالب بالحضانة لعدم رؤيته للمحضون.

. بعد المسافة بين مكان إقامة المحضون وأبيه الذي يقيم بمكان عمله .

_الأم الحاضنة وتقيم بالمحضون في المكان الذي أبرم فيه عقد الزواج وتم فيه الطلاق,

[1] سيد سابق/، مرجع سابق، ص354

_يتضح أن عدم رؤية الأب لمحضون لم يكن بامتناع الأم ، ذلك أنها لم تقم بتغيير مكان إقامتها بالمحضون لإبعاده، أي أنه لم يصدر من الحاضنة تعسف في هذا الحق ، لذا قرر القضاء رفض طلب الأب واحتفاظ الأم بالحضانة.

ثم إن سن المحضون يقرر أن مصلحة المحضون بقاءه مع أمه ورؤيتها أولى من رؤية الأب وحضانته.

الفرع الثاني: تطبيقات التعسف في حق الزيارة من القضاء الوضعي

القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1989/02/14: [1]

1. حيثيات القرار:

حيث أن الرسم القضائي قد تم دفعه.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية فهو مقبول شكلا.

وحيث أنه تدعيما لطعنه أودع في حقه الأستاذ/بن عبد الله المحامي المقبول مذكرة أثار فيها وجهين للنقض:

عن الوجه الأول: المأخوذ من خرق القواعد الجوهرية للإجراءات فيما أنه يتضح من الأحكام المودعة بالملف أن القرار المطعون فيه وقع من طرف الرئيس وكاتب الضبط دون المستشار المقرر.

لكن حيث يبدو من تلاوة القرار المنتقد بأن الغرفة الجزائية بالمجلس التي فصلت في القضية كانت برئاسة السيد عنتر والذي هو في نفس الوقت المقرر، وعليه فإن الإشارة في نسخة القرار على أنه وقع من طرف الرئيس وكاتب الضبط يبعد عن الخرق المزعوم وذلك لأن الرئيس هو المقرر، وعليه يعتبر الوجه الأول غير مؤسس.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من خرق القانون والتعسف في استعمال السلطة ونقض الأساس الشرعي فيما أن المجلس اكتفى لتمييز جنحة عدم تسيم الطفل بالقول أن الأب لهم يلزمهم على رؤية أمهم دون تحديد

[1] القرار الصادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 54930، بتاريخ 1989/02/14، المجلة القضائية، العدد02، 1995، ص181

للعناصر الواقعية المكونة للجنحة سيما وأن الطاعن أمر أبناءه بقبول زيارة أمهم وهو ما رفضوه، كما أنه لا يستعمل الغش أو العنف من أجل ابعادهم عنها.

لكن حيث بما أن القرار المنتقد صادق على الحكم المستأنف فإن ذلك يعني تبني الأحكام الواردة فيه.

وحيث أن الحكم الأول أبرز بما فيه الكفاية العناصر المكونة للجنحة موضوع الإدانة والتي تدخل تحت طائلة المادة328 من قانون العقوبات، لا سيما إظهار عنصر الامتناع عن تسليم الأولاد، ومما جاء فيه على وجه الخصوص ما يلي:« حيث أن المتهم صرح في جلسته بأن الأبناء هم الذين رفضوا الذهاب مع أمهم أنه ليس له دخل بالموضوع مما جعل المحكمة تؤجل القضية لمدة خمسة عشرة يوما ليقوم ويسعى إلى تنفيذ الحكم وتسليم الأبناء لأمهم ولكن عند حضورهم إلى جلسة التأجيل صرحت الشاكية بأنها توجهت إلى المتهم لتأخذ ابناءها تنفيذا لحق الزيارة الممنوحة لها شرعا إلا أنها تفاجئ بالمتهم يخرج لها ويشتمها وحث أحفادها شتموها. وعليه: فإنها رجعت بدون جدوى، حيث أن المتهم قد اعترف في الجلسة بأنه يريد أن يقطع الصلة بينه وبين السيدة وأنه يرفض أن تقترب من منزله لتمارس حق الزيارة المحكوم بها لها»

وحيث أنه خلافا لما ورد في هذا الوجه فإن القرار لم يذكر بأن الأب لم يلزمهم (أي الأولاد) على رؤية أمهم بل أشار القرار إلى قول المتهم بأن الآباء يرفضون الزيارة وأنه ليس له دخل.

وحيث أنه مهما كانت ادعاءات الطاعن فإن إعطاءه مهلة من طرف المحكمة لتمكين الأمن من زيارة أبنائها ومجيئها إلى منزله وامتناعه بعد ذلك عن تلبية رغبتها، فن ذلك مما يدل على اقتناع القضاة بتوفير العناصر المكونة للجنحة ويرهنوا على اقتناعهم بما قدموه من أسباب وعليه فإنهم لم يتجاوزوا حدود سلطتهم ولم يخالفوا أي نص قانوني لذا يعتبر الوجه الثاني هو الآخر غير مؤسس.

وحيث أن عدم تأسيس الوجهين المثارين يترتب عنه رفض الطعن

فلهذه الأسباب

يقضي المجلس الأعلى: بقبول الطعن شكلا وبرفضه مضمونا وتبقى المصاريف على الطاعن.

2. تحليل المضمون

بالنظر في هذا القرار ، يتضح أن القاضي قد حكم على الأب بعقوبة عدم تسليم القاصر ، ذلك لاستيفاء الجريمة شروطها حيث امتنع الأب عن تسليم الأولاد لأمهم و ذلك مرات عدة ،حتى بعد أن تم تأجيل الجلسة إلا أنه لم يتغير شيء، أما عن ادعاء الاب رفض الأولاد الذهاب عند أمهم ، فهذا لا يعتبر حجة، ثم إن شتم الأم وطردها عندما ذهبت إلى بيته لزيارة أطفالها أكبر دليل على هذه الجريمة، والشرطان الآخران متوفران أيضا وهما وجود الأطفال تحت سلطة أبيهم كما أنه حكم القاضي بحق الأم في الزيارة منذ أن تم إسناد الحضانة للاب كما راينا سابقا، ومن هنا تتضح سلطة القاضي في حماية حق الزيارة.

خلاصة المبحث :

تتضح من خلال القرارات القضائية السابقة مدى سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون ، وأن هذه المصلحة تعلو فوق كل اعتبار.

