

تفعيل معيار المصلحة الفضلى للمحضون في إسناد الحضانة واستعادتها: قراءة في التشريع والاجتهاد
القضائي الجزائريActivating the Best Interests of the Child in granting and regaining custody: A review of
Algerian legislation and jurisprudence

د. عماد حميدة*، المركز الجامعي إيليزي emad.hamida@cuillizi.dz

د. حاج امحمد صالح، المركز الجامعي إيليزي hadj.mahammed.salah@cuillizi.dz

تاريخ النشر : 2026/06/ 07

تاريخ القبول: 2026/04/ 11

تاريخ الاستلام: 2026/03/ 09

ملخص:

تتناول هذه الدراسة نظام الحضانة في التشريع الجزائري، مسطرة الضوء على الجدلية القائمة بين التشريع الداخلي والالتزامات الدولية الناتجة عن المصادقة على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" وحقوق الطفل. تكمن المشكلة في كيفية موازنة المشرع والقضاء بين مبدأ المساواة في المسؤوليات الوالدية وبين معيار "المصلحة الفضلى للمحضون" كضابط أسمى لإسناد الحضانة أو إسقاطها، حيث اعتمد البحث على المنهج التحليلي للنصوص القانونية المنظمة للحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مع استقراء توجهات المحكمة العليا. وتوصلت الدراسة إلى أن تعديل 2005 أحدث نقلة نوعية بتقديم الأب للمرتبة الثانية في الترتيب تكريساً للمساواة، كما أثبتت النتائج أن القضاء الجزائري لم يعد يتقيد بالترتيب الجامد للمستحقين، بل يمنح مصلحة الطفل الأولوية المطلقة عند النزاع. وخلص البحث إلى أن شروط سقوط الحضانة، كالزواج بأجنبي أو السفر للخارج، تخضع لتفسير مرن يربطها بمدى تحقق الضرر الفعلي للمحضون.

الكلمات المفتاحية: الحضانة؛ الطفل؛ المصلحة الفضلى؛ القانون الجزائري؛ الالتزامات الدولية.

تصنيف JEL : XN1، XN2.

Abstract:

This study examines the custody system in Algerian legislation, highlighting the ongoing debate between domestic law and international obligations stemming from the ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) and the Convention on the Rights of the Child. The central issue lies in how legislators and the judiciary balance the principle of equality in parental responsibilities with the criterion of "the best interests of the child" as the ultimate authority in granting or revoking custody. The research employs an analytical approach to the legal texts regulating custody in the Algerian Family Code, while also considering the rulings of the Supreme Court. The study concludes that the 2005 amendment brought about a qualitative shift by placing the father second in the order of priority, thus enshrining equality. Furthermore, the findings demonstrate that the Algerian judiciary no longer adheres to a rigid order of priority, but rather grants absolute precedence to the child's best interests in cases of dispute. The research concludes that the conditions for revoking custody, such as marriage to a foreigner or travel abroad, are subject to flexible interpretation, linking them to the extent of actual harm to the child.

Keywords: Custody; Child; Best Interest; Algerian Law; International Obligations.**Jel Classification Codes:** XN1, XN2.

* المؤلف المرسل

1. مقدمة:

تعتبر الحضانة من أهم الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، فهي تمثل الولاية على حفظ الصغير وتربيته وتقويمه. ولأن الطفل هو الطرف الأضعف في النزاعات الأسرية، فقد جعلت المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية "المصلحة الفضلى للمحضون" هي القطب الذي تدور حوله جميع الأحكام القانونية. لقد شهد قانون الأسرة الجزائري تحولاً جوهرياً بموجب تعديل سنة 2005، حيث حاول المشرع التوفيق بين المبادئ المستمدة من الشريعة الإسلامية وبين الالتزامات الدولية للجزائر، فلم تخلو أحكام الحضانة من تبني مبدأ المساواة في بعض جوانبها، استجابة للالتزامات الدولية لاسيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "CEDAW" واتفاقية حقوق الطفل؛ هذا التعديل ألقى بظلاله على ترتيب مستحقي الحضانة ومعايير إسنادها، مما جعلها تتأرجح بين مبدأ المساواة بين الزوجين وبين الأولوية التقليدية للنساء في هذا المجال.

- إشكالية البحث:

وتتمحور الإشكالية الرئيسية لهذا البحث حول مدى نجاح المشرع الجزائري في تكريس معيار "المصلحة الفضلى للمحضون" في ظل التجاذب بين مبدأ المساواة والضوابط الشرعية والقانونية المسقطة للحضانة. وينبثق عن هذه الإشكالية الأسئلة الفرعية التالية:

- الإشكالية القانونية: كيف حدد المشرع والقضاء مفهوم الحضانة وشروط أهليتها لضمان حماية الطفل؟
- إشكالية الترتيب والمساواة: إلى أي مدى استجاب تعديل قانون الأسرة لضغوط الاتفاقيات الدولية بجعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم؟ وهل يحقق هذا الترتيب مصلحة الطفل الفعلية؟
- إشكالية سقوط حق الحضانة وعودتها: ما هي المعايير التي يعتمد عليها القاضي لإسقاط حق الحضانة (كالزواج بالأجنبي أو السفر للخارج)؟ وهل يُعد معيار "المصلحة الفضلى" قيداً يسمح بتجاوز النصوص القانونية الجامدة عند سقوط أو استعادة هذا الحق؟

- منهج الدراسة:

لتحقيق أهداف هذا البحث والإحاطة بإشكاليته الجوهرية، تم الاعتماد على تكامل منهجي يجمع بين التأصيل القانوني والتحليل القضائي، بالاعتماد على المنهج التحليلي المقارن، مدعوماً بالمنهج الاستقرائي (للأحكام والقرارات القضائية) وذلك لتفكيك العلاقة بين النصوص القانونية والواقع العملي.

2. مفهوم الحضانة وشروط استحقاقها

تعتبر مسألة الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل وتبنتها التشريعات الوضعية، لما فيها من أثر على تربية الطفل المحضون وصيانتها، بسبب عدم قدرته على الاهتمام بنفسه وعلى التمييز بين ما ينفعه وما يضره، فأمره متوقفة على غيره -وأبويه في الغالب- لصغر سنه، مما استدعى المشرع إلى تفضيل مصالحه وحمايتها من خلال إحاطتها بقواعد قانونية وضمان السهر على تطبيقها.