خلاصة الفصل :

من خلال هذا الفصل توصلنا إلى النتائج التالية :

- التعسف في استعمال حق الحضانة يقصد به التعدي على حق من حقوق الحضانة.

- منح الشرع والقانون للحاضن الكثير من الحقوق من ذلك تأديب الطفل، والحق في المطالبة بنفقة المحضون، كما أوجب عليه حفظ المحضون إلا أن قد يستعمل هذه الحقوق استعمالا غير مشروع بحيث يلحق الضرر بالمحضون وقد يتعداه إلى أقاربه، وهذا هو التعسف بعينه.

- من أهم صور تعسف الحاضن في حقوق المحضون هي التعسف في حق المحضون في التأديب والنفقة وحقه في زيارة أقاربه وحفهم في زيارته أيضا.

- منح الشرع والقانون للقاضي السلطة في مواجهة هذا التعسف، حيث وُضعت عقوبات على بعض الأفعال التعسفية وبعضها كان للقاضي الحق في الاجتهاد بما يحد منها.

- إن للقاضي إسقاط الحضانة متى رأى من مصلحة المحضون في ذلك وبالتالي فله سنادها إلى أي شخص تتوفر فيه مصلحة المحضون.

خاتمة

خاتمة:

بعد دراستنا لموضوع حماية مصلحة المحضون بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن خلصت إلى النتائج الآتية:

1- الحضانة هي حفظ الولد والقيام بشؤونه وتربيته بما يصلح حاله في الدارين، وهي واجبة شرعا وقانونا فبتركها يهلك الطفل ويضيع .

2- أن مصلحة المحضون هي الضابط الذي يحكم جميع مسائل الحضانة وتمتاز بكونها مسألة شخصية اجتهادية بحيث يتعلق مصير المحضون بما آلت إليه سلطة التقديرية للقاضي في اختيار الأصلح وللمحضون.

3- أن سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون غير مطلقة بل هي مقيدة بضوابط ومعايير لا بد على القاضي مراعاتها عند اتخاذ قراراته.

4- على الرغم من تنظيم الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لمسائل الحضانة وأحكامها إلا أن سلطة القاضي التقديرية هي المحور الأساسي في تطبيق نصوصها، حيث جاز للقاضي مخالفة ترتيب الحاضنين وكذا بعض الشروط وغيرها من الأحكام ما دامت مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

5- منح الشرع والقانون للحاضن الكثير من الحقوق من ذلك تأديب الطفل، والحق في المطالبة بنفقة المحضون، كما أوجب عليه حفظ المحضون إلا أن قد يستعمل هذه الحقوق استعمالا غير مشروع بحيث يلحق الضرر بالمحضون وقد يتعداه إلى أقاربه، وهذا هو التعسف بعينه،

6- أوجد الشرع والقانون جزاء عن كل تعسف يصدر من الحاضن، ويختلف هذا الجزاء باختلاف الضرر اللاحق بالمحضون ، كما منح القاضي الحق في إسقاط الحضانة متى رأى مصلحة المحضون في ذلك وبالتالي فله سنادها إلى أي شخص وفق هذا الاعتبار.

فبعد عرض النتائج كان لزاما علي أن أختم دراستي بمجموعة توصيات أهمها:

1- رغم الجهد الذي بدلته في هذا البحث إلى أنني لم أحط بكل صور التعسف نظر لتنوعها وتعدد أشكالها، ونظرا لكون مذكرة الماستر لا تتطلب الكثير من التفصيل، أوصي بمواصلة البحث في مجال تعسف

الحاضن كتعسفه في حق غيره بالمطالبة بالحضانة (ومن ذلك زواج العرفي الذي تلجأ إليه الحاضنة للاحتفاظ بالحضانة)،.وصور أخرى منها التعسف في حق الطفل في التعليم والصحة وغيره.

2- ومن خلال بحثي هذا اتضحت لي مسائل أخرى أرى أنها تستحق أن تكون عناوين بحوث هي:

أ- تخيير المحضون بين الشريعة والقانون: حيث يبين من خلالها يبحث عن الآراء الفقهية فيما يخص تخير المحضون وسن التخيير، ويبين اتجاهات القوانين الوضعية في ذلك.

ب- سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في إسقاطها: حيث يبين الباحث مسقطات الحضانة، ويوضح المسائل التي تتضح فيها سلطة القاضي من ذلك عدم اسقاط الحضانة عن الأم المتزوجة ثانية، واسقاط الحضانة عن الأم العاملة، فالأول مسقط للحضانة ويدخل ضمن اختلال الشروط إلا أن القاضي جعل الأم تحتفظ بالحضانة، وأما الثاني فهو غير مسقط للحضانة ولتعلقه بمصلحة المحضون كان مسقطا وهكذا.

3- كما أوصي بالزيادة في عدد صفحات البحث، فنظرا لكون الدراسة شرعية قانونية مقارنة، فهي تتطلب الدراسة الشرعية حيث لا بد من التطرق للآراء الفقهية ، ثم الدراسة القانونية التي تتطلب المعالجة القانونية للمسألة وكدا المقارنة.

4-كما ينبغي أن يترك المجال للطالب في البحث وذلك بزيادة مدة إنجاز البحوث كأن تقدم عناوينها في السنة الأولى من مرحلة الماستر كي يتسنى للطالب البحث الجيد.

5- وأفضل أن يعاد تدريس مادة المنهجية في مرحلة الماستر بالأخص في التخصصات التي ينجز فيها الطالب المذكرة لأول مرة، وذلك لضمان التطبيق الحسن لأساسيات البحث العلمي

6- هذا فيما يخص البحث العلمي أما فيما يخص حماية المحضون : فأرى أنه لا بد من تكثيف آليات حماية المحضون والرقابة على الحاضن كإنشاء لجان لمراقبة مدى صلاح الحاضن لرعاية المحضون.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم :

_ القرآن الكريم برواية ورش عن نافع مكتوب الخط العثماني.

كتب الحديث:

_ البخاري ، **صحيح البخاري**

_ مسلم ، **صحيح مسلم**

_أبو داود، سليمان بن الأشعث، **سنن أبي داود**.

_ الترمذي،أبي عيسى محمد بن عيسى، **الجامع الكبير(سنن الترمذي)**

_ ابن ماجه ، سنن ابن ماجه

_ أحمد بن حنبل، **مسند الامام أحمد بن حنبل**.

_ الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق **المصنف**

_ البيهقي، **السنن الكبرى**

_الألباني، ناصر الدين، **صحيح سنن ابي داود**، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1، الكويت، 1423. 2020م.

_ لألباني، ناصر الدين، **صحيح سنن ابن ماجه**، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط1، 1417هـ ، 1997م.

_ الألباني ،ناصر الدين، **ضعيف سنن الترمذي**، مكتبة المعارف ، ط1، الرياض، 1420هـ . 2000م.

_ابن حجر العسقلاني ، **فتح الباري** ،المكتبة السلفية ،دط، دمط، دتط.

_ الجلال السيوطي وغيره، **شرح سنن ابن ماجه**، قديمي كتب خانة .كراتشي.

-عبد الله بن صالح الفوزان، **منحة العلام في شرح بلوغ المرام**، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1،الدمام، المملكة العربية السعودية، 1427هـ

المعاجم:

_ أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة** ، عالم الكتب، ط1،القاهرة، 1429هـ . 2008م.

_جرجس جرجس، **معجم المصطلحات الفقهية والقانونية**، مر القاضي أنطوان الناشف، الشركة العالمية للكتاب، ط1، بيروت . لبنان، 1996م.

_الجوهري ، أبو النصر ، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية** ،ت أحمد عبد الغفور العطار، دار العلم للملايين، ط4، 1407هـ . 1987م.

_جيرار كورنو، **معجم المصطلحات القانونية**، تر منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 1418هـ . 1998م.

_ابن فارس، أبو الحسين أحمد، **مقاييس اللغة**، تح و ضبط عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دط، دمط، 1399هـ . 1979م.

_الفيروزآبادي، **القاموس المحيط** ، ت مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة , إ محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع ببيروت ، ط8، 1426هـ . 2005م .

_مجمع اللغة العربية، **معجم الوجيز**، مجمع اللغة العربية،دط،دمط، 1989م.

_ابن منظور ،محمد بن مكرم بن علي ، **لسان العرب**، دار صادر، ط3، بيروت، 1414هـ.

الكتب:

_ أحسن بوسقيعة، **التحقيق القضائي**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ط6(منقحة ومتممة)، الجزائر، 2006.

_ أحسن بوسقيعه، **الوجيز في القانون الجنائي العام**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ط8، الجزائر،2008.

_ أحمد الرجوب، **أحكام الحضانة في القوانين العربية والأجنبية**، دار العماد للنشر والتوزيع، ط1،حلب، 1440هـ . 2019م .

_ أحمد فتحي سرور، **الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية** ، دار النهضة العربية،دط، القاهرة، 1985.

_أحمد نصر الجندى ، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات، دط، مصر،2009.

_ الباجي،أبو الوليد سليمان ين خلف، **المنتقى شرح الموطأ**، مطبعة السعادة (ط1، بجوار محافظة مصر، 1332هـ)، در الكتاب الإسلامي(ط2، القاهرة، دتط).

_ البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب**، إ مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دط، 1427، 1428هـ . 2007م، بيروت، لبنان.

- بدر الدين الزركشي ، **تشنيف المسامع بجمع الجوامع** ، ت سيد عبد العزيز. عبد الله ربيع ،مكتبة قرطبة للبحث العمي وإحياء التراث . توزيع المكتبة المكية ، ط1، 1418.1998.

ـ بدر الدين العيني، محمود ين أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، **البناية شرح الهداية**،تح أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية،ط1، بيروت لبنان، 1420هـ . 2000م.

ـ بربارة عبد الرحمان ، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ، بيت الأفكار، ط1،الدار البيضاء، الجزائر،2022.

ـ بلحاج العربي، **الزواج والطلاق**، دار هومه لطباعة والنشر والتوزيع، دط، الجزائر، 2018.

ـ البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، عالم الكتب، دط، بيروت،1403هـ . 1983م.

ـبوغرارة صالح، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة**، دار الفكر الجامعي، ط1، مصر، 2013، توزيع، ط1، قسنطينة، الجزائر، 2015.

ـ التويجري، محمد بن إبراهيم بن عبد الله، **مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة**،دار أصداء المجتمع ، ط11(مزيدة ومنقحة)، القصيم بريدة، المملكة العربية السعودية، 1431هـ . 2010م.

ـ التويجري ، محمد بن إبراهيم ، **موسوعة الفقه الإسلامي**، بيت الأفكار الدولية، ط1، دمط،1430هـ . 2009م.

ـ ابن تيمية، **مجموع الفتاوى** ، جمع وترتيب عبد الله بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ،دط، المدينة المنورة . السعودية , 1415هـ

ـ ابن جزي الكلبي، أبو القاسم محمد بن أجمد بن محمد بن عبد الله، **القوانين الفقهية**، دن، دط، دمط، دتط، ص149

ـ الجصاص ، أبو بكر الرازي، **شرح مختصر الطحاوي**، تح عصمت الله عنايت الله محمد، كتب الدراسة وأعد الكتابة وراجعه وصححه سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية (بيروت لبنان)، درا سراج(المدينة المنورة)، ط1، 1431هـ . 2010م.

ـ ابن جلاب، عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم،**التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس**، ت سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1428هـ . 2007م.

_جماعة من العلماء، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، ط2، 1427.1404هـ.

_ أبو حامد الغزالي، **المستصفى** ، ت محمد عبد السلام الشافعي، دار الكتب العلمية ،ط1، 1413هـ 1993م.

_ ابن حجر الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي**، المكتبة التجارية الكبرى، دط، مصر، 1357هـ . 1983.

_ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، **المحلى بالآثار**، تح عبد الغفار سليمان البنداوي، دار الفكر، دط، بيروت، دتط.

_ حسين بن ابراهيم المغربي، **قرة العين بفتاوى علماء الحرمين**، المكتبة التجارية الكبرى، ط1، مصر، 1356هـ . 1937.

_ الخطيب الشربيني،شمس الدين محمدب بن محمد، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، در . تع علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، قدم له محمد بكر اسماعيل، دار الكتب العلمية، منشورات علي بيضون لشر كتب السنة والجماعة، دط، بيروت، لبنان، 1421هـ . 2000م.