1.2 مفهوم الحضانة

تعني الحضانة لغة "ضم الشيء إلى الحضان، وهو الجنب أو الصدر والعضدان وما بينهما فيقال، حضن الطائر أفرأخه واحتضنها إذا ضمها إلى جناحه، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى جانبها وأحاطته بحمايتها ورعايتها، ومن معانيها كذلك: النصر، والإيواء، يقال: حضنه واحتضنه، أي آواه ونصره" (القحطاني، 2011، صفحة 111).

والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربياه (ابن منظور، 1414، صفحة 122). والحضانة بحسب جمهور الفقهاء "القيام بحفظ الصغير أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهد به بما يصلح له ووقايته مما يؤذيه ويضره، وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً لكي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاطلاع عليها بمسؤولياتها" (ابن عصفان، 2009، صفحة 42).

وينصرف الذهن في الحديث عن الحضانة إلى مفهومين رئيسيين: مفهوم تربوي، وآخر شرعي أو قانوني، ويقصد بالمفهوم التربوي للحضانة أنها مرحلة الطفولة، ويستعمل الفقهاء هذا المفهوم مقروناً بكلمة سنوات أو مرحلة، ويقصد بمرحلة الحضانة أو سنوات الحضانة عندهم الست سنوات الأولى من حياة الإنسان (الدسوقي، صفحة 530).

وعرفها آخر على أنها " تربية الطفل ومراعاة مصلحته في وقت يعجز ولا يميز بين ضررها ونفعها، وذلك فيما دون سبع سنين" (البهوتي، 2008، صفحة 498)، بين اعتبر ثالث الحضانة بأنها " إمساك الصغير عند من يقوم بمنفعة بدنه في حضانتها ومن يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر (ابن نجيم، دت، صفحة 180). أما الشافعية فقد أطلقوا عليها مصطلح الكفالة، ليدخلوا الكبير غير المميز كالمجنون في نطاقها، وتنتهي عند الصغير – بحسبهم- بالتمييز المقدر بسبع (7) سنين، أما بعدها إلى البلوغ فتسمى كفالة، وسماها بعضهم بولاية الرجال (الماوردي، 1994، الصفحات 498-501).

وعلى المستوى القانوني، لم يكتف قانون الأسرة بتعريف الحضانة بل جاء بتعريف أكثر توسعا ليشمل الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وهو ما يظهر من خلال المادة (62) التي تنص على أن " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

في تعليقه على نص المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري، يقول الأستاذ "عبد العزيز سعد" أن " تعريف المشرع الجزائري للحضانة يعتبر أحسن تعريف بالرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية" (سعد، 1996، صفحة 293).

على المستوى القضائي، لم تتوانى المحكمة الدستورية العليا في مصر في قرارها الصادر سنة 1993 عن تعريف الحضانة، فجاء في القرار " وحيث أن الحضانة – في أصل شرعيتها- هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة – التي لها الحق في تربيته شرعا إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته ... " (قرار المحكمة الدستورية العليا، 1993).

2.2 استحقاق الحضانة

يتمثل المقصد الأساسي من الحضانة في تقديم الرعاية والحماية اللازمة للمحضون بمراعاة مصالحه، وضمان تمتع الطفل بهذا الحق، لذلك فإنه لا يعقل أن يترك تنظيمها لتنازع الأفراد دون ضوابط مسبقة ومحددة، لضمان تحقيق المقاصد السامية التي شرعت الحضانة لأجلها (حميدة، 2018، صفحة 6).

وبإلقاء نظرة فاحصة على أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، نجد أن مصلحة المحضون لطالما شكلت الهدف الأساسي من إقرار أي حكم، بدليل ورود عبارة "مصلحة المحضون" خمس مرات في المواد النازمة للحضانة، فضلا عن أن المشرع في جميع هذه الحالات ينظم حكما ثم يضع له استثناء "إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك".

تعد الحضانة بالنسبة للحاضن نوع ولاية وسلطة أثبتتها الشارع له، ولأن المحضون فيها أحق من حق الحاضن لحاجته إلى العناية والتربية الصحيحة والسليمة، فلكي يكون للحاضن حق التصرف والرعاية للمحضون بما يتماشى وتحقيق أغراضها المنشود منها (شحاتة، 1999، صفحة 157)، فهو لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك سواء بالنسبة للرجال أو للنساء الحاضنات، لذلك اشترط الفقهاء شروطا معينة يتعين توافرها في الحاضن كالبلوغ والأمانة والعقل والقدرة، في حين اكتفى قانون الأسرة الجزائري في المادة (2/62) باشتراط أن يكون الحاضن أهلا لذلك دون التفصيل في الشروط الواجب توافرها في الحاضن، تاركا أمر تقدير كل حالة على حدة للقاضي.

وبإلقاء نظرة على هذه الشروط، نجد أنها نفس الشروط عند الفقهاء، وتتمثل في:

أ- الإسلام: إذا كان المحضون مسلما لأن الحضانة ولاية ولا تجوز ولاية الكافر على المسلم (أبو زهرة، دت، صفحة 407)، حيث يقول تعالى في الآية 141 من سورة النساء: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)، وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه.

ولعل هذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1968/05/12 حيث ذكر أن " من المستقر فقها وقضاء، أنه يجب أن تتوفر في الحاضنة الشروط الواردة في الشريعة الإسلامية " (المجلة القضائية، 1968، صفحة 545)

ب- **البلوغ والعقل**: ذلك أن غير العاقل كالمجنون، والصغير يحتاج لرعاية غيره ومن يقوم بشؤونه، والطفل والمجنون والمعتوه لم يجز أن يكون كافلا لأنه صار مكفولا (الموردي، 1994، صفحة 502)، ويحتاج لرعاية غيره ومن البديهي ألا يتولى شؤون غيره.

ج- **الأمانة والاستقامة**: وذلك بأن يكون الحاضن مستقيما في دينه وسلوكه وأخلاقه، أمينا على نفس المحضون وماله وخلقه ومكان اقامته (شحاتة، 1999، صفحة 245)، فالفاسق والمرأة الفاسدة لا يمكن الوثوق بهما في أداء الواجب من الحضانة، لأنهما ينشئان الطفل على طريقتهما (ابن قدامة، 2009، صفحة 190)، . وكمثال لذلك، استقر القضاء في مصر على أن " المرأة الفاسقة بارتكابها الفاحشة وعلى الأخص الزنا لا تكون أهلا لحضانة أولادها إذا خيف على الصغير أن يألف ما عليه الأم من سيرة فاسدة وإن لم يبلغ سبعا" (شحاتة، 1999، صفحة 251).

في هذا الإطار، أكد قضاة المحكمة العليا أن إدانة الزوج بسبب ارتكابه جريمة السرقة وانتحال صفة الغير والحكم عليه بالحبس من أجلهما يشكل بحد ذاته مساسا بشرف الأسرة، وبالتالي من مصلحة المحضون أن تسند حضانتهم لأمه على الرغم من تنازلها عنها في دعوى التطلاق (قرار المحكمة العليا رقم 581222 الصادر بتاريخ 2010/10/14).

د- **القدرة على التربية**: يقصد بالقدرة الاستطاعة على حفظ الصغير وصيانتها في خلقه وبدنه وتعليمه، إذ لا حضانة لعاجز لمرض أو لكبر سن أو شغل، وحتى المرأة العاملة إذا ثبت أن من شأن عملها أن يمنعها من تربية الصغير والاعتناء به ورعايته بحيث يخشى ضياع الطفل وإلحاق الضرر به نتيجة الإهمال، لا تكون لديها الأهلية للحضانة، أما إذا كان عملها لا يؤثر في رعاية الصغير وتدبير شؤونه فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة (الزحيلي، 1985، صفحة 726).

هـ- **أن تكون قريبة للطفل**: من أهم الشروط، ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن المحضون لأنها قد لا تستطيع الاهتمام به ورعايته لانشغالها بأداء حق الزوج، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم " أن امرأة قالت: يا رسول الله ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وأن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه عني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تتكحي)" (الموسوعة الفقهية الكويتية، 1993، صفحة 307).

فلا حضانة - عند جمهور العلماء- لمن تزوجت بأجنبي عن المحضون ولو كانت أما (العدي، 1999، صفحة 265)، وهو الحكم الذي اعتمدته المشرع الجزائري في نص المادة 66 من قانون الأسرة ، وكرسته المحكمة العليا في قراراتها، والتي جاء فيها " تسقط الحضانة بالتزوج من غير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون " (قرار المحكمة العليا رقم 693936، 2012).

. وبالنسبة للحاضن الرجل، فيشترط أن يكون عصبه للصغير بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث بشرط أن يكون محرما (البكري، 2015-2016،، صفحة 14)، فلا حضانة لابن العم لأنه ليس محرما، ويشترط المالكية لثبوت الحضانة للذكر أن يكون عنده من النساء من يصلح للحضانة كزوجة أو أم (الزحيلي، 1985، صفحة 730).

3. أحكام إسناد الحضانة وسقوطها

تعتبر الحضانة فقها وقانونا حقا مشتركا بين الحاضن والمحضون، وواجبا على الأب والأم، وإن كان حق المحضون بالحضانة أولى وأقوى، وقد نص القانون 84-11 على ترتيب مستحقي الحضانة في مادته 64 قبل أن يتم تعديله بموجب الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة ليشهد تغييرا عن وضعها القانوني المسبق تغيير أملت الالتزامات الدولية المترتبة عن مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، إذ ظهر المشرع الجزائري في تنظيمه وترتيبه لمستحقي الحضانة متأثرا بمبدأ المساواة دون الإخلال بمصلحة المحضون.

1.3 مستحقي الحضانة وترتيبهم

لعل من لزوم البيان والتوضيح أن الحضانة تثبت بالدرجة الأولى، للأب بالاتفاق نقلا وعقلا ومنطقا، لأنها أشفق الناس على ولدها وأشداهم حرصا على مصلحته ولاحتياج الصغير إليها نفسيا وبيولوجيا فتؤول إليها مادامت مستوفية لشروطها، ولا يصح شرعا التفريق بينهما إلا لعذر أو تنازلها عن حقها في الحضانة لقوله

عليه الصلاة والسلام (من فرق بين الوالدة وولدها فرق بينه وبين أحبته يوم القيامة) وكذا قوله (أنت أحق به ما لم تنتكحي) (الموسوعة الفقهية الكويتية، 1993، صفحة 307).

وهو الحكم الذي أخذ به المشرع الجزائري سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعد تعديله، فقد جاءت الأم في مقدمة مستحقي الحضانة، ثم فضل القانون ما يليها من النساء حسب قربهن للمحضون باعتبارهن أليق بالحضانة من الرجال وأدرى بشؤون رعايته وتربيته وأصبر على القيام بها، قبل أن يتراجع عن ذلك بعد تعديل 2005 ويقدم الأب مباشرة بعد الأم تكريسا لفلسفة المساواة بين الزوجين التي جاءت بها اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة في المادة 16-ح التي صادقت عليها الجزائر.

وتنفيذا لالتزاماتها الدولية، أصبحت المادة 64 من قانون الأسرة بعد التعديل تنص على " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."

يشار إلى أن تقرير الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة كان قد ذكر أن التعديل المدخل على قانون الأسرة بشأن الحضانة يستجيب الى الحرص على مبدأ مصلحة المحضون، وهكذا يأتي الأب في المرتبة الثانية بعد الأم) وثيقة الأمم المتحدة (CEDAW/C/DZA/3-4، صفحة 20)

حري بنا التذكير كذلك، أن من بين الملاحظات التي قدمتها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة للجزائر، ونخص بالذكر الختامية أن " تعمل على ضمان إمكانية ممارسة الآباء والأمهات حقوق الحضانة والوصاية على أبنائهم القاصرين على قدم المساواة في جميع مناحي الحياة وفقاً لمعيار مصلحة الطفل العليا الوارد في اتفاقية حقوق الطفل التي انضمت إليها الجزائر، والمادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة " (لجنة سيداو، 2012، صفحة 16)

اعتبرت اللجنة من خلال ملاحظاتها وتوصياتها، أن حاجة الأطفال في سن معينة لأحد الوالدين دون الآخر، دون اللجوء إلى تقييم قدرة كل من الوالدين على رعاية الأطفال، من بين القوالب النمطية التي تنطوي على تمييز على أساس الجنس.