_ داماد أفندي،عبد الله بن محمد بن سليمان، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**،دار العامر(دط، نركيا، 1327هـ)، وصورتها دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

_ الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دارإحياء الكتب العربية، دط، دمط، دتط.

_ دياني باديس، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة** ،دار الهدى ، دط، الجزائر ،2012.

_ابن راشد، أبي عبد الله محمد بن عبد الله **لباب اللباب**، تح ودر محمد المدنيني ، الحبيب بن الطاهر، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث،ط1، 1428هـ . 2007م ، ج1، ص411

_الرافعي، أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، **العزيز شرح الوجيز: الشرح الكبير**، تح و تع علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية ، ط1، 1417هـ . 1997م، بيروت، لبنان.

_ ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد، **المقدمات والممهدات** , تح محمد حجي , دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، 1408هـ .1988م.

_ابن الرفعة، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، **كفاية النبيه شرح التنبيه**، تح مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2009.

_ الرملي، شمس الدين محمد أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت ـ لبنان ،1423هـ ـ 2003م.

_ الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد، **شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني**، ضبط، تصح تخ(آياته) عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، منشورات علي بيضون لشر كتب السنة والجماعة، ط1، 1422هـ ـ 2002م.

_ الزركشي، شمس الدين، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، مكتبة العبيكان، ط1، 1413هـ ـ 1993م.

_الزيغلي عثمان بن علي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**، (حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي)، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، القاهرة، 1314هـ.

_سامي محمد هشام حريز، أنجاد محمد هشام حريز،**تأديب الطفل من المنظور الإسلامي والتربوي**، تقديم عبد الله محمد أبو تينة،دار البداية، عمان، الأردن، ط1، 1429هـ 2007م.

_سعيد بن وهف القحطاني، **الهدي النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب والسنة**، مطبعة سفير، الرياض.

_ سعيد مقدم، نظرية **التعويض عن الضرر المعنوي**، المؤسسة الوطنية للكتاب، دط، الجزائر، دتط،

_سيد سابق، **فقه السنة**، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1397هـ ، 1977م.

_ السيوطي، عبد الرحمان بن الكمال جلال الدين، **الدر المنثور في التفسير المأثور**، دار الفكر، دط، بيروت، دتط.

_ الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، **الموافقات**، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ،تقد بكر بن عبد الله أبو زيد، ،دار ابن عفان، ط1، 1417هـ ـ 1997م.

_الشبراوي بن أبي المعاطي، **إتحاف الأريب بشرح الغاية والتقريب**، دار الريادة للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 1441هـ ـ 2020م.

_بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2008.

_الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، **التنبيه في الفقه الشافعي**، إع مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، عالم الكتب ، ط1، بيروت، 1403هـ . 1983م.

_ الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته** ، دار ابن حزم ط1، بيروت، 2008.

_صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، **الملخص الفقهي**، دار العاصمة ،ط1،الرياض، 1423هـ .

_الصاوي، أحمد،**بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير**، ضبط وتصحيح محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت لبنان، 1415هـ . 1995م.

_الطبري، أبو جعفر ابن جرير، **جامع البيان عن تأويل آي القرءان** ، دار التربية والتراث ، دط,مكة المكرمة ،دتط.

_ابن عابدين، محمد أمين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار**، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي وأولاده، ط2، مصر، 1386هـ . 1966م.

_ ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد بن الطاهر، **التحرير والتنوير**، الدار التونسية للنشر، دط، تونس، 1984م.

_ ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد بن الطاهر، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، ت محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، 1425هـ . 2004م.

_عبد الرحمان السعدي، **تيسير اللطيف المنان في خلاصة تفسير القرءان**، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ط1، المملكة العربية السعودية، 1422هـ . 2001م.

_عبد الرحمان بن قاسم، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع**،دن، ط1، 1397، ج7.

_عبد الرحمان بن مجمد عوض الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة** ، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 1424هـ . 2003م.

_عبد العزيز بن مرزوق الطريفي، **التفسير في البيان لأحكام القرءان**، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1437هـ.

_ عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**, دار هومه , ط3,دمط، 2018م .

_ عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة في نظام الأسرة** دار هومه للنشر والتوزيع، ط2، 2014.

_عبد الكريم بن محمد اللاحم، **لمطلع على دقائق زاد المستنقع (فقه الجنايات والحدود)**، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ط1، 1432هـ . 2011م، الرياض . السعودية.

_عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم** ، مؤسسة الرسالة، ط1, بيروت ،دتط.

_عبد الله البسام، **توضيح الأحكام من بلوغ المرام**، مكتبة الأسدي، ط5، مكة المكرمة، 1423هـ . 2003م.

_عبد الله بن أحمد بن محمد الطيار، **وبل الغمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة**، دار الوطن للنشر والتوزيع، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429هـ . 1432هـ .

_عبد الله بن عبد العزيز المصلح، **قيود الملكية الخاصة**، دار المؤيد،دط، دمط، دتط.

_عبد الله بن محمد الطيار، **الفقه الميسر**، مدار الوطن للنشر، ط2، الرياض، 1433هـ . 2012م

_العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، إعادة ط1، بن عكنون، الجزائر، 2014.

_ العربي عطا الله قويدري، **الطفل في الفكر التربوي الإسلامي**، دار أسامه للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2010م.

_ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر، **أحكام القرآن**، دار الكتب العلمية، مر (أصول)وتخ(أحاديث) وتع محمد عبد القادر عطا، ط3، بيروت، لبنان، 1424هـ .2003م.

_ابن عرفة، محمد بن محمد، **المختصر الفقهي لابن عرفة**، تص وتنق وتع (هوامش)حافظ عبد الرحمان محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط1، دمط،1435هـ . 2014م.

_ عز الدين محمد الغرياني، **الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية (دراسة مقارنة)**، منشورات ELGA1997

_عصام بن عبد المحسن الحميدان، عبد الرحمان بن عبد الجبار هوساوي، **معالم الشخصية الاسلامية المعاصرة**: الجوانب السلوكية والأخلاقية، العبيكان للنشر، ط1، الرياض ، 1430هـ . 2009م.

_العطار، حسن بن محمد بن محمود، **حاشية العطار على شرح الجلال المحلي في جمع الجوامع**، دار الكتب العلمية، دط، بيروت، لبنان، دتط.