كما اعتبرت أن القواعد القانونية والعرفية التي تمنح الحضانة مباشرة إلى أحد الوالدين، والقائمة على أساس الجنس أو النسب (القربية) تقلل من الظروف والقدرات والعلاقات الفردية التي تحدد أهلية الوالدين لتربية الطفل ومصلحته الفضلى، ووصفتها على أنها تمييزية بطبيعتها (Freeman, 2012, p. 428)، وإن كانت تعليقاتها حول هذا الأمر على وجه التحديد موجهة إلى الدول التي تُقضي الأم مباشرة وتمنح الحضانة للآباء في مجتمع أبوي، أو بتطبيق قوانين مصدرها الدين والعرف وتمنح الحضانة للأب دون الأم، وذلك بمناسبة تعليقاتها على قوانين دولة اليونان، النيجر، إيران، التوغو، أندونيسيا وباكستان. (Freeman, 2012, p. 428)

هذه التوصيات كان لها انعكاس مباشر على قانون الأسرة، ففي العرض المقدم أمام المجلس الشعبي

الوطني المتعلق بمشروع تعديل هذا القانون، ذكر أن من أهم المسائل التي يتضمنها المشروع إعادة تنظيم وترتيب الحق في الحضانة بتقديم الأب عن الجدة والخالة من منطلق أن الأب أولى بها منهما وأكثر حرصا على الاهتمام بأبنائه ورعايتهم (الجريدة للمداولات، 2005، الصفحات 03-08).

ولعل من نافلة القول الإشارة إلى أن جانبا من الفقهاء والمختصين يعيب على المشرع الجزائري إقراره هذا الحكم، ذلك أن المادة (64) من قانون الأسرة وإن كانت تتضمن ترتيبا محددًا ملزم للقاضي، يرجع إليه في إسناد الحضانة، إلا أن هذا الحكم من الممكن مخالفته إذا ما اقتضت مصلحة المحضون ذلك، كأن تنعدم الأهلية في الحاضن السابق ويقوم بإسنادها إلى الحاضن اللاحق الذي هو أقدر على تحقيق مصلحة الطفل وأهلا للحضانة.

ولنا في هذا المجال أن نستدل بقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2011/02/13 الذي كرس مبدأ

مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة ولو على حساب الترتيب الوارد في المادة (64)، فجاء في القرار " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع " (مجلة المحكمة العليا، 1ع، 2012، صفحة 285).

وكذلك قضت في أحدث قراراتها والصادر بتاريخ 2023/03/09 الذي جاء فيه " تسند الحضانة بناء على مصلحة المحضون بغض النظر عن الترتيب الوارد في المادة (64) من قانون الأسرة " (مجلة المحكمة العليا، ع1، 2023، صفحة 96).

2.3 سقوط الحضانة وعودتها

من الثابت أن الحضانة قد تنتهي عن الحاضن تلقائيا حتى دون حصول أي سبب مسقط يسلبه حقها وأن للحضانة مدة محددة تنتهي بعد بلوغها، فالمحضون لا يمكن أن يظل إلى الأبد صغيرا غير مميز وغير مستغن عن اهتمام ورعاية الحاضن، والمؤكد كذلك أن مدة حضانة الأنثى تختلف عن مدة حضانة الذكر لتباين واختلاف التكوين العقلي والنفسي والجسدي لكل منهما وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بنص المادة (65) من قانون الأسرة ، محددا انقضاء مدة حضانة الذكر بعشر سنوات، والأنثى بسن الزواج تلقائيا أي 19 سنة (تشوار، 2005/2004، صفحة 52)، وهو ما كرسته قرارات المحكمة العليا في عديد المناسبات (مجلة المحكمة العليا، ع1، 2021، صفحة 85).

يمكن القول أن المشرع الجزائري كرس مبدأ مصلحة المحضون بصفة مباشرة على حساب مبدأ المساواة، فالقاضي –وفق ذات النص- أن يمدد الحضانة إلى سن (16) بالنسبة للذكر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون. وبشأن أسباب سقوط الحضانة، لم يتوانى المشرع عن التأكيد في المواد 67 إلى 70 من قانون الأسرة على الاعتداد بمصلحة المحضون كأساس لإسقاط حق الحضانة، وعلى العموم يمكن إيجازها فيما يلي:

1.2.3 اختلال شروط الحضانة

جاء في المادة (67) من قانون الأسرة " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط الواردة في المادة (62) أعلاه"، وأضافت " أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

وقد سبق البيان، أن المادة (62) المحال إليها أوردت الشروط الواجب توافرها في الحاضن. ولما كان ثابتا أن انتفاء الشرط يترتب عنه بالتبعية انتفاء المشروط، فإن اختلال أحد الشروط المقررة لأهلية الحاضن يترتب عنه سقوط حق الحضانة الذي كان مقررا له، كأن تصاب الحاضنة مثلا بالجنون، أو أن يثبت عدم أمانتها وفساد أخلاقها، أو عدم قدرتها على الاعتناء بالمحضون ورعايته بفعل مرض يصيبها (الشماع، 1995، صفحة 183).

وقد سبق للمحكمة العليا أن اعتمدت في قراراتها لإسقاط حق الحضانة شرط انحراف سلوك الحاضنة وفساد أخلاقها، فجاء في قرارها " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه، ومتى تبين في قضية الحال 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 62 من قانون الأسرة الجزائري، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة " (المجلة القضائية، 2001، صفحة 169).

ويشترط ذات النص تربية المحضون على أبيه، ويمتد هذا الشرط ليشمل دين الحاضن الذي يجب أن يكون مسلما، فارتداده عن الدين الإسلامي كفيل بأن يسقط عنه الحق في الحضانة، وذلك خشية على دين الطفل والخوف من أن يتربى وينشأ على دين حاضنه.

على أنه لا بد من الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي قد فرق فيما يتعلق بشرط الدين، بين ما إذا كان الحاضن رجلا، وبين ما إذا كان الحاضن امرأة. فالحاضن الرجل يشترط فيه أن يكون على نفس دين المحضون، وإلا فلا حضانة له.

على خلاف ما إذا كانت الحاضنة امرأة، فقد انقسم الفقه بين من يقول بوجوب اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون، وبين من يقول بعدم وجوبه (تشوار، 2005/2004، الصفحات 307-308). وإن كان قضاء المحكمة العليا قد استقر على إمكانية قيام الأم غير المسلمة بممارسة الحضانة مع ضرورة الحفاظ على الدين الإسلامي.