_ فتحي الدريني ، **التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، ط1، 1967.1387/ط4، 1988.1407، بيروت

_فتيحة حابي، **النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية**، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، دط، دمط، دتط.

_القاضي عبد الوهاب، **المعونة**، تح ودر جميش عبد الحق ، المكتبة التجارية، دط، مكة المكرمة، بوقندورة سليمان، **الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية**، دار الألمعية للنشر والتوزيع

_ابن قائد، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي، **منتهى الإرادات (في جمع المقنع مع تنقيح وزيادات)، مع حاشية المنتهى لابن قائد**، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1419هـ . 1996م.

_ ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله، **الكافي في فقه الإمام أحمد** ، تح وتع محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدني دار الكتب العلمية , ط1، بيروت، لبنان، 1414هـ . 1994م

_ ابن قدامة ، **روضة الناظر وجنة المناظر**، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع،ط2، 1423هـ . 2002م.

_ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، **المغني**، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي . عبد الفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ط1 (1406هـ . 1986م)، ط2(1412هـ . 1992م)، ط3 (1417هـ . 1997م) مصححة ومنقحة، الرياض، المملكة العربية السعودية.

_ ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، **عمدة الفقه**، ت أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية لطباعة والنشر، دط، صيدا، بيروت، 1423هـ . 2003م.

_ القرطبي، شمس الدين، **الجامع لأحكام القرآن**، تح أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، ط2، القاهرة، 1384هـ . 1964م.

_القطان الفاسي، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي، **الإقناع في مسائل الإجماع**، تح حسن فوزي الصعيدي, الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ,ط1، القاهرة، 1424هـ .2004م .

_ ابن القيم، أبوعبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تح علي بن محمد العمران ، تخ سراج منير محمد منير، دار عطاءات العلم (ط3، الرياض، 1440هـ . 2019م)، دار ابن حزم(ط1، بيروت، دتط).

_ ابن القيم الجوزية، **الداء والدواء: الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي**، دار الهدى، دط، عين ميلة، الجزائر، دتط.

_الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت ، لبنان، 1406. 1987م.

_كريمة محروق، **دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة**، AlphaDoc، ط1، 2019.

_الكشناوي، أبو بكر حسن بن عبد الله، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه أمام الأئمة مالك** ، دارالفكر، ط2، بيروت، لبنان، دتط.

_كمال صالح البنا، **المشكلات العلمية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون والقضاء**، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2005.

_لحسين الشيخ آث ملويا، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية** ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع7، ط2، بوزريعة ، الجزائر، 2006.

_اللخمي، أبو الحسن علي بن محمد الربعي، **التبصرة**، د، ت أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، قطر 1432هـ . 2011م

_مالك بن أنس ، **المدونة** ، دار الكتب العلمية، ط1،بيروت، لبنان، 1415هـ . 1994م.

_محمد أبو زهرة، **شريعة القرآن من دلائل إعجازه**، دار الثقافة العربية للطباعة، دط، القاهرة، دتط

_محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** , الدار المتحدة للطباعة والنشر , سوريا , 1987.

_محمد علي أيمن، **شهادة أهل الخبرة وأحكامها**، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، عمان . الأردن، 2008م.

_ محمد عليش، **شرح منح الجليل على مختصر العلامة الخليل**، دار الفكر للطباعة والنشر، ط1،بيروت، لبنان، 1404هـ . 1984م.

_ محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، 1431هـ . 2010م.

- محمود زكي شمس، **مختارات من أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات اللبنانية والسورية**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت ـ لبنان، 1419هـ ـ 1999م.

ـ محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الفكر، ط3،عمان، الأردن، 1431هـ 2010م.

ـ مرضي بن مشوح العنزي ، **فقه الهندسة المالية (دراسة تأصيلية)**، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ـ الرياض, ط1، 1436هـ ـ 2015م .

ـ مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، ط4. دمشق، 1413هـ ـ 1992م.

ـ ملحم محمد حسني، **المرأة بين الشريعة وجاهلية العصر** ،أمواج للنشر والتوزيع ـ الأردن، ط1، 2011م.

ـ ابن الملقن، محمد بن علي بن أحمد بن محمد المصري الشافعي، **التذكرة في الفقه الشافعي**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت ـ لبنان، 1427هـ ـ 2006م .

ـ المنجور أحمد بن علي المنجور، **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب**، در وتح محمد الشيخ محمد الأمين، إ حمد بن حماد بن عبد العزيز الحماد، دار عبد الله الشنقيطي.

ـ منلا خسرو، محمد بن فرامو، **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، درا حياء الكتب العربية، دط، دمط، دتط.

ـ الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، **الاختيار لتعليل المختار**، تع محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، دط، بيروت، لبنان، دتط.

ـ ابن النجار، تقي الدين محمد بن محمد الفتوحي، **منتهى الإرادات**، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت ـ لبنان، 1419هـ ـ 1999.

ـ ابن النجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم محمد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، تص:دار الكتاب الإسلامي، ط2، دمط، دتط.

ـ النجيمي جمال، **قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ـ الجزائر، ط3، 2008.

ـ نشوان بن سعيد الحميري ،**شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**، دار الفكر المعاصر(بيروت ـ لبنان)، دار الفكر(سورية ـ دمشق)، ط1، 1420هـ ـ1999م.

ـ وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، دار الفكر سورية ، ط4،دمط، دتط.

المجلات والملتقيات والندوات

ـ إسماعيل غازي مرحبا، التعسف في استعمال حق الحضانة حقيقته ـ صوره ـ علاجه في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الإنسانية، السنة الخامسة، العدد9، 1437هـ.

ـ أشرف محمود عقلة بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة وأثره، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي (المجمع الفقهي الإسلامي)، جامعة أم القرى ـ مكة المكرمة(كلية الشريعة والدراسات الإسلامية).

ـ اعويش مصطفى، المصلحة الفضلى للطفل والآفاق المنتظرة من إصلاح مدونة الأسرة المغربية ، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة الحسن الثاني المحمدية، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2024/02/01، مجلد5 العدد2.

ـ بلقاسم أعراب، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، العدد1، 1994.

ـ بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة ، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، عدد44، جوان2016 .

ـ جديد حنان، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة روافد للبحوث والدراسات، مخبر الجنوب الجزائري للبحث في التاريخ والحضارة الإسلامية، جامعة غرداية ، العدد6، جوان 2019 .

ـ جمال غريسي ،السلطة التقديرية لقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، مجلد13، العدد02، 2021.

ـ رابح فغرور، حق تأديب الزوجة والأولاد والضمانات الواردة عليه ـ دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 33، العدد02، 2019/09/30.

ـ سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة),المجلة الجزائري للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، عدد 01، 2010.

ـ سليمان بن محمد اللهيميد، شرح بلوغ المرام ، دن، دط، دمط، دتط.

_سليمان عبد الوهاب الشحات بدوى، حجية المصالح المرسلة وأثرها في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد64، ديسمبر 2017.

_ السيد شحات رمضان جمعة، المصلحة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون تفهنا الأشراف، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق بالشرق العربي بالرياض، العدد 28، يونيو2024 .

_ عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية مخبر المؤسسات الدستورية، عدد6، 2019.

_ عبد الرؤوف دبابش، ذبيح هشام، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة

_ عبد المؤمن شجاع الدين ، تنازل الأم عن نفقة طفلها غير ملزم.

_ عراب ثاني نجية، المسؤولية الجزائية عن تجاوز حدود تأديب الأولاد.

_ عطا الله السيد عطا الله محمد ، المصلحة العامة وأثرها في تغير الفتوى (بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي الرابع بكلية الشريعة والقانون بطنطا .

_ عفرة حياة، إشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية . تيزي وزو، المجلد 17 العدد 02، 2022م.

عماري سناء ، دبابش ،عبد الرؤوف ، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية، جامعة بسكرة، مجلد10، العدد02، 2019.

_ بن عودة حسكر مراد ، المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الأسرة، مجلة دراسات قانونية ، العدد09، 2011.

_ عياض بن نامي السلمي، الحضانة تعريفها ومقاصدها ،ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي ،جامعة أم القرى، مكة المكرمة

_ عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باجي مختار، الجزائر، عدد 15، 2005.

_ عيسى طعيبة ، حق زيارة المحضون وضمانات إصراره تنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي ، إ تشوار الجيلالي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد11، عدد1

_ قدوش سميرة دور الاجتهاد القضائي في تقدير مصلحة المحضون،مجلة المعيار، العدد14. العدد02، 2023 .

_ القصير، سليمان بن عبد الله ،الحضانة في السنة النبوية (دراسة حديثية فقهية) ، مجلة العدل , العدد47, رجب 1431هـ.

_ لانصاري رشيدة، غيتاوي جلولة، الحماية الجنائية للأطفال من التعسف في التأديب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري،مجلة الحوار الفكري، مجلد 16، عدد01، 2010.

_ لعريط، لمين، الضوابط الشرعية والقانونية لإسناد الحضانة، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة الجزائر، مجلد 34, العدد 03, 2021.

_محمد جميل محمد ديب المصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية . ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى ـ مكة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

_ محمد حلمي إبراهيم الحفناوي، التعسف في استعمال حق الحضانة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر، 2023م، عدد38

_ محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، مجلد1، عدد1، 1982.

_ المكي صلوح، شهر زاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الانسانية، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، الجزائر، مجلد05، عدد01، ص162

_ منى أحمد أبو زيد، المصلحة بين الفقه الإسلامي وروسكو باوند (مقال)، 14ماي 2017م، تاريخ الاطلاع 2025/03/12 على الساعة 10:50

_ مولاي الهاشمي,بوترعة عبد القادر، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ودورها في حماية الطفل ، مجلة صوت القانون ، المجلد9، العدد خاص، 2023.

_ نصر الدين مروك، عبء الإثبات في المسائل الجنائية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون، الجزائر، عدد47

_ هادفي بسمة، موشي عادل ، فساد أخلاق الحاضن وأثره على الحق في الحضانة ـدراسة على ضوء الفقه والقانون الجزائري مدعمة بإجتهادات المحكمة العليا , مجلة الفكر القانوني والسياسي , المجلد 7 العدد 1, 2023.

_ وفاء السيد أحمد شرف ، جرجا وآثارها المندرسة والمتبقية في ضوء مخطوط تعطير النواحى والأرجاء للإمام المراغى

المذكرات الجامعية

_ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين انين الوضعية)، رسالة دكتوراه، إ رايس محمد، قانون خاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013 ـ 2014م.

- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (رسالة دكتوراه)، إ جيلالي تشوار، القانون الخاص ،كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ـ تلمسان ، 2004ـ 2005.

_ زمناكو محمود حاجي محمد، دور وتطبيقات المصلحة في الصياغة التشريعية للنصوص الجزائية (رسالة ماجستير)، جامعة الشرق الأدنى، معهد الدراسات العليا ،كلية الحقوق ـقسم القانون العام ، 2021.

_ صالح خيضر فارس دبه، أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري (مذكر ماستر)، إ فؤاد خوالدية، قانون الأسرة، القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق يحي ـ جيجل ،2015ـ 2016.

_ عائدة البرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثالا)، (رسالة ماجستير)، إ وحيد الفرشيشي، حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2006م.

_ عبير بنت محمد، المسؤولية عن التعسف في استعمال حق مشاهدة المحضون وزيارته في النظام السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة بالقانون الأردني)، رسالة ماجستير، إ هالة طالب أبو عامر، الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1438هـ ـ 2016م.

_ عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، مذكرة دكتوراه، أ محمود محيب حسني، تخصص الحقوق ،كلية الحقوق ، جامعة القاهرة،1968 .

_ عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكر ماجستير ، قانون الأسرة المقارن، إ هجيرة دنوني جامعة أبي بكر بلقايد ـ تلمسان، الجزائر،2008ـ 2009.

_ عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري(مذكرة ماجستير)، إ فاروق خلف، تخصص أحوال شخصية، القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد بن حمه لخضر . الوادي،2014.2015م.

_ محمود إبراهيم محمد لحام، المسؤولية الجنائية المترتبة على حق التأديب(دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة ماجستير، إ مأمون الرفاعي، الفقه والتشريع ،كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس . فلسطين، 2018م.

_ مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة ماجستير،إ مازن اسماعيل هنية، الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 1437هـ . 2015م.