ففي قرار لها بتاريخ 1979/04/16 تتعلق وقائعه بمحاولة أم القيام بتربية ولدها على الدين المسيحي، متجاهلة دين والده، ذكر المجلس الأعلى " من المقرر ... أن الأم تستحق حضانة الأولاد لكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم " (نشرة القضاة، ع2، 1981، صفحة 180).

وفي قرار آخر، صدر في 08 مارس 1982 جاء فيه أن " المجلس الأعلى لحد الآن لم يعتبر ... الاختلاف في الدين من مسقطات الحضانة، فالمسيحية... لها الأولوية فيها بالجزائر كما للمسلمة الحق فيها وأن الشريعة الإسلامية تولي الأهمية في مسألة الحضانة للأم وتعطى لها الأسبقية فيها بقطع النظر عن دينها " (تشوار، 2005/2004، صفحة 312).

وخوفا على دين المحضون، جاء القضاء الجزائري واضحا ومعلنا الاعتراف بمعياري الإقامة في البلد المسلم ولو كان الحاضن غير ذلك، لما لمكان الإقامة من أثر على دين الولد (المحضون) وتربيته.

في هذا الصدد، قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1989/01/02 بأن مصلحة المحضون تقتضي بقاءه في الجزائر إذا كان أحد الأبوين يعيش في بلد غير مسلم. وبناءً عليه، أيدت المحكمة رفض وضع الصيفية الانفيذية لحكم أجنبي صادر بفرنسا، والذي يمنح الحضانة للأم هناك، لأن الغربة تساهم في ضياع الهوية الدينية والاجتماعية للأطفال، وتمنع الأب من القيام بدوره في مراقبة تربيتهما فعملوا طبقوا صحيح القانون (المجلة القضائية، ع2، 1990، صفحة 74).

2.2.3 تزوج الحاضنة بغير قريب محرم

اشتطت المادة (66) من قانون الأسرة صراحة خلو الحاضنة من زوج أجنبي-أي بغير قريب محرم- عن المحضون، فتسقط الحضانة عن الأم، وفقا لهذه المادة، إذا تزوجت بغير قريب محرم، كما تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم طبقا للمادة (70).

حري بالذكر، أن هذا الشرط كان مثار خلاف فقهي واسع ومجالا لتضارب الروايات، ولعل الأصح فيما انتهى إليه المالكية والشافعية والحنابلة أن الحضانة تسقط بتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، ولو تزوجت بغير محرم لا تسقط (الموسوعة الفقهية الكويتية، 1993، صفحة 308).

وفي مقابل الأصح، ذهبوا إلى القول بسقوط الحضانة بالنكاح مطلقاً، سواء بمحرم أو بغير حرم وسواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، وهو قول مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد في إحدى الروايات (بن صالح، 1996، صفحة 804)، ودليلهم في ذلك قوله رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تنتكحي).

أما اشتراط كونه ذا رحم محرم كي لا تسقط الحضانة فهو قول الحنفية (ابن نجيم، دت، صفحة 183)، أما إذا تزوجت بمحرم غير رحم كالعالم من الرضاع فتسقط عنها الحضانة لأن الرضاع كالأجنبي في سقوط حضانتها به، أو كان الزوج رحماً من النسب غير محرم كابن العم فهو كالأجنبي كذلك وتسقط الحضانة بالزواج به (ابن عابدين، 1993، صفحة 183).

بالعودة إلى أحكام الحضانة في مدونة الأسرة المغربية، نجد هذا الأخير يعتمد حكماً محدداً، حيث يختلف أثر زواج الحضانة عن الأم وغيرها، وذلك بإقرار نص المادة (175) من المدونة لحالات لا تسقط فيها الحضانة مطلقاً عن الحاضنة الأم متى كان المحضون صغيراً لم يتجاوز سن السبعة، أو تجاوز هذه السن وتؤكد أن هذا الطفل قد يلحقه ضرر عضوي أو نفسي من مفارقة أمه، أو كانت به علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم (الفاخوري، 2012، صفحة 370)، ويحتم رعايتها ومتابعة الحالة المرضية لابنها.

كما لا تسقط الحضانة إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون، أو إذا كانت هي نائباً شرعياً عن المحضون لضرورة تواجد الدائم مع المحضون لمراقبته والإشراف عليه، إلى جانب عناصر الحضانة من تربية ورعاية (الأزهر، 2015، صفحة 113).

ولمثل هذه الأسباب، استقر القضاء الجزائري قبل الاستقلال على اعتبار قاعدة " إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم " قاعدة جوازية تفسر لمصلحة المحضون، لا قاعدة مطلقة.

وأكدت المحكمة العليا هذا التوجه في قرار لها بتاريخ 2012/09/13، جاء فيه " تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون. مصلحة المحضون، الواجب على القاضي مراعاتها تنصب على التنازل عن الحضانة فقط " (مجلة المحكمة العليا، ع1، 2013، صفحة 255).

ولعل من لزوم البيان أن نشير إلى أن بعض الباحثين في القانون الدولي لحقوق الإنسان يعتبرون أن فقدان الحاضنة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها للحضانة بسبب زواجها مخالف لمصلحة الطفل الفضلى التي ينبغي أن تكون ذات الأهمية القصوى والاعتبار الأول فيما يتعلق بتحديد حضانة الأطفال طبقا للمادة 1/16-د من اتفاقية المرأة، لذا، فإن القواعد القانونية والعرفية القائمة على القوالب النمطية المفرقة بين الرجل والمرأة أو درجة القرابة، تقلل -حسبهم- من الظروف والقدرات التي تحدد أهلية الوالدين لتربية الطفل ومصلحته الفضلى، وهو أمر لا يستند لمعيار المصلحة وفقا لاتفاقية حقوق الطفل (Freeman, 2012, p. 428) والتي ينبغي لقوانين الحضانة تكريسها لا تكريس بدائل أو معايير أخرى طبقا لفلسفة الاتفاقية لاسيما المادة 3 منها (Bennett, 1999, p. 815)

كما علقت لجنة حقوق الطفل على مسألة فقدان الأرامل والمطلقات للحضانة عند إعادة الزواج من جديد، على هذه الممارسات معتبرة إيها عاجزة عن الوفاء بمعيار " المصلحة العليا " المنصوص عليه في المادة (5) من اتفاقية حقوق الطفل، كما ذكرت في تعليقاتها على بعض الدول بأن مثل هذه الحالات تحكمها الأعراف الأسرية والقوانين الدينية بدلا من التشريع الداخلي في مثل هذه الحالات (Freeman, 2012, p. 429).