_ منصوري هاجر، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة ماستر، إ شرون حسينة، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2022

_ هنوف عبد الله العنزي، التعسف في استعمال حق الحضانة في النظام السعودي(دراسة مقارنة بالقانون الأردني)، رسالة ماجستير،إ هالة طالب أبو عامر، الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1443هـ . 2022م.

_ اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري(دراسة نظرية تطبيقية مقارنة) مذكرة دكتوراه، إ واعمر جبالي، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2017/10/29.

القوانين والقرارات القضائية:

_قانون الأسرة الجزائري رقم 84-.11

_ قانون الأسرة الجزائري رقم 05_02.

_ مدونة الأسرة المغربية.

_ مجلة الأحوال التونسية .

_ قانون الأحوال الشخصية الليبي.

_ قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

_قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

_ قانون الأسرة القطري.

_ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

_ قانون العقوبات الجزائري

_قانون العقوبات المصري

_ قانون الجزاء الكويتي

_قانون العقوبات العراقي

- القانون رقم 18.11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، يتعلق بالصحة، ج ر، عدد 46الصادرة في 29جويلية 2018.

_ القانون المدني الجزائري

- قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 2009/05/13 ، ملف رقم 497457، المجلة القضائية , العدد1/2009 , الصفحة 297

قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2013/02/14، ملف رقم 728882، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2014، ص301

- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة بتاريخ1998/03/17ملف رقم 179471،،مجلة المحكمة العليا"عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية،2001، الصفحة172

_ قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2002/02/12، ملف رقم256629، المجلة القضائية، العدد2،2002، ص422،423

- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2011/03/10، رقم الملف 613469، منشور بالمجلة القضائية، العدد1/2012، الصفحة285

_ قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189234، الإجتهادات القضائية، عدد خاص، 2001، ص175

_ قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1997/09/30، ملف رقم171684، الإجتهادات القضائية، ص169

- قرارا المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2008/02/13، ملف رقم 424292، العدد01، 2008، ص268

_قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم564787، بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، العدد02، ص262

_ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/12/10، ملف رقم66552، المجلة القائية 1995، عدد2، ص89

_ قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية،بتاريخ2011/02/10، ملف رقم599850، المجلة القضائية، العدد1، 2012، ص281

_ قرار المجلس الأعلى عدد562، بتاريخ2006/10/04، ملف شرعي عدد2006/1/2/143، منشور بمجلة أهم القرارات الصادرة عن غرفة الاحوال الشخصية والميراث2007، ص240 وما يليها

_ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1989/07/03، ملف رقم 54353، المجلة القضائية، عدد1، 1992، ص45

_ القرار الصادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 311458، بتاريخ 2004/01/21، المجلة القضائية، عدد2، 2004،

_ القرار الصادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأجوال الشخصية، ملف رقم 54930، بتاريخ 1989/02/14، المجلة القضائية، العدد02، 1995،

_ قرارا المحكمة العليا،الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية،بتاريخ 1989/05/22، ملف رقم 53578، المجلة القضائية 1991، عدد04، ص 99

1- فهرس الآيات:

السورة	رقم الآية	الآية	الصفحة
البقرة	27	﴿وَيَقْطَعُونَ مَآ أَمَرَ ٱللَّهُ بِهِۦٓ أَن يُوصَلَ﴾	115
البقرة	177_1 78	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ١٧٧ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾	99
البقرة	230	:﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓا۟ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا ۚ وَٱذْكُرُوا۟ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ﴾	91
البقرة	231	﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾	26_ 30
آل عمران	37	﴿ فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنۢبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ۖ ﴾	26

المائدة	47	﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالاَنفَ بِالاَنفِ وَالُاذْنَ بِالُاذْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[	99
سورة الإسراء	24	﴿وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِى صَغِيراً﴾	25
الإسراء	31	﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ﴾	30
الأنبياء	7	:﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾	63
المؤمنون	8	﴿وَالذِينَ هُمْ لِأَمَٰنَٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ﴾	55
النور	2	﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَالزَّانِى فَاجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾	100
الروم	20	﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنَ اَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجاً لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً اِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَأَيَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	11
محمد	23 _24	﴿فَهَلْ عَسِيتُمْ إِن تَوَلَّيْتُمْ أَن تُفْسِدُواْ فِى ٱلاَرْضِ وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرْحَامَكُمْ ٢٣ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلذِينَ لَعَنَهُمُ ٱللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعْمِىٰٓ أَبْصَٰرَهُمْ﴾	118
الطلاق	6	﴿اَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّنْ وُّجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنَاَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَاتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ﴾	57
التحريم	6	﴿ يَٰأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُواْ قُوٓاْ أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا ٱلنَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَٰئِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَّا يَعْصُونَ ٱللَّهَ مَآ أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُومَرُونَ﴾	94

2- فهرس الأحاديث:

الحديث	الصفحة
«الأَرْوَاحُ جُنُودٌ مُجَنَّدَةٌ ، فمَا تَعَارَفَ مِنْهَا ائْتَلَفَ، وَمَا تَنَاكَرَ مِنْهَا اخْتَلَفَ»	11
«أَنتِ أَحَقُ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»	27
الخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ،	27
«كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْؤُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ»	55
«كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ، أَو يُنَصِّرَانِهِ، أَوْ يُمَجِّسَانِهِ »	71
«أَنَّ رَسُولَ الله صَلّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلّم، قَضَى أَن لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»	92
« لَأَن يُؤَدِّبَ الرَجُلُ وَلَدَهُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَتَصَدّقَ بِصَاعٍ»	95
«البَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادّعَى..»	98
«لاَ يُقْتَلُ الوَالِدُ بِالوَلَدِ»	100
«مَنْ وَقَعَ عَلَى ذَاتَ مَحْرَمٍ فَاقْتُلُوهُ»	101
«لاَيَدْخُلُ الجَنَّةَ قَاطِعُ رَحِمٍ»	118
«إِنَّ أَعْمَالُ بَنِي آدَمَ تُعْرَضُ كُلَّ خَمِيسٍ لَيْلَةِ الجُمُعَةِ، فَلَا يُقْبَلُ عَمَلُ قَاطِعِ رَحِمٍ»	118
« مَا مِنْ ذَنْبٍ أَجْدَرُ أَنْ يُعْجِّلَ الله لِصَاحِبِهِ العُقُوبَة فِي الدُّنيَا مَعَ مَا يَدَّخِرُ لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنَ البَغيِ وقَطِيعَةُ الرَّحِمِ »	118
« الرَّحِمُ مُعَلَّقَةٌ بِالعَرْشِ تقُولُ: مَنْ وَصَلَنِي وَصَلَهُ الله وَمَنْ قَطَعَنِي قَطَعَهُ الله »	118

الـمـلاحـق

الملحق 01:

مجلس قضاء..... **التاريخ:.....**

محكمة :.....

قسم شؤون الأســــــــــرة

السيد رئيس قسم شؤون الأسرة

طلب الإستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة

(المادة 6 من القانون 24-01 المؤرخ في أول شعبان عام 1445 الموافق 11 فبراير سنة 2024 يتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة).

المستفيد من النفقة:

الإسم واللقب:..... تاريخ الميلاد:.....مكان الميلاد:.....

المهنة:..... الجهة المستخدمة:.....

العنوان.....

رقم الهاتف:.....رقم التعريف الوطني:.....رقم شهادة الميلاد.....

البريد الإلكتروني:.....

الأطفال المحضونين:

الإسم واللقب:.....تاريخ الميلاد:..... مكان الميلاد:..... الجنس ذكر / أنثى

الإسم واللقب:..... تاريخ الميلاد:..... ..مكان الميلاد:.....الجنس ذكر / أنثى

الإسم واللقب:.....تاريخ الميلاد:..... مكان الميلاد:..... الجنس ذكر / أنثى

الإسم واللقب:.....تاريخ الميلاد:..... مكان الميلاد:..... الجنس ذكر / أنثى

الإسم واللقب:.....تاريخ الميلاد:..... مكان الميلاد:..... الجنس ذكر / أنثى

الإسم واللقب:.....تاريخ الميلاد:..... مكان الميلاد:..... الجنس ذكر / أنثى

المدين بالنفقة:

الإسم واللقب:..... تاريخ الميلاد:..... مكان الميلاد:.....

المهنة:..... الجهة المستخدمة:.....

الجنسية:.....

العنوان أو أخر موطن.....

رقم الهاتف:.....رقم التعريف الوطني:..... رقم شهادة الميلاد.....

رقم الضمان الإجتماعي:..... رقم الحساب الجاري أو البنكي:.....

البريد الإلكتروني:.....

توقيع المستفيد

المادة 21 من القانون رقم 24-01 المؤرخ في 11 فبراير سنة 2024 يتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة
(تطبق على الإدلاء بإقرارات كاذبة للاستفادة من أحكام هذا القانون، العقوبات المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول)

الملحق 02:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministère de L'Enseignement Supérieur
Et de la Recherche Scientifique

جامعة غرداية
كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية
الرقم: / ق.ع.إ/ ك.ع.إ.إ/ ج.غ/ 2025

Universitaire de Ghardaïa
Faculté des sciences humaines et sociales
Département des sciences islamique

إلى السيد المحترم:

وكيل الجمهورية لدى محكمة متليلي

الموضوع: طلب تسهيل مهمة بحث أكاديمي

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته؛ تحية طيبة وبعد:

تفعيلاً للتواصل بين الجامعة والمؤسسات الإدارية العامة والخاصة وتجسيداً لانفتاح الجامعة على المحيط الخارجي واستكمالاً لمتطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية تخصص: الشريعة والقانون للسنة الجامعية 2025/2024؛ نرجو من سيادتكم تسهيل مهمة الطالب (ة) بمؤسستكم الموقرة، في الحصول على معلومات متعلقة ببحث أكاديمي، في حدود ما يسمح به القانون وبما لا يخل بنظام المؤسسة.

اسم الطالبة ولقبها: ..... مكشتي شيماء .....

تاريخ ومكان ميلاده: ..... 2002/02/05. متليلي.....

رقم تسجيله بالجامعة: ..... 202039081901.....

موضوع البحث:

حماية مصلحة المحضون بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن

وأخيرا تقبلوا منا فائق عبارات التقدير والاحترام ودمتم ذخراً وفخراً للوطن.

غرداية يوم : 2025/04/14

رئيس القسم:

محكمة متليلي
أمانة النيابة
رقم: 25/5393
يوم: 06 ماي 2025

أطلع
وكيل الجمهورية

فهرس المحتويات العام

فهرس المحتويات العام

Contents

الإهداء .....

الشكر .....

قائمة الاختصارات .....

مقدمة 1

الفصل التمهيدي 8

الإطار المفاهيمي لمصلحة المحضون 8

تمهيد: 9

المبحث الأول: مفهوم الحضانة 9

المطلب الأول: تعريف الحضانة 9

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة 14

المطلب الثالث: خصائص الحضانة 22

المبحث الثاني: مفهوم مصلحة المحضون 27

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون باعتبار ألفاظها 27

المطلب الثاني: تعريف مصلحة المحضون باعتبارها اسما مركبا 36

الخلاصة الفصل: 41

الفصل الأول 42

سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون 42

تمهيد: 43

المبحث الأول : معايير مصلحة المحضون 43

المطلب الأول: المعايير الموضوعية في مراعاة مصلحة المحضون 44

المطلب الثاني: المعايير الإجرائية في مراعاة مصلحة المحضون 50

المبحث الثاني: صور سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون 55

المطلب الأول: سلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة 55

المطلب الثاني: سلطة القاضي في حماية مصلحة المحضون عند تمديد الحضانة وإسقاطها 66

خلاصة الفصل : 77

الفصل الثاني 79

حق المحضون بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن 79

فهرس المحتويات العام

تمهيد: 80

المبحث الأول: صور تعسف الحاضن في حقوق المحضون 80

المطلب الأول: التعسف في تأديب المحضون 83

المطلب الثالث: التعسف في حق زيارة المحضون 105

المبحث الثاني : دراسة تطبيقية للتعسف في حقوق المحضون 110

المطلب الأول: تطبيقات التعسف في تأديب المحضون 111

المطلب الثاني: تطبيقات التعسف في نفقة المحضون 114

المطلب الثالث : تطبيقات التعسف في حق الزيارة 116

خلاصة الفصل : 120

خاتمة 122

المصادر والمراجع **124**

الـمـلاحـق **146**

فهرس المحتويات العام **149**