3.2.3 تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة

للحاضن كما للحاضنة أن يتنازل عن حقه في الحضانة، شريطة ألا يكون في ذلك ضرر بالمحضون والتنازل قد يكون صريحا بالاتفاق أو بالإرادة المنفردة، كأن يتم الاتفاق، في الطلاق بالتراضي، التنازل عن الحضانة، كما قد يكون ضمنيا إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة بها لمدة زمنية محددة. بالعودة إلى قانون الأسرة، نجد أن المادة (66) تضمنت نصا يقضي بإمكانية تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة، وهذا التنازل ينبغي أن يكون بصفة صريحة لا تحتل التأويل، وبصدد ذات النص، نجد أن هذا الأخير قيد التنازل عن الحضانة بشرط، عدم الإخلال بمصلحة المحضون، فلا يقبل هذا التنازل متى كانت هذه المصلحة مهددة.

الأمر الذي يمكننا الاستدلال عليه بقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/04/21 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون. ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون" (مجلة المحكمة العليا عدد خاص، 2001، صفحة 173).

يشترط كذلك أن يكون هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة وأن يتم وفق القانون من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، وأن يتم أمام الجهة المختصة (تشوار، 2005/2004، الصفحة 509)، ولما كان التنازل مقترنا ومشروطا بمصلحة المحضون، فإنه يشترط لقبول التنازل وجود حاضن آخر مستوف شروطها ليتولى أمر الصغير، حتى لا يفوت على الصغير حقه، فإذا لم توجد حاضنة أخرى (البكري، 2018 الصفحة 86) قادرة على الحضانة فإن تنازلها غير مقبول (المجلة القضائية، ع4، 1990، صفحة 75).

والتنازل عن الحضانة قد لا يكون دائما صريحا، فقد يعمد صاحب الحضانة إلى إسقاط حقه فيها باتخاذ سلوك سلبي بأن يمتنع عن المطالبة بها، الحكم الذي قرره المادة (68) والتي اعتبرت أن عدم المطالبة صاحب الحق عن حقه في الحضانة لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، يسقط حقه في المطالبة بها.

وعلى الرغم من الحكم الصريح لهذه المادة، إلا أن القضاء الجزائري استقر على الاعتداد بمصلحة المحضون كقيد جوهري في تنظيم شروط الحضانة، إسنادها، وحالات إسقاطها، الأمر الذي يفرض على القاضي التوسع في تفسير النصوص القانونية وتكييفها مع هذا المقصد والمبدأ الأسمى.

ولما كان الغرض من حالات إسقاط الحضانة، بالأخص الحالة المنصوص عليها في المادة (68) تحقيق مصلحة المحضون لا الحاضن، فإن روح النص تستلزم من القاضي أن يتحقق من أن حالة عدم المطالبة بالحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة بدون عذر لا يعد قرينة على عدم الرغبة في الحضانة، بما من شأنه أن يضر بالمحضون لتقاعس الحاضن عن أدائها على أكمل وجه، فإن أبدى الحاضن رغبته واستعداده للحضانة خاصة إذا كانت أما للطفل بعد مرور هذه المدة، فإن مصلحة المحضون تقتضي هنا عدم إسقاط الحق عنها " تأسيسا على مبدأ المصلحة الفضلى".

4.2.3 الانتقال بالمحزون

قد يكون الانتقال بالمحزون إلى بلد أجنبي سببا كافيا موجبا لإسقاط الحضانة، لا سيما إذا تعارض نقله مع مصلحته؛ وقد ورد النص هذا الحكم في المادة (69) التي جاءت بقولها " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة ان يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحزون".

ويبدو أن المشرع استثنى من هذا الحكم الانتقال للإقامة داخل التراب الجزائري، ولعل ذلك عائد إلى ما تشهده الحياة من تطور وسائل النقل والمواصلات وسرعتها، بحيث يمكن للطرف الآخر (الأب أم الأم) زيارة المحزون دون انقطاع دائم.

ولما كانت غاية المشرع مراعاة المصلحة الفضلى للمحزون وتحقيقها، فإن الانتقال إلى بلد أجنبي من حيث المبدأ- لا يعد سببا مسقطا في حد ذاته، ما لم يتعارض مع مصلحته، فإذا ما ثبت أن الانتقال إلى بلد أجنبي يحرم الأب مثلا من زيارة ابنه متى شاء، فإن المشرع لا يولي هذه المسألة أهمية طالما أن مصلحة المحزون متحققة، ولعل هذا ما يفهم من سياق النص.

على خلاف ذلك تماما، يبدو من خلال التطبيق القضائي للمادة (69) من قانون الأسرة، أن قضاة المحكمة العليا يسيرون نحو إسقاط الحضانة في حالة الانتقال للإقامة ببلد أجنبي، مؤسسين ذلك على معيارين اعتبرهما يشكلان خطرا على المحزون:

- المعيار الأول: دين وأخلاق المحزون

نحا المجلس الأعلى والمحكمة العليا في قراراتهما صوب اعتبار الإقامة في بلد أجنبي غير مسلم تهديدا خطرا على عقيدة المحزون وتربيته على دين أبيه ويتعارض مع هذا المقصد، كما اعتبرت أن الأحكام الأجنبية الصادرة خلافا لذلك مخالفة للنظام العام في الجزائر ولا يجوز تنفيذها.

ففي قراره الصادر في 1987/03/09 قضى المجلس الأعلى في قراره " حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي، فمتى رجعت الأم إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة " (تشوار، 2004/2005، صفحة 209)

وانتهى في قرار آخر له بأنه " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحزون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رعاية الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعد مخالف للشرع والقانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه" (المجلة القضائية، ع 4، 1991، صفحة 117).

- المعيار الثاني: احتياج المحزون لإشراف أبيه

اعتبر القضاء في الجزائر أن ابتعاد المحزون عن إشراف والده من أسباب سقوط الحضانة عن أمه على أساس أن بعد المسافة عائقا يحول دون تمتع الطفل بإشراف أبيه، حيث قضت المحكمة العليا بإسقاطها عن الأم التي استقرت للإقامة خارج البلاد وإسنادها إلى الأب لتعذر إشراف هذا الأخير على أبنائه، علاوة على حق الزيارة الذي لا يتحقق لبعد المسافة " (مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2011، صفحة 244).

3.3. عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه

نصت المادة (71) على أن حق الحضانة يتجدد إذا زال سبب سقوطه لعذر اضطراري كأن تكون الحاضنة مريضة أو مجنونة ثم شفيت، ويرجع حقها في الحضانة لأنها امتنعت لمانع، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم (ابن مفلح، 1997، صفحة 186) طبقا لقاعدة "إذا زال المانع عاد الممنوع" (الموسوعة الفقهية الكويتية، 1993، صفحة 18)، فالمادة 71 اشترطت لتجدد هذا الحق وعودته أن يكون السبب في سقوطها عن الحاضن غير اختياري حين قضت صراحة بأن "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

إلا أن عبارة "سبب سقوطه غير الاختياري" تحمل العديد من التأويلات، ومن خلال ذلك اختلف الباحثون في تحديد ماهية الأسباب التي يتجدد معها عودة حق الحضانة من عدمها، فهل أن كل الأسباب التي كان للإرادة

دور فيها بحرية كاملة دون إكراه ولا عذر لا يتجدد معها حق الحضانة، بحيث تستوي حالة تزوج الحاضنة من أجنبي مع تنازلها الاختياري دون سبب ولا عذر؟

وفي هذا اعتبر جانب أن سقوط حق الحضانة لسبب شرعي كالزواج لا يعود من جديد إذا زال سبب السقوط بالطلاق أو وفاة الزوج (داودي، دت، صفحة 208)، وذهب جانب آخر للقول بأن حق الحضانة يعود لمستحقيها إذا كان سبب السقوط نتيجة تطبيق قاعدة قانونية وليس لإرادة الحاضن دور في سقوطها، كسقوط الحق نتيجة الزواج بأجنبي عن المحضون ثم زال هذا السبب بطلاق أو وفاة، فإسقاط الحق هنا ليس اختيارياً بل كان نتيجة لتطبيق القانون ويصبح من حق الحاضن في هذه الحالة أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بعريضة للمطالبة بإعادة الحضانة وتقديم ما يثبت زوال السبب الذي كان أساساً لسقوط حقه في الحضانة (سعد، 1996، صفحة 307).

ومع الاتجاه الأخير توافقت قرارات المحكمة العليا تغليباً لمبدأ مصلحة المحضون وهو المبدأ العام الذي بنيت عليه أحكام الحضانة في قانون الأسرة، حيث جاء في أحد قراراتها بشأن استعادة الأم حقها في الحضانة بعد زوال سبب سقوط الحضانة تأسيساً على المبدأ القائل باسترداد حق الحضانة بمجرد زوال مانعها غير الاختياري، وعملاً بنص المادة 71 من قانون الأسرة، حيث تعتبر القرار أن ثبوت طلاق المطعون ضدها من زوجها الأجنبي (غير القريب المحرم) يعيد لها أهليتها في الحضانة. وعليه، قضت المحكمة العليا بأن قضاء المجلس بمنحها هذا الحق بعد انحلال الرابطة الزوجية الثانية يعد تطبيقاً سليماً لصحيح القانون، لكون سبب السقوط قد انتفى بوقوع الطلاق. (مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، صفحة 176).

وذهبت إلى أبعد من ذلك في قرارها المتعلق بعودة الحضانة بزوال سبب السقوط غير الاختياري أين اعتبرت المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع من أسباب السقوط الاضطراري غير الاختياري للحضانة (مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2017، صفحة 153).

وفي المقابل ضمن المشرع للطرف الآخر الذي لم تسند له الحضانة حق الزيارة، الذي يبقى في كل الأحوال حق مكفول لكلا الجانبين دون تمييز، فالقاضي حين يحكم بالحضانة لمن يستحقها يحكم مباشرة في نفس الحكم بالزيارة طبقاً للمادة 64.

4. الخاتمة

تناول هذا البحث إشكالية جوهرية تتعلق بكيفية التوفيق في التشريع الجزائري بين الالتزامات الدولية القائمة على مبدأ المساواة بين الوالدين، وبين الضوابط الفقهية والتشريعية التي تحكم حق الحضانة، وقد خلصت الدراسة إلى أن "المصلحة الفضلى للمحضون" قد تحولت من مجرد مبدأ توجيهي في الاتفاقيات إلى قاعدة أمره تحكم النظام القانوني الجزائري للحضانة، حيث أنه ومن خلال ماتم دراسته تم التوصل إلى ما يلي:

- النتائج:

- محورية المصلحة الفضلى: أثبت البحث أن جميع نصوص قانون الأسرة (المواد 62-71) أصبحت تُفسر وتطبق من خلال ميزان "المصلحة الفضلى للطفل"، حيث لم تعد الحضانة حقاً مطلقاً للحاضن، بل أصبحت ولاية للتربية والرعاية تهدف لضمان استقرار المحضون.
- التأثير بالمواثيق الدولية: تأثر المشرع الجزائري باتفاقية "سيداو" واتفاقية حقوق الطفل، مما أدى لتقديم الأب في الترتيب إلى المرتبة الثانية مباشرة بعد الأم تكريساً لمبدأ المساواة في المسؤوليات الوالدية.
- الدور القضائي الرائد: لعب الاجتهاد القضائي، لا سيما قرارات المحكمة العليا، دوراً حيوياً في تكريس هذا المبدأ. حيث اعتبر المبدأ الأسمى الذي يحكم جميع أحكام الحضانة في القانون والقضاء الجزائري هو "المصلحة الفضلى للطفل"، والتي تُقدم أحياناً على الترتيب القانوني الجامد.
- فقد منح القضاء لنفسه سلطة تقديرية واسعة سمحت له بتجاوز الترتيب الجامد للمستحقين في المادة 64، وإعادة تقييم حالات سقوط الحضانة في المادة 71، معتبراً أن زوال سبب السقوط (غير الاختياري) يستوجب استعادة الحضانة لضمان الاستقرار النفسي للمحضون.

- التوصيات:

- تفعيل معيار القدرة الفردية: ضرورة الابتعاد عن القوالب النمطية التي تقتض أهلية طرف لمجرد جنسه أو قرابته، والتركيز على تقييم القدرة الفعلية لكل والد على الرعاية.

- توضيح مفهوم "السبب غير الاختياري": الحاجة إلى تدقيق صياغة المادة 71 لرفع اللبس حول الحالات التي يسمح فيها باستعادة الحضانة، خاصة في حالات التنازل أو السفر العارض.

5. قائمة المراجع

- 1- نشرة القضاة، ع2، 19287 (المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 19287، بتاريخ 1979/04/16)..
- 2- أبو إسحاق برهان الدين ابن مفلح. (1997). المبدع شرح المقنع، ج4. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 3- أبو الحسن الماوردي. (1994). الحاوي الكبير، ج9 (الإصدار 1). بيروت: دار الكتب العلمية.
- 4- إدريس الفاخوري. (2012). انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، (الإصدار 1). الرباط: دار أبي رقرق للطباعة والنشر.
- 5- المجلة القضائية. (1968). قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1968/05/12. الجزائر: وارة العدل. تاريخ الاسترداد 1968, 05 12
- 6- المجلة القضائية، 171684 (المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/09/30 2001).
- 7- المجلة القضائية، ع 4، 59013 (المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59013، قرار بتاريخ 1990/02/19 1991).
- 8- المجلة القضائية، ع2، 52207 (المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 52207، قرار بتاريخ 1989/01/02 1990).
- 9- المجلة القضائية، ع4، 51894 (المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51894، قرار بتاريخ 1988/12/19 1990).
- 10- المقدسي ابن قدامة. (2009). المغني على مختصر الخرقي ومعه الشرح الكبير على متن المقنع، ج8 (الإصدار 1، المجلد 8). بيروت: دار الكتب العلمية.
- 11- الموسوعة الفقهية الكويتية. (1993). الموسوعة الفقهية الكويتية، ج7. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مطابع دار الصفوة.
- 12- حميدو زكية تشوار. (2005/2004). ، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، أطروحة دكتوراه. تلمسان: كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
- 13- رشدي أبو زيد شحاتة. (1999). شروط ثبوت حق الحضانة (الإصدار 1). القاهرة: دار الفكر العربي.
- 14- زين الدين إبراهيم ابن نجيم. (د.ت). البحر الرائق شح كنز الدقائق مع حاشية منحة الخالق لابن عابدين (المجلد 4). دار الكتاب الإسلامي.
- 15- زين الدين إبراهيم ابن نجيم. (د.ت). البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4. بيروت: دار الكتاب الإسلامي.
- 16- سعيد بن علي القحطاني. (2011). الهدى النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب والسنة. الرياض: مطبعة سفي.
- 17- عبد العزيز سعد. (1996). الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (الإصدار 3). الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر.
- 18- عبد القادر داودي. (د.ت). أحكام الاسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري. الجزائر: دار البصائر.
- 19- عماد حميدة ويامنة حواسي. (2018). حضانة الطفل الناتج عن الزواج المختلط – دراسة مقارنة. الملتقى الدولي الخامس حول حماية الطفل بين قواعد القانون الجزائري وأحكام القانون الدولي. الجلفة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة. تاريخ الاسترداد 2018, 07 03
- 20- قرار المحكمة العليا رقم 581222 الصادر بتاريخ 2010/10/14، 581222 (المحكمة العليا).

- 21- قرار المحكمة العليا رقم 693936، 693936 (المحكمة العليا 13 09، 2012).
- 22- مجلة المحكمة العليا عدد خاص، 189234 (قرار المحكمة العليا رقم 189234 الصادر بتاريخ 21/04/1998 2001).
- 23- مجلة المحكمة العليا، ع 1 (المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 408248، قرار بتاريخ 21/11/1995، 2011).
- 24- مجلة المحكمة العليا، ع 1، 1427393 (قرار المحكمة العليا رقم 1427393 الصادر بتاريخ 02/06/2021، 2021).
- 25- مجلة المحكمة العليا، ع 1، 693936 (قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 693936، قرار بتاريخ 13/09/2012 2013).
- 26- مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 1067582 (قرار المحكمة العليا رقم 1067582 2017).
- 27- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 201336 (قرار المحكمة العليا رقم 201336 الصادر بتاريخ 21/07/1998 2001).
- 28- محمد ابن عابدين. (1993). رد المحتار على در المحتار (الإصدار 2، المجلد 4). دار الكتاب الاسلامي.
- 29- محمد أبو زهرة. (د.ت). الأحوال الشخصية (الإصدار 3). القاهرة: دار الفكر العربي.
- 30- محمد الأزهر. (2015). شرح مدونة الأسرة: الزواج - انحلال ميثاق الزوجية وأثاره - الولادة ونتائجها، (الإصدار 7)، الدار البيضاء: دار النشر المغربية.
- 31- محمد الشماخ. (1995). المفيد في أحكام الزواج والطلاق والميراث (الإصدار 1). دمشق: دار القم.
- 32- محمد بن أحمد بن صالح. (1996). فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وأثاره: أطروحة دكتوراه (المجلد 1). القاهرة: جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون.
- 33- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي. (بلا تاريخ). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (الإصدار 2). دار إحياء الكتب العربية.
- 34- محمد بن مكرم ابن منظور. (1414). لسان العرب (الإصدار 3، المجلد 6). بيروت: دار صادر.
- 35- محمد عزمي البكري. (2015-2016). الحضانة ومسكن الحضانة. القاهرة: دار محمود للنشر.
- 36- محمد عزمي البكري. (2018). موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية: المجلد الثالث (الإصدار 21). القاهرة: دار محمود.
- 37- مصر قرار المحكمة الدستورية العليا. (1993). قرار القضية رقم 7 للسنة 8. القاهرة: قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر. تاريخ الاسترداد 15 05 1993.
- 38- مصطفى العدوي. (1999). جامع أحكام النساء، ج 4 (الإصدار 1). القاهرة: دار ابن عفان.
- 39- منصور البهوتي. (2008). الروض المربع: شرح زاد المستقنع (الإصدار 9). الرياض: دار الوطن للنشر.
- 40- نسرين إيناس ابن عصمان. (2009). مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري. تلمسان: كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان.
- 41- وهبة الزحيلي. (1985). الفقه الاسلامي وأدلته، ج 7 (الإصدار 2، المجلد 7). بيروت: دار الفكر.
- 42- Barbara Woodhouse Bennett. (1999). Child custody in the age of children's rights: The search for a just and workable standard. Family Law Quarterly. (3)33،
- 43- Freeman, M. (2012). Article 16. In B. R. Marsha Freeman, The UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women: A commentary. Oxford: Oxford University Press